

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ELIDA DE CÁSSIA MAMEDE DA COSTA

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO MECANISMO DE
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS
RELAÇÕES PRIVADAS

BELÉM-PA
2010

ELIDA DE CÁSSIA MAMEDE DA COSTA

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO MECANISMO DE
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS
RELAÇÕES PRIVADAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, do Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ da Universidade Federal do Pará – UFPA, como requisito para obtenção de grau de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Atuação: Direitos Humanos e Relações Privadas.

Orientadora: Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

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

Costa, Élide de Cássia Mamede da

A responsabilidade civil objetiva como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas / Élide de Cássia Mamede da Costa; orientadora, Pastora do Socorro Teixeira Leal. Belém, 2010.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2010.

1. Direitos humanos. 2. Responsabilidade (Direito). 3. Direitos fundamentais. 4. Dignidade (Direito). I. Leal, Pastora do Socorro Teixeira. II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD: 341.27

ELIDA DE CÁSSIA MAMEDE DA COSTA

A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO MECANISMO DE
CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS
RELAÇÕES PRIVADAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, do Instituto de Ciências Jurídicas – ICJ da Universidade Federal do Pará – UFPA, como requisito para obtenção de grau de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de Atuação: Direitos Humanos e Relações Privadas.

Orientadora: Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

Banca Examinadora:

Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal
Orientadora - UFPA

Membro

Membro

Apresentado em: ____ / ____ / 2010.

Conceito: _____

BELÉM-PA
2010

*À minha mãe Rita, que tanto sonha com
uma aurora repleta de realizações.*

*Ao meu pai Edson, pela presença
constante.*

*Ao meu namorado Evandro, por todos os
momentos e palavras.*

*Ao Doutor David Ricker, reitor do
Seminário Teológico Batista, meu pastor,
pelo apoio técnico, moral e espiritual.*

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Pará – UFPA.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

À orientadora professora Dra Pastora do Socorro Teixeira Leal, pelo acompanhamento pontual e competente.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação Doutor Antonio Moreira Maués, Doutor José Claudio Monteiro de Brito Filho e Doutor Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa.

A todos que direta e indiretamente contribuíram para a realização desta pesquisa.

(...) Liberdade e responsabilidade são dois conceitos complementares e indissociáveis.

Philippe Le Tourneau

RESUMO

A presente dissertação tem como proposta salientar a responsabilidade civil objetiva baseada na Teoria do Risco como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais / direito humanos / direitos da personalidade no âmbito das relações jurídico-privadas, tendo em vista a capacidade de ampliar a possibilidade de vítimas de danos materiais e morais virem a ser ressarcidas sem prova e discussão a respeito da culpa do agente. Assim, enquadrando a sociedade e relações hodiernas como “de risco”, visa-se demonstrar o avanço legislativo quanto à matéria como mais um passo rumo à proteção dos direitos fundamentais. Em segundo plano, o trabalho exporá brevemente a correlação existente entre responsabilidade civil e dignidade humana, sempre enfatizando a situação das vítimas. Avalia-se, por fim, a eficácia dos Direitos Fundamentais no campo da responsabilidade civil objetiva, buscando os parâmetros para solução do possível conflito entre direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas, pondo-se em destaque a convivência social e o direito privado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil objetiva. Teoria do risco. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Relações jurídico-privadas.

ABSTRACT

This work proposes to accent the objective civil responsibility based in risk theory as a way to perform fundamentals rights / human rights / personality rights in privates juridical relations, because there was capacity to enlarge the possibility of victims of moral and materials damages be compensated without to prove or discussion about agent's guilt. So, disciplining society and relations presents as "risky", this work aspires to ratify the legislative progress about this subject matter as a step to protect fundamental rights. At second, this article will show briefly the relation between civil responsibility and human dignity, always examining victims' situation. The present work investigates, at end, the fundamentals rights' efficacy in objective civil responsibility plan, searching parameters to solve the conflict between fundamental rights in privates juridical relations, showing the social sociability and the private right.

Keywords: Objective civil responsibility. Risk theory. Fundamentals rights. Human dignity. Privates juridical relations.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A EVOLUÇÃO DO RISCO COMO JUSTIFICADORA DO DEVER DE INDENIZAR	15
2.1 O RISCO NA CONTEMPORANEIDADE	15
2.1.1 A percepção do risco	19
2.2 CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE DE RISCO	21
3 A TEORIA DO RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	26
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: TENDÊNCIA À OBJETIVAÇÃO	26
3.2 HIPÓTESES LEGAIS	33
3.3. A TEORIA DO RISCO. CONCEITO DE ATIVIDADE DE RISCO	35
3.3.1 Considerações gerais	35
3.3.2 Atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano	36
3.3.3 Por sua natureza	39
3.3.4 Risco	39
3.3.5 Algumas situações de risco	42
3.4 RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA	50
3.5 MODALIDADES DE RISCO	53
3.5.1 Risco proveito	53
3.5.2 Risco profissional	54
3.5.3 Risco excepcional	55
3.5.4 Risco criado	55
3.5.5 Risco integral	57
3.6 CRÍTICAS À TEORIA DO RISCO E SUA DEFESA	57
3.7 O PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL	60
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS, RELAÇÕES PRIVADAS, RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A DOCTRINA DO RISCO	63
4.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	63
4.1.1 Igualdade	66
4.1.2 Liberdade	68
4.2 APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS HUMANOS / DIREITOS FUNDAMENTAIS	69
4.2.1 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas	70
4.2.1.1 Teorias	71
4.2.2 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais	74
4.2.3 Princípio do solidarismo jurídico	77
4.3 CLÁUSULAS GERAIS	80
4.3.1 Conceito	80
4.3.2 Diferença entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados	82
4.4 REGRAS E PRINCÍPIOS	83
4.5 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	85
4.6 O PÚBLICO E O PRIVADO. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL	87
4.6.1 A crescente publicização do direito privado e a privatização do direito público	89
4.7 A TEORIA DO RISCO EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS	90

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	96

1 INTRODUÇÃO

O modelo Liberal de Estado nasce em meados do século XVII e decorrer do século XIX, como resultado da conquista da classe em ascensão – a burguesia. Neste momento esta classe tinha a Igualdade e Liberdade como principais objetivos, principalmente para fixar a não-intervenção do Estado na economia e nas relações travadas entre entes privados, que se dizem iguais e livres.

Neste contexto, cabia ao Estado simplesmente o dever de não impedir o exercício da autonomia da vontade, por ser direito fundamental. Nestes moldes clássicos, o Estado mostra-se individualista (ao priorizar a liberdade individual e os direitos humanos de primeira geração – os direitos e garantias individuais), negativo ou abstencionista (sua atividade voltava-se para um “não-fazer”, ou seja, não violar direitos fundamentais, permitindo que os particulares decidam livremente sobre suas relações privadas), encontrando nos direitos individuais (direitos humanos / direitos fundamentais) o principal limite à sua atuação.

A igualdade constitui-se importante bandeira levantada pela teoria liberal. Leia-se a mesma nos moldes formais, na medida em que se contentava com a previsão legal de que “todos são iguais perante a lei” - regra que se reduz a limite à atuação do Estado, não importando, em contrapartida, qualquer tarefa para resguardar tal direito. Esta faceta formal tem o condão de desprezar as necessidades reais dos indivíduos situados em estado de pobreza e marginalização. Não é dada a devida importância à igualdade num plano material e mesmo jurídico – tal como de oportunidades, igualdade de ponto de partida, etc.

Ao pregar a liberdade entre os sujeitos, a principal consequência é que estes agem com plena capacidade de escolha em suas várias condutas, devendo, portanto, se obrigar de acordo com tais escolhas. Eis a consagração da autonomia da vontade, que representa a liberdade negocial dos sujeitos, conferindo-lhes a faculdade de fazer nascer alguns direitos e deveres de acordo com seus interesses – tendo como principal instrumento o Contrato – desde que lícitos. A autonomia da vontade alimenta-se – entre outras circunstâncias - do princípio que rege as relações privadas denominado “pacta sunt servanda” (“os pactos devem ser cumpridos”), vindo a significar que os sujeitos estão permanentemente responsáveis pelo adimplemento das obrigações contraídas, para fins de manutenção da segurança

jurídica.

Dada a igualdade e liberdade como principais metas do Estado e da sociedade liberais, os códigos civis liberais representavam verdadeiras “constituições privadas”, ao passo que as próprias Constituições traduziam simplesmente metas gerais a serem alcançadas.

A responsabilidade civil clássica, assim, apresenta-se como de natureza subjetiva e baseada na imputabilidade, ou seja, caberia à vítima – ao buscar a devida indenização – comprovar que o agente causador do dano agiu com culpa lato sensu (em sentido amplo) - seja por dolo, imprudência, negligência e imperícia - devendo ser imputável a conduta culposa ao agente e o dano imputável à conduta.

Já neste percurso histórico vislumbra-se a desigualdade fática, que consiste em relações travadas entre particulares marcadas – em grande escala – por um poder privado de um lado, e do outro, uma parte mais fraca, dita hipossuficiente. Latente se mostra a ameaça à plenitude dos direitos fundamentais destes sujeitos fracos, porém livres e iguais, vindo a se submeter, no mais das vezes, a condições precárias ou mesmo a renúncia a tais direitos.

Isso gera a necessidade de proteção aos hipossuficientes a partir de ações estatais tendentes a minorar as referidas distâncias sócio-econômicas. Assim, o Estado Liberal cede aos poucos lugar para um Estado Social, cujo marco vem a ser uma atuação positiva, no sentido de se posicionar em favor dos menos favorecidos nas diversas relações jurídicas, como o trabalhador, o consumidor, o contratante aderente, entre outros.

A partir do século XX, com o incremento do progresso científico e tecnológico, a explosão demográfica e o processo de globalização econômica, nasce o que se convencionou denominar “sociedade tecno-científica”, cujas características são intensa velocidade na produção e circulação de bens, serviços e fluxo de informações, relações mais complexas, novas tendências de se perceber os elementos tempo e espaço (ao se reduzir fronteiras e distâncias), entre outras.

Observa-se o incremento dos riscos nesta sociedade pós-moderna em níveis alarmantes nunca antes vistos. Riscos estes aptos a gerar danos incalculáveis em questões de tempo, espaço, proporção, vítimas atingidas, etc. Nesse sentido tem-se “riscos globais”, pois os riscos hodiernos não mais estão adstritos a fronteiras, atingindo todo o planeta e mesmo as gerações futuras.

O direito, assim, deve buscar acomodar essas novas relações e os novos

danos, os novos perigos, visando resguardar a própria sobrevivência do ser humano. A antes tão arraigada dicotomia público-privado se vê desconstituída, face à constante circularidade das suas questões. A exemplo desse fenômeno, tem-se o entrelaçamento entre direito constitucional e direito civil, no que hoje se convencionou denominar “leitura civil-constitucional” dos direitos civilmente consignados.

Torna-se imperativo o reconhecimento da vinculação direta dos particulares ao princípio da dignidade da pessoa humana - norte dos direitos fundamentais - para a construção de uma sociedade mais justa, digna e igualitária (Art. 3º, I e III, CF/88).

O direito civil, de acordo com essa visão, passa a ter como pilares os aspectos existencial do ser humano, social e patrimonial. Protesta-se a observância das normas de ordem pública (notadamente, entre elas, os direitos fundamentais) nas relações privadas, cumprindo-se um desejo ético de olhar o outro, firmado na ideia de solidariedade jurídica.

O Código Civil de 2002 tem como pontos nodais a eticidade, operabilidade e socialidade, configurado em termos de releitura de seus institutos como família, contrato, responsabilidade, etc., voltada para a promoção da dignidade humana como fim a ser perseguido por todo o direito.

A responsabilidade civil, então, sofre importantes transformações em seus parâmetros. Visando atender a vítima e remediá-la da melhor maneira possível, o ordenamento jurídico flexibiliza paulatinamente, desde a facilitação da prova da culpa, a instituição das presunções de culpa (*iuris tantum*, pois admitem prova em contrário), a transformação em contratual da culpa aquiliana (extracontratual), a transformação em absolutas (*iuris et de jure*) as presunções relativas, até a atual e inovadora tendência à objetivação.

Viu-se a urgência em reinventar a supremacia do ser humano diante de concepções tão clássicas de responsabilidade.

Somando-se à efetiva proteção à pessoa humana, os novos riscos da sociedade de riscos faz nascer novos moldes de responsabilidade civil. O artigo 927 do Código Civil¹, em seu caput, prevê a responsabilidade nos moldes subjetivos,

¹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica 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.

sugerindo manter-se esta forma de responsabilização como regra geral. O parágrafo único prevê duas hipóteses de responsabilidade civil objetiva (independente da análise de culpa do agente): 1ª) nos casos previstos em lei; e 2ª) quando a natureza da atividade importar em riscos para os direitos de outrem.

Quanto aos casos previstos em lei de responsabilidade civil objetiva, não se enfrenta maiores questionamentos. Porém, a segunda parte do dispositivo vem prever que todas as atividades consideradas “de risco” imporão ao agente o dever de indenizar, independente da vítima mover um arsenal de provas voltadas a atestar a culpa do responsável ou criador da situação de risco.

Considera-se o instituto inovador em vários aspectos. Primeiramente direciona mais importância à vítima que ao agente, e, portanto, à causalidade sobre a imputabilidade. Num outro aspecto, viabiliza a constante atualização do direito ao instituir causa de indenizar atrelada à cláusula geral de “risco” e “atividade de risco”, conferindo à doutrina e jurisprudência abalizar, de acordo com o caso concreto, que atividades se enquadram nos termos da segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Ora, a previsão taxativa dos casos de risco, além de impossível, importaria sérias restrições a direitos diante da ocorrência de lesões concretas a bens jurídicos.

Eis os questionamentos que movem esta pesquisa: sobre que parâmetros definir o risco (ou os novos riscos) na sociedade contemporânea? Mais precisamente: o que são atividades de risco?

A presente dissertação visa estudar a responsabilidade civil objetiva baseada no risco como fenômeno de viabilização da dignidade da pessoa humana em situações específicas de risco, criado por alguém, e que gera, por si só, danos a terceiros.

Para tanto, este trabalho estrutura-se da seguinte forma:

No capítulo primeiro, abarca-se a temática da evolução do risco a ponto de gerar a obrigação de indenizar, buscando caracterizar a “sociedade de risco” e o risco na modernidade, entrelaçando a temática da responsabilidade civil e do risco.

No capítulo segundo, discorre-se sobre a tendência à objetivação que impregna a responsabilidade civil, além de estudar o perfil das atividades que tem sido consideradas “de risco”, alinhando o entendimento doutrinário e a evolução jurisprudencial nesse sentido.

E, por fim, no capítulo terceiro alude-se a alguns temas como dignidade da pessoa humana, direitos humanos / fundamentais, cláusulas gerais e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, para relacionar à responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco. A referida inovação, ao longo da pesquisa, é tratada como importante mecanismo de concretização dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

2 A EVOLUÇÃO DO RISCO COMO JUSTIFICADORA DO DEVER DE INDENIZAR

O capítulo tratará de questões referentes ao risco e à sociedade de risco a fim de posteriormente relacionar tais conceitos à responsabilidade civil.

2.1 O RISCO NA CONTEMPORANEIDADE

Na sociedade contemporânea o risco se torna tão constante, intenso e imprevisível que passa a ser cláusula geral de responsabilidade civil, conforme a 2ª parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, a saber: “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”.

O risco é encarado como algo invisível, imensurável, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que destrói as esperanças de prevenção e de domínio, sendo um efeito perverso ou secundário das próprias decisões humanas. Nesse sentido, segundo Di Giorgi², esta sociedade é constantemente denominada como “sociedade do risco” ou “sociedade em risco”³.

Hoje, nem a racionalidade, nem a estatística, nem o cálculo de utilidade podem indicar com precisão os parâmetros do risco. Soma-se a isso o fato de que ao mesmo tempo em que se multiplicam as situações de perigo, o ser humano deixa, paulatinamente, de aceitar os golpes do destino.

² DI GIORGI, Rafaelle. O direito na sociedade de risco. **Revista Opinião Jurídica**, v.3, n.5, p. 383-393, 2005. p. 385.

³ “Mas o que é apresentado como risco na sociedade de risco? O que está em risco nesta sociedade? O direito, a política, ou a própria sociedade? A que se contrapõe o risco? Qual o outro lado da distinção que um dos lados é a sociedade de risco? Segurança? Estabilidade? Compaixão? Ordem? Ou ainda: racionalidade, crítica, reflexão? O risco da sociedade do risco é uma questão que interessa às operações da estrutura da sociedade ou uma questão relativa ao caráter das descrições da semântica, por meio das quais a sociedade observa-se?” (DI GIORGI, 2005, p. 385).

Sobre isso, Hironaka⁴ descreve que:

[...] a crença irrestrita na probabilidade está completamente fora de cogitação; assim, quem se decide por assumir um risco se arrisca – conforme indica a proposital formulação pleonástica – e deve saber-se responsável pelas perdas que sofrer, mas, especialmente, pelos danos que a outrem causar.

Claro que o risco – em que pese se estar enfatizando seu conteúdo negativo – apresenta aspectos positivos. Sem ele, não se assistiria tão ampla troca de produtos e serviços em escala global, acesso a fluxos de informações e tecnologias, advento de um sem número de atividades geradoras de emprego aptas, inclusive, a ser alvo de altos investimentos, etc. A produção de risco não deve ser vista apenas como vilã, pois há que se reconhecer que movimenta a economia e o mercado. Assim, Beck⁵ ressalta que a produção social de riqueza vem acompanhada pela produção social de risco.

Ainda de acordo com autor acima mencionado⁶, tempos atrás, risco significava coragem, ousadia, aventura. Hoje, a idéia assume a proporção de possibilidade de destruição do meio ambiente e da vida no planeta. E desde já propõe o autor que os riscos deixam de ser locais e passam a ser globais. E é claro que passam a requerer soluções também globais.⁷

Globalização da economia, energia nuclear, superpopulação, tecnologia industrial, poluição atmosférica – entre outras - constituem-se causas que incrementam as situações de risco. Riscos estes que contaminam todas as esferas sociais.

Há inúmeras consequências: enchentes, despejo inadequado do lixo, falta de opções de transporte, uso inadequado do solo, falta de saneamento, inflação galopante, desemprego maciço, distribuição desigual de renda e riqueza, a percepção de que os recursos naturais estão sendo exauridos, surgimento de

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 110.

⁵ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona / Buenos Aires / México: Paidós, 1998

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., p. 13 ensina: [...] estamos entregados casi sín protección a las amenazas industriales de la segunda naturaleza incluida em el sistema industrial. Los peligros se convierten em polizones del consumo normal. Viajan com el viento y com el agua, están presentes en todo y atraviesan com lo más necesario para la vida (el aire, el alimento, la ropa, los muebles) todas las zonas protegidas, de la modernidad, que están controladas tan estrictamente. E prossegue: “Aquí queda claro que la Tierra se ha convertido em una catapulta que no respeta las diferencias entre ricos y pobres, blancos y negros, sur y norte, este y oeste”. (BECK, 1998, p. 44).

patologias físicas e mentais típicas da atualidade⁸, crescimento da violência e da ocorrência de crimes, entre outras.

Acrescenta-se a proposta de Godoy⁹ do “risco serial” gerado pela massificação das relações. Há um envolvimento cada vez maior de grandes grupos em torno de um único fato. Com isso, ocorre o declínio dos liames jurídicos essencialmente individualizados, que cedem espaço às lides tipicamente de massa. Por outro lado, a complexidade estrutural dos grandes conglomerados econômicos serviu para dificultar ainda mais a já árdua tarefa de identificação precisa do verdadeiro autor da lesão.

Esse cenário gera diversas e cada vez mais frequentes formas de risco, disperso em toda a sociedade humana: risco de adquirir doenças físicas como câncer, AIDS, gripe A, mal de Parkinson, mal de Alzheimer, etc. E mentais como depressão, esquizofrenia, etc. E mesmo doenças advindas das poluições atmosférica e sonora como otites, dores de cabeça, asma, as doenças visuais, etc. Risco de ficar desempregado, de sofrer traumas físicos e morais decorrentes das relações de trabalho, conjugais, etc. Risco de perder repentinamente parentes e amigos, de ser vítima da violência urbana, de sofrer acidentes ao se transportar, risco de sofrer perda nos investimentos realizados, etc.

Surgem alguns efeitos secundários segundo Beck¹⁰ tais como: fusão de mercados, desvalorização do capital, novas responsabilidades, obrigações políticas, controle das decisões empresariais, reconhecimento de pretensões de indenização, custos gigantescos, processos judiciais, entre outros.

De acordo com as expectativas acima mencionadas, Di Giorgi¹¹ refere-se ao risco como modalidade de relação com o futuro. Um futuro – vale dizer – que não se conhece, que produz riscos que não se pode conhecer e dos quais não se pode precaver, riscos estes invisíveis e – talvez – insuperáveis. O futuro – e mesmo o

⁸ CABRAL, Álvaro (trad.). **O ponto de mutação**. São Paulo: Cutrix, 2006. p. 22. Retrata especificamente esta situação: “Enquanto as doenças nutricionais e infecciosas são as maiores responsáveis pela morte do Terceiro Mundo, os países industrializados são flagelados pelas doenças crônicas e degenerativas apropriadamente chamadas 'doenças da civilização', sobretudo as enfermidades cardíacas, o câncer e o derrame. Quanto ao aspecto psicológico, a depressão grave, a esquizofrenia e outros distúrbios de comportamento parecem brotar de uma deterioração paralela de nosso meio ambiente social”.

⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Professor Agostinho Alvim). p. 13

¹⁰ DI GIORGI, 2005, p. 86.

¹¹ DI GIORGI, Rafaelle de. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 197.

presente – torna-se o lugar das incertezas: que riscos se corre? Ainda há uma zona de segurança em certas atividades?¹² Segundo o autor¹³, “Nestas condições de não-saber, aquilo que realmente pode-se saber é que cada redução ou minimização do risco aumenta o próprio risco”.

A catástrofe, então, converte-se em normalidade. Neste caso, a única alternativa de se minorar o risco é criar outros riscos, ou – vale explicar – formas de segurança que por si só geram riscos. Nem que seja o risco de não saber se são eficazes: até que ponto serão seguros os mecanismos de segurança? cobrem todos os riscos daquela atividade?

Outro aspecto importante a ser considerado seria a relação entre o risco e as classes sociais. Preliminarmente vê-se que quem produz, é responsável e aproveita os benefícios diretos da exploração de atividades econômicas. Mesmo sendo os riscos produzidos em escala global, é esta classe social que menos sofre – ou que sofre retardadamente – as consequências mais nefastas. Os que mais sofrem – ou que sofrem imediatamente - são os setores mais pobres da sociedade: os assalariados, os operários das indústrias, os desempregados, os que dependem de transporte coletivo, os que não têm plano de saúde, os que moram em favelas ou em ambientes sem estrutura de saneamento e segurança, etc.

Enquanto a riqueza é produzida “em cima”, os riscos ficam “em baixo”. De um lado a propriedade, o lucro, altos investimentos, movimentação dos mercados; de outro, os riscos gerais que afetam a sobrevivência. Assim, ao mesmo tempo em que o progresso científico amplia a expectativa e a qualidade de vida, multiplica o potencial de riscos e de danos na vida social.

Aqui, um breve parêntese. É claro que ao se referir à universalidade do risco – o risco se faz presente em toda a humanidade, sem respeitar fronteiras, espaços, ou tempo – pode se falar em “classe dos afetados” e “classe dos ainda não afetados”. Isso porque os riscos podem afetar imediatamente as camadas populares de baixa renda, mas não significa que a classe alta também não possa sofrer tais consequências. Esta sofre, mas retardadamente, conforme o que Beck¹⁴ denomina

¹² DI GIORGI, 1998, p. 198-199. Acrescenta: [...] Segundo alguns, a catástrofe é iminente e inevitável. Segundo outros, apenas uma revolução universal pode salvar a sociedade. Outros, ainda, pedem o retorno a uma fé comum; outros suplicam que sejam salvas, pelo menos, natureza ou as gerações futuras”.

¹³ Ibid., p. 389.

¹⁴ BECK, 1998, p. 44.

“efeito bumerang” ou “efeito socialmente circular do perigo”. Basicamente, tratam-se de condições, reações e contrarreações cíclicas.

Portanto, os primeiros a serem afetados são os mais pobres. São riscos de sofrer acidentes, adquirir doenças, perder emprego, ter insuficiência em atender suas necessidades fisiológicas, ser vítimas de crimes, perder suas propriedades em enchentes, entre outros. As classes econômicas sofrem o efeito bumerang quando: perdem mercados face à alta competitividade, não tem o retorno esperado em seus diversos investimentos, falência, etc.

Consignadas estas palavras sobre o risco na contemporaneidade, é importante ressaltar, nesse momento, seu estudo e percepção pela sociedade.

2.1.1 A percepção do risco

O risco é resultado das construções que se formam principalmente por meio da mídia (ocorrência a que Di Giorgi denomina “universalização da mídia”¹⁵), alarmando, por vezes, a população com seus números estatísticos e discurso geral e improdutivo de que o Estado é o grande responsável.

