

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

ADRIANA JARDIM ALEXANDRE SUPIONI

**Responsabilidade civil do empregador pelo exercício
de atividade de risco: da incidência às excludentes**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2015

ADRIANA JARDIM ALEXANDRE SUPIONI

**Responsabilidade civil do empregador pelo exercício
de atividade de risco: da incidência às excludentes**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, sob a orientação da Professora Doutora Carla Teresa Martins Romar.

SÃO PAULO

2015

Banca Examinadora

Para Claudimir, por juntos termos edificado nossa
casa sobre a rocha.

Para meus filhos, Marina e Pedro, por me ensinarem
o quão grande é minha capacidade de amar.

Agradecimentos

À professora Carla Teresa Martins Romar, pela orientação acadêmica, pelos ensinamentos jurídicos e sobretudo pelo carinho com que me conduziu ao magistério, impulsionada pelo seu exemplo na nobre missão de lecionar.

Aos professores e alunos do Programa de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial aos professores Pedro Paulo Teixeira Manus, Fabíola Marques, Renato Rua de Almeida, Adriana Calvo Pimenta, Cláudio De Cicco, Túlio de Oliveira Massoni, Sílvio Luís Ferreira da Rocha e Fábio Mariano.

RESUMO

SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. **Responsabilidade civil do empregador pelo exercício de atividade de risco:** da incidência às excludentes. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2015.

A pesquisa do presente trabalho visa estabelecer os critérios de aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil nas relações de trabalho, desde sua incidência até as excludentes. O mencionado dispositivo incluiu uma cláusula de responsabilidade civil objetiva que impõe o dever de reparar, independentemente de culpa, os danos causados pelas atividades que impliquem riscos para os direitos de outrem. Tendo em vista a disposição expressa do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal que estabelece a necessidade da presença de dolo ou culpa do empregador para que surja o dever de indenizar, coube-nos a tarefa de estabelecer a integração da disposição civil com a norma constitucional a fim de verificar a possibilidade de aplicação do parágrafo único do artigo 927 nas relações de trabalho. Partimos das mudanças sociais que transformaram a matriz do pensamento individualista para o desenvolvimento do critério social como novo paradigma das relações jurídicas. Utilizamos os métodos de interpretação gramatical, teleológico e histórico-evolutivo, posto que complementares e condizentes com o inovador critério do legislador de 2002 que optou pela técnica legislativa que contempla as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados. Com isso pretendemos estabelecer a integração entre os dispositivos constitucionais e os dispositivos de Direito Civil, alcançando assim o melhor sentido das normas analisadas. Ultrapassada a questão constitucional, passamos a analisar os pressupostos da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho, com o fim de identificarmos o que representa o conceito de atividade que envolve risco, como se estabelece o nexo de causalidade entre essa atividade e os danos por ela causados, além dos critérios para reparação. As excludentes da responsabilidade civil objetiva - aquelas que rompem o nexo de causalidade entre a atividade de risco e o infortúnio laboral - são analisadas no quarto capítulo, revelando-se eficientes para afastar o dever do empregador de indenizar. No capítulo final, estabelecemos algumas propostas que visam equilibrar o sistema de responsabilidade civil, considerando os princípios constitucionais da dignidade humana, do valor social do trabalho e da livre iniciativa, com o propósito de estabelecer um caminho seguro para que a sociedade alcance seu maior objetivo: o bem comum.

Palavras-chave: responsabilidade civil objetiva, responsabilidade civil do empregador, atividade de risco, acidente de trabalho, dano do trabalhador.

ABSTRACT

SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. **Liability of employer by the activities of risk:** from the incidence to removal of duty indemnify. Dissertation (Masters in Law). Pontifical Catholic University of São Paulo. Sao Paulo: 2015.

The research formulated on this study intends establish the scientific study application of the single paragraph of Article 927 of the Civil Code in labor relations since the incidence to removal of duty indemnify that can alleged as means of defense to employer. The article includes a general clause of objective liability that imposes the duty to repair, without fault, the damages caused by activities involving risks for rights of others. In view of the forecast of article 7, XXVIII, of the Constitution which establishes the necessity the presence of employer's fraud or fault that to arise the duty to indemnify the damages suffered for your employees, we need establish the integration of the civilian an constitutional articles for to verify the possibility application in labor relations. We elected the French Revolution as a historical milestone for the development of the risk theory and, from there, it was possible to demarcate the social changes that have transformed the former of individualist thinking for the development of social as a new paradigm of legal relations with the overcoming of 19th century codes and the development of post positivistic hermeneutics. In this perspective, we search for an integrated interpretation of the constitutional and civil articles using the historical cultural hermeneutics and the legislative technique, which includes the general norms and undefined legal concepts. Overcome the constitutional issue, we analyze the assumptions of objective liability in labor relations, establishing the criteria for identifying activities that involve risk, causation, damages and the criteria for their repair. The exclusive are analyzed in the fourth chapter, specifically in relation to those who break the causal link and therefore are able to broke the duty to indemnify in the event of impact of activities involving risks. In the final chapter, we established some considerations that aim to balance the system, in view of the constitutional principles of human dignity, social value of work and free enterprise, proposing that society achieve your objective: the mutual good.

Keywords: objective liability, liability of the employer, activities of risk, occupational accidents, worker injury.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A MUDANÇA DOS PARADIGMAS SOCIAIS E SUA INFLUÊNCIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 A responsabilidade civil sob o enfoque individualista: a culpa	16
1.2 A responsabilidade civil sob o enfoque social: o risco	24
1.3 A constitucionalização do Direito Civil e o princípio da dignidade da pessoa humana	26
1.4 A responsabilidade civil objetiva como marco evolutivo	34
2 A CLÁUSULA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA ATIVIDADE DE RISCO NO DIREITO BRASILEIRO	46
2.1 A opção do legislador do Código Civil de 2002 por cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados	51
2.2 A cláusula de responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e a inspiração estrangeira	60
2.3 Análise do conceito de atividade que implique riscos para os direitos de outrem	69
3 INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE NAS RELAÇÕES DO TRABALHO	80
3.1 A previsão normativa do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988	87
3.2 O alcance do <i>caput</i> do artigo 7º da Constituição Federal de 1988: a melhoria da condição do trabalhador	96
3.3 O princípio protetor do Direito do Trabalho e a incidência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002	100
3.4 Pressupostos da responsabilidade civil objetiva e sua aplicação nas relações de trabalho	106
3.4.1 Exercício de uma atividade que implique riscos	107
3.4.2 Nexo de causalidade	113
3.4.3 Dano	122

4	EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE NAS RELAÇÕES DO TRABALHO.	132
4.1	Caso fortuito e força maior	135
4.2	Fato exclusivo da vítima e conduta concorrente.	140
4.3	Fato de terceiro.	142
4.4	A prova de causalidade nas atividades de risco	144
5	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE RISCO: UMA REFLEXÃO	146
5.1	A livre iniciativa e a responsabilidade objetiva do empregador pelo exercício de atividade de risco	152
5.2	A proteção à saúde do trabalhador e o meio ambiente do trabalho	158
5.3	Uma proposta de equilíbrio	163
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	167

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento social desencadeado pela Revolução Francesa, nos serviu como ponto de partida para o estudo da responsabilidade civil objetiva que, embora sempre tenha existido mesmo que relegada à segundo plano, renovou seu fôlego com as ideias emanadas pelas revoluções liberais.

Essa nova perspectiva de valores, quais sejam: a liberdade, a igualdade e a fraternidade, impulsionou o amadurecimento da sociedade que, de forma evolutiva, caminhou desde o individualismo, prestigiado pelos códigos privados oitocentistas, até os moldes atuais em que se privilegia a importância do indivíduo socialmente inserido.

A superação dos valores meramente liberais e a evolução dos ideais sociais, substrato do mundo do Direito, serviram ao desenvolvimento deste estudo com o fim de demonstrar se a responsabilidade civil objetiva pode ser vista como uma necessidade social para promover a última premissa da Revolução Francesa: a fraternidade.

No Brasil, os valores individualistas também foram gradativamente desconstruídos, primeiramente com a Constituição Federal de 1988 que fortaleceu os direitos e garantias fundamentais e estabeleceu o princípio da igualdade material – que determina o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades - positivado pelo *caput* do artigo 5º e, posteriormente, com o Código Civil de 2002 quando houve o rompimento com os valores patrimonialistas do Código Civil de 1916, estabelecendo-se uma diferente técnica legislativa que permite uma porosidade do sistema de modo a incluir os valores predominantes no momento da aplicação da norma.

A responsabilidade civil no Código Civil de 1916 era fundamentada na culpa, como regra geral, e no risco, apenas de maneira tipificada mediante a previsão de situações específicas elencadas no artigo 1.521.

No Código Civil atual há um sistema híbrido de cláusulas do dever de indenizar, uma fundamentada na culpa, prevista no artigo 186 e outra fundamentada no risco, prevista no parágrafo único do artigo 927. O rol estabelecido no artigo 1.521 foi mantido no artigo 932 do diploma de 2002 e apresenta situações em que a responsabilidade objetiva é aplicada de forma impositiva, tais como a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, do patrão pelo atos de seus funcionários, entre outras hipóteses arroladas.

Em razão do dispositivo constitucional que estabelece o dever de indenizar do empregador nos casos de culpa ou dolo, passou-se a discutir acerca da aplicabilidade do fundamento risco às relações laborais, tendo em vista a frequente ocorrência de acidentes e doenças profissionais pelo risco da atividade.

O problema central da pesquisa foi estabelecer um critério interpretativo capaz de ultrapassar a questão constitucional e importar a cláusula de responsabilidade objetiva para as relações do trabalho, visando eliminar a possível exclusão dos trabalhadores dessa norma benéfica e aplicável a todos os cidadãos brasileiros.

Para solucioná-lo, analisamos a responsabilidade civil pelo exercício de atividade de risco, desde a possibilidade de sua incidência nas relações de trabalho até as suas possíveis excludentes, realizando uma tarefa de integração entre as legislações civil e trabalhista, interpretadas sob a luz dos princípios constitucionais.

No primeiro capítulo, tratamos da mudança dos paradigmas sociais e sua influência no crescimento da relevância da responsabilidade civil objetiva, procurando estabelecer os dois principais enfoques: o sistema individualista e o sistema social, e suas respectivas consequências na mudança do fundamento do dever de indenizar, quais sejam: a culpa e o risco.

Ainda no primeiro capítulo, abordamos a constitucionalização do Direito Civil e o valor social estabelecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que fez decrescer em importância o individualismo e o patrimonialismo em nome da valorização do bem comum.

No segundo capítulo, tratamos da responsabilidade civil objetiva pelo exercício de atividade de risco no Direito brasileiro, desde a técnica utilizada pelo legislador do Código Civil de 2002 até as formas de interpretação do conceito de atividade de risco.

A partir do terceiro capítulo passamos a estudar a incidência da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho mediante a imprescindível análise da previsão constitucional contida no artigo 7º, *caput* e inciso XXVIII, acrescida dos valores estabelecidos pelo princípio protetor, alicerce do Direito do Trabalho, com o fim de estabelecer os pressupostos da aplicação do dispositivo de Direito Civil na seara trabalhista.

No capítulo quarto, estabelecemos as hipóteses excludentes do dever de indenizar no que se refere às atividades de risco e, finalmente, no quinto capítulo, propomos uma reflexão sobre a livre iniciativa e o valor social do trabalho de forma a equilibrar esses dois valores no momento da aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil nas relações de trabalho.

Tendo em vista que a responsabilidade civil é uma problema onipresente na vida em sociedade, esperamos ter contribuído para identificar, nesse intenso movimento de ideias, a nova concepção do dever de reparação e sua importância para o Direito do Trabalho.

1 A MUDANÇA DOS PARADIGMAS SOCIAIS E SUA INFLUÊNCIA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Se a História pode ser definida como a ciência que estuda os fatos pretéritos da humanidade é possível constatar, pela análise dos livros que se ocupam em nos transmitir esses fatos, que todos eles estão inseridos num contexto de relações sociais, sejam elas políticas, econômicas ou religiosas.

A importância dessa constatação para o presente estudo revela-se com a alteração dos paradigmas sociais, que ocorreram mais precisamente na transição entre a sociedade moderna, de matriz iminentemente liberal, para a contemporânea, que passou a preocupar-se não só com o indivíduo e sua vontade, mas com a inserção desse ser individual no contexto social, suas condições e consequências.

Essa preocupação com a alteridade do indivíduo fez surgir um novo movimento nas entranhas do Direito privado. Se outrora a lei civil satisfazia-se em proteger apenas o poder volitivo de cada um, com esse novo foco, passou a inserir sob a sua égide de proteção a consequência do exercício dessa autonomia da vontade no âmbito social.

Podemos afirmar que, nos tempos atuais, houve a superação da autonomia da vontade para dar lugar à autonomia privada. Enquanto a primeira prestigiava apenas a vontade individualmente considerada, a segunda passou a impor um limite valorativo como condição para o exercício desse direito: a dignidade da pessoa humana.

A modificação dos paradigmas tem ligação direta com a evolução da responsabilidade civil, que sempre esteve atrelada aos valores que a sociedade considera importantes para a manutenção do equilíbrio e da paz social. Por essa razão, a ordem jurídica impõe regras para o convívio social que, especificamente no caso da responsabilidade civil, visam reestabelecer o equilíbrio jurídico, econômico e social rompido pelo dano.

A função primordial do instituto, portanto, tem como elemento nuclear o dano e não a culpa, já que o reequilíbrio só poderá ser alcançado com a reparação da vítima por meio de sua recolocação na situação anterior à lesão, tanto quanto for possível. Sob essa perspectiva, podemos entender a responsabilidade civil como o dever de reparar o dano causado a outrem.

Nesse contexto, a responsabilidade civil visa a recomposição da harmonia social quebrada pelo dano e, mediante o retorno da situação ao estado anterior ou, quando isso não for possível, com o pagamento de uma indenização reparatória, corrige o desarranjo social e restabelece o seu equilíbrio.

Em decorrência de sua finalidade, Giselda Hironaka afirma que a responsabilidade civil não pode ser exclusivamente analisada do ponto de vista técnico-jurídico ditado pelo Direito positivo, já que o seu conceito sempre repercutirá no campo da ética, da política e das ciências humanas, sendo mesmo o seu conceito “uma criação coletiva de *muitas formas distintas de saber*”.¹

Consequentemente, a evolução da responsabilidade civil se confunde com a própria história da sociedade humana, desenvolvendo-se desde a reação puramente emocional consubstanciada pela vingança privada até o molde contemporâneo, que se preocupa menos com a conduta do autor do dano e mais com a reparação da vítima.

¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 22.

Da mesma forma, ocorreu a evolução do modelo de autonomia individual, que outrora colocara o indivíduo como centro do ordenamento “sob o pressuposto que cada um é o melhor juiz dos seus próprios interesses”², para a preocupação com as consequências do exercício dessa vontade no contexto social. Essa preocupação culminou com a relativização do exercício da liberdade, que não mais pode desconsiderar o outro como elemento integrante das decisões individuais.

O modelo individualista não condiz com os valores sociais e, atualmente, essa perspectiva já não pode ser seguida, ao menos no nosso ordenamento jurídico, haja vista a superação do aspecto liberal e patrimonialista trazida tanto pela Constituição Federal de 1988 quanto pelo Código Civil de 2002.

As alterações dos valores sociais influenciaram a elevação do fundamento risco como cláusula geral do dever de indenizar, não como única hipótese, mas como sistema híbrido ora assentado na conduta do agente ora assentado no exercício de uma atividade de risco.

Feitas essas considerações, analisaremos a responsabilidade civil a partir da Revolução Francesa, fato histórico elegido como recorte temporal para o presente estudo. Não que a Antiguidade tenha pouca influência em aspectos importantes da responsabilidade civil, mas o essencial para desenvolver o tema, refere-se à mutação que o instituto sofreu quando gradativamente migrou do aspecto fundamental da culpa do agente, como condição do dever de indenizar e intimamente ligada à vontade individual, para o risco que de forma muito clara se afasta do caráter volitivo da ação danosa para privilegiar a vítima e o dano sofrido.

² PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.340.

As famosas premissas: “liberdade”, “igualdade” e “fraternidade” até hoje ecoam na sociedade com um viés evolutivo no sentido de que cada objetivo deve ser alcançado de forma gradativa, ou seja, primeiro a “liberdade” com o reconhecimento do “eu” individual, depois a “igualdade” quando o indivíduo, socialmente inserido, passa a preocupar-se com o outro, formando o “nós” e, finalmente a “fraternidade”, que se realiza no bem estar de todos.³

Por essa razão é importante estabelecer, sob a perspectiva histórica, a alteração desses paradigmas que modificaram os valores sociais e com isso trouxeram de forma mais efetiva a responsabilidade objetiva para dentro dos sistemas jurídicos contemporâneos.

1.1 A responsabilidade civil sob o enfoque individualista: a culpa

A construção da sociedade liberal, de enfoque individualista, possui como marco principal a promulgação do Código Civil francês de 1804, conhecido como o “Código de Napoleão”, inspirado no Direito romano, que consagrou a propriedade individual, o testamento, o poder marital e a autonomia da vontade como diretrizes do Direito privado, destacando-se a total ausência da ideia do homem como ser social.

³ AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil: a culpa, o risco e o medo**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 32.