Constitui-se, segundo as palavras de Beck, uma “comunidade do medo”¹⁶, sempre impressionada com os números, as ocorrências, as tragédias e as opiniões fornecidas nos discursos políticos e difundidos pelos meios de comunicação de massa. Porém, há que se plantar na consciência popular – através da comunicação social – a solidariedade¹⁷ como meta geral, a partir da informação sobre a natureza e dimensão dos riscos contemporâneos.

Afinal de contas, o que tem crescido: os riscos, ou a percepção sobre eles? Beck¹⁸ defende que ambos significam a mesma coisa. Concorda-se com o posicionamento do autor, pois o risco nada mais é do que uma construção, cujos atores são as classes econômicas, o Estado e a sociedade.

¹⁵ DI GIORGI, 1998, p. 166.

¹⁶ BECK, 1998, p. 56 pontua: “[...] en lugar de la comunidad de la miséria aparece la comunidad del miedo. En este sentido, el tipo de la sociedad del riesgo marca una época social en la solidariedad surge por miedo y se convierte en una fuerza política”.

¹⁷ Em item posterior, procura-se definir os contornos gerais do que seja solidariedade no contexto do paradigma social da responsabilidade (3.7), bem como do princípio do solidarismo jurídico (4.2.3).

¹⁸ BECK, op. cit. p. 64.

Seria a informação atual do problema um exagero ou delírio intelectual? Ou – ao contrário – representaria uma forma de conter o medo ao não ministrar na sociedade as reais dimensões dos perigos? Seria então esta informação excessiva ou reduzida?

Partindo-se da nova visão do risco na sociedade contemporânea, a demonstração causal, reducionista e tecnicista de demonstração empírica e racional dos riscos mostra-se insuficiente: hoje, os riscos são difusos e invisíveis, não mais podendo ser auferidos e calculados racionalmente. De acordo com Levy-Leblond¹⁹, ao ouvir a ciência ganha-se, a partir de agora, o benefício da dúvida.

Até mesmo os parâmetros fixados a título de limite de tolerância podem, simplesmente, cumprir o papel de “tranquilizadores simbólicos”, na medida em que confia em pareceres de “peritos” o futuro da própria humanidade. Porque não dizer – sem a pretensão de ser reducionista – que a população mundial está “nas mãos” de alguns seres humanos, que decidirão, por exemplo, qual o limite tolerável de poluição em um dado ambiente. Sem deixar de ressaltar que este tipo de decisão não se faz de forma livre e desembaraçada, posto que acarreta em consequências para os poderes privados, e para o mercado mundial²⁰.

A insuficiência das ciências empíricas acarreta na valorização da sabedoria, espiritualidade, ética, apego à religiosidade, a opção cada vez maior por tecnologias “brandas” (soft), a propagação do ideário de “viver com menos” ou “small is beautiful” (o negócio é ser pequeno / pequeno é bonito) com a finalidade de se reduzir os impactos sócio-econômicos e ambientais, e prega-se, cada vez com mais intensidade, o marco do desenvolvimento sustentável.

Hoje a construção científica perde seu caráter de imparcial e objetiva, passando a ser holística e ecológica. Não mais se despreza as outras formas de conhecimento – inclusive conhecimentos tradicionais – voltados para a sustentabilidade e controle dos riscos.

¹⁹ LÉVY-LEBLOND, Jean-Marc. Antes/... In: _____. **O pensar e a prática da ciência: antinomias da razão**. São Paulo: EDUSC, 2008. p. 19-30. “Trata-se de convocar a ciência, no processo intelectual, não mais como o especialista que venha fornecer confortáveis argumentos de autoridade, mas como o contra-especialista, que testemunhe a fragilidade das conclusões, por mais razoáveis que elas sejam [...]”.

²⁰ Como via de mão dupla, o outro lado é justamente o oposto: a informação com requintes de sensacionalismo fornecida pela mídia, a exemplo dos riscos gerais à vida, à saúde, à propriedade, etc.

2.2 CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade contemporânea rege-se por uma ordem sócio-econômica globalizada. A revolução tecnológica revela que o processo globalizacional apresenta-se de forma inevitável e impostergável, propiciando mudanças de ordem ideológica, científica, tecnológica e, sobretudo, econômica, além de promover uma complexidade social dantes inimaginável.

Esta nova realidade, designada por Beck²¹ de “sociedade de risco”, identifica-se por uma comunidade na qual os riscos produzidos referem-se a danos de larga envergadura lesiva, não delimitáveis, imprevisíveis, globais, sistemáticos e, com frequência, irreparáveis. A sociedade da atualidade é, pois, uma sociedade que se põe por seus próprios atos em perigo, mediante a decisão de manter certas atividades consideradas importantes para a evolução social. São as decisões sobre que atividades tolerar, que relações considerar lícitas, que mecanismos securitários adotar, etc. Promovidos por tais decisões, os riscos atingem a todos os cidadãos e podem ser capazes de exterminar a própria humanidade.

Nesta perspectiva, vive-se, então, num tempo de transição entre uma sociedade industrial e uma sociedade digital, entre uma sociedade nacional e uma sociedade global, entre a lógica-formal cartesiana e a cultura dos espaços virtuais, plurais e fragmentados.²²

É importante salientar que se a sociedade se apresenta global em seus processos econômico, político, ideológico, entre outros – inclusive os riscos a que se submete - certos valores são modificados. A exemplo, no lugar da incessante busca pela igualdade da sociedade liberal, a sociedade contemporânea prioriza a seguridade, face ao incremento dos riscos. Já não se trata de alcançar algo bom, mas evitar o pior.

Nesse contexto, Di Giorgi²³ denomina “sociedade de risco”, “segunda modernidade” ou “contramodernidade”²⁴ a sociedade na qual os riscos começam ali

²¹ BECK, 1998.

²² Ibid., p. 19 “[...] em la sociedad industrial la “lógica” de la producción de riqueza domina a la “lógica” de la producción de riesgos, em la sociedad del riesgos y invierte esta relación (primera parte). [...] La ganancia de poder del “progreso” técnico-económico se ve eclipsada cada vez más por la producción de riesgos [...]”.

²³ DI GIORGI, 1998, p. 195-196.

²⁴ Em outro momento, confere a nomenclatura “sociedade de informação”, para designar essa mesma

onde falham os sistemas de normas sociais que haviam prometido segurança. Estes sistemas falham pela sua incapacidade de controlar as ameaças que provêm das decisões. Tais ameaças são de natureza ecológica, tecnológica, política, etc.

Esta sociedade revela-se instável e descontínua, uma sociedade contingente, que sempre inova em tecnologia e, ao mesmo tempo, na produção dos riscos. Assim, conforme menciona Di Giorgi, “O limite da sociedade é o mundo e o mundo é o horizonte das possibilidades”.²⁵

Quanto à compreensão do espaço na contemporaneidade, salutar é a lição de Castells. Conforme o autor²⁶, “o espaço é a expressão da sociedade, é a própria sociedade; os processos espaciais são construídos pela dinâmica de toda a estrutura social.” O espaço deve ser definido de acordo com as práticas sociais e o tempo.

Castells refere-se às “cidades globais” ou “informacionais”, cujo lugar, em si, já não é suficiente para delimitar esta nova sociedade, mas sim o que o autor denomina de “espaço de fluxos” - fluxos de informações, serviços e tecnologia. O que reúne uma sociedade não é mais o lugar, mas estes fluxos de comunicação. O espaço não mais se configura como local, mas como supralocal.²⁷

Essa nova configuração de espaço acarreta novos problemas. Santos²⁸ enumera os problemas fundamentais inerentes ao espaço-tempo mundial. A grande celeuma seria a irreversível polarização entre o Norte e o Sul, entre países centrais e periféricos no sistema mundial. Esse problema abarca 3 (três) vetores: a explosão demográfica, a globalização da economia e a degradação ambiental.

Na esfera política as menções se fazem à crise regulatória do direito estatal, que não mais garante as expectativas e não mais se ajusta ao aumento das possibilidades de ação e escolhas geradas pela revolução tecnológica. A tendência

sociedade. (DI GIORGI, 2005, p. 388).

²⁵ DI GIORGI, 2005, p. 387.

²⁶ CASTELLS, Manuel. O espaço de fluxos. In: _____. **Sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005. p. 534-535.

²⁷ Segundo Castells (2005, p. 519), a redefinição do espaço industrial “[...] é organizado numa hierarquia de inovação e fabrico articulada em redes globais. A direção e a arquitetura dessas redes estão sujeitas às constantes mudanças dos movimentos de cooperação e concorrência entre empresas e locais. [...] O que resta como lógica característica da nova localização industrial é a sua descontinuidade geográfica, paradoxalmente formada por complexos territoriais de produção. O novo espaço industrial é organizado em torno de fluxos de informação que, ao mesmo tempo, reúnem e separam – dependendo dos ciclos das empresas – os seus componentes territoriais.”

²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. O norte, o sul e a utopia. In: _____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade.** 4.ed. São Paulo: Cortez, 1997. O autor aborda a questão do espaço em 4 (quatro) módulos, a saber: espaço-tempo mundial; espaço-tempo doméstico; espaço-tempo da produção; e espaço-tempo da cidadania.

apontada pela doutrina aqui destacada seria a sensação de insuficiência dos governos locais.²⁹ Em decorrência dessas consequências políticas, a tutela de interesses coletivos e difusos passa a ganhar destaque, principalmente no que se refere aos temas de meio ambiente e relações de consumo.

Na economia, o caos também é presente: os mercados se fundem, gerando aumento das desigualdades entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos - estes submetidos à força privada das nações que tem mais condições de investimentos e controle destes mercados – conforme citado por Boaventura de Sousa Santos (retro).

A solução para tais circunstâncias – em primeira mão – seria responsabilizar os iniciadores do risco. Sobre o assunto, Jakobs³⁰ disserta que para a administração estatal de uma sociedade mais ou menos complexa nunca bastou o estabelecimento de normas precisas contra a lesão de bens jurídicos. Sempre existiu a necessidade, ademais, de que determinadas modalidades de comportamento, consideradas por alguns cidadãos como inócuas, fossem fixadas de modo centralizado como perigosas, sancionando a infração dessas normas.

A igualdade formal (igualdade na lei) faz surgir novas desigualdades ao conferir consequências iguais a seres desiguais. A assimetria presente faz nascer a necessidade de se reconhecer as desigualdades latentes para fins de se buscar algum equilíbrio. Então, calcula-se o caminho inverso como melhor proposta na busca de igualdade.

O direito, nesse sentido, deve se empenhar não por eliminar as desigualdades materiais, mas - conforme propõe Campilongo³¹- por garantir condições: 1) de respeito e fortalecimento das diferenças; 2) de distribuição mais

²⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa com apresentação e ensaio de Raffaele Di Giorgi**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.120-124, inclusive, anuncia a 'sociedade global', caracterizando-a em vários aspectos (político, funcional, territorial, comunicacional, etc.). Comenta em sua obra, preliminarmente o aspecto político. Veja-se: “[...] com a globalização os Estados perderam a força face a condicionamentos políticos que escapam de seus controles (sistema financeiro internacional, dívidas externas, fluxos do comércio mundial, sistema de produção globalizado, etc.), mas, simultaneamente, devem ser fortes o suficiente para implementar reformas que os ajustem às necessidades da nova economia. Os supostos desmantelamento, inutilidade e extinção do Estado – até mesmo em virtude das exigências da globalização – são mitos cada vez mais desmascarados pelos fatos. Sem um Estado forte, as chances de inserção na nova economia são mínimas [...]no plano interno, há uma forte sensação de que o Estado é incapaz de responder com um mínimo de eficiência (pelo menos nos países em desenvolvimento) às suas funções nas áreas da saúde, educação, segurança, emprego, ambiente, finanças públicas e justiça, [...]”

³⁰ JAKOBS, Gunther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Barueri-SP: Manole, 2003. p. 25-27.

³¹ CAMPILONGO, op. cit., p. 134.

uniforme das capacidades de ação coletiva; 3) de estímulo às oposições, minorias e alternativas, no plano das organizações internacionais³².

Ressalta-se a ideia da paradoxalidade, que pode assim ser indicada: na sociedade contemporânea, coexistem simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade. Ou pode-se mesmo dizer: nesta sociedade há, simultaneamente mais igualdade e mais desigualdade, mais participação e menos participação; mais saber e mais não saber; menos informação e mais informação; mais política e menos controle; mais legalidade e mais ilegalidade; mais democracia e menos participação; mais riqueza e mais pobreza³³; mais segurança e mais risco; mais direito e mais não-direito.

Sobre o discurso igualitarista, Campilongo³⁴ assevera que sempre foi marcado pela ambiguidade de combinações que toleram as “desigualdades que preservam a liberdade individual”, as “desigualdades úteis” ou as “desigualdades justas”, isto é, desigualdades que impelem à igualdade. Se mais igualdade sempre provê o seu contrário, a recíproca é verdadeira. E assim se explica as demais formas de paradoxalidade acima referidas. Destaca-se que é a produção maciça de conhecimentos que faz gerar os desconhecimentos relativos ao risco contemporâneo.

As propostas elencadas em sede de minorar as consequências dos riscos contemporâneos são: a implantação da informação em todos os setores da sociedade civil sobre os novos e constantes riscos através de uma educação voltada para formar a consciência social nesse sentido; a ampliação da participação coletiva nas tomadas de decisões que acarretem em risco, gerando uma gestão mais democrática; o fomento de debates sobre os temas sociais de saúde, direitos da criança e adolescente, direitos dos idosos, relações de consumo, assistência social em geral, por meio de realizações de audiências públicas.

A informação e participação popular farão com que se exija mais não só do

³² “[...] É só a partir de pré-condições de igualdade, enquanto requisito das decisões, que se pode atribuir ao direito a capacidade de oferecer tratamentos desiguais. O tratamento desigual deve ser suficientemente motivado pelo direito. Só a lei igual para todos, por mais paradoxal que isso seja, pode admitir tratamentos diferenciados”. (CAMPILONGO, 2000, p. 171).

³³ BECK, 1998, p. 78-79 define: “El dominio de los riesgos obliga a una visión general, a una labor conjunta por encima de todos los limites cuidadosamente fijados y atendidos. Los riesgos se oponen a la distinción entre teoría y praxis, se oponen a las competencias especializadas y a las responsabilidades institucionales, se oponen a la distinción entre valor y hecho (y com ello, entre ética y ciencia) y se oponen a la separación, al parecer institucional, de las esferas política, pública, científica y económica”.

³⁴ CAMPILONGO, 2000.

Estado – que adote políticas públicas voltadas à prevenção e controle dos risco, ou mesmo de legislação apropriada para fins da devida responsabilização dos agentes causadores de risco – como também dos setores privados, no sentido de colaborar com a redução do risco em vários aspectos, a exemplo de adotar medidas de controle como o uso de equipamentos adequados, a opção por matérias-primas que agridam menos o meio ambiente, informar a população sobre suas atividades e colaborar para que a população conheça seus projetos.

Tratado o risco em sede de consequências sociais, vale mencionar uma de suas abrangências no Direito, mais especificamente no Direito civil, qual seja, a responsabilidade civil.

3 A TEORIA DO RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Ocupa-se no presente item, de breves anotações acerca da definição e a tendência à objetivação da responsabilidade civil.

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: TENDÊNCIA À OBJETIVAÇÃO

Parte-se da definição de Lotufo³⁵ sobre a palavra responsabilidade, que vem da raiz *spondeo*, a fórmula no direito romano para ligar o devedor solenemente nas relações contratuais.

Para Amaral³⁶ a responsabilidade civil é instituto fundamental do Direito Privado e representa a obrigação de indenizar. Segundo o autor³⁷ o instituto traduz a realização jurídica de um dos aspectos do personalismo ético, segundo o qual ter responsabilidade, ser responsável, é assumir as consequências do próprio agir, em contrapartida ao poder de ação consubstanciado na autonomia privada. Não mais a concepção egoística do indivíduo em si, mas o indivíduo como pessoa, comprometida com o social. A responsabilidade civil traduz, portanto, o dever ético jurídico de cumprir uma prestação de ressarcimento.³⁸

Vale destacar a classificação da responsabilidade civil em subjetiva e objetiva. A subjetiva apresenta como requisitos para sua configuração além da ocorrência de uma ação ou omissão, o dano efetivo e o nexo de causalidade entre ambos, a análise da culpa, item que a separa dos moldes objetivos.

No artigo 927, *caput*, do Código Civil brasileiro consta: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

³⁵ LOTUFO, Renan. Da responsabilidade civil. In: _____. **Curso avançado de direito civil: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 290-312. V. 1. p. 290.

³⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6.ed. rev.aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 149.

³⁷ Ibid., p. 546.

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. In: _____. **Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 58-140.p. 862. afirma que: “Responsabilidade significa a transferência da incidência de um dano de um sujeito a outro”.

Soma-se a esse dispositivo o que reza o art. 186 do mesmo diploma: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Trata-se da responsabilidade civil na modalidade subjetiva. A imputabilidade pode ser considerada um dos elementos constitutivos da culpa – e, portanto, da responsabilidade civil subjetiva - e consiste no fato de que a obrigação de reparar o dano persiste se praticado por pessoa a quem se possa atribuir a livre determinação de sua vontade ou a liberdade de querer.³⁹

Conforme Moraes⁴⁰, o Código Civil de 1916 fundou seu sistema de responsabilidade civil na prática de um ato ilícito, elaborado no direito romano, consolidado pelo direito canônico e com base na influência direta do Código Napoleão, deduzido de uma razão ético-jurídica válida atemporalmente.

Vale dizer que mesmo nessa época, o inadimplemento da obrigação de resultado já ensejava reparação dos danos pelo regime da responsabilidade objetiva, antes do advento do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

As principais atenuações da responsabilidade civil subjetiva foram - conforme enumera Carlos Roberto Gonçalves⁴¹:

a) Maior facilidade à prova da culpa, extraindo-a em circunstâncias do fato e de outros elementos favoráveis⁴²;

³⁹ Convém ressaltar que, no Código Civil de 1916, a imputabilidade é regra, sendo afastada em certos casos como menoridade, demência, consentimento da vítima, exercício normal de direito, legítima defesa e estado de necessidade, hipóteses em que não subsiste a responsabilidade.

⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 847.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 478-479.

⁴² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009 cita a concepção objetiva de culpa como passo rumo à objetivação nos termos em que atualmente se encontra. Numa leitura de “culpa objetiva”, despreza-se as particularidades do agente, para se realizar um cotejo de seu comportamento com uma figura abstrata, um “homem médio”, o “bonus pater familias” ou “reasonable man”. Essa situação configura, para Orlando Gomes □ nada mais nada menos que o reconhecimento da objetivação da responsabilidade na medida em que desconsidera as individualidades do sujeito para responsabilizá-lo sem que seja considerado culpado.

LOPES, Othon de Azevedo Lopes. **Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 328-329 defende que a tese do risco de forma alguma é incompatível com as análises voluntaristas. Por mais que não fique adstrita à noção de simples causa e efeito, ocorre imputação subjetiva na medida em que acontece assunção voluntária dos proveitos de um empreendimento, que necessariamente deveria comportar os seus riscos. São aspectos de vontade e imputação concernentes não à conduta, mas ao próprio risco. Nessa linha, de modo algum

b) Admissão da teoria do abuso de direito como ato ilícito, interpretando-se a contrário sensu o artigo 160, I, do Código Civil, desde que desatendesse à finalidade social;

c) Estabelecimento de casos de presunção de culpa (Código de Menores, art. 68, § 4º; Súmula 341⁴³ do STF, a lei sobre a responsabilidade das estradas de ferro, etc.). Aqui, bastaria a prova da relação de causa e efeito entre o ato do agente e o dano experimentado. Para eximir-se da responsabilidade, o causador teria que provar ausência de culpa e/ou caso fortuito / força maior⁴⁴;

d) Admissão de maior número de casos de responsabilidade contratual (como nos transportes em geral); e

e) Adoção da teoria do risco.⁴⁵

O Anteprojeto de Código Civil, de 1972, bem como suas diversas redações posteriores, que culminou na Lei n.º 10.406/2002, previa a semente da responsabilidade civil objetiva com aplicação, de modo genérico, da teoria do risco no âmbito civil, conforme dispunha o parágrafo único do art. 986, *litteris*:

Art. 986 – [...]

Parágrafo único. Todavia haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas.

O anteprojeto ainda se mostrava tímido quanto aos parâmetros de objetivação. Primeiro porque restringia o rol a situações de “grande risco”; e segundo, porque havia a possibilidade de elidir a responsabilidade do agente se este

a teoria do risco representa absoluta objetivação da responsabilidade. Hironaka (2005, p.22) assevera: “Não é, pois, que a responsabilidade civil baseada na culpa não tenha sentido; o que não tem mais sentido é a *responsabilidade civil baseada exclusivamente no jurídico*”.

A autora denuncia que o Estado deveria arcar com a responsabilidade, posto que a relação entre particulares vai além de uma relação entre propriedade e, se há eficácia direta e imediata das normas de ordem pública nas relações privadas, o Estado sempre é parte nessas relações.

⁴³ Súmula 341, STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

⁴⁴ MORAES, 2007, p. 849. Vale dizer, nessas linhas, que se concorda com o posicionamento de Moraes, para que mesmo em sede de culpa presumida, já se pode falar em responsabilidade civil nos moldes objetivos, por prescindir a análise de culpa.

⁴⁵ SCHREIBER, 2009, p. 18 sublinha a mudança ocasionada pela doutrina do risco em sede de responsabilidade civil: “Vários foram os processos técnicos postos em jogo para atender à praticabilidade da responsabilidade: admissão fácil da existência da culpa pela aplicação da teoria do abuso do direito e da culpa negativa; o reconhecimento de presunções de culpa; a aceitação da teoria do risco; a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual. [...] certo é que nenhum deles teve efeito tão revolucionário quanto a propagação da teoria do risco.”

comprovasse ter agido com diligência. Isso, sente-se, configura responsabilidade civil subjetiva na medida em que avalia a conduta do agente em moldes de imputabilidade (culpa lato sensu) para se atribuir a referida responsabilidade.

A Constituição federal de 1988 abriu novos caminhos, não apenas por previsão de hipóteses específicas (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII; art. 37, §6º)⁴⁶, mas sobretudo pela inauguração de uma nova tábua axiológica, mais sensível à adoção de uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostra fortemente comprometida com a reparação dos danos.

Até 2002, só poderia haver responsabilidade objetiva nos casos expressamente previstos em lei. O Código civil de 2002 inseriu – ao lado da cláusula geral de culpa – a regra geral do “risco da atividade”.

O aumento das atividades industriais, de transportes, de negociações resultou no aumento brutal dos danos, mas sem a atualização dos mecanismos de ressarcimento, mantendo-se dificuldades como a apuração de quem causou o dano, o ressarcimento econômico e sua velocidade.⁴⁷

Diante de tal proposta, segundo Lotufo⁴⁸, a doutrina buscou sistematizar uma transição de critério, expresso na fórmula: “não se é responsável, mas se é feito responsável”, como fundamento do que se denomina responsabilidade objetiva. A

⁴⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

(...) Art. 21. Compete à União:

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

Art. 37. (...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 5. Cita três pontos levantados pela doutrina que, à época em que empreendeu tal estudo, demonstravam as tendências de então. São elas: a imprecisão na conceituação do que seja efetivamente *culpa*; a existência de normas que admitem a *responsabilidade sem culpa*; e, por fim, a excessiva valorização do individualismo jurídico, a representar fonte de injustiças perpetradas pelo sistema da responsabilidade subjetiva.

⁴⁸ LOTUFO, 2003, p. 296.

responsabilidade civil objetiva se fixa na relação de causalidade entre o dano e a conduta de seu causador (além da verificação, é claro, da ocorrência de ação ou omissão e do dano efetivo).⁴⁹ No parágrafo único do art. 927 contém:

Art. 927. (...)

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.

No parágrafo único do artigo 927 do Código Civil duas situações de responsabilidade civil objetiva são verificadas: na primeira, a responsabilidade será reconhecida nos casos especificados em lei; e na segunda, por sua vez, a responsabilidade civil será verificada quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A primeira situação é muito clara e dispensa maiores questionamentos. A hipótese prevê a reparação objetiva do dano, nos casos especificados em lei. A outra, entretanto, é muito mais complexa. A segunda parte desse dispositivo introduz no direito brasileiro uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva. Ora, o legislador optou por não definir o risco em linhas precisas, apenas limitando-se a acioná-la quando, diante de um dano, estiver configurada uma atividade de risco constantemente desenvolvida pelo autor desse dano.

Vale dizer que o “risco” só será configurado quando o autorizar o ordenamento jurídico, conforme se extrai da simples leitura do dispositivo, seja elencado em lei, e em outro plano, definido pela doutrina e jurisprudência.