A Revolução Francesa iniciada em 1789 marca a transição da Idade Moderna para a Idade Contemporânea e traz em seu bojo as ideias iluministas de Jean-Jacques Rousseau, defensor do individualismo, pois afirmava que o estado natural do homem não é o da vida em sociedade⁴ e, por essa razão, as normas que regem a vida social e política são expressões da vontade dos contratantes. Essa concepção contrapunha-se à ideia de Aristóteles que reconhecia no homem um “*animal socialis*” defendendo a convivência social como consequência natural da existência humana.⁵

O quadro axiológico da sociedade daquela época elegia a autonomia da vontade individual como o centro do Direito privado, sendo considerada a expressão máxima da primeira premissa da Revolução Francesa: a liberdade. Tal concepção fez com que as disposições das grandes codificações oitocentistas fossem construídas em função do indivíduo e do conjunto de direitos que lhe cabiam, consagrando assim o direito subjetivo entendido como poder da vontade do sujeito. Nas palavras de Roger Aguiar Silva:

Nesse sentido, no reconhecimento de que o homem não precisa se subjugar a nenhum outro poder para possuir direitos e contrair obrigações, foi que o direito civil, construído no período inicial das codificações, consagrou o individualismo e, como sua expressão maior, a autonomia da vontade: o homem, livre para determinar seu próprio destino, somente se submetia por sua própria vontade.⁶

Dessa forma, a pedra fundamental do Direito Civil nessa época, era o individualismo e consequentemente a autonomia da vontade.

⁴ Para Jean-Jacques Rousseau, “o homem é naturalmente bom, a sociedade é que o corrompe”. In DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195.

⁵ A ideia de Rousseau é a formação de um contrato social para constituição da sociedade civil e do Estado. “Trata-se de um verdadeiro escambo: liberdade natural X utilidade comum. O homem poderia optar por continuar em sua situação inicial, ou seja, em seu estado de natureza, ou então, por meio de uma convenção, fundar uma associação tendente à realização de seu estado social”. (BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 292). Já para Aristóteles, o homem era um ser político e social por natureza, conforme mencionado na p. 126 da obra citada.

⁶ AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil: a culpa, o risco e o medo**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 29.

Essa matriz axiológica desenvolveu-se a partir da concepção da primeira premissa ecoada pela Revolução Francesa que contrapunha-se ao regime absolutista imposto no *Ancien Régime*, quando o sistema de governo era monárquico e calcado no contexto de uma sociedade patriarcal e aristocrática. Nesse período, as famílias importantes ocupavam os mais elevados cargos do Estado enquanto o restante do povo era assolado na miséria.⁷

A burguesia francesa surgiu como uma nova classe econômica com aspirações de mando político. Para realização de seus objetivos necessitava da valorização do homem, individualmente considerado, capaz de contrapor-se ao poder estatal concretizado por meio da vontade do soberano. Essa concepção do homem individual combina com a fórmula proclamada pela responsabilidade civil subjetiva, segundo a qual só haverá o dever de indenizar quando o agente causar prejuízo a outrem em razão da sua conduta ilícita.

Em outras palavras, a responsabilidade civil subjetiva tem como elemento essencial a culpa que deverá ser reconhecida pela análise da vontade do agente e da prática do ato ilícito, somente assim surgirá o dever de indenizar.

A construção da responsabilidade civil a partir do Código Civil francês foi elaborada sob a influência do filósofo Jean Domat, que tratava a culpa não apenas como um critério para imputação do dever de indenizar, mas também como uma condição de sua existência, já que sem ela, mesmo que houvesse o dano, o agente causador não seria responsabilizado.⁸

A ideia de responsabilidade civil no século XVIII foi calcada na pena e não na reparação do dano. Por essa razão, apresentava-se como

⁷ A ideia do *Ancien Régime* descrita no presente trabalho foi baseada no livro **História do pensamento jurídico e da filosofia do Direito**. Cláudio De Cicco, p.193.

⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 61.

reprimenda ligada à conduta do agente que praticasse um ilícito civil de acordo com sua vontade, e não como reparação do dano sofrido com o fim de reestabelecer ou ao menos minimizar o desequilíbrio social.

O ilícito civil e a culpa, portanto, eram os elementos ligados à vontade individual, ou seja, a preocupação era focada na maneira como o indivíduo usou a liberdade a ele concedida, não importando, ao menos nessa verificação inicial, a repercussão do dano sobre a vítima ou sobre a sociedade.

Para Roger Silva Aguiar, se a culpa for considerada como condição essencial para o mecanismo de incidência da responsabilidade civil, todas as demais circunstâncias que cercam o fato tais como, a vítima, o dano, o sinistro, o risco e a sociedade ocuparão papel coadjuvante. A vontade do opressor e sua conduta serão os elementos indispensáveis para a reparação do dano. Essa fórmula harmonizava-se com o projeto de sistema individualista que se estabeleceu naquela época.⁹

As transformações sociais ocorridas nos séculos XIX e XX mudaram os paradigmas do Direito Civil, que passou a ser visto a partir do critério da igualdade, exigindo assim a superação do individualismo - ou seja, a liberdade concedida num primeiro momento de forma irrestrita passa a ser limitada, para que se considere o outro como parte integrante dessa manifestação de vontade.

A partir daí, inicia-se a desconstrução do Direito privado sustentado pelos pilares do Código Napoleônico quais sejam: a propriedade, o indivíduo e o contrato. Nesse mesmo movimento, a responsabilidade civil também sofre as mudanças necessárias para adequar-se à essa perspectiva, superando a vontade individual para estabelecer a igualdade material entre as pessoas, condição imprescindível para realização da justiça.

⁹ AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil**: a culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

Percebemos assim o afastamento da culpa, resquício do modelo individualista, como único fundamento do dever de indenizar, tendo em vista a impossibilidade da sua harmonização com o novo sistema jurídico baseado na igualdade e não apenas na liberdade. Nesse momento, é preciso frisar que os paradigmas sociais, políticos e econômicos causaram a mutação dos valores jurídicos, todos num movimento de caráter evolutivo acompanhando os anseios da sociedade.

Para justificar esse caminho tomado pela responsabilidade civil a partir do século XIX, analisaremos as duas vertentes adotadas pela doutrina.

A primeira delas refere-se ao desenvolvimento industrial e tecnológico proporcionado pela Revolução Industrial, que resultou no surgimento dos meios de produção em massa. Como consequência do novo mercado de trabalho proporcionado pelas indústrias, houve a expansão demográfica das cidades decorrente da migração da população do meio rural para o meio urbano. Essa procura por oportunidades, incrementou os meios de transporte e de comunicação. Todos esses fatores conjugados contribuíram para o crescimento da ocorrência de eventos danosos aos indivíduos e à sociedade.

E, sem dúvida, as relações de trabalho compuseram ingrediente substancial para essa evolução, tendo em vista a maior probabilidade da ocorrência de danos em atividades exercidas de forma habitual como são aquelas desenvolvidas no âmbito laboral. No palco da sociedade industrial, o sistema de responsabilidade civil mostrou-se ineficiente para atender as demandas em que, embora demonstrado o dano, era impossível a comprovação da culpa e, portanto, restava à própria vítima suportar as consequências.

Por outro lado, a segunda vertente justificadora da evolução do instituto da responsabilidade civil refere-se à nova perspectiva social de igualdade que, da mesma forma, proporcionou o afastamento da culpa como

elemento essencial do dever de indenizar, já que esta não se harmonizava com esse novo viés valorativo, deslocando o foco da verificação da conduta do agente para a indenização daquele sofreu o dano. A reparação da vítima passa a ser o objetivo principal da responsabilidade civil, uma vez que o equilíbrio da sociedade só pode ser restaurado a partir dessa condição.

Enquanto na França, a partir de 1890, alguns juristas já se debruçavam sobre o problema da responsabilidade sem culpa e ainda que, embrionariamente, já se falasse em risco, como fundamento do dever de indenizar, o projeto do Código Civil brasileiro, concluído em 1899, seguiu a estrutura consagrada no Código Civil francês de 1804, ou seja, com o defasagem de quase um século em relação do direito europeu.¹⁰

A inspiração do Código Civil de 1916, produzido sob a coordenação de Clóvis Beviláqua, apresentou a responsabilidade civil com base individualista e fundamentada na culpa, o que colocou o Brasil um tanto aquém das novas tendências e discussões que já se formavam na Europa.

De qualquer forma, é preciso ressaltar que a evolução da sociedade como um todo, suas características econômicas e estruturais são a matéria-prima para determinar as matrizes valorativas que se apresentam no horizonte do legislador. Não basta a simples crítica ao descompasso entre o Brasil e a Europa, tendo em vista que, em termos históricos, o nosso país é jovem, tanto quanto a sociedade que aqui se formou. Enquanto na Europa em 1890 já se discutia a Teoria do Risco, no Brasil a abolição da escravidão ocorrera apenas dois anos antes.

Em que pese o acima dito, aqui no Brasil, já no século XX, Miguel Reale, que posteriormente encabeçaria a reforma do nosso Código

¹⁰ Raymond Saleilles desenvolveu estudo em defesa da teoria objetiva em 1897 que, posteriormente, foi complementado por Louis de Josserand, surgindo assim, a “Teoria do Risco” que espalhou-se pela Europa a partir do século XIX.

Civil, tratava em sua obra de Filosofia do Direito do questionamento do individualismo:

No âmago do pensamento político e econômico do individualismo existe a tese essencial de que, se cada homem cuidar de seu interesse e seu bem, cuidará, ipso facto, do interesse e do bem coletivo. Cada homem realizando seu bem, realizaria, mediante automático equilíbrio dos egoísmos, o bem social ou o bem comum.¹¹

Essa concepção do individualismo social, inspirada em Adam Smith, relegava ao Estado uma função primordial e essencial de tutelar as liberdades individuais, tendo em vista que o bem comum decorreria da realização de cada homem e do equilíbrio entre seus egoísmos.

Como contraponto ao individualismo nasce a tese do transpersonalismo, pela qual defendia-se a impossibilidade de uma harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo. Também tratou dela Miguel Reale:

o bem do todo é condição *sine qua non* da felicidade individual, e que, na realidade, devem preponderar sempre os valores coletivos, só adquirindo autenticidade e plenitude a existência humana quando a serviço do bem social (transpersonalismo).¹²

O movimento filosófico, portanto, saiu da satisfação do interesse individual para uma preocupação com os valores da sociedade, causando uma tensão entre as duas forças. Entretanto, como todo movimento de extremos, acabou por originar uma terceira corrente intermediária entre o indivíduo e a sociedade e com a qual Miguel Reale se alinhava:

Sustenta – e a nosso ver com razão – que não há possibilidade de se pensar em uma combinação harmônica e automática dos egoísmos individuais, mas também reconhece que a satisfação daquilo que interessa a sociedade, tomada como um todo, nem

¹¹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 277. Ressalte-se que a primeira edição foi concluída em 1953.

¹² Idem, p. 277.

sempre representa a satisfação de cada indivíduo, que possui algo de irreduzível ao social.¹³

Essa terceira corrente, denominada como personalismo, deixa transparecer uma constante de valor, que é a dignidade da pessoa humana, ou seja, o indivíduo deve ceder ao todo enquanto não for ferido em sua condição humana.

Por essa razão, os paradigmas sociais de cada grupo são importantes para o desenvolvimento do Direito. Seja como marco evolutivo, seja como movimento pendular de retorno a pensamentos anteriormente abandonados, a verdade é que a visão do panorama histórico, enriquecida pelos valores sociais de cada época, possibilita o reconhecimento dos elementos envolvidos na construção da responsabilidade civil nos moldes em que hoje se apresenta.

Pode-se concluir que a culpa decorre da influência individualista do pensamento dominante dos séculos XVII e XVIII, e serviu como fonte de inspiração do Direito Civil francês, bem como do Código Civil brasileiro de 1916. E, ainda que se encontre presente como um dos fundamentos da responsabilidade civil na sociedade contemporânea, a verdade é que perdeu seu protagonismo para o risco, porquanto a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do Direito, passa a nortear as relações jurídicas conforme trataremos a seguir.

¹³ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 278.

1.2 A responsabilidade civil sob o enfoque social: o risco

Nesta altura já podemos afirmar que a responsabilidade civil fundamentada na culpa do agente causador relega a segundo plano o dano sofrido pela vítima. Se de uma lado, para que houvesse o dever de indenizar, era necessária a verificação da culpa, a simples existência do dano não acarretava nenhuma responsabilidade, ainda que a vítima não tivesse contribuído em nada para o seu infortúnio.

Tal construção, de matriz individualista, provocava o desequilíbrio jurídico e econômico da sociedade, além de contrariar os princípios basilares da responsabilidade civil, tendo em vista que, não raras vezes, os danos eram suportados pelas próprias vítimas. A partir de então, seja pelo enfraquecimento do sistema individualista, seja pelo aumento dos riscos acarretados pela sociedade industrial, houve um paulatino deslocamento do fundamento culpa para o fundamento risco.

Em termos políticos, as mudanças sociais decorrentes dos avanços tecnológicos e do desenvolvimento da produção em massa passaram a exigir do Estado sua maior intervenção em favor do bem-estar social, já que as relações entre indivíduo e iniciativa privada passaram a ser mais próximas. Em outras palavras, o aumento das relações privadas criou um desequilíbrio entre o indivíduo isoladamente considerado e o poder privado, uma vez que este seria muito mais influente e organizado na estrutura social.

As consequências mais evidentes dessa aproximação ocorreram no âmbito das relações de trabalho, atingindo diretamente a classe trabalhadora em razão do grande degrau que se formara entre ela e os dirigentes das atividades industriais. Essa verticalidade acabava por criar relações econômica e socialmente desiguais. A responsabilidade objetiva nasce nesse contexto, para preservar a dignidade da pessoa mais frágil na

relação, como meio de proteger o hipossuficiente frente aos riscos produzidos pelo processo de industrialização, promovendo a correção do equilíbrio, desestabilizado pela desigualdade das partes.

A sociedade pós-moderna, por esse motivo, superou o individualismo e rejeita as soluções calcadas no voluntarismo. Esse fenômeno cresce juntamente com a relevância dos Direitos Humanos, pois constatou-se que, no mundo globalizado pós guerra, o homem precisa do outro para sobreviver.

Além disso, a crescente preocupação com o meio ambiente que, passou a ser considerado como patrimônio da coletividade, ampliou a ideia de solidariedade, terceira fase do movimento iniciado com a Revolução Francesa. Esse novo valor emanado da preocupação com a coletividade alargou o alcance da responsabilidade civil pois neste momento, passou a ser mais importante a reparação da vítima do que a punição do agente causador do dano.

Os novos anseios sociais passaram a exigir o compromisso de todos para com o equilíbrio das relações, tendo em vista a clara a necessidade do respeito não só pelo outro mas para com os bens da vida que compartilhamos e dos quais necessitamos para sobreviver.

Essa concepção resultou em uma nova perspectiva da liberdade, que deixou de ser vista como mero exercício individual da vontade, para ser compreendida a partir das consequências do seu uso na sociedade – ou seja, a preocupação agora não era somente em garantir a liberdade mas verificar a forma como ela seria exercida no contexto social, de modo a não afetar o outro isoladamente ou a coletividade como um todo.

A mudança de paradigma social sugere um novo protagonista: a humanidade e não mais o indivíduo isoladamente considerado. A consequência desse fato é a necessidade de adaptar os institutos jurídicos de

modo a estruturar a construção funcional da sociedade complexa como a que vivemos de maneira a alcançar o bem-comum.

Entretanto, é preciso ressaltar que tal modificação de pensamento não significa o abandono total das liberdades individuais, conforme já citado no item anterior, pois o indivíduo nesta nova concepção, deve ceder ao social apenas enquanto não for violado como pessoa.

A responsabilidade civil passa por uma reconfiguração determinada pela nova consciência do homem acerca de sua dignidade e por uma sociedade agora comprometida com a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, no palco da humanidade, surge a sociedade de risco, caracterizada pela civilização que ameaça a si mesma.¹⁴ Todos esses fenômenos influenciaram a nova concepção da responsabilidade civil fundamentada no risco.

1.3 A constitucionalização do Direito Civil e o princípio da dignidade da pessoa humana

Para que possamos estabelecer esse marco evolutivo, precisamos definir a dignidade humana e os direitos fundamentais, sob a atual perspectiva do homem perante a sociedade, nessa acomodação de direitos individuais e sociais que imprimiram um novo rumo para a responsabilidade civil. Esse fenômeno - em que os direitos fundamentais irradiam seus efeitos

¹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2ª ed. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

sobre todo o sistema jurídico e que grande parte da doutrina¹⁵ alcunhou de constitucionalização do direito privado - exerce grande influência sobre a interpretação dos dispositivos do Código Civil que passam agora a ser analisados sob a luz emitida pela Constituição.

A dignidade da pessoa humana, como expressão jurídica representa o reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos e, portanto, detentor de uma moral. Tal perspectiva decorre da concepção filosófica kantiana na qual, a dignidade representa um valor interior do ser humano.

Como um princípio jurídico, a dignidade humana, pressupõe a intangibilidade da vida e dá origem aos seguintes preceitos: respeito à integridade física e psíquica das pessoas, consideração pelo pressupostos mínimos para a sua existência, respeito à sua liberdade e igualdade na convivência social.¹⁶

Em relação ao conceito de direitos fundamentais é preciso uma análise mais aprofundada já que não há consenso em relação à melhor terminologia para defini-los, sendo por vezes entendidos como direitos humanos ou mesmo como direitos fundamentais da humanidade.