Por certo, a amplitude desse dispositivo somente será delimitada mediante o aprofundado exame dos casos concretos que serão submetidos à apreciação dos juristas.⁵⁰

⁴⁹ FRANÇA, R. Limongi. Responsabilidade civil. In: _____. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 803-804. Cita as principais orientações da teoria objetiva: a) da prevenção, que sustenta que o sujeito ligado a um dano é responsável até que prove o contrário; b) da repartição do dano, ensinando que não importa sua origem, o que se quer é a reparação, seja através de seguro, seja através do Estado; c) da equidade, ressaltando a necessidade da consideração da condição econômica do sujeito, relaxando assim, o rígido princípio da prevenção; e d) do risco, de que se trata no presente capítulo.

⁵⁰ O sistema objetivo do risco apresenta as seguintes características, elencadas por Bittar (2005.p. 51-52): “a) a paulatina coletivização da ideia de responsabilidade, com a “socialização dos riscos”, mediante cobertura por meio de seguro obrigatório, como já existe na área de veículos automotores; b) a limitação da responsabilidade a níveis certos, por lei, como na de transporte aéreo, ou por meio de contrato, com seguro definido, etc.; c) o princípio da responsabilidade pelo simples exercício de atividade econômica perigosa, em que não se cogita de ilícitos; d) o princípio da responsabilidade por

Aqui vale um questionamento: qual dos moldes de responsabilidade seria tido como principal na nova ordenação civil? A questão certamente enfrenta divergência doutrinária. Stoco⁵¹ prevê que a aplicação da responsabilidade objetiva será sempre subsidiária e restrita; outros, como Cavalieri Filho⁵², afirmam que na verdade a responsabilidade objetivada representa maior aplicabilidade e importância e, por isso, prevalece sobre a responsabilidade subjetiva, constituindo, inclusive, regra geral. A opinião aqui firmada é no sentido de considerar ambos sistemas como equiparados em termos de aplicação e relevância.

Culpa e risco deixam de ocupar a posição de elementos da responsabilidade civil e passam a constituir-se fontes, sem importar se uma delas tem primazia sobre a outra, na esteira de Hironaka.⁵³ No mesmo sentido Lima.⁵⁴

Nesse diapasão – mesmo em sede de responsabilidade civil objetiva - a culpa seria elemento psicológico quando da análise do comportamento do agente para fins de estipulação do quantum indenizatório⁵⁵.

Conforme Moraes⁵⁶ o anseio pela responsabilidade objetiva há muito era aventado pela doutrina germânica. O Brasil, no entanto, foi o primeiro país a concretizar tal anseio de forma tão revolucionária e abrangente. Os brasileiros objetivistas pioneiros foram Alvino Lima em 1938 – com a tese Da culpa ao risco - Wilson Melo – com a tese: Responsabilidade sem culpa - José de Aguiar Dias e Caio Mário da Silva Pereira.

É importante salientar que se vive num país de grande desigualdade social, abalado em suas estruturas social, política e econômica por diversos fatores, onde os direitos fundamentais, descritos na Constituição da República, sofrem constante opressão e violação, tanto pelo Estado como pelos particulares, de forma corriqueira.

riscos.”

⁵¹ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**: doutrina e jurisprudência. 2.ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade extracontratual objetiva. In: _____. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

⁵³ HIRONAKA, 2005, p. 131.

⁵⁴ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁵⁵ Sobre o assunto, a previsão contida no Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil rezava: “A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”. Posteriormente esse texto foi alterado pelo Enunciado n. 380 da IV Jornada de Direito Civil (2006), quando se suprimiu a expressão “não se aplicará às hipóteses de responsabilidade objetiva”.

⁵⁶ MORAES, 2007, p. 851.

Alguns fundamentos da responsabilidade objetiva podem ser alistados: configuração de uma obrigação geral de segurança; recondução a fatores de garantia; situação de exposição a perigo; o controle ou o poder de impedir uma situação de risco propriamente dita; a equidade; e até mesmo a caridade cristã. Para uma análise econômica do direito, as razões seriam eficiência, repartição de custos e prevenção de acidentes, além dos adjetivos jurídicos constitucionalidade, generalidade, eticidade, solidariedade social.⁵⁷

Portanto a função da responsabilidade objetiva, ao ampliar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais violados é, em última ratio, uma garantia a mais da tutela destes, restando assegurada a devida indenização aos seus titulares. O direito civil e o instituto da responsabilidade civil passam a ter como núcleo, assim, a dignidade humana.⁵⁸

O risco como cláusula geral de responsabilidade civil evoluiu de tal modo que se migra de uma "corrente de entendimento", cuja aplicação seria facultativa, para uma regra legal de aplicação geral e obrigatória cuja incidência gera importantes reflexos em diversos setores da economia.

Esse critério de responsabilização impõe a necessidade de análise da matéria a fim de identificar atividades que possuem risco e que, agora, subsumem-se à égide da nova legislação.

O objetivo geral do capítulo consiste na defesa dos contornos da responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

⁵⁷ LOPES, 2006 faz menção a vários tipos de responsabilidade. Em primeiro lugar, cita a responsabilidade pela garantia, ínsita nas relações contratuais, para o caso de inadimplemento. Em seguida, a responsabilidade por eficiência, em que se considera que o responsável deverá sofrer o menor dano possível ao seu patrimônio – molde de responsabilidade somente aplicada em situações excepcionais, como no caso de se dar entre dois comerciantes, por exemplo, sem que haja verticalidade material nas relações privadas consideradas. Há também a responsabilidade causal, em que se considera como elementos essenciais apenas os objetivos, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade. E por fim, a responsabilidade por equidade – aplicada aos incapazes – será subsidiária – pois somente se responsabiliza diretamente o patrimônio do incapaz se seu responsável não puder fazê-lo com seu patrimônio, além disso, é preciso que a indenização seja fixada equitativamente, ou seja, sempre considerando a capacidade econômica do agente incapaz.

⁵⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11.ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006. p. 77. Sintetiza o pensamento de Saleilles quanto ao fundamento da responsabilidade objetiva: "A lei deixa a cada um a liberdade de seus atos; ela não proíbe senão aqueles que se conhecem como causa direta do dano. [...] Mas, se a lei os permite, impõe àqueles que tomam o risco a seu cargo a obrigação de pagar os gastos respectivos, sejam ou não resultados de culpa. Entre eles e as vítimas não há equiparação. Ocorrido o dano é preciso que alguém o suporte. [...] A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco."

Segue-se o estudo segundo a inteligência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: as causas de responsabilidade civil objetiva previstas em lei e a responsabilidade que se fundamenta na doutrina objetiva do risco.

3.2 HIPÓTESES LEGAIS

Conforme menciona o supracitado parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, existem duas situações de responsabilidade civil objetiva: as previstas em lei e as baseadas na teoria do risco. Como o presente estudo enfatiza a teoria do risco, limitar-se-á a citar, num rol exemplificativo, algumas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, além das disposições do próprio Código Civil de 2002.

- Responsabilidade da exploração das linhas das estradas de ferro do transportador em relação ao passageiro bem como pelos danos que causem aos proprietários marginais, na forma do Decreto n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912. O artigo 17 reza:

Art. 17. As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte, ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário alguma das seguintes provas: 1ª – caso fortuito ou força maior; 2ª – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada.

Mesmo o texto legal tendo incluído a expressão “a culpa será sempre presumida”, há muito consolidou-se que a responsabilidade é objetiva, pois o transportador não pode se exonerar provando que não teve culpa no evento, conforme Aguiar⁵⁹.

Em seu artigo 26 dispõe: “Art. 26. As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração de suas linhas causar aos proprietários marginais”.

✓ Outra hipótese é a responsabilidade do transportador, segundo o art. 734 do Código Civil.⁶⁰ O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86) também

⁵⁹ AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva**: do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007. p. 11.

⁶⁰ Art. 734, CC-02: “O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e

trata desta matéria (transporte aéreo);

✓ A responsabilidade civil do Estado é fundada no risco administrativo previsto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal e àqueles que exploram energia nuclear (Art. 21, XXIII, “c”);

✓ Responsabilidade por danos nucleares (atividade nuclear realizada diretamente pelo Estado ou por entes privados prestadores de serviços públicos, de responsabilidade da União), na forma do art. 21, XXIII, “c”, da Constituição Federal e da Lei n.º 6.453/77;

✓ O Código de Mineração (Decreto-Lei n.º 1945/1940) impõe responsabilidade objetiva aos que se dedicam à lavra;

✓ Os danos causados ao meio ambiente são reparados a título de responsabilidade civil objetiva, segundo o artigo 225 da Constituição Federal, e o artigo 14 § 1º da Lei n.º 6938/81;

✓ Nas relações de consumo a responsabilidade também é objetiva, conforme o disposto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/90, mais precisamente no *caput* dos artigos 12 e 14;⁶¹

✓ Pode-se lembrar aqui que o *acidente do trabalho* (Lei 6.367/76, Lei n.º 6.338/1976 e Lei n.º 8.213/1991), como caso de responsabilidade objetiva;

✓ Acidentes de veículos (Lei n.º 6.194/74 e Lei n.º 8.441/92);

✓ Lei n.º 10.671 de 15 de maio de 2003: O Estatuto do Torcedor;

✓ Lei de Biossegurança – Lei n.º 11.105, de 24.03.2005, regulamentada pelo Decreto 5.591, de 22.11.2005;

✓ Lei de transplantes (Lei n.º 9.434 de 1997, alterada pela Lei n.º 10.211/2001);

✓ Lei n.º 8.884/1994 (Lei Antitruste);

suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.”

⁶¹ Art.12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Como as relações de consumo são de grande quantidade em nossa sociedade, há autores que indicam que a responsabilidade civil objetiva passa a ter, como a instituição do Código de defesa do Consumidor, maior campo de incidência que a responsabilidade nos moldes subjetivos. Nesse diapasão, Cavalieri Filho (2009), entre outros.

✓ No Código Civil: abuso de direito (artigo 187), responsabilidade dos empresários (artigo 931), os casos de responsabilidade pelo fato de outrem, previstos nos artigos 932 e 933; a responsabilidade objetiva do dono ou guarda da coisa inanimada (art. 936); do dono ou edifício em construção, pelos danos que resultarem de sua ruína (art. 937); e do que habitar em casa ou parte dela, pelo danos resultante de coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido (art. 938).⁶²

Por fim, muitas são as situações de responsabilidade objetiva na legislação especial, bem como no próprio Código Civil. Veja-se, em seguida, as considerações acerca da doutrina do risco em sede de responsabilidade civil objetiva, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

3.3 A TEORIA DO RISCO. CONCEITO DE ATIVIDADE DE RISCO

O ponto que se inicia visa abalizar a importância da teoria do risco para fins de responsabilidade civil objetiva.

3.3.1 Considerações gerais

Segundo Reale⁶³, o Código Civil de 1916 (ou Código Beviláqua), pelo seu excessivo rigorismo formal, preconizava que tudo deveria ser resolvido técnica e cientificamente pelas normas expressas. O Código Civil atual, como se sabe, ainda com fundamento em Reale, norteou-se por três princípios - socialidade, eticidade e operabilidade⁶⁴. A exemplo da operabilidade, adotou-se, como técnica legislativa as

⁶² Segundo AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. V.2 existe a responsabilidade objetiva pura e a impura. A primeira sempre gera o dever de indenizar mesmo que inexista culpa de quem quer que seja. Já a responsabilidade objetiva impura sempre tem como alicerce a culpa de terceiro, fato de animal ou coisa inanimada.

⁶³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306-307.

⁶⁴ Como eticidade deve-se entender a aproximação da técnica à ética, valorizando-se a equidade e a boa-fé, por exemplo. Socialidade significa contraposição à um ideário individual e patrimonialista, levando-se em consideração os anseios sociais nos institutos privados. Operabilidade seria a aplicação de técnicas de interpretação pelo magistrado que confirmam maior importância em sua

cláusulas gerais, possibilitando a evolução do pensamento e do comportamento social, sem ofensa à segurança jurídica.

Neste aspecto há importante inovação no Código Civil de 2002, presente no parágrafo único do artigo 927, ao estabelecer, como se viu, cláusula geral ou aberta de responsabilidade civil objetiva.⁶⁵

Com base no referido dispositivo o magistrado poderá definir como objetiva, ou seja, independente de culpa, a responsabilidade do causador do dano no caso concreto. Esse alargamento da noção de responsabilidade requererá, sem dúvida, um cuidado extremo da jurisprudência.

Isso porque atualmente, quase todas as atividades implicam em algum tipo de risco, devendo os juristas evitar uma banalização do instituto, selecionando com cautela tais circunstâncias. Ora, não se pretendeu abarcar como arriscadas todas as atividades contemporâneas.

Assim, o dispositivo em questão (Art. 927, *parágrafo* único, do Código Civil) pode ser melhor compreendido com a separação dos seguintes elementos: a) “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano”; b) “por sua natureza”; e c) “riscos para direito de outrem.”

3.3.2 Atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano

Quanto ao vocábulo atividade, é importante atentar para duas coisas, quais sejam: a) o conceito de atividade, e, b) que esta seja normalmente desenvolvida pelo autor do dano.

Em sintonia com essas observações, Ferreira⁶⁶, em seu renomado dicionário

atividade. Nessa vereda, o legislador se valeu de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, definições de que se cuidará mais adiante.

⁶⁵ HIRONAKA, 2005, p. 823 prossegue: “[...] A cláusula geral apresenta um substrato de risco qualificado e só a sua realização justifica a reparação dos danos eventualmente ocasionados às vítimas. Esse risco qualificado resulta da periculosidade contida numa certa atividade, periculosidade esta que, por si só, seria suficiente para interditar a sua prática, mas tendo em vista a função social inerente ao seu desempenho, o privilégio atribuído por força de autorização de se realizar a atividade deve estar, então, respaldado pela imputação da responsabilidade objetivada que da cláusula deriva, no sentido da reparação dos danos eventualmente causados”.

⁶⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 53.

66 Exemplo de atividade não-empresária de risco é aquela cujo objeto é científico, nos moldes do art.

da língua portuguesa, definiu a expressão "atividade", como sendo: "qualquer ação ou trabalho específico; meio de vida; ocupação; profissão; exercício efetivo de função ou emprego"; etc.

A palavra destacada, nesse estudo, deve ser entendida como sendo os serviços praticados por determinada pessoa, seja ela natural ou jurídica.

Lembrando que, determinada atividade empresária pode não ser de risco, assim como uma não-empresária pode ser de risco.⁶⁷ Desta forma, não é adequado pretender estabelecer uma regra vinculando o risco ao fato de o responsável ou a sociedade exercerem uma atividade empresária ou não-empresária, lucrativa ou não, dependendo, portanto, do caso concreto⁶⁸. Aguiar⁶⁹ destaca:

A palavra *atividade*, utilizada em um único artigo no Código Civil de 1916, hoje aparece 26 vezes no novo *Codex*, a maior parte delas no Livro II – Do Direito de Empresa. Nessas oportunidades, o termo em geral vem adjetivado (atividade negocial; atividade profissional; atividade econômica; atividade rural), o que determina uma conclusão: para o legislador, a palavra *atividade*, em si, não aponta para uma área específica da vivência humana, sendo necessário, para que isso ocorra, sua complementação por algum outro termo. Portanto, não há porque se inferir que a palavra *atividade* indique, necessariamente, um afã empresarial, como ocorre, por exemplo, nos artigos 966 e 972.

Acolhe-se, aqui, a proposição de Giordani⁷⁰ quando afirma que ensejará responsabilidade objetiva “toda atividade desenvolvida, profissional ou não, econômica ou não, seja recreativa, desportiva ou de mero lazer, desde que por sua própria natureza produza riscos para o direito de outrem”.

Ora, conclui-se que a finalidade lucrativa, mesmo não sendo elemento

966, parágrafo único, do CCB, pois poderá haver alguma que manipule produtos explosivos e radioativos constantemente, gerando, assim, uma probabilidade de dano muito maior para terceiros do que outras atividades. Em contrapartida, uma loja especializada na venda de balas e chocolates é empresária, representa menores indicativos de risco.

⁶⁷ Exemplo de atividade não-empresária de risco é aquela cujo objeto é científico, nos moldes do art. 966, parágrafo único, do CCB, pois poderá haver alguma que manipule produtos explosivos e radioativos constantemente, gerando, assim, uma probabilidade de dano muito maior para terceiros do que outras atividades. Em contrapartida, uma loja especializada na venda de balas e chocolates é empresária, representa menores indicativos de risco.

⁶⁸ MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade**: uma perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Método, 2010. p.250-251 enfatiza que não necessariamente a atividade precisa envolver intuito de lucro, ser econômica. E menciona: não é a atividade de risco, mas o risco da atividade, discordando do Enunciado n. 38 da I Jornada de Direito Civil (2002), lançada por Adalberto de Souza Pasqualotto durante a II Jornada de Direito Civil (2004) cujo teor continha a seguinte afirmativa: “No art. 927, parágrafo único, do CC, o fator de imputação da obrigação de indenizar é a atividade de risco e não o risco da atividade”.

⁶⁹ AGUIAR, 2007, p. 56.

⁷⁰ GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 93.

essencial para definir uma atividade como “de risco” pode balizar a previsibilidade ou probabilidade do risco para direitos de outrem, além da estimação do próprio quantum indenizatório.

Que seja normalmente desenvolvida pelo autor. Ora, poder-se-ia considerar a atividade uma mera conduta ou somente o exercício de uma ocupação ou profissão? Em outros termos: seria ato isolado ou atos sucessivos? Cavalieri Filho⁷¹ define o vocábulo “atividade” como conduta reiterada, habitualmente exercida.

Crê-se que a responsabilidade subjetiva cuida de atos isolados, ao passo que a responsabilidade objetiva se ocupa de “práticas sequenciais expositoras de um risco acentuado e tendentes a um fim determinado”, conforme Maranhão⁷². Nesse mesmo sentido Hironaka⁷³. Coelho⁷⁴ defende que o termo “atividade” engloba também as meras condutas individualizadas.

Aqui um breve parêntese. As atividades arriscadas são admitidas pelo ordenamento jurídico como lícitas; atividades das quais a sociedade – ainda que indiretamente - é beneficiária⁷⁵. Nesses casos, conflitam-se dois interesses legítimos: de um lado uma atividade lícita, e de outro, um dano a ser ressarcido.

Lopes⁷⁶ revela que “A contingência do risco revela-se inerente a várias atividades na sociedade e não há qualquer interesse em proibi-las. O que se objetiva são providências para minimizar os riscos e, nas hipóteses que eles sejam inevitáveis, que quem voluntariamente os criou ou deles tenha tirado um benefício suporte as suas consequências”.

Independe da indagação se seria possível ao sujeito responsável evitar o dano, pois, se não for possível, que o dano seja devidamente reparado.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, 2009.

⁷² MARANHÃO, 2010, p. 258.

⁷³ HIRONAKA, 2005, p. 297-300.

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.2. p. 348.

⁷⁵ HIRONAKA, op. cit., p. 822, sobre a atividade de risco, destaca: “[...] seria um absurdo pensar que a ordem jurídica entendesse que toda a hipótese de realização de uma atividade humana com exposição ao perigo fosse nefasta à sociedade em princípio, e que o banimento de toda a ingerência perigosa fosse a meta de uma ordem perfeita. O que se procura, com um sistema aperfeiçoado de responsabilidade civil não é, obviamente, evitar todo o perigo, o que seria impraticável, inviável e inimaginável; a finalidade objetivada seria, isto sim, a diminuição do dano [...]”.

⁷⁶ LOPES, 2006, p. 325.

3.3.3 Por sua natureza

A expressão “por sua natureza” contida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil deve ser trabalhada com bastante cuidado. A palavra natureza possui conceito relativamente vago, daí a perplexidade de alguns doutrinadores com relação ao seu real significado no contexto do dispositivo legal em comento. Assim, no presente texto legal qual poderia ser o conceito da expressão “por sua natureza”?

Moraes⁷⁷, citando exemplos da jurisprudência italiana, pondera:

Eventualmente pode ocorrer de a atividade não ser intrinsecamente de risco, mas os meios nela empregados ou as circunstâncias fáticas a tornarem perigosa. Isto é suficiente para justificar a incidência da regra objetiva. Assim, por exemplo, no âmbito de uma atividade didática, a experimentação com elementos químicos potencialmente lesivos ou a instalação de uma rede de baixa tensão em um depósito de materiais inflamáveis.

Com isto conclui-se que a expressão “por sua natureza” implica todas as circunstâncias contidas no entorno da atividade, seja seu fim direto ou apenas meio. Não há necessidade que o risco seja direto e frontal da atividade a considerar, bastando, para os objetivos da norma, que o risco esteja inserido no contorno da atividade, ou em seu ambiente.

3.3.4 Risco

Quanto ao que venha a ser risco, Cavalieri Filho⁷⁸ destaca que risco é perigo; é probabilidade de dano. E assim Aurélio Buarque de Holanda conceitua o “risco”⁷⁹: “perigo ou possibilidade de perigo; situação em que há probabilidades mais ou menos previsíveis de perda ou ganho”. Aquele que exerce uma atividade perigosa⁸⁰ deve assumir os riscos e reparar o(s) dano(s) dela decorrente. Assim, todo o prejuízo

⁷⁷ MORAES, 2007, p. 873.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, 2009.

⁷⁹ Ibid., p. 483.

⁸⁰ (e aqui, entenda-se exercer como ser o responsável pela atividade, posto que nem sempre aquele que efetivamente exerce será o responsável, como o que ocorre com a responsabilidade pelo fato de outrem, nos casos previstos pelo artigo 932 do Código Civil)

deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa.⁸¹

O autor do dano, aqui, nem sempre será considerado o “causador do dano” ou o “culpado pelo dano”. Hoje, nessa visão de responsabilidade objetivada, não se intenta buscar culpados, mas responsáveis. Responsável, nessa linha, seria aquele que tem mais condições de suportar os prejuízos, ou aquele economicamente mais forte.

O risco que fundamenta a responsabilidade civil objetiva, vale mencionar, é o “risco puro”, é a probabilidade de dano, baseado em fatores mais concretos⁸².

Lembrando que risco não quer dizer incerteza, mas probabilidade de dano. Atividades de risco são, portanto, aquelas que criam para terceiros um estado de perigo, isto é, a possibilidade, ou, ainda mais, a probabilidade de receber um dano, probabilidade esta maior do que a normal derivada das outras atividades.⁸³

Destaca-se desde já o entendimento do Pereira⁸⁴, que considera atividade de risco toda e qualquer atividade habitual que gere danos para os indivíduos, tendo como consequência a aplicação da responsabilidade civil objetiva. Ora, o ser humano não pode prever taxativamente todas as situações que podem gerar risco no meio social, sendo, portanto, merecedor de reconhecimento o entendimento do autor⁸⁵.

⁸¹ Diferenciando brevemente as noções de risco e perigo tem-se que risco é a probabilidade de ocorrência de um evento que cause ou possa causar dano; e perigo seria a situação ou condição em que o risco seja acentuado.

⁸² Na fórmula geral da responsabilidade objetiva, a figura do risco como perigo não mais se coaduna com a ideia de mera possibilidade de dano como consequência natural da atividade humana. Caso o termo 'risco' fosse tomado com esse sentido, o princípio geral faria a responsabilidade objetiva se expandir por quase todo o sistema, uma vez que praticamente todas as atividades humanas criam a possibilidade de causação de danos. Portanto, a ideia de risco estaria dividida em duas: a) o risco-possibilidade – relativo à assunção dos prejuízos causados a outrem, em razão da prática de determinada atividade que traz em si a possibilidade de causação do dano. Em tais situações, para que o agente venha a responder objetivamente, a hipótese necessariamente terá de constar em lei, conforme previsto na segunda parte do artigo; b) risco-probabilidade – a qualificação de determinada atividade como perigosa, assinalando assim a existência concreta de um perigo de dano. Esta visão estaria inculcada no princípio geral e poderá ser estatuída em lei ou reconhecida pelo Judiciário”. E destaca, em nota de rodapé que “possibilidade” denota fato possível de ocorrência e “probabilidade” é fato que provavelmente ocorrerá. (SILVA apud AGUIAR JÚNIOR, 2007, p. 401-402).

⁸³ SERRA, Vaz. Responsabilidade civil. **Separata do Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, p. 370.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁸⁵ Nessa esteira, para o autor, atividade de risco seria (PEREIRA, 2007, p. 270): “[...] se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco

Sobre o risco, importante anotar a lição de Facchini⁸⁶, para quem:

A periculosidade deve ser auferida objetivamente, pela sua própria natureza, ou pela natureza dos meios empregados [...] ⁸⁷ Ou seja, a periculosidade deve ser uma qualidade preexistente, intrínseca e não eliminável. O homem prudente pode apenas reduzir tal periculosidade, sem jamais conseguir eliminá-la.

Acrescenta Moraes⁸⁸ que: “O evento danoso deixa de ser considerado uma fatalidade e passa a ser sentido como um fenômeno ‘normal’, estatisticamente calculável. [...] Trata-se, simplesmente, de danos que ‘devem acontecer’”.