Para que possamos alcançar a melhor delimitação conceitual dos direitos fundamentais é preciso analisar duas questões importantes, uma refere-se ao conteúdo desses direitos e outra à sua localização dentro do ordenamento jurídico.

¹⁵ O fenômeno da constitucionalização do Direito privado representa a superação da dicotomia público/privado que culminou com a queda do pensamento individualista em prol da preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais. A doutrina a que nos referimos foi consultada nas seguintes obras: PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 e FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006, p. 117.

A concepção material não-positivista analisa os direitos fundamentais sob o ponto-de-vista de seu conteúdo, sendo-lhe indiferente o modo como o legislador optou por positivá-los – seja no patamar constitucional ou infraconstitucional, ou ainda supranacional como aqueles que são garantidos nos Tratados Internacionais.

O conteúdo, portanto, estabelece a qualidade do direito como fundamental, incluindo-se nesse patamar aqueles que são inerentes à condição humana, próprios dessa natureza e que decorrem de uma valor preexistente ao Direito posto.

Já a concepção formal-dogmática considera como fundamentais aqueles direitos que são reconhecidos e positivados no sistema constitucional interno de um Estado. A partir dessa definição, os direitos humanos seriam aqueles previstos em instrumentos internacionais e que refletem a proteção do ser humano em caráter supranacional.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a Constituição Federal de 1988 adotou a concepção formal-dogmática, acima explicitada:

O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua relação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹⁷

Conceituados os termos importantes para compreensão deste capítulo, passaremos agora a analisar a constitucionalização do Direito privado.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29.

Como já mencionado, o Estado Liberal não mais atendia às demandas da sociedade em razão da desigualdade entre a iniciativa privada e a classe trabalhadora. Somado a esse fato, cresce após a segunda guerra mundial, o movimento ligado aos direitos humanos e à efetividade dos direitos constitucionalizados – assim entendidos aqueles exigíveis não só perante o Estado, mas também perante aos particulares, principalmente em face das desigualdades sociais que despontavam com o crescimento do sistema capitalista. Para Eugênio Facchini Neto,

A intervenção estatal na atividade econômica e na vida social, a partir da implantação do modelo do *Welfare State*, deixou marcas também no mundo jurídico, afetando o direito civil. Isso é perceptível em todos os países que experimentaram em graus de intensidade e em momentos históricos diversos, formas de intervencionismo estatal, inclusive o Brasil.¹⁸

Essa concepção influenciou diretamente a responsabilidade civil já que o seu viés objetivo passa a se afastar do jogo das vontades privadas, típico do subjetivismo individualista, e passa a ser um instrumento de eficácia dos direitos fundamentais. Para Cláudio Luiz Bueno de Godoy,

a consequência dessa valorização da pessoa humana, de sua dignidade, enquanto centro do ordenamento no campo da responsabilidade civil, foi, seguindo a tendência de personalização das relações jurídicas, uma especial atenção, não apenas à reposição do patrimônio da vítima, desfalcado pelo evento danoso, mas , antes, à sua preservação pessoal, a preservação de sua existência digna.¹⁹

Também Luiz Edson Fachin, em sua obra Teoria Crítica do Direito Civil, reconhece a mudança da primazia do indivíduo, recolocando-o como ser coletivo:

Isso repercute, decisivamente, no repensar da parte geral, segundo a importância que venha ser atribuída, por exemplo, aos

¹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórica-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET. Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 31.

¹⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no código de 2002. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

direitos da personalidade (ao direito à intimidade, ao próprio corpo, entre outros), aos hipossuficientes e a outros sujeitos nessa qualidade. Sem embargo do patrimônio mínimo garantido, como se dá, em parte, com o bem de família e na impenhorabilidade do módulo rural, a disciplina dos defeitos nas relações jurídicas, assim redirecionada, poderá captar menos a patologia do *status* jurídico adstrito ao contrato e ao patrimônio e mais, a tutela do “trem da vida” dos reais receptores da norma civil. Isso tudo já repercutiu, de certo modo, no interior do Direito, como se observa de algumas décadas para cá, sob o véu da “era do acidente” e no elastecimento da responsabilidade civil.²⁰

E, justamente com a finalidade de preservação do homem e de sua dignidade, formou-se na Alemanha a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Tal denominação diz respeito à aplicação desses direitos no campo das relações jurídicas privadas, com a vinculação dos particulares.

Conforme analisa Claus-Wilhelm Canaris, os direitos fundamentais são aplicados primeiramente em face do Estado, como modo de defesa dos cidadãos frente às possíveis violações proporcionadas pelo poder estatal. A construção jurisprudencial e doutrinária na Alemanha estendeu essa eficácia denominada como vertical para as relações horizontais, reconhecendo a obrigação do Estado em proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos perante os poderes privados. Trata-se da irradiação dos direitos fundamentais na esfera privada, reconhecendo-se não serem os mesmos oponíveis apenas aos poderes públicos.²¹

Para que isso fosse possível, ou seja, para que se conferisse a máxima eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, foi necessário que o Direito Civil optasse por uma codificação que contivesse cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, tornando-se um sistema poroso, de modo que os direitos fundamentais conseguissem ingressar e

²⁰ FACHIN, Edson Luiz. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo código civil brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 237.

²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 225.

possibilitar a interpretação da norma conforme a Constituição. Para Ingo Wolfgang Sarlet, a eficácia jurídica pode ser definida,

como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada nos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.²²

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste no reconhecimento dos mesmos como valores a serem garantidos em todas as dimensões da vida social, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

Nessa fase, nasce um novo protagonista no desenvolvimento do Direito Civil atrelado ao comprometimento com os direitos fundamentais, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Essa constatação decorre da maior aproximação entre poderes privados e os indivíduos da sociedade, proporcionada pelo crescente processo de modernização dos meios de produção que dinamizaram as relações privadas e impregnaram-nas de relevância na manutenção do equilíbrio social.

Conforme Ulrich Beck “a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*”²³, ou seja, a iniciativa privada, principal protagonista da produção de riqueza também é a maior criadora de riscos sociais.

Esse fenômeno ocasionou uma mudança no cenário social em relação aos seus atores - a iniciativa privada passa a ser o violador mais próximo e mais frequente dos direitos fundamentais, posição anteriormente ocupada pelo Estado.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 240.

²³ BECK, Ulrich. Op. cit., p. 23.

Isso porque, até então, a necessidade do caráter protetivo da legislação era o de defender os cidadãos contra as violações promovidas pelo Estado, ou seja, o legislador deveria criar mecanismos que impedissem que o poder estatal avançasse sobre os direitos e garantias individuais dos cidadãos.

A dignidade humana como elemento ontológico da nova fase social do Direito não só influenciou como imprimiu nova alma à responsabilidade civil, tornando-se imprescindível que tratemos dela como alicerce estrutural da responsabilidade objetiva.

Desde a afirmação de Immanuel Kant de que “o homem, e em geral todo o ser racional, existe como fim em si mesmo e não só como meio para qualquer uso desta ou daquela vontade”²⁴ iniciou-se o questionamento sobre o valor humano numa acepção filosófica de dignidade. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet a dignidade humana, como qualidade intrínseca de todo o ser humano cria a vinculação, tanto do Estado quanto da comunidade, em relação ao respeito e consideração dos direitos fundamentais da pessoa contra os atos desumanos e degradantes. Da mesma forma, a dignidade humana na sua concepção positiva, garante condições mínimas para uma vida saudável, além de proteger a participação ativa na vida em sociedade.²⁵

A ideia de Immanuel Kant, no sentido de que a pessoa humana não pode servir como meio para a realização do interesse de outro homem, relaciona-se de forma direta com a responsabilidade civil objetiva pelo risco, já que a vítima do dano decorrente de uma atividade que implique riscos se torna “meio” para atender a necessidade alheia.

O postulado da dignidade humana, a partir do século XX - assolado pelos horrores cometidos contra a humanidade durante a segunda

²⁴ KANT Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução: Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Edipro, 1997, p. 78.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, v.9, jan/jun. 2007, p. 364.

guerra mundial - clamou pelo valor da pessoa elevada ao patamar constitucional, nascendo assim a dimensão pós-moderna do princípio da dignidade da pessoa humana.

Juntamente com esse movimento, percebe-se que, no âmbito das denominadas sociedades organizadas, há diversos grupos ou sujeitos dotados de grande influência na esfera social e econômica com plena aptidão para vulnerar os direitos fundamentais de outros cidadãos. Essa percepção fez com que os direitos fundamentais passassem a irradiar seus efeitos sobre as relações privadas como forma de imprimir ao Direito Civil, anteriormente embasado em ideais liberais, uma nova matriz valorativa consubstanciada no respeito ao princípio da dignidade humana.

Constata-se a preocupação com a pessoa humana sob uma perspectiva plural, ou seja, as relações privadas passam a edificar seus princípios sob a luz da solidariedade social; não bastando o exercício da liberdade de qualquer maneira e sim o seu exercício responsável que considera o outro como elemento essencial à prática dessa liberdade de escolha.

A afirmação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam em todo o conjunto da ordem jurídica, inclusive nas relações privadas, cria a necessidade de proteção dos particulares também contra atos atentatórios a esses direitos provindos de outros indivíduos ou entidades particulares. Para José Carlos Vieira de Andrade,

também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios

da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos.²⁶

A queda do individualismo coincide com a elevação dos direitos fundamentais, que consideram o outro como elemento integrante de suas decisões e rejeitam as disposições contratuais apegadas à vontade das partes, em nome da função social do contrato.

A análise do Direito privado a partir da Constituição afasta o Direito Civil do aspecto patrimonial para aproximá-lo do princípio da dignidade da pessoa humana, deslocando a sua noção exclusivamente individualista para a valoração do homem como membro da sociedade. Sob esse aspecto, o indivíduo deve atuar com uma finalidade, sem desconsiderar suas relações sociais na fruição de sua liberdade de escolha. Toda essa nova perspectiva influencia diretamente o instituto da responsabilidade civil, já que as atividades de risco normalmente desenvolvidas pelos particulares afetam os direitos individuais e causam danos a terceiros que precisam ser reparados, assuntos que exploraremos de maneira mais aprofundada nos próximos capítulos.

1.4 A responsabilidade civil objetiva como marco evolutivo

Trataremos agora da insuficiência da Teoria Subjetiva e do surgimento da Teoria do Risco como resultado das mudanças paradigmáticas do pensamento social.

²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 376.

Como vimos nos itens anteriores, o Código Civil francês, influenciado pelos ideais liberais, foi o modelo utilizado para a elaboração das legislações modernas. O mencionado diploma consagrava o elemento subjetivo culpa como fundamento do dever de indenizar.

A clássica Teoria da Culpa foi positivada no artigo 1382 do Código de Napoleão e expressava a responsabilidade civil pelo fato pessoal, determinando o dever de indenizar quando o ato ou omissão fosse cometido com culpa efetiva e comprovada. Os requisitos essenciais para o reconhecimento da responsabilidade aquiliana²⁷, consagrada pelo Direito Civil francês eram: (i) ato ou omissão violadora do direito de outrem; (ii) dano produzido por esse ato ou omissão; (iii) a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano e (iv) a culpa.²⁸

Naquela época, a interpretação do conceito de culpa envolvia um elemento objetivo, consubstanciado na lesão do direito de outrem, e um elemento subjetivo, que era o ato ou omissão praticado com negligência ou imprudência.

Com o desenvolvimento da sociedade surgiram os grandes criadores de risco, tais como os transportes em massa e as grandes indústrias. Juntamente com essa nova realidade, cresceu a desigualdade social percebida pelo crescente número de vítimas de danos decorrentes de atividades alheias.

Impulsionado pelo surgimento da sociedade de risco, regida pelo medo e pela incerteza ocasionados pela Revolução Industrial, o estudo sobre a responsabilidade civil objetiva ganhou força a partir de 1883. Esse fato histórico, apesar de importante, agravou a insegurança social, primeiramente, de forma isolada na Inglaterra e, posteriormente, atingindo países como a

²⁷ O Código Civil francês sofreu grande influência do Direito Romano, mais precisamente dos elementos estruturantes da responsabilidade civil da Lex Aquilia: "*damnum injuria datum*", ou seja, o dano produzido pela injúria ao patrimônio alheio.

²⁸ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 1960, p. 48.

França, a Alemanha, a Rússia e a Itália. Diante desse desequilíbrio social e em face da ausência de legislação protetiva dos hipossuficientes, a jurisprudência buscou na doutrina e nos princípios de equidade a superação das ideias oitocentistas, com o fim de incorporar a nova e necessária perspectiva do Direito: a valorização da pessoa humana.

Dois movimentos importantes na Europa colaboraram para esse marco evolutivo: na França, a jurisprudência começou aplicar a Teoria do Risco; na Alemanha, surgiu a Teoria da Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais, conforme já tratamos no item anterior.

Os compromissos sociais delineados pelos direitos fundamentais colocaram em dúvida as soluções alcançadas pela responsabilidade civil baseada apenas na culpa, já que esta não mais respondia adequadamente ao alargamento dos prejuízos decorrentes de atividade lícitas da nova fase da sociedade complexa.

A Teoria da Eficácia Horizontal dos direitos fundamentais foi desenvolvida com a transposição do Estado Clássico Liberal para o Estado Social de Direito, passando este a ter suas atividades ampliadas no sentido de proteger os indivíduos dos novos entes de poder que surgiram com a iniciativa privada. A partir de então, uma sociedade cada vez mais participativa passou a clamar pela proteção estatal, não só contra os atos dos poderes públicos mas também contra os atos dos entes mais fortes da sociedade, contribuindo assim para que essa teoria ganhasse força no meio jurídico.

Segundo Paula Frassinetti Mattos a responsabilidade subjetiva, que depende da vontade do sujeito infrator, não prestigia a pessoa que sofreu o dano e, por essa razão, não se encontra de acordo com a tutela da dignidade humana que o novo contexto social considera indispensável.²⁹

²⁹ MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade civil**: dever jurídico fundamental. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

Diante de todos os avanços sociais delineados, seja pela queda do individualismo, pela necessária promoção da igualdade, pela transição do Estado Clássico Liberal para o Estado do Bem-Estar Social e, principalmente, pela valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil objetiva surgiu como efetivação de todas essas mudanças no âmbito jurídico.

A Teoria do Risco veio ao encontro dessa nova perspectiva, já que deixou de considerar a culpa como elemento essencial para que surja o dever de indenizar. A consequência imediata dessa teoria foi tornar totalmente dispensável a análise da conduta do agente nas atividades de risco, tanto no que se refere à ilicitude da atividade quanto à existência da violação de um dever preexistente.

O equilíbrio da sociedade passa a ser o foco principal da responsabilidade civil, que se volta para a vítima do dano com a finalidade de reparar o infortúnio sofrido e não mais para conduta do agente. O percurso para a objetivação da responsabilidade, entretanto, aconteceu de forma gradual e ascendente.

Primeiramente, houve a diferenciação entre culpa grave e leve, levando a doutrina civilista a admitir que a culpa, ainda que levíssima, ensejava o dever de indenizar. Após isso, passou-se a tratar da culpa na sua forma negativa, ou seja, como a ausência da ação devida para que se evitasse o dano. Como exemplos de culpa negativa podemos citar a falta de precauções assecuratórias e a inobservância do dever de cuidado.

Um passo adiante, no caminho evolutivo da responsabilidade civil, chegamos ao sistema de presunções de culpa caracterizado pelas hipóteses em que se pode imputar ao responsável pelo dano, um juízo apriorístico de conduta culposa, comissiva ou omissiva. Porém, ainda assim, a discussão mantinha-se na órbita da conduta do agente, uma vez que, como presunção relativa, cabia ao autor do dano a prova da ausência de culpa, como

excludente do dever de indenizar. Ainda, antes de se chegar ao risco, algumas presunções relativas passaram a ser consideradas absolutas, ou seja, não admitiam prova em contrário.

Analisando a evolução da responsabilidade civil acima descrita, percebemos que, enquanto todos os outros fatores que visavam facilitar a indenização dos danos buscavam suprir a dificuldade de comprovação do elemento culpa, a Teoria do Risco veio propor um novo sistema cujo fundamento do dever de indenizar estaria no exercício de atividade de risco.

A doutrina que trata da responsabilidade civil reconhece o surgimento do termo risco nos estudos de Raymond Saleilles e Louis Josserand, que se ocuparam em estudar justamente a responsabilidade civil do patrão em relação aos acidentes de trabalho. Nas palavras de Louis Josserand,

quem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítima de um acidente cuja a causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalasse no seu lar? Ninguém tenho certeza. Temos sede de Justiça, isto é de equilíbrio jurídico e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e sim, pretendemos determinar a incidência definitiva.³⁰

A responsabilidade objetiva estava pautada na noção de risco da atividade, e seguindo o raciocínio de que o empregador responde perante terceiros por atos de seus empregados, com muito mais razão deveria responder por eventos que afetassem a segurança de seus prepostos.

O que se pretendia era uma mudança estrutural da responsabilidade civil, que desvinculasse a indenização do dano do elemento culpa, para criar-se um critério geral que pudesse atender às vítimas de danos decorrentes de atividades lícitas, desenvolvidas por particulares, que possuíssem risco para os direitos de outrem.

³⁰ JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 86, 1941. Trecho do discurso realizado em 13 de fevereiro de 1930 na Corte de Cassação de Paris.

A construção da responsabilidade civil objetiva ocorreu a partir de uma releitura do parágrafo 1º do artigo 1384 do Código Civil francês, que previa a responsabilidade da pessoa não só por ato próprio, mas por ato de pessoa pela qual deveria responder ou por coisas que estivessem sob sua guarda.³¹ Nessa releitura, os estudos de Louis Josserand e Raymond Saleilles, exerceram forte influência na jurisprudência francesa, posto que o mencionado artigo passou a ser interpretado como uma cláusula de responsabilidade objetiva.

Uma decisão paradigmática da Corte de Cassação francesa, proferida em 1930, interpretou o artigo 1384 do Código Civil francês como um princípio geral de responsabilidade civil pelo fato da coisa. Tratava-se do caso de uma senhora que havia sido atropelada ao atravessar a rua por um furgão que fazia entregas para determinada empresa. A Corte considerou que a empresa, como guardiã do veículo, deveria responder pelos danos causados à vítima.³²

O principal defensor dessa tese foi justamente Louis Josserand, um dos conselheiros do colegiado, que buscou argumentos acerca da responsabilidade civil fundamentada no risco na obra denominada *Les accidents du travail et la responsabilité civile* de Raymond Saleilles, datada de 1897, que versava sobre os acidentes de trabalho e a responsabilidade do empregadores.³³

Na decisão, a interpretação do parágrafo 1º do artigo 1384 do Código Civil francês ainda não mencionava a ideia de atividade, limitando a aplicação da responsabilidade objetiva aos seguintes aspectos: (i) o dano deveria ser causado por uma coisa; (ii) a coisa deveria exercer um papel ativo no evento danoso e (iii) o guardião da coisa era o responsável. Trata-se

³¹ AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil**: a culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011, p. 32.

³² Idem, p. 182.

³³ JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Revista Forense, volume 456, p.52.

mesmo da responsabilidade pelo fato das coisas que inspirou a edição da lei francesa de 9 de abril de 1898, que dispunha sobre acidentes de trabalho e a responsabilidade objetiva fundamentada no risco profissional.

A partir de então, a jurisprudência passou a construir a ideia de que “a ninguém é permitido desenvolver em sua propriedade uma atividade que traga um incômodo anormal para seus vizinhos”, expressada pela fórmula; *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal du voisinage*.³⁴

Embora se encontre notícia da responsabilidade civil objetiva no Direito romano e, por influência deste, no Código prussiano de 1794, a sua elaboração científica e sistematizada foi atribuída, e não sem razão, aos franceses. Isso porque a Teoria do Risco surgiu na França, inspirada na doutrina e nos princípios sociais de solidariedade emanados pela Revolução Francesa e evoluiu nas vozes da jurisprudência, tendo contado com o mínimo de intervenção legislativa.

A crescente invasão do risco no âmbito da responsabilidade civil criou doutrinas radicais no sentido de que a culpa não deveria mais ser considerada um fundamento para o dever de indenizar, pois não condizia com o princípio da dignidade humana. Essa concepção foi defendida por Raymond Salleilles que em sua obra já tratava, como critério equitativo da responsabilidade civil, que cada um assumisse os riscos de sua atividade voluntária e livre.³⁵ Essa posição também era adotada por Louis Josserand, que defendia a substituição do critério subjetivo pelo critério objetivo, ou seja, a culpa pelo risco.

Porém, em face do caráter extremista de tal construção doutrinária, houve um paulatino retorno no sentido de que a culpa e o risco não

³⁴ AGUIAR, Roger Silva. **A responsabilidade civil**: a culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, p.184.

³⁵ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36.

seriam sistemas antagônicos em sua natureza e, portanto, poderiam coexistir dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

Percebemos que cada vez mais a reparação do dano passa a ser um objetivo social e não mais uma relação entre autor do dano e vítima, relevando-se ao primeiro plano a ideia de Justiça concreta, ou seja, a de que não poderia haver nenhum dano sem reparação.

Para Alvino Lima, a Teoria do Risco faz parte do movimento de socialização do Direito,

A reparação não deve decorrer da culpa, da pesquisa de qualquer elemento moral verificando-se se o agente agiu bem ou mal, consciente ou inconscientemente, com ou sem diligência, acima dos interesses de ordem individual devem ser colocados os sociais e só consultando estes interesses e neles se baseando, é que se determina ou não a necessidade de reparação.³⁶

Num primeiro e mais radical momento, Raymond Salleiles defendia que a responsabilidade civil deveria surgir exclusivamente do fato, considerando a culpa como um resquício da confusão entre responsabilidade penal e responsabilidade civil; pena e reparação. Essa concepção denominada de risco integral, em sua primitiva forma, foi alvo de críticas pelos defensores da responsabilidade civil subjetiva pois, segundo eles, levava a consequências injustas. Nesse movimento de posições e contraposições doutrinárias, Josserand, inspirado nas ideias de Salleiles, desenvolveu a concepção do risco proveito,

partindo da necessidade da segurança da vítima que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam '*les faiseurs d'actes*' nas suas múltiplas atividades, são os criadores de risco, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores todos os proventos ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – *Ubi emolumentum, ibi ônus* – Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima que

³⁶ LIMA, Alvino. Op. cit., p.122.

não colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.³⁷

O risco proveito refinou o conceito de risco integral ao incluir o conceito de atividade no lugar de ação ou omissão pessoal. Além disso, absorveu o conceito de distribuição de riquezas, proporcionalmente, à distribuição de riscos, marco da sociedade pós-moderna.

Assim, como outrora a culpa foi dividida em inúmeras espécies, o estudo da responsabilidade civil objetiva procurou revelar as faces do risco de acordo com as circunstâncias em que ocorriam os infortúnios, com o fim de aplicar a noção de risco que se relacionasse com as circunstâncias do fato e atendesse aos anseios da sociedade.

Nesse caminho de validação dos tipos de risco que ensejariam a sistematização da reponsabilidade objetiva, passou-se a analisar as modalidades de risco existentes na sociedade a fim de identificar as possibilidades de sua aplicação.

O risco integral, que como vimos nasceu da obra de Raymond Salleilles como materialização da causalidade pura, é a modalidade de risco mais extremada dentre as espécies de risco, pois prevê a existência do dever de indenizar em decorrência exclusiva da ocorrência do dano.

Para a Teoria do Risco Integral, qualquer fato impõe ao agente a reparação do dano que efetivamente tenha provocado a outrem. Trata-se de uma tese na qual não se indaga como ou por qual razão aconteceu o dano. Para surgir o dever reparatório e assegurar à vítima uma indenização é suficiente que se comprove a ocorrência de um dano vinculado a um fato qualquer. Não há o acréscimo de nenhum adjetivo à essa atividade, ou seja, o simples fato da sua organização e estrutura é o critério para imputar-se o dever de indenizar àquele que a dirige, sem que precise ser reconhecida como uma

³⁷ JOSSERAND, Louis. **Les tranports**, apud LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960, p. 124.

atividade que induza a um risco diferenciado. Nas palavras de Cláudio Luiz Bueno de Godoy,

cuida-se da admissão de uma responsabilidade calcada apenas no nexo de causalidade do dano, com uma atividade normalmente desempenhada, nunca qualificada pelo perigo de que se revista, defeito que apresente ou especial risco que induza.³⁸

Para Sérgio Cavalieri Filho, a Teoria do Risco Integral não comporta excludentes e portanto é uma forma extremada da doutrina do risco.³⁹

Outra face da Teoria do Risco é aquela denominada de Risco Criado, que prevê a responsabilidade do agente que cria, em decorrência de sua atividade, risco aos direitos de terceiros, não sendo relevante, para que surja o dever de indenizar, qual é a finalidade ou o interesse com o qual a atividade é praticada. Baseia-se no princípio de que deve responder sem culpa aquele que com sua atividade cria ou expõe terceiros a risco. Em outras palavras, cada qual deve suportar os riscos de sua atividade, criando-se a causalidade entre o dano sofrido e uma atividade cujo desempenho implique em riscos a direitos alheios.

A peculiaridade da Teoria do Risco Criado encontra-se na indiferença em estabelecer se a atividade que deu causa ao dano é proveitosa ou vantajosa, para que se configure o dever de indenizar, o que a diferencia da Teoria do Risco Proveito.

O principal defensor da Teoria do Risco Criado, na doutrina brasileira, foi Caio Mário da Silva Pereira cujo argumento, para utilização desse conceito, está na melhor adaptação às condições atuais da vida social desse

³⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. Cit., p. 73.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 233.

tipo de risco, desonerando a vítima da comprovação do proveito ou vantagem decorrente da atividade que lhe causou o dano.⁴⁰

Já a Teoria do Risco Proveito, conforme já dito anteriormente, fixa sua principal particularidade na ideia de que onde há o ganho, também existe o encargo. Por essa teoria, portanto, aquele que tira proveito de uma atividade, mediante a exposição de terceiros a risco, deve arcar com os danos que dela decorrerem, independentemente de ter agido com culpa.

Essa teoria, no entanto, sofre objeções quanto à indeterminação do que seria proveito, indagando-se em que condições poder-se-ia afirmar a sua presença em determinada atividade. Acerca dessa modalidade de risco, Sérgio Cavalieri Filho afirma que, se consideramos o termo proveito com o sentido de obtenção de lucro, a responsabilidade civil nele fundamentada ficaria restrita àqueles que exercem atividades comerciais ou industriais. Além disso, a vítima passaria a ter o ônus de provar a obtenção de lucro pelo seu agressor, o que traria de volta o complexo problema que o fundamento culpa já houvera causado.⁴¹

Por essa razão, a posição do doutrinador acima segue a de Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de ter o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil positivado a Teoria do Risco Criado.

Porém, tal óbice à aplicação da Teoria do Risco Proveito é contestada por parte da doutrina que, submetendo o conceito de proveito a uma análise profunda, concluiu não ser necessário ao lesado comprovar a real vantagem do ofensor, bastando que o ganho econômico seja vislumbrado de maneira abstrata. Aos seguidores dessa vertente basta, para que surja o dever de indenizar, que a atividade tenha como objetivo alguma vantagem,

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio . **Programa de responsabilidade civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 137.

independentemente do sucesso em obtê-lo, retirando-se assim a dificuldade da vítima em comprovar o proveito econômico.

E finalmente, a Teoria do Risco Perigo, cuja a principal seguidora no Direito brasileiro é a doutrinadora Giselda Hironaka, que defende o entendimento no sentido de que, para que surja o dever de indenizar, é necessário o exercício de um atividade com potencial perigo de causar danos aos direitos de outrem, seja por sua própria natureza, seja pela natureza dos meios adotados.⁴²

A atividade perigosa, portanto, é aquela dotada de um perigo inerente e intrínseco à sua própria natureza, sendo tolerada pela sociedade em razão da sua utilidade social. Como exemplos, podemos citar os casos de atividades que envolvam energia elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear e materiais radiotivos.

Há ainda os que sustentam que todas as teses acima expostas encontram justificativas e contraposições que devem ser consideradas em seu conjunto para análise do caso concreto.

Algumas considerações já merecem ser reveladas; o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não parece tratar da causalidade pura ou risco integral, porque prevê a necessidade do desenvolvimento de uma atividade normalmente desenvolvida por entidades privadas, ou seja, não se confunde com a responsabilidade civil do Estado. Além disso, ao disciplinar sobre a necessidade da produção de riscos aos direitos de outrem - não o risco normal e inerente à qualquer atividade humana, mas um risco potencial e adjetivado – aproxima-se da Teoria do Risco Criado, que analisaremos de maneira mais aprofundada no próximo capítulo.

⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 296.

2 A CLÁUSULA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA PELA ATIVIDADE DE RISCO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, as mudanças no Direito privado ocorreram de forma mais lenta do que em relação à evolução da responsabilidade civil na Europa. Tal fato facilmente se explica pelo atraso de nosso país no processo de industrialização. Enquanto na Europa, a partir de 1890, já se discutia a Teoria do Risco, o anteprojeto do Código Civil brasileiro de 1916, elaborado ao longo do ano de 1899, era erigido sob o caráter individualista e patrimonialista com forte influência das codificações romano-germânicas e clara inspiração nos elementos estruturantes do Código de Napoleão de 1804.

O projeto de Clóvis Beviláqua, portanto, seguia as ideias liberais que tratamos no capítulo anterior, elegendo o contrato como elemento primordial de manifestação de vontade e a propriedade como pilar básico da liberdade. Não poderia ser diferente com a responsabilidade civil, posto ter sido construída, a partir do modelo individualista e sob o caráter voluntário do exercício da autonomia da vontade, que elegia a culpa como elemento primordial do dever de indenizar

Da mesma forma que ocorreu na França, a jurisprudência teve papel primordial na construção da responsabilidade civil objetiva no Direito brasileiro. O progressivo caminho para o fundamento risco foi traçado a partir das presunções de culpa, estabelecidas nas reiteradas decisões proferidas nos casos em que era impossível para vítima a comprovação da conduta culposa do autor do dano.

Entretanto, ainda faltava-nos uma regra geral sobre responsabilidade civil objetiva fincada em critério outro que não a culpa, já que havia na legislação pátria hipóteses esparsas e pré-estabelecidas desse tipo de

responsabilidade – como, por exemplo, os pais pelos atos dos filhos ou o patrão pelos atos de seus empregados, entre outras.

Nesse caminho evolutivo, surge o Código Civil de 2002, elaborado sob a influência do culturalismo de Miguel Reale, responsável pela comissão do anteprojeto do novo diploma civil. A matriz axiológica foi construída com base no normativismo concreto que pode ser definido como:

Aquele em que a norma jurídica não é concebida como simples estrutura lógico-formal, antes consistindo num modelo ético-funcional que, intrínseca e necessariamente, prevê e envolve o momento futuro de uma ação vetorial e prospectiva concreta.⁴³

A influência do pensamento de Miguel Reale é uma constante no Código Civil de 2002 e a alma pós-positivista, por ele concedida ao novo diploma legal, sofreu muitas críticas em razão da falta de taxatividade e regulamentação específica, típicas do positivismo de Hans Kelsen e agora mitigadas por opção do legislador. É preciso então olhar o Código Civil de 2002 sob a ótica dialética proposta pela Teoria Tridimensional do Direito: fato, valor e norma.

A visão do Direito como uma experiência cultural, uma realidade que resulta da natureza histórica e social do homem, se traduz no culturalismo como processo de realização de valores. Nessa perspectiva, o Direito passa a ser analisado a partir dos fatos que condicionam a ação humana acrescidos dos valores historicamente constituídos como patrimônio cultural. A partir dessa análise, revela-se o Direito como uma experiência real, resultado da produção normativa construída da concreção dos fatos e valores extraídos da sociedade.

A linha de raciocínio imprimida pelo novo código revela que a norma “não pode ser vista de modo formal como quis o positivismo formalista: tem que estar atada à experiência humana e concreta, à experiência de uma

⁴³ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.191.

determinada sociedade em determinado momento de sua história”.⁴⁴ O Código Civil de 2002 foi elaborado, portanto, como uma estrutura receptora de direitos fundamentais e posicionado de maneira a ter mobilidade diante dos novos problemas que possam surgir na sociedade.

Essa nova perspectiva ultrapassa a incomunicabilidade anterior entre a Constituição e o Código Civil de modo que, ao invés de andarem paralelos tocando-se apenas sob o aspecto formal em razão da hierarquia das leis, passam a relacionar-se de modo dialético, resultando na concreção dos direitos fundamentais pela sua irradiação no Direito Civil.

Tal inovação foi possível em razão do modelo de código adotado por Miguel Reale, que o tornou menos regulativo e mais ordenatório, de maneira a estruturar as relações privadas utilizando-se de técnicas legislativas que exigem o preenchimento da norma com os valores postos como diretrizes pela Constituição Federal. Para Judith Martins Costa,

o desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas na vida da *cíves*, com base na concreção, perpassa todo o novo Código Civil, seja através de sua linguagem, seja em razão das soluções metodológicas que adota, viabilizadoras de uma interdualidade com outros *corpi* normativos. A concepção de modelos jurídicos de Reale, conduz no plano operativo, ao estabelecimento de ligações intra-sistemáticas com os Direitos Fundamentais. É uma concepção radicalmente diversa da que orientou o Código de 1916, embasado no positivismo compreendido ao modo das Ciências Naturais.⁴⁵

As características do culturalismo imprimem uma incessante comunicação e complementaridade intertextual entre o Código Civil e a Constituição, bem como uma abertura semântica, concretizadas pela elaboração estratégica de cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76.

⁴⁵ Idem, p. 79.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 consubstancia-se numa regra geral de responsabilidade civil objetiva fundamentada no risco, que contém um conceito legal indeterminado - atividade que implique em risco para os direitos de outrem. Esse conceito será preenchido pelo intérprete no momento da aplicação da norma e deve considerar as peculiaridades do caso concreto.

Ressalte-se que no Código Civil anterior não havia qualquer disposição semelhante à prevista no parágrafo único do artigo 927. No novo diploma, a responsabilidade civil passou a ser disciplinada no livro I da parte especial que trata das obrigações, desde o *caput* do artigo 927, o qual prevê a obrigação geral de reparação do dano, até o artigo 954. A redação do parágrafo único do artigo analisado prevê que a responsabilidade civil objetiva deverá ser aplicada nos casos especificados em lei, ou nos casos em que as atividades, por sua natureza, impliquem riscos para os direitos de outrem.