O Enunciado nº 38 da Primeira Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos da Justiça Federal, realizada em Brasília, em 2002, assim interpretou o parágrafo único do artigo 927:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do novo Código civil, configure-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Moraes⁸⁹ aponta critérios indicativos de atividades de risco, tais como: o fato da atividade ser administrativamente regulada, depender de autorização, ou o valor do prêmio for alto, além das estatísticas em material de acidente. E assevera⁹⁰: “A atividade é considerada perigosa, portanto, quando, do ponto de vista estatístico, causa danos quantitativamente numerosos e qualitativamente graves”.⁹¹

criado.”

⁸⁶ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

⁸⁷ ALSINO, Jorge Bustamante. **Teoria general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 414 classifica as coisas que são normalmente perigosas e as que não são. As que têm autonomia para causar danos podem ser classificadas como coisas que tem perigo estático ou perigo dinâmico. As de perigo estático são perigosas em si, mas requerem um fator estranho para desencadear no dano; as de perigo dinâmico são as coisas que tem o risco latente em seu acionar.

⁸⁸ MORAES, 2007, p. 855.

⁸⁹ MORAES, 2003, p. 873.

⁹⁰ Ibid., p. 872.

⁹¹ SCHREIBER, 2009, p. 25-26 ensina: “[...] a responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado, seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo, etc.), seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear, etc.). Irrelevante, para a incidência do dispositivo, que a atividade de risco se organize ou não sob forma empresarial ou que se tenha revertido em proveito de qualquer espécie para o responsável. [...] Maior peso deve adquirir a análise de dados estatísticos relativos a acidentes provocados, na realidade brasileira, pela atividade que se examina, adquirindo importância

Refere Bittar⁹² que “deve ser considerada perigosa 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, elementos técnicos e de experiência comum”. Assim, implicam alto risco ou em risco maior do que o normal, ensejando um sistema mais severo de responsabilização.

Pondera Venosa⁹³ que a qualificação do risco considera as situações socialmente relevantes, em que a prova de culpa é fardo demais pesado para a vítima, sendo dispensada pela lei para não haver lesão ou enriquecimento sem causa garantida a segurança jurídica.

Eis os comentários sobre a compreensão doutrinária de risco. Assinalar-se-á duas correntes acerca da teoria do risco. A primeira, a qual se filia, procura explicar e ampliar as possibilidades de risco em sede de responsabilidade civil. A segunda critica os fundamentos do risco, pelos motivos que serão expostos em momento posterior.

3.3.5 Algumas situações de risco

Como sugere o próprio título do presente item, não se pretende estabelecer um rol taxativo de atividades de risco. Denuncia Silva (apud AGUIAR JUNIOR)⁹⁴ que “caso assim ocorra, a responsabilidade civil estará novamente cega”.

Inúmeros são os exemplos na jurisprudência pátria sobre o que tem sido considerado atividade de risco. Jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR considerou, por exemplo, a atividade realizada pela empresa concessionária de energia elétrica como de risco. Veja-se:

não apenas a quantidade de danos gerados, mas também a sua gravidade, muitas vezes já apreendidas em outras manifestações da normativa nacional. Ressalte-se, porém, que tais diretrizes restringem-se à cláusula geral do artigo 927, não podendo contaminar as demais hipóteses de responsabilidade objetiva, que atualmente tendem a transcender a própria noção de risco, contando com uma ampla diversidade de fundamentos.”

⁹² BITTAR, 2005, p. 89.

⁹³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 5.ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005. V.4.

⁹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **IV Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça federal – Centro de Estudos Judiciários, 2007. V.1.

Responsabilidade Civil. Rompimento de cabo de alta tensão. Acidente em virtude de forte descarga elétrica. Responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica. Dano material estabelecido em um salário-mínimo mensal. Valor adequado à espécie. Dano moral e estético. Admissibilidade de cumulação. Valores igualmente corretos. Denúnciação da lide. Seguradora. Responsabilidade por danos morais e estéticos, uma vez que estão compreendidos nos danos pessoais. Recursos desprovidos.⁹⁵

E:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ENERGIA ELÉTRICA. QUEDA DE FIOS. MORTE DE CAVALO POR CHOQUE ELÉTRICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ARTS. 14 E 17 DO CDC E 927, PARÁGRAFO ÚNICO DO CC).⁹⁶

Os danos prováveis, oriundos da atividade de manipulação de energia elétrica são vários: os choques podem causar morte, lesões graves, debilidade permanente, causar incêndio, destruição de bens, etc.

Outra situação considerada atividade de risco pela jurisprudência pátria é o transporte de valores conforme fixado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, *in verbis*:

1. É responsável aquele que causa dano a terceiro no *exercício de atividade perigosa*, sem culpa da vítima. 2. Ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na *teoria do risco, ou do exercício de atividade perigosa*, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado. 3. A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. "Neste quadro", conforme o acórdão estadual, "não parece razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, dos autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré, que explora atividade sabidamente perigosa, com o fim de lucro". Inexistência de caso fortuito ou força maior. [...].⁹⁷

O transporte de valores, além dos riscos típicos do transporte (acidentes), resguarda o risco desses valores virem a se perder ou mesmo as pessoas envolvidas serem vítimas de atentados criminosos. No caso em comento, o atropelamento se deu pela velocidade imprimida na tentativa de fuga de um roubo. O que provavelmente não ocorreria se fosse outro tipo de transporte. Risco, portanto, específico desta atividade.

A atividade de transporte, em si, também é considerada de risco. No transporte ocorre riscos às pessoas nele ingressas e seus bens (responsabilidade

⁹⁵ TJPR, ApCiv 0118660-3 – (140) – Toledo, 8ª C.Cív., Rel. Des. Campos Marques, DJPR 13.05.2002.

⁹⁶ Turma Recursal dos JESp's do TJRS, Recurso Cível nº 71000493957, 2ª T., Rel. Juiz Luiz Antônio Alves Capra, j. 05/05/2004.

⁹⁷ STJ, 3ª T., REsp nº 185.659/SP, Rel. p/o Ac. Min. Nilson Naves, DJU 18/09/2000, p. 126.

contratual) e em relação a terceiros (responsabilidade extracontratual). Veja-se:

ATROPELAMENTO. CAMINHÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ATIVIDADE DE TRANSPORTE. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. CULPA CONCORRENTE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO, ANTE AUSÊNCIA DE PROVAS. Na vigência do novo Código Civil, a atividade de transporte é considerada atividade perigosa, para os efeitos de incidência da responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC, cabendo ao causador do atropelamento comprovar a culpa concorrente ou exclusiva da vítima, a fim de mitigar ou excluir sua própria responsabilidade.⁹⁸

Na decisão em tela trata-se de responsabilidade extracontratual, pois o dano atingiu pessoa fora da relação jurídica pré-existente. E:

Seguro – Transporte de mercadorias - Via aérea – Ação regressiva contra a transportadora, em razão do contrato de seguro, por extravio de carga – Extravio este que não foi consequente do desastre aéreo, razão pela qual incide o direito comum, e não o direito aéreo, devendo a indenização ser fixada no valor real das mercadorias – Limitação da responsabilidade da companhia aérea vinculada ao risco do transporte aéreo e à possibilidade de acontecimento imprevisto e fortuito, e não a ato ilícito, que exige reparação integral, com base no direito civil, sob pena de implicar enriquecimento sem causa das companhias aéreas – Inaplicabilidade da indenização tarifada prevista no artigo 22 da Convenção de Varsóvia e no artigo 262 da Lei 7.565/86 – Inteligência da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) – procedência da ação decretada.⁹⁹

O risco do transporte, no caso, dá-se em sede contratual.

Sobre o assunto, Alsino¹⁰⁰ assevera que a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros tem fundamento objetivo no risco criado, pondo a cargo de quem exerce essa atividade o dever de segurança. De maneira que se pretende fazer com que as empresas transportadoras aumentem as precauções a respeito da qualidade e bom estado de funcionamento do transporte, qualificação de seu pessoal, estrito cumprimento das leis e seus regulamentos, além do amparo às possíveis vítimas, pois seria fardo extremamente pesado na maioria dos casos provar a culpa do transportador.

Para o autor¹⁰¹, tem-se considerado que existe culpa da vítima se, por exemplo, pretender subir no veículo em movimento, viajar fora do lugar, colocar o

⁹⁸ Turma Recursal dos JESp's do TJRS, Recurso Cível nº 71000538827, 3ª T., Rel. Juiz Eugênio Facchini Neto, j. 13/07/2004.

⁹⁹ 1º TACivSP, RT 721/151

¹⁰⁰ ALSINO, 1997, p. 403.

¹⁰¹ Ibid.

braço para fora, entrar clandestinamente, etc. Mas se a vítima precisava viajar em condições inadequadas ou arriscadas oferecidas pela concessionária do serviço de transporte público, não haveria culpa dela.

Ainda sobre o transporte um breve parêntese. A pessoa comum que utiliza o seu veículo para se locomover, ao fazê-lo, estaria exercendo atividade de risco? Havendo um acidente de veículo, com danos, ficaria o motorista obrigado a repará-los mesmo sem a comprovação da sua culpa? Entendendo que “a direção de veículos motorizados pode ser considerada como atividade que envolve grande risco para os direitos de outrem”, Gonçalves¹⁰². No mesmo sentido, Pereira¹⁰³. “Isso significa, portanto, que dirigir um automóvel constitui atividade que põe em risco os direitos de outrem, sendo portanto a partir de agora a responsabilidade por acidentes de trânsito de natureza objetiva”¹⁰⁴.

Conclui-se – com os autores citados - pela responsabilidade objetiva nos casos de acidente de trânsito pelo fundamento de se constituir atividade de risco.

A operação de máquinas pesadas e a construção civil também são consideradas atividades de risco. Normalmente os danos provenientes desse tipo de atividade são questionados nos tribunais trabalhistas, ou em sede de direito administrativo (responsabilidade objetiva da administração pública – que refoge ao âmbito deste trabalho), ou, ainda, em questões envolvendo a prestação de serviço (relação de consumo) e, na construção civil, conforme o caso, segundo as regras do direito de vizinhança. Porém, vale citar exemplar entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

EMENTA: CONSTRUÇÃO DE SHOPPING CENTER. ABALO EM PRÉDIO CONTÍGUO. INTERDIÇÃO DA RESIDÊNCIA DOS AUTORES. RESPONSABILIDADE DOS EMPREENDEDORES. CULPA PRESUMIDA. TEORIA DO RISCO. DANOS MORAIS. ELEVAÇÃO. Não se discute que os autores no caso possuíam o direito de não ser afetados pela mega construção empreendida pelas rés. A culpa, no caso, é presumida, cuja descaracterização cabia aos construtores. O Projeto e as técnicas utilizadas, por mais avançadas que fossem, teriam que considerar a presença da vizinhança. Tanto não foram previstas que os prejudicados tiveram que defender seus direitos na Justiça. Ora, não prever fato previsível caracteriza o agir culposos. E se previsto e não acautelado, o ilícito aproximar-se-ia do dolo, ao menos eventual. No entanto, sob outro prisma, a responsabilidade que melhor se adapta à situação ora tratada é a

¹⁰² GONÇALVES, 2003, p. 25.

¹⁰³ PEREIRA, 2007, p. 563.

¹⁰⁴ Afastando-se, inclusive, a alegação de caso fortuito em razão de defeitos mecânicos ou de problemas de saúde ligados ao condutor, para fins de elidir a responsabilidade do condutor e/ou proprietário do veículo.

embasada na teoria do risco. A excludente prevista no art. 160, I, do CC de 1916 não pode ser manejada quando caracterizado o abuso de direito. Quanto aos danos morais, não se pode desconhecer a situação de grande constrangimento por que passaram aqueles que, abruptamente, por fato a que não deram causa, viram-se desalojados de suas residências, em face de risco para sua segurança. Danos morais majorados. APELAÇÃO DOS AUTORES PROVIDA, IMPROVENDO-SE A DAS RÉS. (8 FLS D.) (grifos nossos).¹⁰⁵

Vê-se que mesmo o julgado fazendo referência à culpa presumida, conclui pela aplicação da responsabilidade baseada na teoria do risco.

Outra atividade que é interessante notar: o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que ser proprietário de um restaurante seria uma atividade de risco, pela possibilidade de acontecerem atentados criminosos (assaltos) em seu interior, podendo gerar morte ou lesões a seus clientes. Senão, veja-se:

Indenização em virtude de risco criado – a morte de uma jovem mulher por um dos tiros da troca de disparos entre manobristas de um restaurante e ladrões em fuga, implica para a empresa o dever de indenizar o companheiro e a mãe da vítima – Incidência da teoria do risco para fazer incidir a responsabilidade civil – Recurso provido.¹⁰⁶

Nessa linha, ser proprietário de estabelecimento comercial em geral com supermercado, magazines, shopping centres, etc. seria configurado como atividade de risco, porque os clientes podem sofrer assaltos ou acidentes em seu interior.

Outro exemplo de atividade de risco de risco seria a manipulação de produtos explosivos e radioativos, conforme o seguinte exemplo:

O fabricante de produto de limpeza, que coloca no mercado produto perigoso (diabo verde), cujo contato com a água provoca gases explosivos, resultando em cegueira da consumidora, deve reparar os danos materiais, decorrentes da incapacidade permanente e estético, posto que, a venda de tais produtos deve ser efetuada com suficiente advertência em relação às transformações químicas, produzindo a formação de gases, com explosão da embalagem. Em tal situação de perigo, não basta a simples recomendação quando ao modo de uso, mas também de advertências, relativas às transformações químicas. Aplicação dos artigos 9º e 10º do código de proteção do consumidor. Recurso conhecido e não provido.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Apelação Cível Nº 70004271383, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 15/05/2003.

¹⁰⁶ TJSP – Ap. Cível 041.136-4, 11-08-98, 3ª Câmara de Direito Privado – Rel. Ênio Zuliani.

¹⁰⁷ TJPR, AC 0070691-2 – (18667), 3ª C.Cív., Rel. Des. Conv. Sérgio Rodrigues, DJPR 08.12.2000.

Idem quanto a produtos químicos que possam provocar intoxicação.

EMENTA: DANO MORAL. INTOXICAÇÃO CAUSADA POR GÁS EXALADO DE PRODUTO QUÍMICO UTILIZADO POR EMPRESA CONTRATADA PELO CONDOMÍNIO PARA PROCEDER REFORMA EXTERNA NO PRÉDIO. ATIVIDADE DE RISCO. ART. 927 PARÁGRAFO ÚNICO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AOS MORADORES ACERCA DOS CUIDADOS NECESSÁRIOS QUANDO DA APLICAÇÃO DO PRODUTO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN ELIGENDO E IN VIGILANDO. Evidenciado que um dos autores, criança com dois anos de idade, sofreu intoxicação decorrente de produto tóxico utilizado por empresa contratada pelo réu, necessitando a intervenção do Corpo de Bombeiros e a internação hospitalar do menor, caracteriza-se dano moral passível de indenização, cujo valor, restou bem fixado em 50 salários-mínimos, considerando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade em relação ao fato em si. Honorários Advocatícios. Embora compensáveis, são suscetíveis ao redimensionamento. APELO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DO RÉU DESPROVIDO.¹⁰⁸

Apesar de conter as expressões “culpa in eligendo” e “culpa in vigilando”, ressalta-se a responsabilização do presente caso nos moldes objetivos, considerando manipulação de produtos químicos como atividade de risco, e citando expressamente o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

Giordani¹⁰⁹ cita os acidentes de trânsito, lanchas, “jet ski” e até acidentes pela prática de frescobol na praia.

Citando como mais um exemplo de aplicação da Teoria do Risco, Alsino¹¹⁰ refere-se ao caso de uma expectador de corrida de cavalos que sofreu lesões por um “coice” aplicado por um dos cavalos¹¹¹.

Bittar¹¹² propõe como atividades arriscadas: hospitais, centros, instituições e laboratórios de pesquisa e produção de derivados. Outros exemplos: uso de serra elétrica, atividades envolvendo metais incandescentes, produção e distribuição de metano, serviço de abastecimento de gás para uso doméstico, atividades de caça, parque de diversões, entre outros.

¹⁰⁸ Apelação Cível Nº 70010917151, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 06/04/2005.

¹⁰⁹ GIORDANI, 2007, p. 96 et seq.

¹¹⁰ ALSINO, 1997, p. 395.

¹¹¹ Dijo el Tribunal que el Jockey Club, que en ese momento tenía a su cargo la administración y exploración del Hipódromo de Palermo, como entidad organizadora de la reunión desportiva, debe procurar los medios y precauciones para que se desarrolle sin peligros para el publico concurrente, aun previendo – porque no es imprevisible – la imprudencia o temeridad del public que asiste a estas justas desportivas, cuyo entusiasmo notorio en este tipo de espetáculo le hace incurrir a veces en riesgos que una adecuada instalación preventive pode evitar o dismunuir. (CNCiv., Sala “B”, 22-VII-1969, L.L., t. 137, p.309)

¹¹² BITTAR, 2005, p. 52.

A Consolidação das Leis do Trabalho¹¹³ e as Normas Regulamentadoras de n.ºs 15 (quinze)¹¹⁴ e 16 (dezesseis)¹¹⁵ editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, fornecem relação de atividades perigosas e insalubres, assim consideradas para efeitos de direitos trabalhistas diferenciados, rol esse que pode tomar de empréstimo na enumeração não exaustiva dessas atividades.

Sobre a matéria, surge uma questão controvertida: É aplicável a teoria do risco para os casos de acidente de trabalho?

Para uma primeira corrente, não. A Constituição Federal de 1988 só prevê a indenização quando o acidente ocorre por dolo ou culpa do empregador:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores [...] além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXVIII - Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Defende esta corrente que o Código Civil (Lei ordinária) não pode contrariar dispositivo expresso da Constituição com relação à responsabilidade civil proveniente do acidente do trabalho.

A segunda corrente entende que sim, de acordo com os seguintes fundamentos.

O Enunciado 37 aprovado na 1ª Jornada de Direito do Trabalho realizada em Brasília em 2007, conclui: “Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores”.¹¹⁶

¹¹³ Art. 189, CLT: “Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.”

Art. 193, CLT: “São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado”.

¹¹⁴ A Norma Regulamentadora n.º 15 estabelece as atividades e operações insalubres, a exemplo do mergulho, manuseio com inseticidas, metalurgia, fabricação de cartas de jogar, papéis pintados e flores artificiais, emprego de substâncias como arsênico, carvão, mercúrio, hidrocarbonetos e outros compostos de carbono, silicato, coleta de lixo urbano, entre outras.

¹¹⁵ A Norma Regulamentadora n.º 16 elenca as atividades e operações com periculosidade como manipulação de explosivos e inflamáveis.

¹¹⁶ Sobre os acidentes de trabalho, Alsino (1997, p. 449) assinala: “Este deber de previsión está basado en la esencia misma del contrato y consiste en que el patrono ha de tomar medidas adecuadas, conforme a las condiciones especiales del trabajo, para evitar que el trabajador sufra

Como se observa, não existe conflito entre o art. 927, parágrafo único, do Código Civil com o art. 7º, XXVIII, da CF de 1988, adotando-se a tese do risco profissional, que será adiante destacada. Na verdade, ambos são complementares. O que a Constituição federal fez foi dar uma garantia mínima ao trabalhador, e não estabelecer um “teto” em favor do empregador. Aldemiro Rezende Dantas Júnior (apud AGUIAR JUNIOR)¹¹⁷ defende que a Constituição em seu artigo 7º fez foi estabelecer um rol mínimo em favor do trabalhador, não havendo qualquer impedimento a que a lei ordinária venha reconhecer direitos em um patamar superior. Essa possibilidade, aliás, resulta clara no *caput* do próprio artigo 7º, o qual aponta que, além do elenco dos direitos ali constantes, pode haver outros, que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores rurais e urbanos.

Ora, não seria concebível que a condição de empregado do lesado fosse óbice ao exercício do direito. Portanto, concorda-se com a corrente que atribui a aplicação da teoria do risco aos acidentes de trabalho.

Há também casos de responsabilidade objetiva agravada. São situações excepcionais. Na esteira de Facchini Neto¹¹⁸, ocorre quando uma pessoa é obrigada a indenizar, independente de haver um nexo de causalidade entre sua atividade e o dano acontecido. A exemplo, a responsabilidade do estabelecimento prisional pela incolumidade do preso em caso de suicídio ou assassinio por outros detentos; a responsabilidade do hospital pela incolumidade do paciente; do estabelecimento bancário, pela incolumidade do cliente, ainda que não seja correntista; do transportador pela incolumidade do passageiro, ainda que este não tenha adquirido o bilhete; do fabricante pelo acidente de consumo, etc.

Presentes algumas atividades de risco elencadas pela doutrina e jurisprudência pátrias. Reconhece-se a importância da iniciativa do legislador frente às necessidades sociais, em incluir a espécie objetiva de responsabilidade civil na lei, pois tal iniciativa acarreta, sem dúvida, numa grande vantagem para a vítima, senão veja-se:

Primeiramente dispensará a análise da ocorrência ou não de culpa *lato sensu* (dolo e culpa em sentido estrito) por parte do agente, o que ampliará a possibilidade da vítima receber a respectiva verba indenizatória, além de acelerar a marcha

daños en su persona o en sus bienes por el riesgo propio de las tareas que cumple (riesgo profesional).”

¹¹⁷ AGUIAR JUNIOR, 2007, p. 402.

¹¹⁸ FACCHINI NETO, 2003, p. 157.

processual pela desnecessidade de dilação probatória, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade.

Sob a perspectiva do agente, este já não gozará de impunidade como outrora ocorria, efetivada a respectiva sanção civil.

E, num foco mais amplo, restarão protegidos direitos humanos e/ou direitos fundamentais porventura violados em âmbito das relações privadas, representando o instituto da responsabilidade civil objetiva fundada na teoria do risco, um instrumento de garantia e proteção de direitos humanos/direitos fundamentais.

A inovação pode parecer bastante tênue, haja vista o fato de o próprio artigo ter ressaltado que as demais leis especiais continuam em vigor, a exemplo das relações de consumo, que representam a maioria das ocorrências. Não obstante, vê-se com bons olhos esta novidade, pois, quem tem os bônus, deve arcar com os ônus. Ratificando o que já foi dito, esta novidade veio consagrar os princípios da socialidade e da eticidade do Código Civil Brasileiro.

Eis assinalados alguns apontamentos sobre o que venha a ser, para as fontes do Direito pátrios, risco e atividade de risco a fim de computá-las como geradoras de responsabilização civil dos agentes privados causadores de danos a terceiros independente da discussão em torno da culpa.

3.4 RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA

O artigo 2.050 do Código Civil Italiano reza: “Qualquer um que cause dano a outros no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado ao ressarcimento se não provar ter adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano”¹¹⁹

¹¹⁹ No original: “Chiunque cagione danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”. (tradução livre). Veja-se outros dispositivos referentes ao risco no direito comparado: Código Civil do México: Artículo 1913: Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por si mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energia de la corriente electrica que conduzcan o por otras causas analogas, está obligada a responder del dano que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese dano se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la victima. Código Civil de Portugal: Art. 493º. 2: Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas

Assim, o legislador italiano preferiu não adotar com clareza os sistemas de responsabilidade subjetiva ou objetiva, onde optou pelo sistema de presunções relativas, ao se admitir prova em contrário liberatória do dever ressarcitório.

Como se fosse uma responsabilidade pressuposta. Nem fundada na culpa, nem derivada do risco. Objetivada, mas com precauções. Os freios de expansão bem puxados, controlando os casos de aplicação e restringindo a esfera de abrangência.¹²⁰

Hironaka¹²¹ refere-se ao termo “La mise en danger”. A expressão “mise en danger”, de acordo com lição da autora¹²², pode ser entendida da seguinte forma: “[...] o verbo *mettre*, no francês, significa pôr, colocar. [...] Portanto, ‘mise en danger’ pode ser traduzido como ação de pôr em perigo ou em risco (danger), como indicativo de perigo!!! atenção!!!”.

Segundo Schamps - autora belga citada por Hironaka - o artigo 2.050 do Código Civil Italiano de 1946 apreendeu a noção de *mise en danger* para caracterização do dever de indenizar (*esposizione al pericolo*). Schamps denomina tal forma de responsabilidade baseada em presunção.

A *mise en danger* constituiu extraordinário impulso a partir da metade do século XIX nos países ocidentais, no sentido de procurar minorar o sofrimento das vítimas.

A periculosidade, na *mise en danger* é verificada a partir da atividade reiterada (e não de uma conduta culposa e isolada), em razão do elevado cometimento de danos que ela pode causar, seja em razão se sua natureza, seja em razão dos meios adotados para o seu exercício. Assim, a periculosidade não é apreciada de modo isolado: ela é intrínseca ao exercício da atividade e deve ser determinada caso a caso. Pode ser que a atividade não seja perigosa em si, mas tenha caráter conexo ou complementar a uma atividade perigosa.

Hironaka¹²³ ao atestar a responsabilidade pressuposta, que corresponde à *mise en danger*, assinala como caracteres: 1) risco caracterizado (fator qualitativo) é a potencialidade da atividade em realizar um dano de grave intensidade, potencialidade que não pode ser eliminada mesmo adotando-se todos os

circunstâncias com o fim de os prevenir.