O nosso ordenamento jurídico, portanto, passou a utilizar-se de duas formas de atribuição do dever de indenizar; uma fundamentada na culpa, prevista no artigo 186, a outra fundamentada no risco, prevista no parágrafo único do artigo 927, ambos do Código Civil.

O sistema da responsabilidade civil, como principal precursor da recomposição do equilíbrio da sociedade, passa a exercer um papel primordial na garantia dos direitos fundamentais, enfatizando a proteção da dignidade humana. Por essa razão, torna-se um instituto que se aproxima do ideal de justiça que se busca na sociedade - não a justiça utópica e portanto inalcançável, mas aquela factível e desejada pela sociedade.

O parágrafo único do artigo 927 do atual Código Civil é o primeiro dispositivo legal brasileiro a consagrar uma regra geral de responsabilidade civil sem culpa, *in verbis*:

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 Código Civil de 2002, em continuidade ao trabalho iniciado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor, consolidou a responsabilidade civil objetiva e recepcionou a Teoria do Risco de maneira genérica, na forma da cláusula acima transcrita.

Para promover a integração entre os valores constitucionais e as previsões do Código Civil, o legislador optou pela elaboração das normas através de cláusulas gerais e de conceitos legais indeterminados, ambos a serem preenchidos com os valores dos princípios gerais de direito e dos direitos fundamentais garantidos na Constituição, em um verdadeiro diálogo de fontes fruto de uma visão pós-moderna de eficácia da norma jurídica. É claro que, em face do grande número de dispositivos do Código Civil, não há como elaborá-lo apenas com essa técnica, mas a verdade é que sempre que possível, o legislador as utilizou como forma de concretizar a constitucionalização do Direito Civil.

Com esse alicerce é que se deve analisar o Código Civil de 2002, ou seja, uma opção legislativa diferente, uma visão pós-positivista e uma concreção da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

2.1 A opção do legislador do Código Civil de 2002 por cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados

As características culturalistas de Miguel Reale sobressaem-se justamente nessa nova técnica legislativa que promove a comunicação e complementariedade entre o Direito Civil e a Constituição Federal, e esse diálogo só é possível com uma certa abertura semântica consubstanciada nas cláusulas gerais e nos conceitos legais indeterminados.

Além da melhor eficácia desse tipo de norma, a utilização de conceitos jurídicos abertos segue uma tendência mundial presente nos ordenamentos jurídicos elaborados, principalmente, a partir da década de 40, quando se verificou a capacidade desse tipo de norma em amoldar-se às transformações sociais, sem que fosse preciso utilizar-se de intervenções legislativas frequentes em razão do rápido avanço das necessidades sociais da vida pós-moderna.

Por tratar o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de norma que visa equilibrar as relações frente aos riscos produzidos por determinadas atividades, o legislador optou por uma regra geral de responsabilidade objetiva, evitando, assim, o seu rápido envelhecimento diante do progresso econômico e tecnológico da sociedade atual.

O Código Civil de 2002, portanto, não criou um sistema uniforme de responsabilidade civil, posto que manteve as fundações do instituto na noção de culpa, mas, ao mesmo tempo, alargou o alcance da responsabilidade objetiva em espaço e profundidade. A iniciativa do legislador tornou o sistema de reparação de danos mais flexível e equânime.

A discussão não é nova: O que deve-se privilegiar numa codificação, a segurança jurídica da taxatividade ou a sua eficácia em proporcionar decisões mais justas? A polêmica sobre o melhor tipo de codificação surgiu na Alemanha no século XIX. No palco das discussões, dois juristas apontaram para diferentes soluções: Anton Friedrich Justus Thibaut defendia a total codificação, sob o fundamento que tal providência proporciona mais segurança para as relações jurídicas. Com pensamento oposto, o jurista Friedrich Carl Von Savigny, sustentava que “a codificação engessa e dificulta o regramento do direito que a dinâmica da vida em sociedade exige.”⁴⁶

Na época, as ideias de Thibaut sobrepuseram-se a de Savigny e o Direito Civil alemão foi codificado, entrando em vigor em 1900. Apesar de numerosas modificações está em vigência até hoje. Nos tempos atuais, o que se percebe é que os dois juristas tinham razão: a codificação é necessária, mas de fato causa a falta de mobilidade que a sociedade atual necessita.

A solução encontrada pelo Direito privado foi conciliatória e emergiu com a revisão da técnica legislativa de elaboração dos códigos para que a segurança jurídica não fosse comprometida, como temia Thibaut, e para que o engessamento das normas e o seu precoce perecimento não ocorressem como profetizado por Savigny.

Para Nelson Nery Junior, “hoje já não se discute mais sobre a necessidade ou não de codificar-se o Direito Civil, pois ao longo do tempo mostrou-se eficaz a sua codificação porque traz unidade e ordenação ao Direito Civil”.⁴⁷

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no código civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**. Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 420.

⁴⁷ Idem, p. 421.

A questão passa a referir-se ao modelo de código que melhor atenda às necessidades atuais, evitando-se tanto quanto possível, sistemas rígidos e fechados, impermeáveis às modificações econômicas e sociais. Os novos códigos precisam ser sistemas dotados de mobilidade que permitam o seu aperfeiçoamento por intermédio da aplicação e interpretação das cláusulas gerais. Judith Martins Costa afirma que,

uma das marcas do nosso tempo é a transversalidade que recobre a fisionomia da sociedade civil, refletindo a extraordinária variedade dos grupos e tipos sociais, a pluralidade e os diferentes papéis desempenhados pelos sujeitos no exercício das suas liberdades civis e econômicas.⁴⁸

Miguel Reale, em sua obra “Direito como experiência” afasta a ideia do fenômeno jurídico como objeto de passiva contemplação e descrição, tal como elaborado na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, ou como pura sequência de esquemas lógicos típicos do sistema dedutivo da escola racionalista, afirmando que,

sempre me impressionou o fato de que o povo criador do Direito não foi escravo da lei, como mandamento do Estado, mas antes um criador de fórmulas ordenadoras no bojo da sociedade civil mesma; na medida em que os fatos iam ditando, e a necessidade ia exigindo soluções normativas, *‘factibus dictantibus ac necessitate exigente’*. Eram os jurisconsultos que forneciam aos litigantes a fórmula *iures* que o pretor, armado de *auctoritas* (e podia ser leigo em Direito), convertia em norma *iures* através de sua decisão fundada em critérios práticos de bom-senso.⁴⁹

Essas “fórmulas ordenadoras” foram recebidas pelo novo Código Civil, sinalizando uma nova metodologia para o Direito das Obrigações, com conceitos flexíveis, passíveis de concreção judicial tais como: circunstâncias do caso, natureza da situação, equidade, desproporção manifesta entre as prestações, premente necessidade, boa-fé, utilidade da

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo código civil e o seu sentido ético e solidarista. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**. Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 353.

⁴⁹ REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38. Na citação transcrita o autor refere-se aos romanos como o “povo criador do Direito”.

prestação, fins econômicos e sociais entre outros. Tais fórmulas permitiram a visualização da pessoa concreta, em suas concretas circunstâncias - e não sujeitos abstratos de direito, previamente definidos como iguais, chegando-se assim a uma igualdade não abstrata. Para Judith Martins Costa,

a tutela jurídica não será sempre idêntica, pois na aplicação dos conceitos flexíveis das cláusulas gerais que sinalizam as 'fórmulas ordenadoras' do Direito das Obrigações é preciso ter em conta a materialidade das situações em jogo.⁵⁰

Ao final do século XX, com a surgimento da sociedade pós-industrial, a produção de bens deixa de ser a principal atividade econômica, papel que passa a ser desempenhado pela produção de serviços. O Direito das Obrigações, por sua vez, deixa de ter como principal escopo a circulação de mercadorias e passa a se preocupar com a rica

variedade de situações existenciais de poderes e deveres, ônus e faculdades que se inserem no vínculo, demarcando a potencial flexibilidade das posições jurídicas subjetivas, concretamente detectáveis na prática social e merecedoras de tutela jurídica.⁵¹

É sob essa nova perspectiva que surge o Código Civil de 2002. O legislador optou por tratar o nosso Direito Civil por meio de uma grande codificação, embora tenha deixado de fora alguns microssistemas como a Lei de Registros Públicos, Lei de Locação, Código de Defesa do Consumidor, entre outros. Procurou também superar o apego ao formalismo do Código Civil de 1916, optando por cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais e realização do Direito em sua concretude.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo código civil e o seu sentido ético e solidarista. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**. Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2ª ed. São Paulo: LTr, p. 355.

⁵¹ Idem p. 357.

A técnica legislativa adotada foi a mista, já que, em razão da magnitude do Direito Civil, não foi possível adotar apenas o critério de cláusulas gerais. Podemos afirmar ainda que os conceitos jurídicos fechados e totalitários foram abandonados pelo legislador. Assim, a partir do Código Civil de 2002, os princípios, as cláusulas gerais, os conceitos legais indeterminados e os conceitos legais determinados pela função passam a interagir para que se alcance a interpretação adequada e, com isso a aplicação do Direito eficaz para resolver o caso concreto. Para uma melhor compreensão dessa nova modalidade legislativa cabe-nos conceituar em termos de forma e função os institutos acima nomeados.

Começemos pelos princípios gerais de direito que não estão positivados no ordenamento jurídico pois carecem de concreção. Esses princípios têm como função nortear o juiz na interpretação da norma, do ato ou do negócio jurídico e auxiliá-lo no preenchimento das lacunas.

Quando incorporado ao ordenamento positivo, o princípio deixa de ser assim denominado e se torna uma cláusula geral. Várias classificações são adotadas pela doutrina jurídica, tais como princípios positivados ou normas-princípio, porém atingem a mesma conclusão: o princípio geral positivado deixa de ser regra de interpretação para se tornar uma norma jurídica ou, como Nelson Nery Junior reputa mais técnico, uma cláusula geral, que tem conteúdo normativo e é fonte criadora de direitos e obrigações.⁵²

Já os conceitos legais indeterminados possuem uma necessidade de preenchimento nas expressões que compõem a norma legal. Para Nelson Nery Junior,

conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso. Os conceitos legais indeterminados

⁵² NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no código civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). **O novo código civil**. Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 427.

relacionam-se com a questão fática da causa, competindo ao juiz aplica-los ao fato concreto. Uma vez preenchido o conceito legal indeterminado [...] a solução já está estabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora. [...] A lei enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas.⁵³

Como exemplos de conceitos legais indeterminados podemos citar: ordem pública e bons costumes no conceito de ato ilícito (CC, artigo 122); atividade de risco (CC, artigo 927, parágrafo único); caso de urgência (CC, artigo 251); perigo iminente (CC, artigo 188); divisão cômoda (CC, artigo 2019); entre outros.

Os conceitos legais determinados pela função passam a existir quando, diante de uma situação concreta, os conceitos legais indeterminados transformam-se em conceitos determinados pela função que devem exercer na solução do caso. O conceito abstrato contém uma determinação funcional cujo objetivo é a garantia de uma aplicação correta do preceito ao caso concreto. Para Nelson Nery Junior “são, na verdade, o resultado da valoração dos conceitos legais indeterminados, pela aplicação e utilização, pelo juiz, das cláusulas gerais”⁵⁴.

E, finalmente, as cláusulas gerais,

são normas orientadoras sob a forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir, em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz.⁵⁵

Distinguem-se dos conceitos legais indeterminados pelo fato de aqueles já apresentarem a solução que deve ser dada, cabendo ao juiz apenas adequar o caso concreto a eles. As cláusulas gerais, ao contrário, “se

⁵³ NERY JUNIOR. Nelson. Op. cit. p.427.

⁵⁴ Idem, p. 428.

⁵⁵ Ibidem, p.428

diagnosticadas pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta”⁵⁶.

Para Judith Martins Costa a cláusula geral “constitui uma disposição normativa que utiliza em seu enunciado uma linguagem tessitura, intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de campo semântico”.⁵⁷

As cláusulas gerais visam dotar o sistema de mobilidade, permitindo a mitigação de regras mais rígidas, proporcionando assim um completo diálogo sistemático e uma nova forma de realizar a efetiva concretização do que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados. Servem, ainda, para abrandar as desvantagens do estilo excessivamente abstrato e genérico da lei, daí porque devem passar, necessariamente, pelos conceitos determinados pela função que se estruturam mediante a análise do caso concreto.

Por serem mais concretas e efetivas que os princípios gerais e os conceitos gerais indeterminados, têm natureza de norma jurídica, pois fonte criadora de direitos e obrigações. São normas de ordem pública e devem ser aplicadas *ex officio* pelo juiz, afastando-se o problema das decisões *extra, ultra* ou *infra petita*. Conforme Nelson Nery Junior, “cabe ao juiz, no caso concreto, preencher o conteúdo da cláusula geral, dando-lhe a consequência que a situação concreta reclamar”⁵⁸. O juiz confere concretude às enunciações abstratas das cláusulas gerais.

A maior vantagem da utilização das cláusulas gerais pelo legislador é que elas fazem com que o sistema possa abranger as novas

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., 429.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303.

⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 430.

situações futuras, evitando-se assim o engessamento da legislação. Mas, como qualquer outro instituto em evolução há críticas a essa nova concepção legislativa adotada pelo Código Civil de 2002, posto que, para parte da doutrina jurídica, confere grau de incerteza ao sistema, abrindo “uma enorme gama de interpretações que podem ser utilizadas como pretexto para o recrudescimento de ideias, como instrumento de dominação por regimes totalitários ou pela economia capitalista extremada”⁵⁹.

Como exemplos de cláusulas gerais adotadas pelo Código Civil podemos destacar: a função social do contrato como limite à autonomia privada (art. 421); a observação da boa-fé objetiva na formação do contrato (art. 422); o atendimento aos fins sociais e econômicos no negócio jurídico (art. 187).

Tanto nos conceitos legais indeterminados como nas cláusulas gerais há um determinado grau de generalidade. A diferença entre ambos reside na limitação do poder de integração do juiz. Nos conceitos legais indeterminados, a lei prevê a consequência jurídica, cabendo ao juiz apenas integrar o conceito geral ao caso concreto. Uma vez preenchido o conteúdo conceitual, o juiz deve seguir a determinação imposta na lei, dando ao caso a solução pré-estabelecida pelo legislador. Já as cláusulas gerais não contêm a consequência, devendo o juiz criar a solução mais adequada à causa, que pode ser uma em um caso e outra em um caso diferente, dadas suas peculiaridades. Ao aplicar a cláusula geral, o juiz exerce uma função integrativa, razão pela qual sua sentença tem natureza determinativa.

Concluindo, os princípios gerais são regras não-positivadas que orientam o juiz na interpretação da relação jurídica e da lei. Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações legais abstratas que exigem que o juiz preencha seu conteúdo valorativo. Uma vez preenchido este conteúdo, o juiz decidirá conforme a consequência prevista em lei (caso em que se estará diante de um conceito legal indeterminado) ou terá liberdade

⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 431.

para construir a solução que reputar mais adequada ao caso (hipótese das cláusulas gerais).

A diferença entre os três institutos está em sua funcionalidade no sistema jurídico e podem ser avaliados pelas seguintes fórmulas:

- Os princípios gerais possuem conteúdo abstrato e função interpretativa
- Os conceitos legais indeterminados possuem conteúdo abstrato e a solução já prevista em lei.
- As cláusulas gerais possuem conteúdo abstrato e a solução deve ser preenchida pelo juiz.

Nesse sentido, o artigo 927 parágrafo único do Código Civil, estruturou-se como uma regra geral do dever de indenizar na qual está contido um conceito legal indeterminado. Uma vez preenchido tal conceito, obrigatoriamente, aplica-se a solução prevista em lei, qual seja a responsabilidade civil objetiva. Em termos práticos, atividade de risco é um conceito legal indeterminado que, quando definido no caso concreto, acarreta a consequência já prescrita pelo legislador, qual seja, aquele que desenvolve esse tipo de atividade responderá, independentemente de culpa, pelo danos causados a outrem.

Ressalte-se que a doutrina civilista refere-se ao parágrafo único do artigo 927 do Código Civil como uma cláusula geral do dever de indenizar. Entretanto, essa concepção não se refere à técnica legislativa de cláusulas gerais, mas à hipótese geral de responsabilidade civil objetiva, que deixou de ser apenas taxativa, como o era no código anterior, para tornar-se uma regra aplicável a todo e qualquer fato concreto que se encaixe na disposição do mencionado artigo.

2.2 A cláusula de responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e a inspiração estrangeira

Embora alvo de ferrenhas críticas, por entenderem alguns que se tratava de uma cláusula dotada de insegurança jurídica, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil visou atender à nova concepção da sociedade pós-moderna que exige uma adequação do Direito à multiplicidade de relações e à velocidade com que estas se concretizam.⁶⁰

Dessa forma, e como regra geral que é, nasceu propositalmente vaga em relação a quais seriam as atividades incluídas na hipótese do mencionado artigo. Isso ocorreu em razão da opção técnica do legislador de 2002 em não formular um rol taxativo do que seriam as atividades que implicam em riscos para os direitos de outrem.