¹²⁰ HIRONAKA, 2005, p. 295-296.

¹²¹ Ibid., p. 282 et seq.

¹²² Ibid., p. 231.

¹²³ Ibid., p. 220-221.

mecanismos securitários; 2) atividade especificamente perigosa (fator quantitativo), que se subdivide em a) probabilidade elevada, que corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência) estabelecida mediante estatísticas, conhecimentos científicos ou técnicos e as circunstâncias ; e b) intensidade elevada, que corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade.

Eis os critérios da *mise en danger* enumerados pela autora¹²⁴: 1) deve descrever a potencialidade perigosa das atividades que podem ensejar a responsabilização pelo viés da *mise en danger*; 2) não deve ser taxativo ou enumerativo, para não fechar as portas para futuros danos, ainda não conhecidos; 3) não deve ser tão elástico que acabe por suportar (ou por deixar entrar) variáveis que não se encaixem na verdadeira potencialidade perigosa de uma atividade; 4) estabelecido onexo causal (dano x atividade perigosa), o executor da atividade é considerado o responsável pela reparação; 5) essa responsabilidade civil deve ter como finalidade exclusivamente a reparação da vítima, sem qualquer abertura à exoneração dos responsáveis, em face de provas liberatórias (assemelhadas às contra-provas, nas presunções *juris tantum* ou relativas); 6) não deve admitir excludente de responsabilidade; 7) pode, eventualmente, admitir o regresso (ação de regresso), mas que se dará pelas provas que o demandado possa fazer nessa outra ação, e que demonstrariam a culpa de outrem, contra o qual regressaria.¹²⁵

Vale dizer que só a realização dos danos (e não a *mise en danger*, em si) é apta a gerar o dever de indenizar.

Somente os danos absolutamente inevitáveis são excluídos da *mise en danger*. Na esteira de Schamps (apud HIRONAKA)¹²⁶, o agente não é liberado simplesmente porque é diligente. A prova liberatória, então, consiste em desfazer o nexo causal, seja porque o sujeito não exerceu a atividade, seja porque a atividade não é perigosa.

A nova codificação brasileira foi mais além ao optar francamente pela responsabilidade objetiva como cláusula geral, e não um sistema intermediário, como fez o legislador italiano.

¹²⁴ HIRONAKA, 2005, p. 232 et seq.

¹²⁵ Conforme salienta Hironaka (2005, p. 295-296) “o evoluir jurisprudencial, então, cada vez mais passa registrar decisões que se expressam em termos de *presunção de responsabilidade* e não *presunção de culpa*.”

¹²⁶ HIRONAKA, op. cit., p. 305.

3.5 MODALIDADES DE RISCO

No que diz respeito à responsabilidade objetiva, várias concepções em torno da ideia central do risco são identificadas, dentre as quais, conforme a contundente e precisa preleção do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Cavalieri Filho¹²⁷ podem ser destacadas as teorias do risco-proveito¹²⁸, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e do risco integral.¹²⁹

Cuidar-se-á, a seguir, em aligeiradas linhas, dessas modalidades de risco.

3.5.1 Risco proveito

Na teoria do risco-proveito – também denominada risco benefício - a responsabilidade incorre sobre aquele que adquire algum proveito da atividade danosa. De acordo com essa teoria, a vítima do fato lesivo teria de provar a obtenção do proveito, ou seja, do lucro ou vantagem pelo autor do dano. Neste caso, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa: onde está o ganho, aí está o encargo. É verdadeira expressão do brocardo latino *ubi emolumentum, ibi onus*, ou seja, quem colhe os proveitos de determinada atividade deve suportar as consequências prejudiciais que dela decorram.

Tal teoria encontra logo o problema de não definir o que venha a ser “proveito”, e, acaba por se limitar ao proveito econômico. Nesta hipótese, a responsabilidade fundada no risco só seria capaz de responsabilizar comerciantes e industriais.

¹²⁷ CAVALIERI FILHO, 2009.

¹²⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2009. V.1. p. 958 inova na classificação das modalidades de risco. Lembra que 3 (três) são os riscos da atividade considerados pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: risco de empresa, risco administrativo e risco-perigo. Exemplo do primeiro é a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, regulada pelo artigo 931 do Código Civil e pelo artigo 12 do Código do Consumidor. Risco administrativo, segundo o autor, é o que embasa a responsabilidade civil do Estado; enquanto risco-perigo é o que decorre dos acidentes de trânsito, essencialmente por criação jurisprudencial fundada no Decreto Legislativo n.º 2.681 de 1912, harmônico com o artigo 732 do Código Civil.

¹²⁹ FRANÇA, 1999, p. 804 cita o risco-proveito e o risco normalidade. O risco normalidade sustenta que o sujeito só é responsável quando sai das condições normais de meio e momento. Sobre o risco-proveito, tratar-se-á mais adiante.

E mais: se mantido à vítima o ônus de provar a existência de proveito, tal concepção não resultaria em real evolução.

A modalidade de risco proveito é abrangida pela teoria do risco criado, que será comentada adiante.

3.5.2 Risco profissional

A teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar sempre decorre de um fato prejudicial à atividade ou profissão do lesado, tal como ocorre nos danos causados por acidente de trabalho. É o risco assumido pelo patrão ou mestre, pois dirige um empreendimento e tem pessoas a ele subordinadas, o que faz nascer sua responsabilidade por todos os danos relacionados com a atividade.

Alsino¹³⁰ considera o risco profissional como aquele cujo trabalho ou classe de trabalho engendra fatalmente para quem o executa maior perigo para sua vida e saúde - seja pela insalubridade do lugar, do material, seja pelo manejo de máquinas, etc. Sempre o risco profissional se refere ao empregado / trabalhador e não ao patrão / empregador.

Dir-se-ia, então, que todo ato danoso praticado no exercício de atividade profissional, seria indenizável. Porém, a questão não é tão simples assim. O que dizer, por exemplo, da atividade médica? Sem sombra de dúvida, o médico, assim como o dentista, o enfermeiro, o farmacêutico etc., exerce atividade de risco. O dano decorrente do exercício de sua profissão seria indenizável, independentemente da comprovação de culpa? O novo Código Civil estabelece que:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Essa disposição legal - correspondente a do art. 1.545 do Código Civil de 1916 - evidenciou a exclusão da responsabilidade objetiva dos profissionais da medicina, a exemplo do que já ocorria com os profissionais liberais em geral, cuja

¹³⁰ ALSINO, 1997, p. 451.

responsabilidade, a teor do que estabelece o art. 14, § 4º¹³¹, do Código do Consumidor, é apurada mediante a verificação da culpa.

O risco profissional vem somar importante contribuição à doutrina do risco, pois além de permitir sua verificação nas relações de emprego, prestação de serviços e desempenho de certas profissões (com exceção dos profissionais liberais), permite que o risco se estenda às situações que o resultado de tal atividade gere danos a terceiros estranhos ao referido vínculo.

3.5.3 Risco excepcional

O risco excepcional é aquele que escapa à atividade comum da vítima, sendo estranho ao trabalho que normalmente exerça, a exemplo dos casos de acidentes de rede elétrica, exploração de energia nuclear, radioatividade, produtos tóxicos, etc. Seu fundamento corresponde à sensação social de perigo excepcional.

A teoria do risco excepcional trata do risco advindo de atividades que, em si, apresentem risco exacerbado, como ocorre na exploração de energia nuclear (Lei n.º 6.453/77). As excludentes dessa atividade são específicas, limitando-se às situações de conflito armado, guerra civil, hostilidades, insurreição ou fato excepcional da natureza (Art. 8º).

3.5.4 Risco criado

Na teoria do risco criado - elaborada por Josserand (apud TEPEDINO; BARBOZA; MORAES) é a que melhor tem aceitação¹³². Considerada uma evolução

¹³¹ § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹³² “As teorias do risco proveito e do risco criado podem ser reconduzidas, respectivamente, a Raymond Saleilles e a Louis Josserand. Para Saleilles, o risco deve ser suportado por quem 'extraí proveito' da atividade danosa; já a teoria do risco criado, de Josserand, pode ser equiparada ao significado moral presente na teoria da culpa, justamente porque se imputa ao sujeito que com a sua atividade expôs terceiros ao risco de serem lesados, a responsabilidade derivante desta 'culpa'”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Da responsabilidade civil. In: _____. **Código civil interpretado conforme a constituição da**

da teoria do risco proveito, tem a vantagem de dispensar a prova de que o autor do fato auferia vantagens econômicas – ou qualquer outra forma de vantagem - da atividade que resultou no dano, já que o risco terá incidência em todas as atividades desenvolvidas, ainda que se trate de mero lazer ou recreação. Nesse sentido, seria a modalidade do risco criado mais abrangente que a espécie risco proveito.¹³³

Pela lição de Facchini Neto¹³⁴, “[...] pelo simples fato de agir, o homem muitas vezes cria riscos potenciais de dano para os outros. É justo, portanto, que suporte ele os ônus correspondentes”. Assim, a idéia do risco perde seu aspecto econômico, bastando restar configurada uma atividade essencial e potencialmente danosa aos semelhantes.

O risco criado tem o condão de “[...] imputar responsabilidade para todos os casos em que houvesse nítida desproporção no domínio de uma atividade ou de uma coisa”, segundo Lopes¹³⁵.

Adotou-se, assim, com esta novidade no campo do direito positivo, a teoria do risco criado, tendo em Caio Mário Da Silva Pereira o seu maior defensor pátrio. Trata-se de uma questão de socialização dos riscos, pois, o dano decorrente da atividade de risco recairá, sempre, ou no seu causador (que se beneficia do risco auferindo lucro), ou na vítima (membros da sociedade). Porém, não é justo que, dentre estas duas pessoas, a prejudicada seja aquela que não teria como evitá-lo. O enfoque da responsabilidade civil passa a ser a vítima e não o autor do dano. E passa a interessar a toda a coletividade.

república. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. V.2.

¹³³ MORAES, 2007, p. 853 defende a teoria do risco criado: “A teoria do risco criado, mais ampla e mais benéfica para a vítima, considera que toda atividade que exponha outrem a risco torna aquele que a realize responsável, mesmo nos casos em que não haja atividade empresarial ou atividade lucrativa (proveitosa) propriamente dita.

Em sede de conclusão, a autora assevera (MORAES, 2007, p.80): “O fundamento da responsabilidade objetiva está, objetivamente, no perigo criado e independe de qualquer possibilidade de controle sobre a fonte do risco bem como da equação onus-bônus, ou seja, de algum proveito econômico por parte do autor do dano.”

¹³⁴ FACCHINI NETO, 2003, p. 158.

¹³⁵ LOPES, 2006, p. 332.

3.5.5 Risco integral

Por fim, a teoria do risco integral é uma modalidade extremada, porquanto nela se dispensa até mesmo o nexos causal para justificar o dever de indenizar, que se faz presente somente em razão do dano. Então, sua aplicação restringe-se a situações excepcionalíssimas.

Persistirá responsabilidade nestes moldes mesmo diante de caso fortuito e força maior, fatos absolutamente externos e independentes do domínio do responsável.

Tal modalidade enseja uma responsabilidade “sem limites” no dizer de Lopes¹³⁶ na medida em que acarreta um pesado ônus à atividade, que pode acarretar na sua paralização.

Eis as modalidades de risco elencadas pela doutrina.

3.6 CRÍTICAS À TEORIA DO RISCO E SUA DEFESA

Os principais doutrinadores que se posicionam contra a teoria do risco, segundo Lima¹³⁷, são: irmãos Mazeaud, Joseph Rutsaert; Ripert; Colin e Capitant; Venzi; Defroidmont e Brasiello.¹³⁸

Não obstante representar um importante instrumento de proteção e garantia dos direitos fundamentais, na medida em que facilita à vítima de um dano o recebimento da indenização cabível, vindo a representar, portanto, uma evolução em sede de responsabilidade civil, há uma corrente que critica a teoria do risco. Para tais críticos, a teoria do risco representa uma afronta ao princípio da igualdade ou da isonomia entre as partes nas relações privadas, na medida em que presta demasiada atenção à vítima em detrimento do agente.

Porém, vale ressaltar que nem sempre isonomia é o que se encontra em sede

¹³⁶ LOPES, 2006, p. 332.

¹³⁷ LIMA, 1999, p. 190 et seq.

¹³⁸ Segundo Lima (1999, p. 190 et. seq.), existem duas espécies de adversários da teoria do risco: 1ª) os que reconhecem a existência da obrigação de reparar sem culpa, mas declaram que não se trata de responsabilidade e sim de uma simples garantia; e 2ª) o outro grupo nega, desde que não exista uma lei especial ou um contrato, a obrigação de reparação do dano sem culpa.

de relações privadas. Há assimetria constante entre indivíduo e um poder privado, e é nesses casos que a responsabilidade civil se baseia para adotar a teoria do risco.

Outra crítica levantada por alguns estudiosos, entre eles Venosa¹³⁹ aponta a inconveniência de ter a lei transferido para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que, em sua opinião, poderá resultar num exagerado alargamento da responsabilidade sem culpa. Para ele, melhor seria que o legislador definisse circunstanciadamente as situações em que se aplicaria a teoria do risco.

Esta crítica da falta de delimitação pelo legislador do conceito de atividade de risco representa a mais constante à teoria do risco. Para os que assim entendem, o dispositivo pode dar ensejo a inúmeras decisões díspares, causando, também, aumento significativo de demandas judiciais indenizatórias a serem apreciadas nos diversos juízos e tribunais, já tão avolumados de trabalho.

O fato de a responsabilidade objetiva não vir taxativamente prevista na legislação civil não representa nenhum óbice à segurança jurídica. Claro que o juiz terá a difícil missão de decifrar a que categoria de pessoas estaria o legislador se referindo como executora de atividade de risco. Respeitar-se-á as particularidades dos casos concretos, os direitos em tela e a extensão dos danos sofridos, pois todos serão analisados um a um, até mesmo nos casos previstos em lei. O aplicador da lei, equitativamente, sopesará os valores em questão tendo por norte o primado constitucional.¹⁴⁰

Além disso, o reconhecimento da impossibilidade de se tudo resolver com o Direito Positivo é uma grande conquista para nosso ordenamento jurídico, na medida em que irá permitir que nosso sistema possa se manter atualizado por mais tempo, dado que a aplicabilidade dos institutos jurídicos poderá se amoldar às necessidades e frequentes alterações econômicas, sociais e jurídicas.¹⁴¹

Outra crítica seria que a teoria do risco tem o grave inconveniente de suprimir da responsabilidade civil o elemento moral. Sob esse ângulo, não seria justo

¹³⁹ VENOSA, 2005, p. 11, v.4.

¹⁴⁰ LIMA, 1999, p. 198-199 prega: “Não há princípio jurídico por mais lógico nas suas conclusões, por mais primoroso no seu contexto, por mais preciso nos seus contornos, que possa abranger todos os casos que pretende regular, que não se revele impreciso, vago e incompleto ante a realidade dos casos concretos.”

¹⁴¹ Vaticinando esse problema, Gonçalves (2003), assim previu: “[...] a admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como está no texto, possibilitará ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável.”

responsabilizar alguém que não tenha agido errônea ou ilicitamente. A teoria do risco seria, portanto, resultante de forte influência positivista, sendo uma concepção materialista do direito, porque regula as relações entre patrimônios, abstraindo-se as pessoas.¹⁴² Poderia servir de incentivo à imprudência.

Em contrapartida, vale dizer que esta apresenta raízes profundas nos princípios de justiça e equidade. Destaque-se a lição de Lima¹⁴³, para quem a vítima passou a sentir uma insegurança absoluta ante a impossibilidade de provar a culpa, em virtude de múltiplos fatores. A complexidade da vida moderna e a multiplicidade dos acidentes fez nascer a teoria do risco, colocando a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas; foi em nome da solidariedade humana e do sentimento da responsabilidade que foi erguida a teoria do risco.¹⁴⁴

Num momento em que o acidente torna-se quase uma condição da atividade, a responsabilidade deve ser encarada sob a posição da vítima, existindo um dever geral de segurança e, correspectivamente, um direito subjetivo de segurança.

De fato, não resta dúvida de que foi o sentimento de solidariedade e uma visão equitativa e social que inspiraram a criação da teoria do risco. A culpa – em outro sentido – acaba por se tornar insuficiente para fundamentar a responsabilidade civil ante a dificuldade probatória de que se reveste (a quem Schreiber¹⁴⁵ denomina *probatio diabolica*).

Note-se, ainda, o fator social do risco. As pessoas que são vítimas são aquelas que se situam num estrato social mais carente, estão mais expostas aos

¹⁴² Fazendo breves apontamentos à crítica à doutrina do risco, Lima (1999, p. 11) destaca: “Não será a teoria do risco uma regressão ao barbarismo da Lei de Talião, contida na fórmula “olho por olho” e “dente por dente” dos primeiros dias da civilização humana? Não será reduzir o homem a uma “inatividade perfeita” ou a uma “mobilidade de estátua”, numa adesão generalizada ao princípio da causalidade objetiva e mediante o qual uma pessoa fica obrigada a suportar as consequências dos seus atos, ainda que lícitos, somente porque prejudiciais a outrem?”

¹⁴³ LIMA, 1999, p., 195-196.

¹⁴⁴ No mesmo sentido, Alsino (1997, p. 409-410): “En tiempos en que las relaciones humanas se desarrollaban sin las complejidades de la vida moderna y, consecuentemente en su simplicidade, podían destacarse nítidamente las acciones individuales, fácil era imponer a los hombres estrictos deberes de respeto y solidaridad y fácil resultaba también valorar una conducta obrada con entera libertad. Podía entonces decirse con justicia que el culpable debía responder y el inocente estaba exento de toda sanción. Si una persona resultaba víctima de hecho de un inocente, no era dado a los hombres modificar los designios de la naturaleza y esa víctima debía suportar sola todo el daño. Hoje, “Resulta razonable que quien provocó el daño aun sin culpa, en una actividad lícita y además útil para él, cargue con las consecuencias del riesgo que creó. Aquí no es ya cuestión de juzgar conductas sino de repartir los daños que la actividad necesaria y útil de los hombres va produciendo, y parece justo que soporte el daño quien obtiene el beneficio inmediato de esa actividad.”

¹⁴⁵ SCHREIBER, 2009.

riscos da sociedade tecnológica e menos se beneficiam das vantagens proporcionadas, a exemplo dos acidentes de trânsito e de trabalho.¹⁴⁶

Percebe-se uma queda da interferência dos elementos morais no problema da responsabilidade, pela necessidade de socialização do direito. Os clássicos temem fazer injustiça sem a análise da culpa. Para isso, o professor Lima¹⁴⁷ argumenta que as hipóteses de deixar as vítimas sem reparação pela dificuldade em se provar a culpa são bem mais numerosas que as possíveis injustiças individuais ocasionadas pela aplicação da teoria do risco.

Então, a teoria não veio anular direitos fundamentais nem financiar injustiças ou paralisar a iniciativa e espírito de empresa, muito pelo contrário, veio garantir a segurança jurídica, viabilizando a concessão de indenização quando o dano provém de uma atividade de risco. Com isso, não somente os direitos e garantias fundamentais têm sido resguardados, como também os interesses coletivos, já que o dano não prejudica só a vítima, mas se reflete em toda a sociedade.

Desde já defende-se o posicionamento no sentido de considerar a teoria do risco como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais nas relações privadas.

3.7 O PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

O homem deu o primeiro passo em direção ao aperfeiçoamento moral quando substituiu os procedimentos de vingança por exigências mais complexas de justiça, que irão se evidenciar na adoção do critério da reparação dos danos sofridos, em virtude da ação de outrem. Até aqui tudo bem. Porém, o que resulta da ideia de reparação quando não existe relação circunstanciada entre o autor ou os autores de atos delituosos e as vítimas, desaparecendo aquilo que os juristas chamam de nexos de causalidade?

¹⁴⁶ GIORDANI, 2007, p.34-35 assevera, sobre isso: "Nestas circunstâncias, a vítima do evento danoso se depara com o problema do acesso à justiça, motivo de aflição social, especialmente nos países em desenvolvimento. As dificuldades se iniciam, de regra, com a falta de recursos para pagar um advogado e custear as despesas e taxas processuais. Impõe-se, assim, a solicitação de uma assistência judiciária gratuita, normalmente prestadas por defensorias públicas, de regra assoberbadas de trabalho ante o grande número de solicitações de patrocínio gratuito. [...] um último obstáculo, quase intransponível [...] a comprovação da culpa do autor do fato."

¹⁴⁷ LIMA, 1999, p. 47-48.

A ideia de responsabilidade individual vem sendo substituída pela social. Tem-se o que se chama de sociedade de vítimas – vítimas diluídas nessa sociedade e que merecem mais atenção. O princípio da solidariedade ganha conteúdo jurídico.

Moraes¹⁴⁸ incrementa que o instituto jurídico em que mais claramente se percebe o notável incremento das exigências da solidariedade é o da responsabilidade civil. E o risco, nesses termos, é o testemunho do fato de que se vive em uma sociedade de verdade. Só há risco do ponto de vista da totalidade, antes de afetar particularmente os indivíduos.

Eis a “socialização dos riscos”, que se insere, segundo Schreiber¹⁴⁹ em uma mais ampla distribuição destes custos entre os potenciais responsáveis. Seria a diluição do dano, conforme o autor. Segundo ele: “Há, cada vez mais, solidariedade na culpa (todos somos culpados pelos danos) e solidariedade na causa (todos causamos danos), e o passo necessariamente seguinte é o de que haja solidariedade na reparação (todos devemos reparar os danos)”¹⁵⁰.

Em decorrência desse fenômeno, observa-se as atuais tendências: ampliação das hipóteses de responsabilidade solidária, crescente importância da reparação e prevenção dos danos e o desenvolvimento dos seguros da responsabilidade civil.

Ressalta-se a importância dos mecanismos securitários, seja sob forma de seguro social, seja na de seguros privados. Nos seguros coletivos, ocorre a aderência de vários sujeitos e, na hipótese eventual de ocorrência de dano a um deles, terá este direito à indenização, porém nos limites do valor pactuado na socialização. Essas seguradoras encobrem as hipóteses de responsabilidade subjetiva e objetiva, alterando a visão clássica de que quem causa o dano deve reparar, pois quem repara é a seguradora.¹⁵¹ No Brasil tem-se seguros de acidentes de trabalho, acidentes automobilísticos (DPVAT - seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, regulado pela Lei n.º 6.194 de 19 de dezembro de 1974). Porém o mecanismo securitário não deve dispensar o controle público, no sentido de fiscalização, ou mesmo de concorrência entre seguradoras particulares com empresas públicas. Vale dizer que os seguros não

¹⁴⁸ MORAES, 2003, p. 867.

¹⁴⁹ SCHREIBER, 2009, p. 212.

¹⁵⁰ Ibid., p. 213.

¹⁵¹ Segundo Lotufo (2003, p. 301), há uma diluição dos custos da indenização no todo social. “Quanto maior o volume daqueles que participam de um seguro, menor o prêmio a ser pago. Em contrapartida, para os beneficiários do seguro maior a garantia do recebimento, portanto, também, para quem sofreu a lesão”.

excluem necessariamente as ações de indenização, mas reduz sensivelmente seus tormentos. Hoje fala-se inclusive em *risk management* como técnica que, somada à responsabilidade civil, buscaria identificar os pontos de risco em cada estrutura organizacional e eliminá-los antes da produção dos danos.¹⁵²

Considera-se dentro de um sistema solidarista, que não enxerga indivíduos justapostos e isolados, mas um organismo de humanidade no qual todos os membros são solidários. Busca-se uma responsabilidade civil de todos, por todos e em favor de todos.

¹⁵² Há o *third-party insurance*, em que a seguradora se compromete frente ao segurado a arcar com os custos da reparação dos danos que venha a provocar; e o *first-party*, em que é a própria vítima que contrata o seguro com relação aos danos que possa vir a sofrer.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS, RELAÇÕES PRIVADAS, RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E A DOCTRINA DO RISCO

4.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Refletir-se-á sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, coincidindo com as abrangências e conclusões em torno da responsabilidade civil objetiva.

Desde já é importante citar Hironaka¹⁵³, para quem não há pessoa sem dignidade, não se podendo conceber dignidade independente da existência da pessoa. Assim, a dignidade não é concedida à pessoa, pois ela é, por essência, digna. Nessa esteira, não há como reconhecer que existe um direito fundamental à dignidade. Pode-se falar em direito a existência digna, ou direito ao respeito á dignidade e sua promoção.¹⁵⁴

Peces-Barba¹⁵⁵ pondera que quando se reflete sobre a dignidade humana - referência ética radical e sobre o compromisso justo que corresponde às sociedades bem ordenadas, não se está descrevendo uma realidade, senão um dever-ser, em cujo edifício a dignidade humana é um referencial inicial, um ponto de partida, e também um horizonte final, um ponto de chegada.