Nesse aspecto, o conceito legal de atividade de risco deve ser preenchido com os dados do caso concreto, concedendo o legislador ao juiz a flexibilidade para adaptar a previsão legal (norma) ao fato concreto (fato) e preencher o seu conteúdo com a definição que melhor atenda o objetivo da norma à época de sua aplicação (valor).⁶¹

Podemos perceber a Teoria Tridimensional de Miguel Reale inserida no dispositivo analisado e com isso comprovar que o legislador quis, intencionalmente, dar flexibilidade ao sistema para que este pudesse ser adaptado às diversas situações fáticas sem a necessidade de intervenções legislativas constantes.

⁶⁰ Podemos citar, como exemplo desse pensamento, a doutrinadora Teresa Ancona. LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 160.

⁶¹ Em alusão à Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.

No modelo aberto, a cláusula de responsabilidade civil objetiva poderá encontrar o molde adequado à sua efetiva tutela sem que seja preciso recorrer ao Poder Legislativo a cada avanço social ou tecnológico que crie novas atividades arriscadas ou que anule os riscos das atividades já existentes. Entretanto as críticas ao dispositivo continuam vorazes mesmo após mais de uma década de sua vigência.

Tereza Ancona Lopez vai mais além e propõe uma revisão necessária do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, por entender que essa cláusula representa um perigo para a segurança jurídica.⁶² Também José de Aguiar Dias, em sua clássica obra sobre responsabilidade civil, critica o artigo analisado por se tratar de “uma cópia equivocada de dispositivos da legislação italiana e portuguesa”.⁶³

Para que possamos explicar as críticas acima expostas e por terem influenciado a codificação brasileira de 2002, cabe aqui analisar as opções dos legisladores italianos e portugueses na forma de disciplinar a responsabilidade civil.

O Código Civil italiano, datado de 16 de março de 1942, adotou como regra geral a responsabilidade subjetiva, cedendo alguns espaços para a tese objetiva em hipóteses específicas. Em seu artigo 2.050 prevê uma cláusula de indenização pelo exercício de atividade perigosa. Porém, diferentemente do dispositivo brasileiro, abre a possibilidade do autor do dano eximir-se do dever de indenizar, caso comprove que tenha adotado todas as medidas necessárias para evitar a produção do dano. Assim está previsto no código italiano:

⁶² LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010, p. 185.

⁶³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, 11^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 635.

Artigo 2.050. Aquele que ocasionar prejuízo a outrem no exercício de uma atividade perigosa pela sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, ficará obrigado à indenização se não provar ter adotado todas as medidas idôneas para evitar o prejuízo.⁶⁴

Nota-se que não há a adoção da Teoria do Risco, mas a inversão do ônus da prova para favorecer a vítima, já que o autor do dano deve provar que adotou todos os meios idôneos para evitar o sinistro. Ou seja, permanece o elemento subjetivo da conduta do agente que não agiu com a diligência necessária no exercício de uma atividade perigosa.

Mas, se o parágrafo único do artigo 927 foi alvo de críticas aqui no Brasil, também o artigo 2.050 do Código Civil italiano não ficou ileso dos questionamentos doutrinários que apontavam suas falhas.

Massimo Bianca analisou os diferentes caminhos adotados pela jurisprudência e pela doutrina italianas em relação à interpretação do artigo 2.050. Enquanto a primeira manteve-se na tecnicidade da culpa presumida, a segunda posicionou-se pela interpretação mais ampla do dispositivo, adotando a Teoria do Risco. A doutrina italiana tratou a segunda parte do artigo não como descumprimento do dever de adoção de medidas preventivas, mas como ocorrência de fortuitos.⁶⁵

Da mesma forma, Guido Alpa, ao tratar do risco como fundamento da responsabilidade civil, afirma que a valoração da diligência ou da negligência do agente na adoção dos meios idôneos a evitar o dano deve ser analisada com critérios mais rigorosos do que aqueles aplicados normalmente, levando-se em conta a previsibilidade e a possibilidade de evita-

⁶⁴ Na redação original do artigo 2.050 do Código Civil italiano: *“Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa, per sua natura o per la natura de mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”*.

⁶⁵ BIANCA. Massimo, *Diritto civile: la responsabilità*. V.5. Milano: Giuffrè, 1994, p. 709.

lo, deixando claro tratar-se de uma presunção relativa e não da aplicação da responsabilidade objetiva pela Teoria do Risco.⁶⁶

Até mesmo aqui no Brasil, Giselda Hironaka advertiu para a contradição existente no preceito italiano, que ao mesmo tempo prevê uma noção de atividade perigosa criada por atividade alheia, mas manteve-se fiel ao elemento subjetivo de conduta a ser verificado como condição para o dever de indenizar.⁶⁷

Dessa forma, embora o legislador do Código Civil de 2002 possa ter se inspirado no Código Civil italiano em relação às disposições sobre responsabilidade civil, a Teoria do Risco foi efetivamente incluída na legislação brasileira enquanto na legislação italiana foi mantido o fundamento culpa.

Na Itália, portanto, a doutrina criticou seu Código Civil pela falta de inclusão da cláusula de risco e interpretou o artigo 2.050 como sendo uma hipótese de responsabilidade civil objetiva, cuja a excludente, entendida como caso fortuito, já estaria especificada no próprio artigo.

Com relação ao Código Civil português, de 25 de novembro de 1966, a responsabilidade civil pelo risco foi acrescida em capítulo próprio que compreende os artigos 499º a 510º. Nas disposições portuguesas, não foi adotada uma regra geral, mas sim normas específicas que utilizam o critério risco como fator de imputação do dever de indenizar. Como exemplos, podemos citar a responsabilidade objetiva do dono de animal, do comitente, de quem dirige instalações de energia elétrica ou de gás, entre outras hipóteses previstas. Mas está no artigo 493º, item 2º, a previsão semelhante a do Código Civil italiano e que nos interessa para este estudo. Assim está previsto:

⁶⁶ ALPA. Guido. **Trattato di diritto civile: la responsabilità civile**. V. 4. Milano: Giuffrè, 1999, p. 294 “Tra le tecniche più frequentemente impiegate da dottrina e giurisprudenza italiane, che offrono un ‘campione di analisi facilmente individuabile anche nelle altre esperienze, vi sono, oltre a quelle più correnti che assumono a strumento essenziale la ‘presunzione’ di colpa, le tecniche di valutazione della ‘diligenza’ (o meglio, della ‘negligenza’) dell’agente secondo criteri più rigorosi di quelli normalmente applicati. più rigorosi di quelli normalmente applicati.”

⁶⁷ Op. cit., p. 285.

Artigo 493^o

.....

2^o quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

Interessante ressaltar que o referido artigo não se encontra junto às previsões de responsabilidade civil pelo risco, mas sim na seção dedicada às disposições sobre os fatos ilícitos, cujo artigo 483^o, que a inicia, assim dispõe: “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger direitos alheios fica obrigado a indenizar o lesado dos danos resultantes da violação”. Ainda no mesmo artigo, o legislador ressalva que só existirá a obrigação de indenizar, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei.

Podemos concluir que, a exemplo do Código italiano, trata-se de uma presunção relativa de culpa, já que o artigo 493^o, item 2^o, exime a responsabilidade do agente que comprove ter tomado todas as cautelas necessárias para evitar o dano.

Dessa forma, percebe-se que a opção do legislador português foi a de delimitar as hipóteses de indenização pelo risco como situações de exceção previamente determinadas, mantendo o critério de culpa como regra geral para os demais casos, com a isenção da responsabilidade de indenizar baseada na conduta diligente do causador do dano.

Em que pese a opinião de parte da doutrina civil, parece-nos que o Código Civil brasileiro não copiou os códigos europeus analisados neste capítulo, mas ao contrário, a opção brasileira foi clara em criar um critério geral que não dependa da conduta do agente, mas tão somente do risco criado pela atividade.

No processo de elaboração do Código Civil de 2002, a regra do parágrafo único do artigo 927, inicialmente redigida por Agostinho Alvim, relator da matéria, continha a excludente no próprio corpo artigo e tratava claramente de uma hipótese de culpa presumida. Assim estava elaborada:

Aquele que , por ato ilícito, causar dano a outrem é obrigado a repará-lo. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados por lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outro, salvo se comprovado o emprego de medidas tecnicamente adequadas.

Mas a parte final do dispositivo foi suprimida pela Câmara dos Deputados, passando o Direito brasileiro a adotar a doutrina do risco e não a culpa presumida pela falta do cumprimento do dever de precaução - a exemplo das legislações portuguesa e italiana.

A maior crítica à opção brasileira refere-se a utilização de uma regra geral ao invés de leis específicas sobre cada tipo de risco ou microssistemas como o do consumidor, o que dá ao juiz uma “carta branca” para interpretar o conceito legal indeterminado contido no artigo, qual seja, atividade que implique risco.⁶⁸

A consequência de tal opção, para alguns autores, é a suposta insegurança jurídica pela ausência de delimitação em relação ao conceito de risco, além da impossibilidade de se utilizar do princípio da precaução como excludente do dever de indenizar.

Por outro lado, os defensores do sistema adotado pelo Código Civil brasileiro têm fortes argumentos para refutar as críticas acima mencionadas. Entre eles, citamos Roger Silva Aguiar que, oportunamente, ressalta o fato de convivermos com a regra geral de responsabilidade subjetiva

⁶⁸ Nesse sentido, propõe Teresa Ancona Lopez a reforma do parágrafo único do artigo 927 para incluir novamente a parte final redigida originalmente por Agostinho Alvim in **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 160-170.

durante décadas. Além disso, o conceito culpa também é indeterminado e até então foi preenchido com os dados do caso concreto, sem que essa situação tenha abalado a segurança jurídica do nosso sistema.

E nesse ponto, embora presente a influência portuguesa e italiana na elaboração do novo Código, é preciso reconhecer que a opção teleológica do legislador brasileiro está mais ligada ao Direito francês. Primeiramente, porque a Teoria do Risco foi sistematizada pelos franceses, além disso, a herança mais significativa, foi a mudança de paradigma em relação a função atribuída ao Poder Judiciário. Enquanto no Código Civil de 1916 os juízes tinham pouca mobilidade na aplicação das leis, com o Código Civil de 2002 passaram a ter papel muito mais ativo na interpretação das normas.

Especificamente em relação à responsabilidade civil, Roger Aguiar Silva afirma que o Judiciário passou a ser visto como “único órgão capacitado para estabelecer a relação entre o evento danoso e a necessidade de segurança da sociedade, a qual pode ou não existir, conforme o caso concreto”.⁶⁹

Essa função do Judiciário só poderia ser exercida com instrumentos legais abertos que permitissem a análise e o preenchimento de conceitos, considerando a análise dos fatos concretos.

Por essa razão na França houve a superação da expressão francesa que definia a função do juiz à época do positivismo individualista elaborada por Montesquieu - “*la bouche de la loi*”. Seu significado marcava a pouca mobilidade dos sistemas jurídicos oitocentistas pois o juiz era “a boca que pronuncia as palavras da lei”.⁷⁰

⁶⁹ AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil**. A culpa, o risco e o medo. Op. cit., p. 196.

⁷⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Op. cit., p. 23

Essa consequência decorria dos instrumentos extremamente taxativos que não deixavam margens interpretativas diante das situações concretas e tornavam os juízes apenas aplicadores do direito, previamente elaborado pelos legisladores, ao caso concreto.

As soluções possíveis já estavam elencadas na norma, sendo permitido aos juízes apenas a confrontação dos fatos com o catálogo preexistente com o fim de encontrar de forma silogística a solução para o caso concreto.

A necessária superação do reducionismo da função do Judiciário passa pela superação da técnica legislativa de preceitos e consequências catalogados no ordenamento para abrir espaço aos princípios, às cláusulas gerais e aos conceitos legais indeterminados.

Outro argumento a favor da regra geral de responsabilidade civil objetiva é o fato da sociedade ainda desconhecer as circunstâncias futuras que possam causar risco aos direitos de outrem. Ou seja, não há como o legislador fazer previsões nesse sentido e, mesmo se o fizesse, certamente não conseguiria estabelecer *a priori* que atividades seriam consideradas de risco, nem em que momento ou localidade elas se desenvolveriam.

Aliás, nesse ponto, cabe ressaltar que a previsão antecipada pode se mostrar ineficaz nos casos em que, diante do desenvolvimento tecnológico, consiga-se transformar em plenamente segura uma atividade anteriormente considerada pelo legislador como de risco. Como frisa Roger Aguiar Silva,

Exatamente por não saber qual atividade poderá ser considerada como um motivo de apreensão pela sociedade, ou mesmo assim deixar de ser compreendida, seja pelo avanço dos meios de prevenção, seja pela simples desconceituação neste sentido, é que a cláusula geral resta imprescindível. Em outras palavras: a

norma deve ser aberta para lidar com uma insegurança que hoje ainda não se consegue perceber.⁷¹

Nesse aspecto, nos parece que as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados não geram insegurança jurídica mas sim, ao contrário, evitam que situações novas careçam de intervenções legislativas constantes para que sejam disciplinadas. Ademais, a norma ganha a mobilidade e abrangência necessárias para atender as necessidades da sociedade atual multifacetada.

Para Judith Martins-Costa o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil está de acordo com a opção culturalista de Miguel Reale:

Em outras palavras, é a noção metajurídica de 'atividade normalmente desenvolvida que implique risco', a ser necessariamente concretizada pelo intérprete, que definirá qual o regime aplicável à responsabilidade, o que permite a construção progressiva de várias espécies de responsabilidade por danos (danos patrimoniais e danos à personalidade), conformando uma visão prospectiva da experiência jurídica de norma como experiência normada.⁷²

O preenchimento das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados incumbe portanto à doutrina e à jurisprudência que, juntas, podem construir ou desconstruir os conceitos. No caso específico da responsabilidade civil pelo exercício de atividade de risco, as inovações tecnológicas podem ora criar novos riscos ora anulá-los ou mesmo extingui-los, mediante novas medidas que tornem uma atividade que outrora fora de risco, totalmente segura.

Destaca-se ainda a questão da segurança jurídica, que se for entendida como a estabilidade da norma, ou seja, o seu não perecimento a cada nova descoberta ou inovação tecnológica, tornaria possível afirmar que as

⁷¹ AGUIAR. Roger Silva. **Responsabilidade civil**: a culpa, o risco e o medo, p. 197.

⁷² MARTINS-COSTA. Judith. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista do código civil** in Constituição, direitos fundamentais e direito privado, p.83.

cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados, ao contrário de ameaçá-la, estariam sim a proporcioná-la.

Por outro lado, se o foco da segurança jurídica for direcionado para a certeza do rumo da decisão judicial, ou seja, a parte já sabe, antecipadamente, qual o resultado da demanda, então as cláusulas gerais e os conceitos legais indeterminados não poderiam proporcioná-la a contento, já que dependeriam da construção das soluções e dos conceitos conforme o caso concreto.

De qualquer forma, retroceder o avanço alcançado pela opção legislativa de 2002 não nos parece aceitável. O necessário é mudar a leitura do Código Civil, abandonando o sistema dispositivo e sistemático de outrora para enxergar que os valores constitucionais e os princípios gerais de direito devem agora integrar o preenchimento das cláusulas gerais e dos conceitos legais indeterminados de modo a não ofender o valor social do trabalho e da livre iniciativa, promovendo-se o equilíbrio das relações sociais com o necessário sopesamento entre as duas garantias constitucionais citadas, o que só pode ser feito no caso concreto.

2.3 Análise do conceito de atividade que implique riscos para os direitos de outrem

Primeiramente, cabe ressaltar que a interpretação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil deve partir de uma hermenêutica pós-positivista por tudo o que tratamos até aqui. Porém, importante se faz também a análise semântica, tendo em vista que a proposta pós-positivista não impede

que aproveitemos o que o positivismo oferece de qualidade. Ou seja, o intuito é de soma e não de superação. Podemos mesmo afirmar que se trata de um novo positivismo, que traz um conteúdo axiológico na análise do caso concreto.

Feita a ressalva preliminar, pretendemos estabelecer não só a estrutura semântica do artigo mas também sua interpretação teleológica. Para tanto, se faz necessária a análise do dispositivo à luz das mudanças estruturais e axiológicas determinadas pelo legislador de 2002, com o fim de auferir o verdadeiro sentido da norma.

O Código Civil de 2002 especificou a atividade contida na previsão legal de responsabilidade objetiva com a seguinte expressão: “atividade normalmente desenvolvida que, por sua natureza, implique riscos”. Podemos perceber que houve a intenção de particularizar a atividade, ou seja, não é qualquer atividade que resultará na incidência do dispositivo, mas somente aquela que normalmente desenvolvida induza a riscos.

Conforme analisado no item anterior, os Códigos italiano e português trouxeram disciplinada a responsabilidade civil pelo exercício de atividade perigosa com a excludente do dever de indenizar mediante verificação da conduta diligente do agente. Em ambas legislações não se mencionou a palavra risco mas, exclusivamente, o exercício de atividade perigosa.

Ao contrário das legislações supracitadas, o legislador brasileiro não utilizou-se da palavra perigo optando pela palavra risco - sendo relevante e essencial para este estudo verificar se tal diferença impõe distinta interpretação e ainda se a palavra risco oferece uma potencial de maior abrangência da disposição contida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

A doutrina brasileira que ocupou-se em interpretar o conteúdo protetivo do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil dividiu-se em três

grupos: aqueles que entenderam positivada a Teoria do Risco Criado, outros a Teoria do Risco Proveito e, ainda, aqueles que entendem recepcionadas ambas as teorias, desde que verificadas numa atividade essencialmente perigosa.

A divergência doutrinária está essencialmente ligada à amplitude do dispositivo legal, pois importa estabelecer em que medida a escolha da palavra risco, em vez de perigo, amplia ou não as hipóteses de incidência do mencionado artigo e, ainda, se o termo atividade envolve ou não o proveito econômico.

Dentro do ambiente atual, denominado de “sociedade de risco”,⁷³ a dificuldade é estabelecer se o risco de que trata o dispositivo é aquele inerente à atividade desenvolvida - e, sendo assim, a responsabilidade objetiva estaria presente quando o dano decorresse do risco criado por essa atividade - ou se o significado de risco está ligado ao conceito de perigo e, portanto, ligado ao exercício de uma atividade intrinsecamente perigosa.

Para melhor compreender sentido do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil passaremos a analisá-lo de forma compartimentada. O primeiro ponto, refere-se à expressão inicial do dispositivo: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”. Percebe-se a clara intenção do legislador em prever duas hipóteses de incidência da responsabilidade objetiva: os casos já previstos em lei e, portanto, fora do alcance da interpretação do juiz e os casos em que estão presentes as atividades de risco que precisam ser definidas no caso concreto pelo julgador.

O segundo ponto trata-se da expressão: “atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano” que autoriza a aplicação da responsabilidade objetiva prevista pelo parágrafo único do artigo 927 do Código

⁷³ BECK, Ulrick. Op. cit., p.36

Civil, apenas quando o risco aos direitos de outrem for provocado por uma atividade e não por um ato isolado. Percebemos que a escolha do legislador, optando pela palavra “atividade”, excluiu do dispositivo as ações ou omissões realizadas como atos isolados. Vale aqui a transcrição do conceito de atividade no parecer de Fernando Noronha:

uma atividade é sempre caracterizada por uma série (ou conjunto) de atos praticados com vista à realização de determinado objetivo. Atividade jurídica é aquela que visa realizar um objetivo juridicamente relevante e, por isso, objeto de tratamento unitário. Na atividade o todo é qualitativamente diverso dos atos que a integram e, devido a isso, estes podem produzir consequências jurídicas que não aconteceriam, se não fosse estarem integradas no conjunto.⁷⁴

Dessa forma, a atividade a que se refere o artigo, pressupõe a prática de atos coordenados, realizados com habitualidade e estruturados de forma a produzir um objetivo. Com a palavra “desenvolvida” acrescida ao termo atividade, pode-se concluir por um processo que se desdobra em etapas e que se prolonga o tempo.

Para melhor entender tal diferença citamos o exemplo do transporte, no qual a mera carona concedida por amizade ou cortesia não caracteriza uma atividade e, portanto, estaria sob a égide da responsabilidade civil subjetiva - já que não configurada a coordenação e a organização inerentes ao conceito de atividade jurídica. Por outro lado, os meios de transporte organizados como atividade, tais como ônibus, trens ou mesmo as vans escolares, estão vinculadas a uma atividade no sentido de continuidade, organização e coordenação para alcançar um objetivo e, portanto, podem ser consideradas como atividades normalmente desenvolvidas.

Vale ressaltar que atos, ainda que repetidos, não podem caracterizar uma atividade posto que lhes faltam duas características essenciais que são a organização e a coordenação, ambas ligadas ao objetivo comum conforme já salientado no parágrafo anterior.

⁷⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 399.

Para Sérgio Cavalieri Filho, a palavra atividade indica o núcleo da norma e sua compreensão deve considerar a “conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos”.⁷⁵ A questão que surge com essa afirmação refere-se ao vínculo que se forma entre a responsabilidade objetiva pelo risco e a atividade empresarial com fins lucrativos que, para parte da doutrina civil, justifica a interpretação pela Teoria do Risco Proveito como opção legislativa.

Se a palavra atividade refere-se apenas às atividades com fundo econômico e, portanto, que visam lucro, a opção pelo risco proveito traria mais um ônus à vítima do dano, que teria que comprovar os fins econômicos da atividade. Tal argumento é combatido pelos defensores do risco proveito sob o fundamento de que não é necessária a prova, mas apenas a hipótese de uma atividade economicamente viável. Tal situação excluiria das atividades de risco as sociedades beneficentes ou sem fins lucrativos.

A discussão não é unânime, posto que considerável parte da doutrina entende por positivada a Teoria do Risco Criado, o que não exige o escopo lucrativo da atividade.

Outro relevante aspecto a ser analisado refere-se ao advérbio *normalmente* que caracteriza a atividade desenvolvida pelo autor do dano. Para Roger Silva Aguiar,

o cotejo da palavra *normalmente* com o restante do artigo indica que esta somente poderia assumir dois sentidos: expressar uma prática da atividade perigosa sem sobressaltos, em geral derivada da habitualidade com que é exercida, ou assinalar o exercício da atividade segundo aquilo que é esperado.⁷⁶

⁷⁵ Op. cit., p. 164.

⁷⁶ AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva**: do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007, p. 57.

Assim, a palavra *normalmente* pode ser entendida como *de forma habitual*, sem sobressaltos, dentro daquilo que é esperado da atividade desenvolvida.

Há ainda, uma segunda proposta interpretativa que entende a palavra *normalmente* como opção do legislador em excluir a necessidade de comprovar-se o ato anormal. Essa segunda concepção apresenta uma presunção de inexistência de um defeito no desenvolvimento da atividade. Como já dissemos anteriormente, o sistema de presunções não se relaciona com a responsabilidade civil objetiva já que nada mais é do que a face da culpa novamente rondando o dispositivo.

Dessa forma, se a interpretação que segue a linha do defeito da atividade afasta a incidência da Teoria do Risco, impõe-se concluir que a expressão “atividade normalmente desenvolvida” refere-se ao seu desenvolvimento de forma usual e não extraordinária, o que torna possível a aferição dos riscos.

Em relação a esse tópico, resta a análise da expressão “por sua natureza”. Para Roger Aguiar Silva trata-se do “risco inerente, conceito construído pelo direito consumerista que se refere a riscos que se encontram na estrutura de desempenho de certos comportamentos”.⁷⁷

Já para Sérgio Cavalieri Filho, deve-se distinguir o risco inerente do risco adquirido:

fala-se em *risco adquirido* quando bens e serviços não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados, mas tornam-se perigosos por apresentarem algum defeito. Imprevisibilidade e anormalidade são as características do risco adquirido.⁷⁸

⁷⁷ AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil objetiva**, p. 59.

⁷⁸ Op. cit., p. 165.

Ambos os conceitos foram desenvolvidos no Direito Consumerista e revelam que enquanto alguns riscos estão intrinsecamente ligados a determinadas atividades, outros são agregados por algum defeito superveniente imprevisível e anormal.

A esta altura já podemos afirmar que o risco adquirido, por suas características, não pode ser utilizado como opção interpretativa para o risco a que se refere o parágrafo único do 927 do Código Civil. Isso porque, já se definiu tratar-se de atividade normalmente desenvolvida, ou seja, sem qualquer ingrediente excepcional que lhe possa ter acrescido defeito.

Após elaborada a interpretação hermenêutica do dispositivo, como foi proposto no início deste capítulo, resta agora avaliar qual a interpretação do conceito de risco que melhor atende aos valores escolhidos pelo legislador de 2002. Com isso, poderemos concluir se o mesmo refere-se ao perigo, a exemplo da escolha dos legisladores italiano e português, ou se o termo risco confere uma aplicação mais ampla do dispositivo.

Para compreensão da amplitude do termo, pode-se seguir dois caminhos. O primeiro - que permite menor margem de interpretação e é adotado pela legislação estrangeira, como já dito alhures - é valer-se do termo perigo. O segundo caminho é interpretar o termo sob os critérios da possibilidade e da probabilidade de produzir danos, o que amplia a abrangência do dispositivo.

Na opinião de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, o Código Civil de 2002 não se referiu às atividades de risco, mas ao risco criado pelas atividades. Tal constatação parece inofensiva, mas de fato não o é, como veremos a seguir.⁷⁹

⁷⁹ Op. cit., p. 92

A noção de risco induzido pela atividade amplia a abrangência do dispositivo, porquanto, ainda que a atividade não seja essencialmente perigosa, ainda assim resta o risco diferenciado e particular que ela possa produzir. Ressaltamos que não se trata de todo e qualquer risco das atividades humanas, mas sim um risco particularizado que pode decorrer apenas de uma parte da atividade e não dela como um todo.

Teresa Ancona Lopez diferencia os termos risco e perigo: “a noção de risco tem em seu conteúdo as ideias de probabilidade e incerteza”.⁸⁰ Já a noção de perigo, representa “tudo aquilo que ameaça ou compromete a segurança de uma pessoa ou coisa. É conhecido e real. Perigo é concreto”⁸¹. Seguindo ainda o pensamento da autora citada, o risco é eventual e possui certo grau de previsibilidade potencial ou concreta, podendo ser comprovado ou hipotético.

A palavra risco, quando aplicada à responsabilidade civil, representa a possibilidade de causar danos e portanto refere-se a acontecimento futuro e incerto que possa atingir direitos alheios. Já o perigo é concreto, atual e verificável de imediato, ou seja, a atividade intrinsecamente perigosa é aquela que não só tem a possibilidade mas a probabilidade concreta de causar danos. A diferença é sutil a ponto de alguns doutrinadores as entenderem como sinônimas pois abrangem situações com elevada probabilidade de produzir danos.

Para interpretar a cláusula de reponsabilidade civil objetiva é preciso um aprofundamento conceitual, já que o resultado dessa análise implica no maior ou menor alcance do dispositivo. Impõe-se mais justo e correto que, antes de optar por quaisquer das linhas interpretativas propostas pela doutrina, façamos uma análise da norma em exame através das mudanças axiológicas empreendidas pelo legislador de 2002.

⁸⁰ Op. cit., p. 23.

⁸¹ Idem, p. 24

Conforme tratamos nos capítulos anteriores, a exemplo de outros institutos de Direito privado, a responsabilidade civil também caminhou em ascendência evolutiva através das máximas da Revolução Francesa. E neste ponto, cabe ressaltar que a sua última premissa – a fraternidade – analisada sob a perspectiva atual do nosso ordenamento jurídico consubstancia-se na obrigação da sociedade em garantir a dignidade da pessoa humana. Tal objetivo social, segundo Miguel Reale, concretiza-se através dos valores coletivos sobressaindo-se aos valores individuais, desde que preservada a dignidade como valor fundante da pessoa humana.⁸²

Por essa nova perspectiva, verifica-se que o legislador não pretendia apenas formular alterações modernizadoras, mas implementar uma ético-humanização do Direito. Tal afirmação condiz com a superação da aplicação absoluta de alguns institutos proporcionada pelo Código Civil de 2002, como por exemplo o princípio do *pacta sunt servanda*, máxima do Código Civil de 1916, que foi mitigada em prol do princípio da boa-fé objetiva e do fim social do contrato.

Após a análise das mudanças estruturais do Código Civil, constata-se a noção de risco utilizada pelo legislador pátrio não pode ser restringida ao conceito de perigo, a exemplo do positivado pelas legislações italiana e portuguesa. Tal caminho faria o intérprete restringir aquilo que não foi restringido pelo legislador.

Para exemplificar, pode-se citar a atividade bancária, que não é uma atividade intrinsecamente perigosa como as atividades que envolvem o manuseio de fios de energia elétrica, porém possui um risco diferenciado em relação aos assaltos que possam ocorrer em suas dependências, fato que expõe seus clientes e funcionários a um ônus maior que do que o suportado pela coletividade. Nesse caso, não estaríamos tratando de um perigo imediato da atividade, mas de um risco diferenciado que ela produz.

⁸² REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. Revista do Tribunais n. 752, 1998, p. 22 – 30.

O parâmetro acima exemplificado, para definir as atividades de risco, foi adotado pelo enunciado número 38, elaborado na Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, pelo qual a atividade deve ser considerada de risco quando causar a determinada pessoa um “ônus maior que aos demais membros da coletividade”.⁸³ Tal hipótese pode ser enquadrada como um risco particular e diferenciado induzido pela atividade exercida.

Para maior parte da doutrina, a interpretação do artigo deve ser mais ampla, seguindo a Teoria do Risco Criado que, como visto anteriormente, preconiza que qualquer atividade que gere ou exponha a risco direitos de terceiros - ainda que exercida sem fins lucrativos, deve impelir ao agente arcar com os resultados danosos dela advindos. Como ensina Caio Maio da Silva Pereira,

em termos de responsabilidade civil, risco tem sentido especial, e sobre ele a doutrina civilista, desde o século passado, vem-se projetando, com o objetivo de erigi-lo em fundamento do dever de reparar, com visos de exclusividade, ou como extremação da teoria própria, oposta à culpa.⁸⁴

A interpretação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil deve considerar que toda e qualquer atividade humana pode conter riscos e, portanto, a sua aplicação deve restringir-se àquelas que, exercidas de maneira contínua e organizada, gerem maior probabilidade de causar danos. Vislumbra-se, assim, que a inspiração legislativa foi a de positivar a Teoria do Risco Criado, embora seja forçoso reconhecer que as atividades exercidas com continuidade e organização, em regra, sejam aquelas que produzem proveito, ainda que abstrato, àqueles que as exercem.

Em se tratando das relações de trabalho, a concepção de risco deve abranger a saúde do trabalhador como um todo, ou seja, considera não

⁸³ BRASIL. Enunciados sobre o novo Código Civil, Conselho da Justiça Federal. Disponível em <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/> Enunciados. Asp. Acesso em 22/08/2015.

⁸⁴ Op. cit., p. 125.

apenas o momento presente, mas os danos que ocorrem pelo exercício da contínuo da atividade no tempo, como por exemplo as atividades de digitação permanente que propiciam uma larga incidência de doenças ocupacionais relacionadas aos movimentos repetitivos. Isso porque, o trabalhador realiza a atividade desenvolvida pelo seu empregador, de forma reiterada, organizada e habitual, a qual pode, como um todo ou em parte, induzir a um risco diferenciado de provocar danos.

Dessa forma, podemos estabelecer que a avaliação do risco deve partir do trabalho realizado na empresa, comparando-o com o coletivo, com a finalidade de se verificar se o trabalhador está mais exposto ao risco de sofrer danos que os demais membros da coletividade.

3 INCIDÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE NAS RELAÇÕES DO TRABALHO

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, iniciou-se a discussão sobre o impacto das mudanças estruturais e paradigmáticas por ele implementadas no âmbito do Direito do Trabalho. Entre elas, a cláusula de responsabilidade objetiva pelo exercício de atividade de risco em razão de estabelecer uma condição mais benéfica para as vítimas de danos.

O artigo 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho autoriza a utilização das disposições de Direito Civil, como fonte subsidiária, estabelecendo o seguinte: “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo que não for incompatível com os princípios deste”. Diante da previsão legal trabalhista, resta-nos a missão de analisar a compatibilidade entre os sistemas, já que o diploma laboral não dispõe sobre responsabilidade civil.

Primeiramente, faz-se importante estabelecer que, quando nos referirmos à relação de trabalho, estamos considerando-a numa dimensão *stricto sensu*, ou seja, estamos tratando do trabalho desenvolvido com pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.⁸⁵ Outra consideração que se faz necessária, para o correto entendimento da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho, é a diferenciação entre

⁸⁵ “O trabalho desenvolvido com pessoalidade, com não eventualidade, com subordinação e mediante remuneração leva a caracterização de um relação de emprego (relação de trabalho *stricto sensu*), enquanto o trabalho prestado com ausência de uma ou de algumas dessas características implica na existência de uma relação de trabalho”. ROMAR. Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**, coleção Pedro Lenza, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 109.

o risco estabelecido no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e aquele previsto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho.⁸⁶

Isso porque, a regra da assunção de riscos pelo empregador, estabelecida pelo artigo celetista, refere-se à eventual ruína ou insucesso da atividade econômica por ele desenvolvida que, na maioria das vezes, visa o lucro do negócio. Esse risco econômico desautoriza que os eventuais prejuízos ou perdas sofridas pela empresa afetem os seus empregados. A definição resta muito clara quando se trata de atividades empresariais, mas é aplicável também aos empregadores que não desempenhem tais atividades.

Embora o artigo em questão traga em seu enunciado a expressão “riscos da atividade econômica”, é pacífico o entendimento no sentido de não restarem excluídos da responsabilidade contratual os empregadores que não visem lucro ou não desempenhem uma atividade econômica.

Como exemplos, podemos citar a hipótese do empregador doméstico que perde sua fonte de renda e ainda sim será responsável pelo cumprimento dos débitos trabalhistas, da mesma forma que a instituição beneficente que perde os subsídios da entidade mantenedora e deverá honrar os compromissos trabalhistas com seus empregados, independentemente desse fato. Em ambas as hipóteses, embora não haja uma atividade econômica, o risco do contrato de trabalho é suportado pelo empregador.

Salientamos que, nos exemplos supracitados, a responsabilidade do empregador decorre do próprio contrato de trabalho e refere-se tanto a atividade econômica quanto aos termos firmados na relação de emprego sejam eles escritos, verbais ou tácitos. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

⁸⁶ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 2º: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”.