De acordo com Alexy¹⁵⁶ a dignidade consiste num mandado de otimização, isto é, norma que ordena que “algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.¹⁵⁷

¹⁵³ HIRONAKA, 2005, p. 167

¹⁵⁴ “O conteúdo da dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais” (SARLET, 2004, p. 119), face ao princípio de proibição de retrocesso, que significa impossibilidade de se comprometer o mínimo existencial (as condições necessárias para garantia de uma vida digna). Nesse sentido, um viver digno corresponderia a um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade. O postulado de dignidade exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas, conforme DWORKIN, 2003.

¹⁵⁵ PECES-BARBA, Gregório Martinez. **El concepto de dignidad humana, la política y el derecho**. In: _____. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 67.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 190

¹⁵⁷ A dignidade está presente nas regras e princípios, consoante o ensino de Alexy (2008, p. 138). Assim, o princípio de dignidade pode ser realizado em diversos graus. Ora, não haveria como afastar

A dignidade apresenta o aspecto individual (direito individual protetivo) e social (dever fundamental do Estado de tratamento igualitário dos sujeitos). Nesse segundo aspecto, a dignidade liga e interrelaciona os seres racionais sob leis comuns¹⁵⁸, centrando-se na concepção kantiana de autonomia e direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)¹⁵⁹.

Rocha¹⁶⁰ cita o Princípio da solidariedade social como aspecto da dignidade humana: o homem não é somente digno considerado em sua dimensão individual, mas intersubjetivamente e concretamente. O homem que tem rosto, necessidades, sente dor, fome, frio, etc.

Moraes¹⁶¹ apresenta 4 postulados da dignidade humana: 1) o sujeito ético / moral reconhece a existência de outros sujeitos iguais a ele; 2) os outros são merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; 3) o sujeito é dotado de vontade livre, de autodeterminação; e 4) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. De onde partem os princípios corolários enumerados e explicados pela autora: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade.

A dignidade da pessoa humana serve, a uma só tempo, de limite e tarefa dos poderes públicos e privados, fundamento e fim da sociedade e do Estado. Funciona, ainda, simultaneamente, como limite dos direitos e limite dos limites, ou seja, barreira contra qualquer restrição a direitos fundamentais.

A dignidade, assim impõe restrições a outros bens constitucionalmente garantidos, como restrições à liberdade individual, especialmente no campo da autonomia privada e liberdade contratual. Por outro lado a dignidade funciona também como limite do limite, ou limite à imposição de restrições a direitos

a necessária relativização (ou convivência harmônica) do princípio da dignidade da pessoa à igual dignidade de todos os seres humanos. Mais adiante, o estudo fará menção ao tema “Regras e Princípios” em item próprio (4.4).

¹⁵⁸ MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais**: contribuição para uma teoria. São Paulo: LTR, 1997. p. 90-91 diferencia as noções de dignidade da pessoa humana, dignidade do homem e dignidade social, onde a primeira possui caráter personalista, referindo-se ao homem individual e concreto. A segunda apresenta aspecto transpersonalista, fazendo referência à humanidade; ao passo que a terceira é dotada de uma característica sociológica, relativa ao homem em suas relações ou inserido em uma unidade social.

¹⁵⁹ A razão, em Kant, é a fonte da liberdade. Segundo Kant (2008) “[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”. O homem kantiano é um ser dotado de vontade, mas é incapaz de administrá-la sozinho, pois, ora está sujeito a si mesmo, na condição de sujeição à própria razão ou paixões, ora está sujeito a *uma lei que vem de fora*.

¹⁶⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Forum, 2004.

¹⁶¹ MORAES, 2003, p. 85.

fundamentais, com o intuito de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão.

Sarmiento¹⁶² afirma categoricamente que a dignidade da pessoa humana representa o centro da ordem constitucional e, portanto, baliza não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado. Ensina, ainda, o referido jurista, que a dignidade é compreendida como atributo inalienável da pessoa humana, que não pode dela dispor em suas relações de ordem privada.¹⁶³

Portanto, para além da vinculação do Estado, também a ordem comunitária e todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora, o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral. Tal afirmação assume particular relevância em tempos de globalização econômica, privatizações, incremento assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais (por vezes com faturamento e patrimônio – e, portanto, poder econômico – maior que o de muitos Estados), etc.

Corresponde a dignidade epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira (art. 1º, III; art. 170; art. 226 §7º; art. 227 todos da Constituição Federal de 1988) e a base central de fundamentação da ordem jurídica internacional, apresentando um contexto reconhecidamente pré-estatal. Nesse contexto, Segundo Sarlet¹⁶⁴, tudo o que está contido na Constituição de 1988 pode, de uma forma ou de outra, ser reconduzido ao valor dignidade. Há assim, uma possibilidade de abertura

¹⁶² SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 59-60.

¹⁶³ Define Sarlet (2004, p. 59-60) dignidade da pessoa humana como: “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha 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.” Sarlet (2004, p. 36) advoga como mais um aspecto da dignidade da pessoa humana a concepção kantiana no sentido de que a pessoa é considerada como fim em si mesmo, e não como meio. Portanto, tem valor absoluto. Assim, repudia-se toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.

Nessas linhas, vale ainda mencionar o artigo primeiro (1º) da Declaração Universal da ONU (1948): “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.

¹⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 100.

material do catálogo constitucional dos direitos fundamentais para direitos não previstos, ou previstos somente pelo legislador infraconstitucional (a exemplo do direito a alimentos, previsto no Código Civil brasileiro. Seria um direito legal, mas materialmente constitucional).¹⁶⁵

Os direitos fundamentais contam com a presença da dignidade para torna-los efetivos e realizáveis. Os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade. A dignidade apresenta conexão não apenas com um direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, mas também com os direitos da personalidade em geral.

Eis uma característica importante da dignidade humana: não há um número determinado de situações jurídicas a serem tuteladas. O que se visa é proteger o valor da personalidade humana. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção atípicas. A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada, por isso, não pode existir um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas.

Nesse sentido, a teoria do risco – conforme se prescreveu em capítulo anterior – veio resguardar as vítimas de eventuais danos causados por atividades lícitas – porém arriscadas – de serem ressarcidas sem o questionamento quanto à culpa do agente, eliminando-se, assim, as dificuldades probatórias e processuais. Em última análise, a doutrina do risco em sede de responsabilidade civil objetiva concretiza a dignidade humana nos direitos humanos / fundamentais nela consignados, como o direito à vida, à integridade física, ao patrimônio, etc. São exemplos de bens jurídicos potencialmente violáveis nas diversas relações jurídicas.

4.1.1 Igualdade

O presente item tem por finalidade traçar breves linhas sobre o direito fundamental à igualdade e estabelecer a devida correlação com a doutrina do risco e

¹⁶⁵ SARLET, 2004, p. 39-40 defende que o conceito de dignidade “apresenta contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ‘ambiguidade e porosidade’, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica”. [...] “Com efeito, não é á toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é’. Ela independe de circunstâncias concretas”.

a responsabilidade civil.

O conceito de igualdade dependerá do tipo de sociedade em que se insere: se anarquista, “a cada um o mesmo”; se conservadora: “a cada um o que lhe dá a lei”; se escravista “a cada um segundo seu status”; se capitalista, “a cada um segundo seu mérito ou capacidade”; se socialista “a cada um segundo seu trabalho”; e se comunista “a cada um segundo as suas necessidades”.

Atienza¹⁶⁶, nesse sentido, conceitua igualdade como a relação que se dá entre dois ou mais seres a propósito de uma ou várias circunstâncias. Diferencia, ainda, a igualdade de características (conceito relacional) e a igualdade de trato (conceito normativo, onde duas ou mais pessoas devem ser tratadas da mesma maneira em certas circunstâncias).

Classicamente tem-se a divisão em igualdade formal e igualdade material ou substancial. Igualdade formal significa o direito de não receber tratamento discriminatório pela Lei, consagrada na célebre forma “todos são iguais perante a lei”. Já a igualdade substancial representa a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. Ferrajoli¹⁶⁷ prega que a igualdade jurídica significa idêntica titularidade e garantia dos mesmo direitos fundamentais independentemente do fato, e pelo fato de que os titulares são diferentes entre si.

Bobbio¹⁶⁸ destaca a importância de se questionar: igualdade em que? E igualdade entre quem?. E prega a igualdade de todos.¹⁶⁹

Ora, asseverou-se que mesmo nas relações travadas entre particulares há a presença de desigualdade. Assim, conclui-se que a instituição do risco na responsabilidade civil constitui importante aspecto da desigualdade para igualar a vítima hipossuficiente àquele detentor, criador e responsável pela atividade de risco e que, portanto, dela extrai benefícios. O risco converte-se, assim, em instrumento de igualdade ao reconhecer e corrigir uma desigualdade precedente.¹⁷⁰

¹⁶⁶ ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004. p. 178.

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 1.ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 82-83.

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Barcelona / Buenos Aires / México, 1993. p. 53-54.

¹⁶⁹ Ibid., p. 58, *in verbis*: “[...] La instauración de una cierta igualdad entre las partes y el respeto de la legalidad son las dos condiciones para la institución y la conservación del orden y la armonía del todo, que es, para quien se ponga en el punto de vista de la totalidad y no de las partes, el sumo bien. Estas dos condiciones son ambas necesarias para que actúe la justicia, pero solo conjuntamente son también suficientes.[...]”.

¹⁷⁰ Sobre a relação entre igualdade e desigualdade, Bobbio (1993, p.79) comenta: “[...] una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una

4.1.2 Liberdade

A liberdade, ao lado da igualdade, consiste em outro direito fundamental cuja importância devem ser assinaladas para o fim de se atestar a devida responsabilidade e, em termos específicos, a responsabilidade civil.

Bobbio¹⁷¹ distingue a liberdade positiva da negativa. Seria a liberdade negativa a possibilidade de um sujeito fazer ou não fazer alguma coisa sem ser impedido por ninguém. É a liberdade dos modernos, citando Benjamin Constant. A liberdade positiva é no sentido do sujeito poder orientar sua vontade com o objetivo de tomar decisões, também denominada “autonomia” ou “autodeterminação”. A liberdade dos antigos.¹⁷²

Atienza¹⁷³ subdivide o conceito em liberdade negativa, que consiste num fazer ou não fazer, em que vigora sem obstáculos ou intervenção do Estado, salvo para garantir a liberdade e oprimir quem as queira inibir. Eis uma concepção liberal: quanto menos normas, mais liberdade. Já a liberdade material ou real consiste na capacidade real para atuar em certo sentido. Assim, o Estado deve assegurar positivamente meios que garantam o exercício das liberdades.

Kant¹⁷⁴ defende que se o homem é um ser racional, atesta-se sua liberdade. E, nessa linha, sendo racional e livre, é imediatamente responsável por suas escolhas e atos¹⁷⁵.

desigualdad precedente; de modo que la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades.”

¹⁷¹ BOBBIO, 1993, p. 100.

¹⁷² Ibid., p. 129 destaca sobre liberdade e norma: “[...] toda norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana: fora da esfera regulada pelo direito, o homem é livre para fazer o que quiser. O âmbito da atividade de um homem pode, portanto, ser considerado dividido, do ponto de vista do Direito, em dois compartimentos: aquele no qual é regulado por normas jurídicas, e que poderemos chamar de espaço jurídico pleno, e aquele no qual é livre, e que poderemos chamar de espaço jurídico vazio.

¹⁷³ ATIENZA, 2004, p. 178-180.

¹⁷⁴ KANT, 2008, p. 150-151.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.104-105 ensina: “É este o verdadeiro significado da ideia de que o homem, como sujeito de uma ordem moral ou jurídica, é “livre”. E dizer que um homem sujeito a uma ordem moral ou jurídica é “livre” significa que ele é ponto terminal de uma imputação apenas possível com base nessa ordem normativa. No entanto, segundo a concepção corrente, a liberdade é entendida como o oposto da determinação causal. Diz-se livre o que não está sujeito à lei da causalidade. Costuma afirmar-se: o homem é responsável, isto é, capaz de imputação moral ou jurídica, porque é livre ou tem uma vontade livre, o que, segundo a concepção corrente, significa que ele não está submetido à lei causal que determina sua conduta, na medida em que a sua vontade é, de veras, causa de efeitos, mas não é ela mesma o efeito de causas. Somente porque o homem é livre é que o podemos fazer responsável pela sua conduta [...]” O autor

Bobbio¹⁷⁶ prega que a Liberdade é princípio e fim da história. Para ele: “La liberdade de hoy es el poder de mañana. Y el poder de mañana será una nueva fuente de falta de libertad para aquellos que quedan sujetos a dicho poder.” E descreve: “Como la libertad nace continuamente em el seno mismo de la libertad, a igual título puede decirse que la libertad renace continuamente em el seno mismo de la no-libertad.”

Desta forma, as Constituições contemporâneas protegem não somente as liberdades e a autonomia privada, mas também a solidariedade social, a igualdade substantiva, a justiça distributiva, sem esquecer de mencionar o reconhecimento da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que Daniel Sarmiento – entre outros autores – denomina “eficácia horizontal”.

Sendo a autonomia privada aspecto da liberdade e direito fundamental da pessoa humana, vale dizer que o homem é livre para agir e realizar suas atividades, desde que arque com as devidas consequências, a exemplo de indenizar possíveis vítimas de seus atos. Além do mais, essa nova leitura civil-constitucional da autonomia da vontade permite o dirigismo estatal nas relações privadas que porventura acarretem em quaisquer formas de desequilíbrio.

4.2 APONTAMENTOS SOBRE DIREITOS HUMANOS / DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vale tecer alguns comentários sobre os direitos essenciais decorrentes da dignidade da pessoa humana.¹⁷⁷

Moraes¹⁷⁸ conceitua direitos fundamentais como: “[...] direito ou posição jurídica subjetiva asseguradora de uma esfera de ação própria e livre, impondo abstinência ou limitação à atividade estatal ou privada, ou determinante da possibilidade, decorrente de sua titularidade, de exigir prestações positivas do Estado.”

continua: “Não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas, ao contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo. Imputação e liberdade estão, de fato, essencialmente ligadas entre si. Mas esta liberdade não pode excluir a causalidade.” (p. 109)

¹⁷⁶ BOBBIO, 1993, p. 131; 151.

¹⁷⁷ No que tange à diferença entre os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais” vale destacar que ambas as terminologias serão usadas, aqui, como sinônimos, seguindo o ensinamento do Professor Dr. Ramos, (2005. p. 29).

¹⁷⁸ MORAES, 1997, p.24.

Sobre o sistema constitucional único dos direitos fundamentais proposto por Moraes¹⁷⁹, apresenta-se 6 (seis) diretrizes, a saber: 1ª) reconhece o indivíduo como portador de um valor absoluto, destinatário de um respeito incondicional; 2ª) reconhece a pessoa humana como inserida numa realidade social, que permite sua plena realização individual; 3ª) a concepção da autonomia pessoal; 4ª) a busca pela qualidade de vida; 5ª) a dignidade não pode sofrer qualquer limitação espacial; e 6ª) a liberdade prevalece sobre a propriedade.¹⁸⁰

Os direitos fundamentais, segundo Ferrajoli¹⁸¹, referem-se a classes inteiras de sujeitos; formam o fundamento e parâmetro para a igualdade jurídica; têm natureza supranacional; e possuem garantias primárias (obrigações e proibições) e secundárias (sanções para os casos de violações das garantias primárias). São direitos universais, indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, personalíssimos e absolutos. Além disso, são inexpropriáveis por outros sujeitos ou por qualquer maioria.

Passe-se aos principais preceitos sobre direitos humanos / fundamentais.

4.2.1 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

Um item importante a ser retratado em sede de direitos fundamentais vem a ser sua eficácia entre particulares.

Alguns intitulam, como o professor Daniel Sarmiento, “eficácia horizontal” - expressão contestada e criticada por Ubillos¹⁸², posto haver assimetria nas relações privadas¹⁸³. Seria, nessa ordem de ideias, relações formalmente horizontais, porém

¹⁷⁹ MORAES, 1997, p. 92-95.

¹⁸⁰ FERRAJOLI, 1999, p. 37 anota as seguintes considerações: “Propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de 'derechos fundamentales': son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos em cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

¹⁸¹ Ibid., p. 43.

¹⁸² UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

¹⁸³ Ibid., p.243-250 em que pese concordar com a eficácia direta ou imediata dos direitos

materialmente verticais, ou pior: relações verdadeiramente verticais, camufladas de horizontais.

Sarmiento¹⁸⁴ defende a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, pois : “No contexto do Estado Social, onde os poderes privados representam grande ameaça para a liberdade humana, torna-se fundamental vinculá-los diretamente aos direitos fundamentais e à Constituição”.

Para Canaris¹⁸⁵ os Direitos fundamentais devem ser aplicados às leis de direito privado como direito imediatamente vigente. Os motivos são: 1º) As normas de direito privado estão vinculadas aos Direitos fundamentais tanto quanto as normas de direito público; 2º) a Constituição Federal é superior a todas as normas; e 3º) A vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais é imediata, ou seja, sem necessidade de qualquer mediação legal.

Assim, mesmo numa relação entre iguais, a autonomia privada estará limitada pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Logo, latente a presença direta dos direitos humanos e/ou fundamentais nas relações privadas.

4.2.1.1 Teorias

O debate referente à eficácia horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas teve início nos anos 50 e primórdios da década de 60, na Alemanha. Também nos Estados Unidos o tema foi enfrentado tempos após, marcando o debate doutrinário daquele país sob o título de *State Action*.

O constitucionalismo clássico abrangia os direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos exercidos contra o poder do Estado. Desta

fundamentais nas relações entre entes privados, discorda da expressão “eficácia horizontal’ para se referir a relação jurídica entre particulares. Para ele: “Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público (UBILLOS, 1997, p. 243). [...] Esta falta de ‘simetría’ permite que la parte que por razones económicas o sociales se encuentra em ‘posición dominante’ condicione la decisión de la parte ‘débil’ (UBILLOS, 1997, p. 245). El derecho no puede ignorar el fenómeno del poder privado. Tiene que afrontar es realidad y dar una respuesta apropiada (UBILLOS, 1997, p. 250).”

¹⁸⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 248.

¹⁸⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

forma, incabível seria a evocação dos direitos fundamentais para a solução de um conflito entre particulares.

Entretanto, a conjuntura em que se originou o constitucionalismo foi alterada ao longo da história. Diante das crises econômicas e sociais do século XX, surgiu na doutrina fértil discussão sobre o tema, de cujo debate destacam-se três correntes, a saber:

A primeira (doutrina tradicional) rejeita a oponibilidade de direitos fundamentais entre entes privados, somente admitindo-a nas relações estabelecidas com o Poder Público. Só o Ente Público, portanto, estaria sujeito à vinculação das garantias fundamentais. Tese adotada pelos Estados Unidos em sua “*Bill of Rights*”.¹⁸⁶

A segunda corrente defende a aplicabilidade mediata ou indireta dos direitos essenciais. Os defensores desta teoria sustentam que os direitos fundamentais são protegidos no campo privado, desde que se estabeleça mediação legislativa.

A terceira e majoritária corrente – a qual se adota - reconhece a oponibilidade aberta dos direitos fundamentais não só na relação indivíduo/Estado, mas também, na relação entre particulares, abraçando a chamada eficácia imediata (ou direta) dos direitos essenciais. O predicado mais relevante desta corrente é a falta de intermediação das normas de direito privado na interpretação das diretrizes constitucionais, cuja aplicação se dá prontamente, nos termos do disposto no § 1º do artigo 5º da Constituição de 1988.¹⁸⁷ A principal diferença entre os modelos de

¹⁸⁶ O Supremo Tribunal Federal analisou questão atinente à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas proferindo decisão de vanguarda por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 201.819-8. Na hipótese, a União Brasileira de Compositores (UBC) interpôs Recurso Extraordinário visando à reforma do Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que invalidou seu ato de exclusão de associado ao argumento de que a recorrente não teria respeitado o princípio constitucional da ampla defesa. A recorrente justificou que, no caso, não se aplicaria o referido princípio já que não se tratava de órgão da administração pública. A ministra Ellen Gracie, então relatora, acompanhada pelo ministro Carlos Velloso, deu provimento ao recurso sob a alegação de que as associações privadas possuem autonomia para elaboração de suas regras e, neste compasso, os indivíduos que nela ingressariam tinham de aderir a estas normas, ademais em se considerando o cumprimento do estatuto, não haveria se falar em anulação da exclusão do associado. Divergiu o ministro Gilmar Mendes, seguido pelos ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, fundamentando sua decisão na teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas.

O posicionamento adotado pela ministra Ellen Gracie encontra guarida na doutrina americana da *state action*, a qual nega a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, não há a vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição. Deste modo, os direitos fundamentais constantes na Constituição norte-americana (*Bill of Rights*) fixam limites somente para o Poder Público e não oferecem aos particulares direitos oponíveis a outros particulares (com exceção apenas da 13ª Emenda que proibiu a escravidão).

¹⁸⁷ A eficácia horizontal dos direitos humanos, para Ramos (2005, p.247) “[...] é a aplicação, sem

vinculação direta e indireta reside, como se viu, na desnecessidade de mediação legislativa ou interpretativa para que as garantias essenciais produzam efeitos nas relações entre privados.

Por sua importância, entende-se, possuem aplicação imediata, ou seja, não podem ter sua aplicabilidade retardada pela inexistência de leis regulamentadoras.

Vale ressaltar, nessa linha, que o reconhecimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais não significa que tais garantias sejam aplicadas nestas relações da mesma forma que são naquelas entre o Estado e o cidadão. Levando em conta que a autonomia privada seja um princípio, deve ela também ser realizada na maior medida do possível, levando-se em conta as condições fáticas e jurídicas de cada caso concreto.

Sem embargo, a existência de forças sociais, como os conglomerados econômicos, sindicatos, grandes empresas multinacionais, associações patronais, entre outras, exige que se estenda a aplicação dos direitos fundamentais em face de pessoas e entes privados, tendo em vista o poder que concentram em suas mãos, os quais, incontáveis vezes, oprimem e abusam do cidadão - parte mais frágil - desvirtuando o interesse social na consecução de interesses particulares.

mediação de lei, dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De acordo com a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, esse se aplicam obrigatoriamente e diretamente na realização dos atos jurídicos entre pessoas e entes privados. Assim, adota-se a tese da eficácia plena dos direitos fundamentais, podendo cada indivíduo, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos atos normativos ou leis, invocar os direitos e garantias individuais nas suas relações privadas.” (RAMOS, 2005, p. 248).

Sarmento, 2004, p. 289 ratifica esse entendimento da seguinte forma: “Ademais, a compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro de gravidade da ordem jurídica, que legitima, condiciona e modela o direito positivado, impõe, no nosso entendimento, a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana - principal objetivo de uma ordem constitucional democrática - permaneceria incompleta. Condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas suas relações privadas à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal.”

Constituição Federal, art. 5º, § 2º: “os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

4.2.2 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam, conforme Sarlet¹⁸⁸ dimensão subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva gira em torno dos direitos de defesa e liberdade. Corresponde à prevalência do homem e sua dignidade em face dos poderes estatais. Dimensão essa perseguida constantemente no modelo de estado liberal. Seria, em outros termos, os direitos fundamentais vistos pelo olhar do ser humano individualmente considerado, enquanto a dimensão objetiva traz a visão da coletividade sobre os direitos fundamentais.

Vale dizer que o reconhecimento de uma dimensão objetiva não representa uma desconsideração da existência de sua dimensão subjetiva, mas, ao inverso, seria um reforço a esta última.¹⁸⁹

Sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tema do presente item, instam algumas observações.

Sarmiento¹⁹⁰ entende que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais¹⁹¹, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política. Dessa feita, os direitos fundamentais passam a ser vistos do

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

¹⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003 sobre o assunto, separa as dimensões dos direitos fundamentais em subjetiva e objetiva. A dimensão subjetiva das normas de direitos fundamentais consiste em princípios e regras consagradores de direitos fundamentais subjetivos; já a dimensão objetiva prevê princípios e regras de cunho unicamente objetivo.

O mesmo autor destaca que deve sempre haver uma interação entre as dimensões subjetiva e objetiva, pois a pessoa é uma unidade inserida nas relações sociais. Nesse sentido, o professor Dr. Ramos (2005, p. 237) em brilhantes palavras: “A dimensão objetiva dos direitos humanos implica em reconhecer que os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. [...] À dimensão subjetiva dos direitos humanos, soma-se essa dimensão objetiva, assim denominada pela sua característica organizacional e procedimental, independente de pretensões individuais”.

¹⁹⁰ SARMENTO, 2004, p. 134.

¹⁹¹ Ibid., p. 135-137 declara: “Abrem-se, desta feita, novos caminhos e potencialidades para a proteção e promoção dos ideais humanitários que alicerçam os direitos fundamentais, os quais serão enriquecidos com o reconhecimento da sua dimensão objetiva [...] A ideia, enfim, é de que a realização efetiva da dignidade da pessoa humana, no quadro de uma sociedade complexa, onde o poder não repousa apenas nas mãos do Estado, mas antes se dilui por múltiplas instâncias sociais capilares, depende da existência de políticas públicas, de procedimentos e de instituições adequadas, sem as quais as promessas emancipatórias dos direitos fundamentais não passarão de mera retórica”.

ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a perseguir. Portanto, seus efeitos não podem se esgotar na limitação do poder estatal, de modo que espalham-se por todos os campos do ordenamento, impulsionando e ordenando a atividade dos três poderes.

Sob esta ótica, não basta que o Estado se abstenha de violar os direitos em comento, sendo necessário que, através de uma formatação de seus órgãos e procedimentos, propiciem aos mesmos efetivação e proteção ativa, da forma mais ampla possível.

Dado o reconhecimento da Dimensão Objetiva dos Direitos Humanos, importa destacar suas consequências, quais sejam, a Eficácia Irradiante e a Teoria dos Deveres da Proteção.

A Eficácia Irradiante dos Direitos Fundamentais significa que os valores que dão margem aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a atuação dos poderes estatais. É a “humanização” da ordem jurídica. Funciona ao mesmo tempo como princípio hermenêutico e como mecanismo de controle de constitucionalidade, atingindo até circunstâncias consideradas mais banais e corriqueiras. Na mesma linha de raciocínio é que se afirma que deve existir uma força expansiva dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que trespassem a linha divisória do domínio das relações entre o indivíduo e o Estado. Sobre o assunto, Bonavides¹⁹² assevera que os direitos fundamentais, sob essa ótica, são “expansivos”, abarcando todas as províncias do direito, transformando-se em uma espécie de bússola da Constituição. Alastra-se por todos os ramos do direito.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais e sua eficácia irradiante estão intimamente relacionadas à constitucionalização do Direito. Senão veja-se.

Quando se fala em constitucionalização do direito deve-se ter em vista a ideia de irradiação dos efeitos das normas constitucionais nos demais ramos do ordenamento. Assim, obedecendo aos parâmetros traçados constitucionalmente, as demais leis infra-constitucionais se embebedam nas proposições de justiça apostas pelo legislador constitucional.

O direito civil passa a ser lido por um viés constitucional, mais social e ético, desapegado ao extremo individualismo e patrimonialismo presentes em uma postura

¹⁹² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 632.

rigorosamente liberal.¹⁹³

Sobre esse aspecto, Gagliano e Pamplona Filho¹⁹⁴ asseveram, *in verbis*:

O CC-16, sem diminuir a sua magnitude técnica, em sua crueza, é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo, naturalmente, a sociedade do século XIX. Preocupa-se com o “ter”, e não com o “ser”. Ignora a dignidade da pessoa humana, não se compadece com os sofrimentos do devedor, esmaga o filho bastardo, faz-se de desentendido no que tange aos direitos e litígios pela posse coletiva de terras, e, o que é pior, imagina que as partes de um contrato são sempre iguais. Por tudo isso, a Constituição federal, consagrando valores como *dignidade da pessoa humana, a valorização social do trabalho, a igualdade e proteção dos filhos, o exercício não abusivo da atividade econômica*, deixa de ser um simples documento de boas intenções e passa a ser considerada um corpo normativo superior que deve ser diretamente aplicado às relações jurídicas em geral, subordinando toda a legislação ordinária.

O fenômeno da eficácia irradiante corresponde a uma nova visão, a um novo interpretar o direito, com vistas ser operacionalizada no dia-a-dia. Reconhece-se, assim, que os direitos essenciais limitam a atuação dos entes privados e protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais difusamente presentes na sociedade contemporânea.

Além da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, urge tratar de outro aspecto da dimensão objetiva, qual seja, a Teoria dos Deveres da Proteção. Ora, o Estado sempre foi sujeito passivo dos direitos fundamentais. Agora, com dupla vinculação: de acordo com esta teoria, o Estado não deve apenas abster-se de violar direitos fundamentais (vinculação negativa), mas também deve protegê-los e a seus titulares diante de ameaça de terceiros, seja num contexto público ou privado (vinculação positiva). Este dever de proteção envolve a atuação dos três poderes estatais – Executivo, Legislativo e Judiciário. Deles surgem direitos subjetivos individuais de proteção.

Ora, o desenvolvimento tecnológico faz crescer riscos em relação á vida, saúde, equilíbrio ambiental, etc. Aí, os deveres de proteção abarcam um dever geral de garantia de segurança, ou ao menos um dever geral de prevenção de riscos. Daí a importância do tema em sede de análise do risco da atividade para configurar

¹⁹³ Aqui, não se poderia deixar de destacar a posição de Daniel Sarmiento: “A eficácia irradiante, neste sentido, enseja a ‘humanização’ da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional”. (SARMENTO, 2004, p. 155).

¹⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V.1. p. 48.

responsabilidade civil objetiva.

Eis os breves apontamentos sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

4.2.3 Princípio do solidarismo jurídico

O solidarismo jurídico também representa mais uma peça apta a fortalecer a ideia de que a doutrina do risco como fundamento da responsabilidade civil objetiva é de suma importância para concretizar direitos fundamentais na esfera privada.

O ponto de partida da visão solidarista se deu através do modelo de Estado Social, que surge a partir do início do século XX. Configura-se diametralmente oposto ao modelo liberal implantado pelas ideias Iluministas, visto que o modelo social preconizava um Estado interventor e ativo, inclusive nas relações eminentemente privadas, ou que assim foram tratadas durante longo período. O Estado Social abandonaria neutralidade, propondo-se a corrigir as desigualdades e posicionando-se como protetor do mais fraco.

No modelo do Estado social, existia o propósito de estimular a atuação de toda a sociedade em prol da igualdade, e não a mera pretensão de garantir formalmente a liberdade, como no Estado Liberalista. Daí a intenção de que a solidariedade deixaria de ser apenas algo “desejável” para se tornar atuação obrigatória de toda a sociedade e do Estado.

Inegável é a inter-relação entre os princípios religiosos e a solidariedade. É pedra angular do cristianismo o princípio “amarás ao teu próximo como a ti mesmo”¹⁹⁵.

A noção de solidariedade social, a princípio, era sempre reduzida à perspectiva da caridade, de auxílio ao próximo motivado por pura liberalidade, aproximando-se, pois, da filantropia. No entanto, não é o objetivo do presente estudo colaborar para manter a noção de solidariedade como um sentimento genérico de fraternidade. Ao ingressar na esfera jurídica, o valor moral sofre, obviamente, algumas adequações: não é mais um mero sentimento íntimo ou uma regra

¹⁹⁵ (BÍBLIA, Mt 22:36-40, 2008, *on line*)

exclusivamente moral. Por isso, nesse estágio, torna-se irrelevante se o indivíduo, a quem é também destinada a norma constitucional, está de acordo ou não com ela.¹⁹⁶

O solidarismo aparece na atual Constituição de forma expressa como um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil:

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

E, para complementar e melhor definir o inciso anterior, tem-se o disposto no inciso III do mesmo artigo:

“Art. 3º. [...]”

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

Vários dispositivos constitucionais estão intimamente relacionados com o princípio da solidariedade, cabendo exemplificar com os artigos 40, 194, 195, 196, 203, 205, 227 e 230.¹⁹⁷

Solidariedade, segundo os dicionários, define-se como “sentimento que leva os homens a ajudarem-se mutuamente”. Outro vocábulo, bastante próximo e por vezes utilizado como sinônimo é “fraternidade”, definível como “parentesco de irmãos, convivência como de irmãos, amor ao próximo”. O termo solidariedade se reflete numa forma de pensar contrária ao egoísmo.

Quanto à solidariedade, Moraes¹⁹⁸ menciona os sentidos fático: necessidade

¹⁹⁶ É óbvio que o Direito não tem como penetrar no psiquismo das pessoas para impor-lhes as virtudes da generosidade e do altruísmo. Seria terrível, aliás, se o Direito pudesse ditar sentimentos. Entretanto, se ele não pode obrigar ninguém a pensar ou a sentir de determinada forma, ele pode, sim, condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas. (SARMENTO, 2002, p. 297).

¹⁹⁷ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, [...].

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, [...].

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, [...].

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, [...].

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, [...].

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, [...].

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, [...].

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, [...].

¹⁹⁸ MORAES, 2003, p. 111-114. conceitua solidarismo jurídico da seguinte forma: “O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”

A autora continua, dando-nos uma noção de solidariedade: “O fato social é intrinsecamente caótico,

de coexistência humana; e valor: deriva da consciência racional dos interesses em comum (“não fazer ao outro o que você não gostaria que lhe fizessem”). E como princípio, significa: “conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”. É a efetiva proteção aos desamparados.

Solidariedade social trata-se de um conceito jurídico indeterminado, ou seja, norma de conteúdo incerto, vago, impreciso, cabendo ao magistrado e à doutrina a tarefa de delimitar tal conteúdo, sob a análise do caso concreto.¹⁹⁹

Aqui se considera a dimensão comunicativa e relacional do princípio da dignidade humana, já que sempre se analisa a noção de dignidade partindo da necessidade de reconhecimento pelo outro, garantindo-se o mesmo nível de consideração e respeito a todos, sem que isso sirva para legitimar a tese de que é possível sacrificar a dignidade pessoal em benefício do corpo social²⁰⁰. Em outras palavras, uma exigência mútua para conservação da humanidade.²⁰¹

No campo da responsabilidade, solidariedade quer significar a obrigação imposta aos sujeitos de colaboração mútua, informação e seguridade nas relações jurídicas - sobretudo para melhor deslinde de relações cada vez mais complexas entre os entes privados. Não se trata de uma pluralidade de deveres, mas de uma obrigação recíproca entre as partes, a ser observada durante toda a execução da

desorganizado; a liberalidade, puramente eventual. O direito, ao contrário, é exigível, e é isto que torna a solidariedade um princípio diferente. Como seria possível obrigar alguém a ser solidário? Não seria o mesmo que querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas? A dificuldade está unicamente em se continuar atribuindo à solidariedade um caráter essencialmente beneficente. Não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas se comporte como se assim fosse.” (MORAES, 2003, p.115).

¹⁹⁹ O solidarismo trata-se, concomitantemente, de um objetivo, de um princípio constitucional e de um valor: “Assim, é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.” (SARMENTO, 2004, p. 295).

²⁰⁰ MORAES, 2003, p.178: “A solidariedade é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a lei maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós”.

²⁰¹ Sobre o aspecto social da dignidade, Rocha (2004, p. 75) destaca: “Não há pessoa que seja pobre, mas aquela que está pobre. O problema não lhe é exclusivo, é da sociedade, na qual ela se insere, ou busca inserir-se para superar a sua condição humana de insegurança em relação às incertezas da vida. [...] A pobreza frustra as vocações, emperra o espírito, torna os homens não aliados, mas concorrentes eternos, a disputar o que pode ser de todos, e que se abarrotam nas mãos de uns poucos, negando a solidariedade que humaniza a convivência social”.

atividade considerada “de risco”.²⁰²

Assim, é de se observar que a teoria do risco veio para dirimir as distâncias de nível sócio-econômico ao assegurar que quem sofre um dano decorrente de atividade de outrem, será devidamente indenizado.

Silva (apud AGUIAR JUNIOR)²⁰³ na IV Jornada de Direito Civil propõe: “O artigo 927, parágrafo único, segunda parte, do Código Civil deve ser interpretado à luz do princípio da socialidade, sendo este o vetor que auxiliará o aplicador do Direito na identificação de atividades naturalmente perigosas”.

Pelo exposto, fica evidente que as noções de dignidade humana e solidariedade são complementares. A partir da síntese de tais noções, é possível avançar na busca de um sentido social de responsabilidade civil.

O Direito civil que se desenha hoje é pautado pela “colaboração intersubjetiva no tráfego negocial”²⁰⁴ – característica inerente às relações jurídicas privadas contemporâneas.

4.3 CLÁUSULAS GERAIS

4.3.1 Conceito

Sobre a evolução da técnica legislativa, Engisch²⁰⁵ afirma que na época dos senhores feudais, as normas rigorosamente elaboradas tornavam o juiz escravo da lei. Mas os tempos mudam e foi necessário considerar outras direções. O julgador adquiriu certa autonomia em face da lei, diante do surgimento dos conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais.

²⁰² SARMENTO, 2002, p. 338 aduz que: “Ela [a solidariedade] significa que a sociedade não deve ser o *locus* da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.”

²⁰³ AGUIAR JUNIOR, 2007, p. 419.

²⁰⁴ Segundo Rocha (2004, p. 78): “O remédio jurídico, político e econômico contra a exclusão social é a solidariedade com o outro. A dignidade há que se ver pensada em sua condição de humanidade e interatividade. Há que ser digno com o outro para ser digno de si.”

²⁰⁵ ENGISCH, Karl. Direito dos juristas: conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário. In: _____. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

Continua assim pontuando o mencionado autor que as cláusulas gerais devem ser compreendidas como as formulações das hipóteses legais que, em termos de grande generalidade, abrangem e submetem a tratamento jurídico uniforme todo um domínio de casos. Assevera, ainda, que a cláusula geral é aquela que se contrapõe a uma elaboração casuística das hipóteses legais.²⁰⁶

Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos. Não sendo apenas cláusulas de intenção, constituem disposições normativas que utilizam, nos seus enunciados, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se, também, pela ampla extensão de seu campo semântico.

Ainda segundo English, é a generalidade característica das cláusulas gerais que dá mobilidade ao sistema e permite que elas se amoldem com facilidade a um vasto grupo de situações, mercê da atividade judicial integradora.²⁰⁷

Aliás, ao juiz não é dado deixar de julgar determinada controvérsia que se apresenta a seu exame, sob alegação de que inexistente no ordenamento jurídico lei vigente para regular a questão. Deverá julgá-la com base numa norma pertencente ao sistema.

As Constituições contemporâneas e a lei constantemente se utilizam das cláusulas gerais, reconhecendo a incapacidade, em face da velocidade com que evolui o mundo, para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações na qual o sujeito de direito se insere.

Exemplos de cláusulas gerais constantemente citados na doutrina são a boa-fé objetiva no direito obrigacional e contratual, a função social do contrato, a função social da propriedade e da posse, etc. E a aqui discutida cláusula geral de responsabilidade civil objetiva.

²⁰⁶ Considera-se casuística aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.

²⁰⁷ Nery Júnior e Nery dissertam que as cláusulas gerais fazem com que o sistema fique mais vivo e atualizado, fazendo a ressalva de que as cláusulas gerais, por outro lado, também conferem “certo grau de incerteza, dada a possibilidade de o juiz criar a norma pela determinação dos conceitos, preenchendo o seu conteúdo com valores”. (NERY JUNIOR; NERY, 2003. p. 162-163.)

4.3.2 Diferença entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Antes de buscar a diferença entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, é interessante destacar que, se efetuada a classificação partindo das normas vagas, estas devem ser vistas como gênero, sendo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados suas espécies.

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que manifestam vaguidade, não sendo possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa.²⁰⁸

Engisch assevera que os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte.²⁰⁹

O uso dos conceitos jurídicos indeterminados gera, tecnicamente, uma diminuição de vinculação legal. O juiz deve concretizar termos como, “vícios ocultos”, “bons costumes”, “boa-fé”, “perigo iminente”, “fumus boni iuris”, “bem comum”, “propriedade”, “pudor”, “ordem pública”, etc. E a própria locução “risco”.

A cláusula geral demandará do julgador maior esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, além de preencher o vácuo que corresponde a um conceito jurídico indeterminado, é compelido a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, julgará de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal.

Em outras palavras, nas duas situações o magistrado terá que primeiro preencher um espaço valorativo para, posteriormente, aplicar a respectiva consequência jurídica. Sendo que, na cláusula geral, o julgador, através de um maior esforço intelectual, concorrerá para a formulação da norma jurídica, que não está

²⁰⁸ ENGISCH, 1996, p. 208 entende por conceito jurídico indeterminado: “[...] um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. [...] podemos distinguir nos conceitos jurídicos indeterminados um núcleo conceitual e um halo conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito.”

²⁰⁹ Ibid., p. 210 continua: “[...] Muitos dos conceitos indeterminados são, num sentido que já vamos precisar, conceitos “normativos”. Contrapõem-se estes conceitos aos conceitos “descritivos”, quer dizer, àqueles que designam “descritivamente” objetos reais [...] perceptíveis pelos sentidos [...] entre os conceitos descritivos se encontram muitos conceitos indeterminados. De modo algum se poderá dizer, portanto, que todos os conceitos indeterminados sejam ao mesmo tempo “normativos”. Todavia, os conceitos normativos são frequentemente indeterminados”.

previamente desenhada - situação desnecessária quando estiver defronte ao conceito jurídico indeterminado, já que a consequência jurídica estará fixada no dispositivo.

Por esta breve exposição, torna-se evidente que a teoria do risco representa uma cláusula geral, e não um conceito jurídico indeterminado, pois o julgador não conta com uma idéia de risco previamente desenhada na legislação, cabendo às demais fontes do direito fazê-lo – notadamente doutrina e jurisprudência. E mesmo o resultado da aplicação da cláusula geral de risco (o montante a ser pago a título de indenização), também será tarefa do juiz – que deverá obedecer, obviamente, às regras gerais atinentes à responsabilidade civil.

4.4 REGRAS E PRINCÍPIOS

Conforme Alexy²¹⁰, a distinção sistemática entre regras e princípios é de extrema importância para a construção da teoria dos direitos fundamentais. Regras e princípios são aqui considerados como normas, porque ambos contêm o “dever-ser”.

A distinção entre regras e princípios anunciada por Canotilho²¹¹ é a seguinte. Regras são normas que, verificadas certas condições, exigem, proíbem ou permitem algo definitivamente, sem previsão de exceções. Geram um direito definitivo. Princípios são normas que exigem a realização de algo da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Não trazem direitos definitivos e não traduzem regras de “tudo” ou “nada”.

Para Dworkin e Alexy, as regras são comandos disjuntivos, pois incidem sob a forma do “tudo ou nada”, o que não acontece com os princípios²¹², que podem ser aplicados em diferentes proporções, apresentando uma “dimensão de peso”.

Segundo Ronald Dworkin²¹³, os princípios (em sentido amplo) dividem-se em

²¹⁰ ALEXY, 2008.

²¹¹ CANOTILHO, 2003.

²¹² ALEXY, op. cit., p. 103 cita o critério da generalidade, para o qual os princípios são normas mais gerais, enquanto as regras apresentam um grau de generalidade baixo. O próprio autor, em seguida, demonstra a relatividade do critério, explicitando que há regras com alto grau de generalidade, bem como princípios mais especiais. Assevera: “Os princípios só podem ser relativamente gerais porque não estão referidos às possibilidades do mundo real ou normativo. Quando são referidas aos limites do mundo real e normativo, se chega a um sistema de regras diferenciado.”

²¹³ DWORKIN, 2003.

duas espécies: os princípios em sentido estrito e as diretrizes políticas (*policies*). As diretrizes políticas são “standards que estabelecem um objetivo a ser alcançado, geralmente a melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” enquanto os princípios em sentido estrito “devem ser observados não porque avancem ou assegurem alguma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque se trata de uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.²¹⁴

Conforme Alexy, a diferença entre regras e princípios não é somente gradual, mas qualitativa, pelo seguinte fundamento: os princípios são mandados de otimização, na medida em que são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível. Portanto, podem ser cumpridos em diferente grau. Enquanto isso, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, contendo determinações.

Segue declarando o autor que as colisões de princípios e os conflitos de regras também são importante elemento de distinção entre regras e princípios, pois sua solução é diferenciada.

Quando há conflito de regras, só haverá solução se for introduzida uma cláusula de exceção à regra ou se pelo menos uma delas for declarada inválida. Assim, tais diligências devem seguir a regras como ‘lei posterior derroga lei anterior’, ‘lei especial derroga lei geral’, etc. Aqui vale a dimensão de validade, como se observa.

Vale dizer que não há prioridade absoluta de princípios. Por isso, a colisão de princípios deve ser solucionada através de uma ponderação entre os interesses opostos, respeitado o princípio da proporcionalidade. Assim, tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada, onde se indicam as condições concretas em que um princípio prevalecerá sobre o outro. Em condições diferentes, a solução também o será, podendo prevalecer o outro princípio outrora restringido. Observa-se que nenhuma norma é inválida e nenhuma tem precedência absoluta, mas o que se considera são as circunstâncias do caso concreto.

²¹⁴ SARMENTO, 2002, p. 94-95 destaca: “É principalmente através dos princípios que vai se operar o processo de constitucionalização do direito privado. [...] a primazia axiológica dos princípios e o efeito irradiante que lhes é inerente permitem que eles penetrem no Direito Privado, impondo mudanças ou novas exegeses dos seus institutos tradicionais [...] tais princípios vão fecundar o Direito Privado com seus ideais solidarísticos, imprimindo-lhes feições inteiramente novas.”

Entre a teoria dos princípios e a máxima de proporcionalidade existe uma conexão. A proporcionalidade apresenta três facetas, conforme Canotilho²¹⁵: adequação (entre meios e fins), necessidade (postula-se o meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação). Ora, se os princípios são mandados de otimização com respeito às possibilidades fáticas e jurídicas, a ponderação é a relativização com respeito às possibilidades jurídicas. Já as máximas de necessidade e adequação, dizem respeito às possibilidades fáticas.

Nessa linha, cita a “Lei da Ponderação”²¹⁶, que vale para a ponderação de princípios, a saber: “Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.²¹⁷

A importância de se comentar sobre regras e princípios nas linhas de Robert Alexy e Ronaldo Dworkin está em firmar a teoria do risco como regra, com característica específica de apresentar conteúdo aberto.

4.5 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A hipótese de conflitos entre princípios e/ou direitos constitucionalmente assegurados é atestada por Sarlet²¹⁸, com a possibilidade da dignidade humana restringir outros bens fundamentais, ressalvado o devido acato ao retromencionado princípio da proporcionalidade. Friza que não existe direito absoluto, imune a qualquer restrição. O autor sustenta, inclusive, a possibilidade de se estabelecer

²¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

²¹⁶ Sobre a proporcionalidade, Alexy (2008, p. 206) destaca: “[...] la maxima de proporcionalidad em sentido estricto [...] es relevante cuando [...] el cumplimiento de uno de los principios no es posible sin el incumplimiento o la afectación del outro. Para estos casos puede formularse la siguiente regla como ley de la ponderación: ‘Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del outro’.”

²¹⁷ Há quem critique tal lei, alegando que ela não oferece um procedimento definitivo de decisão; não conduz sempre a um mesmo resultado, apresenta diferentes relações de ponderação, configurando-se em perigoso atentado contra direitos e liberdades, bem como à segurança jurídica. Ora, tudo bem que ela não diga quando um direito é muito importante e quando um interesse possa se restringido, mas dispõe que tem que fundamentar para justificar o enunciado de preferência condicionada que representa o resultado da ponderação. Ou seja, a restrição a um princípio deve ser justificada nos termos da Lei de Ponderação, vinculada à teoria da argumentação jurídica racional. A Lei de Ponderação enuncia o que é que tem que ser fundamentado racionalmente.

²¹⁸ SARLET, 1998.

restrições à própria dignidade da pessoa.²¹⁹ Desde que fique ressalvado o núcleo essencial do direito em questão.

Ericson²²⁰ invoca sabiamente “parâmetros” para a solução do conflito entre direitos fundamentais, tais como o grau de *desigualdade fática entre os envolvidos na relação privada*. Assim, quanto maior for a desigualdade, mais intensa deverá ser a proteção aos direitos fundamentais, e vice-versa. Em termos de responsabilidade, quanto mais forte for o poder privado e, por outro lado, mais vulnerável ou passível de sofrer danos for a vítima, mais alto será o valor da indenização cabível.

Outro parâmetro seria o grau de essencialidade do direito fundamental em questão: quanto mais essencial à vida humana, maior proteção lhe deve ser conferida, e vice-versa.²²¹ Assim, se houver dano à vida, à integridade física, à liberdade, à intimidade, etc., maior proteção será garantida à vítima. Tendo em pauta o instituto da responsabilidade, implica constatar que quanto maior for a importância do bem jurídico lesionado conferida por nosso ordenamento jurídico, mais elevado deverá ser o valor arbitrado como indenizatório.²²²

Em responsabilidade civil, normalmente vislumbra-se possibilidade de colisão entre autonomia privada de quem exerce a atividade de risco e outros direitos constitucionalmente garantidos de outro lado, como a saúde, patrimônio, vida, etc. Conforme se observa, não existe um critério para solução de conflitos em termos gerais e abstratos, que sempre dependerá da análise do caso concreto.²²³ Deve-se primar pela busca do equilíbrio, de modo que nenhuma das partes sacrifique por completo seus direitos, pois ambas são particulares e titulares de direitos fundamentais.

²¹⁹ Ibid., p. 129.

²²⁰ ERICSON, Silvia. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.ucam.edu.br/pesquisas/jornada/013.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2007.

²²¹ Para Moraes (1997, p. 120): “[...] em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica objetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer”.

²²² CANARIS, 2006, p.138 sobre esse aspecto, cita os seguintes critérios: “Critérios essenciais são, ainda, o nível e o tipo de direito fundamental a proteger, a gravidade da intervenção que se ameaça e a intensidade da colocação em perigo, as possibilidades do titular quanto a uma auto-proteção eficaz, bem como o peso de interesses e direitos fundamentais contrapostos [...]”.

²²³ SARLET, op. cit., p.125, dispõe: “Apenas o exame em concreto, considerando cada norma de direito fundamental (na sua dupla perspectiva objetiva e subjetiva), em como avaliando a natureza e a intensidade da ofensa, logrará fornecer os elementos para uma solução constitucionalmente adequada.”

4.6 O PÚBLICO E O PRIVADO. DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Conveniente será demonstrar a relação entre as definições de público e privado com o tema responsabilidade civil baseada na teoria do risco.

Hannah Arendt, em seu capítulo sobre ‘Poder privado, poder público’ de sua renomada obra “A condição Humana”²²⁴ parte do significado das palavras para definir o que venha a ser ‘público’ e ‘privado’. Assim, o verbo ‘privar’ significa domar domesticar. “*Privus*”, nesse sentido, designa o que é singular, pessoal. “*Privatus*” evoca o que é familiar, não-estrangeiro, o que não é festivo, designando, por vezes, o que se dá em portas cerradas, o que se passa no íntimo, etc. Quanto ao ‘público’, Hannah Arendt dispõe: “o que pertence a todo um povo, o que emana do povo”. São, portanto, a autoridade e as instituições que sustentam o Estado. Diz-se público o que é comum, para o uso de todos, o ‘não-privado’, o que está aberto, distribuído, manifesto, etc.

O público está no domínio do coletivo, prevalecendo os direitos inalienáveis, e sua gestão cabe ao Estado. Já o privado refere-se a uma coletividade mais restrita, qual seja, a família, cujo ‘habitat’ natural é a casa.²²⁵

A *res publica* engloba o direito *extra commercium*, ou seja, o que não pode ser objeto de troca no mercado. *Publicus* é o que depende de soberania, o que é da alçada da magistratura encarregada de manter a paz e a justiça do povo. Ao passo que a *res privata* trata de direitos *in commercio*, dependente da decisão do *pater familias*.

Ora, Arendt explica em linhas posteriores que não basta situar o público na esfera política e o privado na esfera doméstica. A questão do público e privado é bem mais ampla que essa visão tão simplista.

Há quem sustente a abolição da dicotomia público/privado, ao argumento de que suas inter-relações chegaram a um ponto onde não é possível divisar com clareza os limites entre um e outro.²²⁶

²²⁴ ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

²²⁵ *Ibid.*, p. 15 et seq. disserta: “Traço fundamental: foi nas formas da vida privada que a feudalização ‘esfacelou’ o poder público. A vida privada esteve na origem da amizade, dos compromissos de serviços mútuos, portanto, da devolução do direito de comandar, que passava por não poder ser legitimamente detido senão na atitude de um duplo devotamento, em relação a um protetor, em relação a protegidos.”

²²⁶ Resumindo o precioso estudo de Arendt sobre o público e o privado, vale citar suas palavras:”

É fato que o privado está se impregnando de um conteúdo social, posto que o egoísmo e o individualismo - ideias presentes nas raízes do direito privado - estão cedendo espaço para novas tendências, fundadas na valorização da pessoa.

Ramos²²⁷ aponta para a despatrimonialização do Direito Civil como tendente a funcionalizar o sistema econômico com justiça distributiva e respeito à dignidade da pessoa humana e ao interesse coletivo; além da constitucionalização de institutos básicos do Direito Civil. Além disso, há a necessidade de mecanismos intervencionistas, solidaristas, capazes de direcionar no sentido de uma justiça distributiva global.

Moraes²²⁸ sugere que o sistema de direito civil vive hoje um momento de profundas incertezas e indefinições. Aponta, ainda as seguintes passagens: do “mundo da segurança” ao “mundo da insegurança”; da ética da autonomia ou da liberdade à ética da responsabilidade ou da solidariedade; a tutela da liberdade do indivíduo à proteção da dignidade da pessoa humana.²²⁹

A dicotomia público-privada, de certa forma, passa a operar como um instrumento arbitrário para excluir as pessoas e grupos mais vulneráveis da proteção aos seus direitos fundamentais.

O privado convive com o público. Pode-se dizer que suas fronteiras não sejam tão claras como outrora. Um e outro se inter-relacionam e um empresta ao outro meios para a valoração das situações jurídicas. A esfera Privada socorre-se do Estado para funcionalizar seus institutos; o Estado vale-se da norma privada para

Permanência, portanto, em todos os níveis do edifício social, de uma distinção entre o público e aquilo que não o é, mas fluidez, vaivém de um ao outro dos dois domicílios, e essa interpenetração não deixa de tornar bastante relativa a noção de vida privada nos tempos feudais.”

Pedro Paulo Uchoa (A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e alguns reflexos na legislação civil. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/section=artigo&id=144>>. Acesso em: 20 de novembro de 2007), no que tange à individualidade versus a coletividade, alerta para: “[...] o fim da dicotomia entre o direito público e privado. Os direitos fundamentais, como não poderiam deixar de ser estão sendo aplicados nas relações de direito privado de forma a proporcionar às partes maior equilíbrio tanto entre si como em relação à própria sociedade. O indivíduo não pode sobrepor a sua vontade sobre a do seu semelhante de maneira a ocasionar-lhe prejuízo ou qualquer espécie de dano. Certo é que a individualidade deve ser protegida, no entanto, a coletividade e os seus interesses merecem ser respeitados de forma a proporcionar a justa e sensata aplicação da lei.”

²²⁷ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 11.

²²⁸ MORAES, 2007, p. 64.

²²⁹ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 121 destaca: “Os reflexos desta nova visão personalista do Direito Privado projetam-se sobre todos os seus campos. [...] Na seara da responsabilidade civil, elastecem-se as hipóteses de responsabilidade objetiva, fundadas na teoria do risco, e já ingressam as preocupações com a justiça distributiva, ao lado da lógica tradicional fundada na justiça comutativa.”

executar suas atribuições. Condicionada a relações mutantes de produção e reprodução, essa 'divisão público/privado' precisa ser constantemente redefinida.

4.6.1 A crescente publicização do direito privado e a privatização do direito público

Vale, em primeira mão, breves apontamentos sobre a publicização do direito privado.

As codificações, empreendidas em consonância com o liberalismo, fundam-se nos ideais da igualdade e da liberdade, reservando ao Estado o papel de simples fiscalizador e garantidor da ordem, e, em nome de uma suposta igualdade entre os homens e de uma pretensa segurança nas relações jurídicas, toleram-se situações iníquas, tendo por base a autonomia da vontade e propriedade absoluta, dentre outras.

A visão social das relações privadas nos dias atuais impõe nova postura do poder público. Se o Estado passa a ser garantidor do equilíbrio na ordem privada, então alguns institutos básicos do direito particular devem ser disciplinados pela Constituição, que é o instrumento delimitador e regulador das funções estatais.

Levados à norma constitucional, o contrato, a propriedade, a família e a empresa impregnam-se de caráter público. Sua publicização qualifica-as como portadores de uma função social. Nasce o que se convencionou chamar *direitos de segunda geração*, oriundos da intervenção do Estado nas relações privadas.

A privatização do direito público acontece concomitantemente ao fenômeno da publicização do direito privado. O Estado, ao longo do tempo, veio tomando para si as atividades antes deixadas à discricção do particular. Mas, ao mesmo tempo em que "socializa" o Direito Privado, o Estado tem se valido de mecanismos peculiares a esse ramo para executar algumas de suas tarefas, como se vê nos contratos que o poder público entabula com os particulares.²³⁰

Vê-se rapidamente a proliferação de empresas geridas pelo Estado com

²³⁰ A título de exemplo, quando o Estado pratica um negócio jurídico com o particular, sob a forma de contrato de compra e venda (CC, arts. 481 e ss.), rege-se o negócio, preponderantemente, pela principiologia dos contratos presente no sistema privado.

critérios de economia concorrencial; entes públicos que se lançam na atividade empresarial em regime de concorrência e a participação dos entes públicos em sociedades de capitais.

E não é apenas na empresa que o fenômeno ocorre. A responsabilidade civil do Estado, oriunda de dano aos particulares, rege-se também pela norma civil, nela buscando o conceito e a sistemática do ato ilícito e das formas de sua reparação.

Como se vê, o direito público e o direito privado são vetores que se relacionam e se completam, concorrendo para o mesmo fim: a proteção ao homem como fim do Direito.

4.7 A TEORIA DO RISCO EM SEDE DE RESPONSABILIDADE CIVIL COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Conforme Hironaka²³¹, a objetivação da responsabilidade civil é uma realidade em países de perfis legislativos derivados do sistema romano-germânico e do sistema da *common law*.

Hoje o papel da responsabilidade civil está mais voltado à reparação e composição de danos do que à sanção por um comportamento. Até porque não se pode eliminar todos os perigos ou situações perigosas, por mais rigorosas que as medidas sejam.

Atesta-se a objetivação da responsabilidade à luz da solidariedade social, sobretudo na preservação da dignidade da pessoa humana na já assentada linha civil-constitucional de re-personalização do Direito Civil. Uma importante consequência do fenômeno seria a primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial.

Como se observou, a teoria do risco veio assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Assim, segundo esta teoria, todo risco deve ser garantido, visando a proteção da pessoa humana.

Destaca-se, nessas linhas, algumas situações de aplicação de

²³¹ HIRONAKA, 2005.

responsabilidade objetiva: intrínseca desigualdade entre as partes: relações de consumo, acidentes de trabalho e relações com o Estado.

Prega-se por um sistema dualista de responsabilidade: responsabilidade por culpa: justiça retributiva ou comutativa (juízo de reciprocidade); responsabilidade sem culpa: justiça distributiva (juízo de proporcionalidade). Não havendo, portanto, que se falar em dicotomia.

Atuando em busca de uma relação ética com a comunidade, inclusive com gerações futuras; a responsabilidade não atua em nome do autor, mas dos atos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa discorreu a respeito da responsabilidade civil objetiva (entre particulares) fundada na teoria do risco, induzindo o leitor a visualizar a referida teoria como grande inovação implementada pelo Código Civil de 2002, resultado de seus pilares de eticidade, socialidade e operabilidade.

Antes do estudo específico sobre responsabilidade civil, o capítulo primeiro buscou pontuar a sociedade de risco. Esta denominação atesta o cenário da contemporaneidade, marcado pela multiplicidade de acidentes, calamidades, advento de epidemias, doenças graves, inflações galopantes, etc.

O advento de novas tecnologias, novos trabalhos – a exemplo do crescimento das atividades voltadas ao ramo de informática, engenharia de alimentos, indústria, etc. - faz surgir novos e cada vez mais constantes riscos. Riscos tais que deixam de ser excepcionais, vindo mesmo a fazer parte da normalidade.

Os riscos – mesmo nefastos – são imprescindíveis para a sociedade, pois as atividades de risco são as grandes responsáveis pela movimentação da economia, geração de emprego e renda, etc. Vale dizer que são atividades lícitas, que também beneficiam – ainda que indiretamente – a sociedade.

Estes riscos são difusos, invisíveis e globais – não respeitam fronteiras nem tempo (podendo mesmo atingir gerações futuras) advindos com a complexidade cada vez mais elevada das relações sociais.

Na medida em que os riscos são tão intensos e constantes, necessário se faz perceber que as relações jurídicas precisam de novo tratamento, que possibilite a efetiva proteção a dignidade da pessoa humana.

Assim, uma das medidas a ser adotada nesse sentido seria objetivação da responsabilidade civil cujo fundamento é a cláusula geral de risco. Quem realiza uma atividade denominada “de risco” terá que arcar com os danos que gerar a terceiros, independentemente de ter agido ou não com culpa *lato sensu*. Portanto, o risco assume a importância de modificar a leitura e os parâmetros da responsabilidade civil.

No capítulo segundo, buscou-se responder a pergunta: o que vem a ser risco? Longe se está de definir o risco em contornos precisos. O trabalho considerou a problemática partindo da noção de que risco seria uma situação peculiar de

iminência constante de dano, cuja formatação dependerá de avaliativos da atividade como: grau de insalubridade, periculosidade, elementos estatísticos de acidentes, quantificação e extensão dos danos, etc.

As atividades aptas a serem consideradas “de risco” serão avaliadas, uma a uma pelos juristas e demais estudiosos, de acordo com o caso concreto. Exemplos do que a doutrina e jurisprudência tem considerado como “atividade de risco” seriam: as concessionárias de energia elétrica; transporte de pessoas, coisas e valores, seja na modalidade terrestre (veículos automotores), aquática ou aérea; os acidentes de trabalho; manipulação de produtos explosivos, radioativos, industrializados para uso doméstico; hospitais; instituições e laboratórios de pesquisa; atividade de caça; parque de diversões; uso de serra elétrica; manipulação de medicamentos, etc.

Como se vê, a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco abarca um sem número de situações.

Hoje, o instituto da responsabilidade civil vem atrelado com mais força à questão da dignidade da pessoa humana, da função social, do respeito a direitos fundamentais. Destaca-se, então, a responsabilidade civil objetiva com fundamento na doutrina do risco como mecanismo de concretização dos direitos humanos / fundamentais, conforme fora exposto no capítulo terceiro. Veja-se:

Resguarda o direito de igualdade, pois parte da referência de situações desiguais (a desigualdade fática que marca as relações privadas, conforme firmado no desenvolvimento do trabalho) para igualar a vítima hipossuficiente ao iniciador ou criador do risco – membro de forte classe econômica: um empregador, industrial, empresário, etc. Claro – vale ressaltar – que será considerada a situação econômica da vítima e do agente para fins de se propor quantidade de responsabilidade.

Quanto à liberdade, mantem-se a espontaneidade das relações privadas marcada pelo princípio da autonomia privada, ocasionando – por óbvio – a devida responsabilidade.

Tal formato de responsabilidade é mais um demonstrativo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, pois reconhece que na afetação aos direitos constitucionalmente garantidos numa relação privada, a consideração do fator risco inerente à produção de dano gera o dever de indenizar, independente de previsão legal específica.

Ao definir a teoria do risco em termos de cláusula geral, o legislador permite

que outras situações de risco sejam abarcadas, de acordo com as necessidades sociais e mesmo a própria movimentação da economia. Ora, o direito – e o direito privado – devem estar atentos aos aspectos econômicos, pois eles são os grandes responsáveis pelos desníveis e ofensa a direitos fundamentais / humanos.

A responsabilidade civil objetiva reflete todo o ideário social – e solidarista – no sentido de atestar a sociedade como sujeita a riscos de tal monta que gerem, pela execução de sua atividade, o dever de indenizar, para o caso de acarretar em danos a outrem. Decorre daí os deveres e direitos de segurança, que devem ser arcados por quem inicia ou cria o risco social.

Neste paradigma social, a responsabilidade civil objetiva com fundamento no risco gera para a vítima a facilidade em ser devidamente indenizada pelos prejuízos de ordem material ou moral sofridos, pois dispensa a análise e prova da culpa. Nesses casos, basta provar que o dano nasce de uma atividade considerada “de risco”.

Ressalvou-se os conflitos de direitos fundamentais nas relações privadas como recorrentes a atividades de risco. De um lado, a autonomia privada do iniciador do risco; de outro, lesão a direitos personalíssimos da vítima. Aponta-se “parâmetros” para solucionar tais conflitos, como a fundamentalidade do direito, a extensão do prejuízo e o grau de desigualdade entre os sujeitos.

Segue daí a ponderação de princípios – na esteira de Alexy – tentando equilibrar tais relações.

Demonstrou-se a necessidade da compreensão do público e privado como esferas que precisam ser constantemente repensadas e inter-relacionadas, devendo caminhar de mãos dadas em busca da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana como fundamento, valor e princípio do ordenamento jurídico brasileiro. Nessa esteira, o reconhecimento do risco social é fator de interesse público que vai apresentar consequência no direito privado.

Como se observa, o movimento da força expansiva dos direitos humanos origina-se no “desejo ético” de uma “ética da insatisfação” que, no deslocamento antropológico para a perspectiva do outro, pode se nutrir. Cada vez mais os direitos humanos expandem-se por todos os ramos do direito, bem como por todos os setores da vida social, passando a funcionar como fundamento dos diversos institutos jurídicos, entre eles, o da responsabilidade civil objetiva com fulcro na atividade de risco.

Enfim, a objetivação da responsabilidade tematiza-se como a circunstância mais inovadora em sede de responsabilidade civil. O reconhecimento jurídico do risco torna o ordenamento jurídico brasileiro o mais ousado dentre tantos outros. Isso porque, além de objetivar a responsabilidade baseada no risco, o faz mediante cláusula geral, e sequer intenta definir o vocábulo “risco”. Além disso, não se admite qualquer excludente da obrigação de indenizar oriunda de prova de ter adotado todos os meios idôneos a evitar o resultado danoso.

Com tamanha ampliação visa-se tutelar a pessoa da vítima de dano injusto - e, mais amplamente, a vida humana - ao invés do patrimônio do devedor, como no antigo sistema.

A mudança demonstra respeito a direitos fundamentais. A proposta então é defender a teoria do risco como elemento de grande valia na jusfundamentação dos direitos.

Eis uma sociedade livre, na medida em que admite atividades de risco, desde que lícitas; justa, quando impõe a essa liberdade a devida responsabilidade; e solidária, ao sublinhar a diluição do risco e o pleno ressarcimento da vítima.

A responsabilidade civil, o direito civil, o direito - precisam ser constantemente reinventados num processo contínuo de formação e extinção de seus institutos. Sendo uma ciência social aplicada, nada mais natural que sofra constantes adaptações e reinvenções tendentes a acompanhar as mudanças sociais. Mudanças constantes requerem adaptações constantes. A evolução da responsabilidade não para por aqui. Assim, que a responsabilidade civil – bem como os demais institutos do direito – continuem a progredir e caminhar rumo aos ideais solidarísticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 135-167.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **IV Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça federal – Centro de Estudos Judiciários, 2007. V.1.

AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva**: do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

_____. **El concepto y la validez Del derecho**. Barcelona: Gedisa editorial, 1997. (Colección estudios alemanes).

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALSINO, Jorge Bustamante. **Teoria general de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abedeleto-Perrot, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6.ed. rev.aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARENDRT, Hannah. **A Condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.

_____. **Las razones del derecho**: teorías de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Maria Betânia. Cidadania, direitos humanos e direitos das mulheres. In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. **Gênero, democracia e sociedade brasileira**. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 2002. p. 123-142.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Código civil comentado**. São Paulo: Atlas, 2003. V.2, V.3.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona / Buenos Aires / México: Paidós, 1998.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____. **Igualdad y libertad**. Barcelona / Buenos Aires / México, 1993.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BÖKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Teoria e interpretación de los derechos fundamentales. In: _____. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Legislação. **Código civil, constituição federal e legislação complementar**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, Álvaro (trad.). **O ponto de mutação**. São Paulo: Cutrix, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **O direito na sociedade complexa com apresentação e ensaio de Raffaele Di Giorgi**. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Limitações e riscos do enfoque de acesso à justiça: uma advertência final. In: _____. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 161-165.

CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Notas sobre derecho y language. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. Seção IV, p. 194-234.

CARVALHO, Paulo César de. Cláusulas gerais no novo Código Civil. Boa-fé objetiva, função social do contrato e função social da propriedade. **Jus Navigandi**, Teresina, v.10, n.983, 11 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8077>>. Acesso em: 08 jan. 2008.

CASTELLS, Manuel. O espaço de fluxos. In: _____. **Sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

CAVALCANTI, Clóvis (Org.). Política de governo. **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. São Paulo: Cortês; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade extracontratual objetiva. In: _____. **Programa de responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 144-182.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V.2.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. rev atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Fundamentos dos direitos humanos**. São Paulo: LTR, 2006.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-56.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991. v.2.

DEMATTEIS, Giuseppe. De las regiones-areas a las regiones-rede. Formas emergentes de gobernabilidad regional. In: SUBIRATS, Joan (coord). **Redes, territorios y gobierno**. Nuevas respuestas locales a los retos de la globalización. Barcelona: Disputació Barcelona, 2002.

DI GIORGI, Rafaelle de. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____. O direito na sociedade de risco. **Revista Opinião Jurídica**, v.3, n.5, p. 383-393, 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11.ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V.7.

_____. **Direito civil brasileiro**: teoria das relações contratuais e extracontratuais. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. V.3.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. Direito dos juristas: conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário. In: _____. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996. p. 205-225.

ERICSON, Silvia. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.ucam.edu.br/pesquisas/jornada/013.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2007.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo código civil e a constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 151-198.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz no novo código civil brasileiro**. 2.ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2003.

FELIX, Renan Paes. **Direitos fundamentais e sua eficácia no âmbito das relações privadas**. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp=37>. Acesso em: 20 nov. 2007.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Montevideo, Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FIÚZA, César. **Novo direito civil curso completo**. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil. Elementos para uma reconstrução crítica da doutrina da confiança**. Coimbra: Editora Almedina, 2007.p. 345-579.

FRANÇA, R. Limongi. Responsabilidade civil. In: _____. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 802-808.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. V.1.

GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GIORDANI, José Acir Lessa. **A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Professor Agostinho Alvim).

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Orlando. Culpa x risco. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, v. 83, set. 1940.

_____. **Obrigações**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAZIA, Grazia de; SANTOS, Alexandre Mello; MOTA, Athayde. Estratégias para a construção da sustentabilidade urbana. In: GRAZIA, Grazia de et al. **O desafio da sustentabilidade urbana**. Rio de Janeiro: Projeto Brasil sustentável e democrático: FABE/IBASE, 2001.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JAKOBS. Gunther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Barueri-SP: Manole, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. A formação do conceito e do sistema na jurisprudência. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. Cap. VI, p. 531-596.

LÉVY-LEBLOND, Jean-Marc. Antes/... In: _____. **O pensar e a prática da ciência: antinomias da razão**. São Paulo: EDUSC, 2008. p. 19-30.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 2.

LOPES, Othon de Azevedo Lopes. **Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOTUFO, Renan. Da responsabilidade civil. In: _____. **Curso avançado de direito civil: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 290-312. V. 1.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional**. São Paulo: Método, 2010.

MARIN, Rubens Leonardo. Dos sentidos da responsabilidade civil no Código Civil de 2002, e sua correlação aos tipos. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. **Direito civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2008. p. 425-437.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo código civil anotado: arts. 421-652**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. Tomo 1, v. 3.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 5.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria**. São Paulo: LTR, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. In: _____. **Danos à pessoa**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 58-140.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código civil comentado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2009. V.1.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Seminário nacional sobre acidente do trabalho e saúde ocupacional**. Disponível em: <www1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00000399.ppt>. Acesso em: 28 fev. 2010.

PATEMAN, Carole. **O contrato sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

PECES-BARBA, Gregório Martinez. **El concepto de dignidad humana, la política y el derecho**. In: _____. La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho. Madrid: Dykinson, 2003. p. 65-78.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 11.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2009. V.3.

_____. **Responsabilidade civil**. 8.ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PÉREZ-LUÑO, Antonio-Henrique. La universalidad de los derechos humanos. In: _____. **La tercera generación de derechos humanos**. España-Navarra: Edotorial Arandazi, 2006. p. 205-228.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética em la sociedad actual**. Madrid: Cuadernos civitas, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito à vida digna**. Belo Horizonte: Forum, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 3.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 4.

RUBIO LLORENTE, Francisco. La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho. In: _____. **La forma del poder**: estudos sobre la constitución. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.) **Diálogos sobre direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.127-165.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O norte, o sul e a utopia. In: _____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós modernidade. 4.ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 281-346.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERRA, Vaz. Responsabilidade civil. **Separata do Boletim do Ministério da Justiça**, Lisboa, n. 85, p. 370.

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

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Poder e contrato: um diálogo com Michel Foucault. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (org.) **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 267-288.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 2.ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 4.ed. São Paulo: Método, 2009. V.2.

TEDESCHI, Sebastián Ernesto. El waterloo del código civil napoleónico: una mirada crítica a los fundamentos del derecho privado moderno para la construcción de sus nuevos principios generales. In: COURTIS, Christian (comp.). **Desde outra mirada: texto de teoria crítica del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 2001. p. 159-182.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Da responsabilidade civil. In: _____. **Código civil interpretado conforme a Constituição da república**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. V.2.

_____; FACHIN, Luiz Edson. **O Direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao professor Ricardo Roberto Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A propósito da teoria dos direitos fundamentais. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de (coord). **Direitos fundamentais e relações sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 255-265.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 2.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. V.1.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

UCHÔA, Pedro Paulo. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais e alguns reflexos na legislação civil**. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br/section=artigo&id=144>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. 5.ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005. V.3.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. 5.ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005. V.4.

_____. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e dos contratos. 5.ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2005. V.2.

WARAT, Luis Alberto. Crisis de la democracia y crisis de la modernidad. In: MEZZARROBA, Orides et al (orgs.). **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.