Ao se referir a ideia de riscos, o que pretende a ordem justralhista é traduzir a ideia de responsabilização do empregador pelos custos e resultados do trabalho prestado, além da responsabilização pela sorte de seu próprio empreendimento (se se tratar de empregador vinculado a atividade econômica).⁸⁷

A característica da assunção dos riscos do empreendimento, positivada na Consolidação das Leis do Trabalho, não tem relação com a responsabilidade civil objetiva prevista parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002. A primeira decorre da característica específica das relações de emprego que transferem para o empregador os riscos do contrato de trabalho, independentemente do tipo da atividade desenvolvida, enquanto que a segunda decorre do exercício de atividades consideradas de risco na forma prevista no mencionado artigo.

A confusão entre a responsabilidade do empregador pela assunção do risco do empreendimento e pelo exercício de atividade de risco pode ser verificada no trecho abaixo, extraído do acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em processo envolvendo a responsabilidade civil objetiva das empresas coletoras de lixo:

Esta Corte tem entendido que o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, ao consagrar a responsabilidade subjetiva, por dolo ou culpa do empregador, não obsta a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva às lides trabalhistas, mormente quando a atividade desenvolvida pelo empregador pressupõe a existência de risco potencial à integridade física e psíquica do trabalhador e o acidente ocorreu na vigência do novo Código Civil. De outra parte, a teoria do risco da atividade empresarial sempre esteve contemplada no art. 2º. da CLT, e o Código Civil de 2002, no parágrafo único do artigo 927, reconheceu expressamente, a responsabilidade objetiva para a reparação do dano causado à terceiros. Recurso de revista não conhecido.⁸⁸

⁸⁷ DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: Ltr, 2013. p. 404.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 71500-47.2008.5.15.0053. Data do julgamento: 24.9.2014. Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª. turma. Data da publicação: DEJT 26.9.2014. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/acordaos/inteiroteor>>. Acesso em 14/08/2015.

Pois bem, a Teoria do Risco Empresarial, prevista no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho não pode ser atrelada ao exercício da “atividade de risco” prevista pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 com o fim de estabelecer a responsabilidade civil objetiva do empregador. Ao contrário do afirmado no acórdão analisado, parece-nos que o Código Civil nada acrescentou ao artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, justamente porque os riscos tratados no diploma laboral são de natureza jurídica diversa daqueles tratados na cláusula de responsabilidade civil objetiva.

Quando nos referimos à atividade que implique risco aos direitos de outrem, na forma do preconizado pelo artigo civilista, devemos considerar a maior possibilidade de uma atividade específica gerar danos aos trabalhadores. Em outras palavras, é necessário avaliar o maior grau de risco que determinada atividade representa no âmbito das relações do trabalho que possa justificar a aplicação de uma responsabilidade objetiva.

Vale a transcrição de parte do acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho no qual é reconhecida como atividade de risco aquelas exercidas pelos agentes de tráfego, na forma em que tratamos no parágrafo anterior:

Esta corte tem entendido que o art. 7º, XXVIII da CF, ao consagrar a teoria da responsabilidade subjetiva, por dolo ou culpa do empregador, não obsta a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva às lides trabalhistas, mormente quando a atividade desenvolvida pelo empregador pressupõe a existência de risco potencial à integridade física e psíquica do trabalhador ou quando a dinâmica laborativa fixa maiores chances de ocorrer o sinistro. *In casu*, o acidente sofrido pelo *de cujus* decorreu de suas atividades habituais estando diretamente relacionado ao desempenho de suas funções, fato que atrai a aplicação da responsabilidade civil objetiva em decorrência do risco da atividade. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e não provido.⁸⁹

⁸⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista número 1917-55.2011.5.02.0465 da 8ª Turma, julgado em 3.9.2014, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, Data da Publicação: DEJT 5.9.2014. Referência da Ementa: Responsabilidade objetiva do empregador. Acidente de trânsito. Morte do reclamante. Agente de tráfego. Rodovia

Percebe-se pela fundamentação do acórdão que o critério utilizado para diferenciar a atividade de risco é a potencialidade de ofensa à integridade física e psíquica do trabalhador, bem como a maior probabilidade de ocorrência de dano. Não houve nenhum tipo de relação entre a assunção dos riscos do empreendimento e o desenvolvimento de atividade de risco, esta que, pressupõe uma maior probabilidade da ocorrência de danos que as demais atividades existentes na sociedade. Nesse sentido, no julgado analisado, entendeu a turma julgadora que o fato do reclamante trabalhar na Rodovia dos Imigrantes, como agente de tráfego, o expôs ao risco do acidente automobilístico que lhe causou a morte.

Feita essa primeira diferenciação, passaremos a analisar as relações do trabalho como fonte inspiradora da responsabilidade civil objetiva.

Já vimos nos capítulos anteriores que a evolução histórica da responsabilidade civil objetiva e da própria Teoria do Risco estiveram atreladas ao desenvolvimento industrial e tecnológico da sociedade. Tratamos também do surgimento das relações desiguais decorrentes dos novos núcleos de poder representados pela iniciativa privada. Todos os fenômenos sociais tratados estão intimamente ligados às relações de trabalho.

Somado às circunstâncias históricas, o exercício habitual de uma atividade encaixa-se perfeitamente no conceito de contrato de trabalho, o qual pressupõe a prestação de serviços de forma pessoal, não eventual, subordinada e onerosa pelo empregado ao empregador que desenvolve determinada atividade. Nesse contexto, as relações de trabalho tornaram-se solo fértil para ocorrência de danos decorrentes do exercício de atividades normalmente desenvolvidas pelo empregador que, por sua natureza, impliquem em riscos para os direitos dos empregados.

Entretanto, a responsabilidade civil, em relação aos acidentes de trabalho e doenças profissionais, já vinha disciplinada no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que prevê o dever de indenizar nos casos de culpa ou dolo do empregador. Tal disposição acabou por criar uma questão fundamental para o rumo da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho: estariam os trabalhadores excluídos da abrangência da cláusula geral de responsabilidade civil pelo exercício de atividade de risco por força do disposto na Constituição Federal?

Se a resposta for positiva, os trabalhadores estariam sempre obrigados a comprovar a culpa ou o dolo do empregador pelos danos sofridos, ainda que decorrentes de uma atividade normalmente desenvolvida, que implique em riscos para os seus direitos. Ou seja, os trabalhadores passariam a ocupar uma posição menos favorável quando comparados com os demais cidadãos tendo em vista que, não poderiam socorrer-se do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Por outro lado, se o entendimento for pela inclusão dos trabalhadores nessa condição mais benéfica, há que se estabelecer o argumento interpretativo capaz de justificar o afastamento do dispositivo constitucional para aplicação do Código Civil.

Tais questionamentos preocupam e muito os doutrinadores do Direito do Trabalho, pois as respostas podem incluir ou excluir os trabalhadores de uma situação benéfica trazida pelo Código Civil de 2002. A princípio, a proteção seria cabível para todos os cidadãos que estivessem sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, tendo em vista a previsão constitucional, é preciso construir a interpretação conjunta dos dispositivos citados, com o fim de aplicá-los de forma a não criar uma exclusão ou uma inclusão infundadas.

Esse é o trabalho que se pretende desenvolver neste capítulo, qual seja, estabelecer o verdadeiro sentido da norma constitucional. Para tanto, serão considerados não apenas o método interpretativo gramatical, já que não

mais aceito isoladamente⁹⁰, mas também os métodos teleológico e histórico-evolutivo, com o fim de entender o conteúdo protetivo da norma ao tempo da aplicação da lei.

Mais uma vez, importante lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro tem se afastado da interpretação reducionista propagada pelo sistema normativo de Hans Kelsen no qual os fatos e valores sociais não são considerados para a aplicação da norma ao caso concreto, para aproximar-se do sistema valorativo, pelo qual o legislador concede ao intérprete o poder de preencher a norma com os fatos e valores condizentes com a época de sua aplicação.

O Código Civil de 2002, bem como a Constituição Federal de 1988, implementaram valores coincidentes com o processo histórico-cultural da sociedade brasileira, fazendo-se necessária, para melhor compreensão do sistema, a observância da dialética tridimensional de Miguel Reale. A proposta da Teoria Tridimensional é a análise do Direito como concreção dos acontecimentos da vida. A partir dessa premissa, a interpretação e a aplicação da norma devem considerar a análise pormenorizada dos fatos, dos valores históricos e culturais e a intenção protetiva da norma. Com foco nessa sistemática passaremos a analisar as disposições constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema.

⁹⁰ O método de interpretação gramatical não considera os valores morais da sociedade enquanto que o método histórico-evolutivo condiz com a base teórica para desenvolvimento do presente trabalho já que decorre da dialética de três fatores: fato, valor e norma.

3.1 A previsão normativa do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988

A questão basilar, para que se reconheça aplicável o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 às relações do trabalho, é responder se o dispositivo civilista agride a disposição contida no artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988. Cabe aqui sua transcrição:

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

.....

XXVIII. Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização, a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, havia a discussão sobre a possibilidade de cumulação da indenização acidentária com a indenização fundada no Direito comum, já que a primeira era tarifada, e portanto, não cobria a totalidade dos danos causados pelo infortúnio trabalhista. Naquela época, a matéria foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal que editara a Súmula 219: “ A indenização acidentária não exclui a do Direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”.

A mencionada súmula representou, ao tempo de sua edição, uma melhor condição para os trabalhadores no que diz respeito aos infortúnios ocorridos no curso das relações de trabalho, já que permitia a cumulação das indenizações previdenciária e civil. Entretanto, exigia a comprovação do dolo ou da culpa grave do empregador como fundamentos necessários para que surgisse o dever de indenizar.

Conforme a Constituição Federal de 1988, o empregador passou a ser reconhecido como responsável civilmente pelos danos causados

aos seus empregados, independentemente do grau de culpa com que tivesse agido ou deixado de agir. A previsão constitucional representou, portanto, um avanço, já que acolheu a responsabilidade do empregador por simples culpa e não mais por culpa grave ou por dolo como preconizava a Súmula supracitada.

Isso porque, a obrigatoriedade de comprovar a culpa ou o dolo do empregador já se reveste, não raras vezes, de empecilho para que o trabalhador consiga uma indenização decorrente de acidentes ou doenças do trabalho. A comprovação da gravidade da culpa ou mesmo da existência do dolo consubstanciava-se numa tarefa hercúlea a ser desempenhada pela vítima do dano. Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, a Súmula 219 do Supremo Tribunal Federal perdeu seu efeito, já que o artigo 7º, XXVIII, trouxe a previsão de responsabilidade civil do empregador por culpa, independentemente do grau em que se apresente ou por dolo.

Ressalte-se que, à época da promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema de responsabilidade civil vigente era o estabelecido pelo Código Civil de 1916 e tratava apenas de duas modalidades como fundamentos do dever de indenizar, quais sejam, a culpa e o dolo. A responsabilidade civil objetiva nele prevista era restrita às hipóteses enumeradas pela legislação e, portanto, aplicáveis apenas a situações específicas e pré-determinadas.

Feitas essas considerações, já podemos concluir que, analisando a fase histórica do nosso trabalho de interpretação, o intuito protetivo do legislador constitucional foi o de não excluir o trabalhador do sistema estabelecido pelo Código Civil de 1916. Isso porque, a discussão que anteriormente fora travada nos tribunais brasileiros deu origem a Súmula 219 do Supremo Tribunal Federal. Tal entendimento impunha aos empregados a comprovação da culpa do empregador, classificada como grave ou do dolo, quando sofressem danos decorrentes de acidentes de trabalho ou doenças profissionais. O legislador constituinte, portanto, visou a superação da discussão da intensidade da culpa, dispondo que, o dever de indenizar

permanece, independentemente do grau em que a mesma se apresente. Resta clara a intenção protetiva do legislador constituinte em conceder ao trabalhador uma condição melhor que a anteriormente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ultrapassada tal questão, outra que se faz importante analisar: trata-se da divisão das responsabilidades previstas no dispositivo constitucional. Pode-se concluir pela leitura do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988, que parte da cobertura dos riscos decorrentes dos acidentes de trabalho e doenças profissionais foi transferida para o Instituto Nacional de Seguridade Social, ressaltando o legislador que o empregador também deverá responder civilmente pelos danos causados quando incorrer em dolo ou culpa.

Consta-se, por isso, a presença de duas formas de indenização por acidente de trabalho e doenças profissionais, autônomas e cumuláveis - uma fundamentada na Teoria do Risco Integral e suportada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social; outra fundamentada na responsabilidade civil subjetiva e exigível do empregador.

As indenizações previstas têm, portanto, diferentes fundamentos. A responsabilidade civil transferida para o órgão previdenciário é fundamentada no risco social além de ser tarifada, ou seja, está sujeita a limites impostos por lei. Além disso, não possui excludentes de nexo causal, desde que o acidente ou doença tenha ocorrido no trabalho ou em razão dele. Já a responsabilidade civil do empregador tem por base a conduta do empregador e segue as disposições do Código Civil em relação aos valores devidos. A conclusão que se pode extrair é a de que o seguro contra os infortúnios laborais e a responsabilidade objetiva transferida para o órgão previdenciário não excluem a indenização civil prevista na segunda parte do artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal de 1988.

Resta agora tratar sobre o problema fundamental para estabelecer o alcance da cláusula de responsabilidade civil objetiva trazida pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 nas relações de trabalho: a disposição do Código Civil ultrapassou a necessidade da comprovação da culpa ou do dolo prevista pela Constituição Federal de 1988?

Como já dito anteriormente, a interpretação gramatical do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988 não pode ser considerada isoladamente, devendo-se analisar a norma jurídica em conjunto com todo o ordenamento de maneira a estabelecer uma relação de unidade e coerência. Por essa razão, se faz necessário, além da interpretação gramatical, o estudo do dispositivo constitucional no seu contexto histórico-evolutivo, tal qual preconizado pela Teoria Tridimensional do Direito defendida por Miguel Reale e pelo método teleológico já que os métodos acima citados são complementares.⁹¹

Uma vez que já analisamos o artigo constitucional sob a perspectiva gramatical, bem como estabelecemos o seu contexto histórico-evolutivo de melhoria da condição do trabalhador, passaremos agora a tratar do método teleológico que considera a interpretação da norma, segundo seus fins práticos. Tal método interpretativo considera que o conteúdo da norma não pode ser estático, ao contrário, deve acompanhar o desenvolvimento da sociedade e atender suas exigências no contexto da realidade social ao tempo da sua aplicação. Para Luís Roberto Barroso, “a interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”.⁹²

A hermenêutica constitucional deve considerar as questões que estão além das expressões contidas no texto pois, em se tratando da lei maior de um país, as consequências políticas e sociais dos resultados injustos

⁹¹ O método teleológico de interpretação considera as normas segundo os seus fins práticos, deixando o seu conteúdo ajustável aos valores da sociedade em que ela será aplicada.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107.

ou danosos de uma interpretação meramente gramatical e desprovida de valores atingem fatalmente o bem comum, razão maior de todo o ordenamento jurídico democrático.⁹³

Atendendo a essa perspectiva, o intérprete precisa estabelecer uma relação estrutural da norma com o todo do ordenamento jurídico, pois somente dessa forma será possível estabelecer o seu conteúdo protetivo, que nas palavras de Miguel Reale é o que se denomina “hermenêutica estrutural”:

O Direito deve ser compreendido de maneira histórica-evolutiva, em termos de: um modelo operacional de uma classe ou tipo de organização ou de comportamentos possíveis; que deve ser interpretado no conjunto do ordenamento jurídico; implicando a apreciação dos fatos e valores que, originariamente, o construíram, assim como em função dos fatos e valores supervenientes.⁹⁴

Ao analisar a aplicação do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988, isoladamente, restará estabelecido um fator de exclusão protetiva daquele grupo social que o mesmo dispositivo visou proteger à época de sua elaboração. Em outras palavras, o constituinte de 1988 pretendeu incluir o trabalhador no sistema de responsabilidade civil do Código Civil de 1916, vigente à época de sua promulgação, que estabelecia como fundamento do dever de indenizar a culpa, fosse ela leve ou grave. Essa disposição melhorou a condição dos trabalhadores, vítimas de danos decorrentes das relações de trabalho, que antes estavam obrigados a comprovar a culpa grave ou o dolo do empregador.

Em 2002, com o novo Código Civil, surgiu o risco da atividade como fundamento para o dever de indenizar. Tal disposição civilista elevou as vítimas de danos decorrentes de atividades que impliquem riscos a uma condição mais benéfica já que, para obtenção das indenizações decorrentes dos infortúnios, não mais será necessária a prova da culpa ou do dolo.

⁹³ Ideia extraída da obra: BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 115

⁹⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 289.

A visão simplista de uma interpretação meramente gramatical do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988 consideraria os trabalhadores excluídos da responsabilidade civil objetiva trazida pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002. Porém, tal entendimento, além de estar em desacordo com os métodos mais apurados de hermenêutica jurídica, resulta num prejuízo em desfavor daquele que o constituinte, evidentemente, visava proteger, ou seja, o trabalhador. Vale, novamente, citar Miguel Reale:

Toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consistência axiológica (valorativa) do Direito; toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações e não de forma isolada; cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.⁹⁵

A interpretação de um texto normativo deve integrá-lo à realidade social em que será aplicado e não na realidade do tempo em que foi produzido. Nas palavras de Karl Larenz:

Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de um modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu(...)⁹⁶

Essa hipótese encaixa-se perfeitamente no problema hermenêutico que ora enfrentamos, pois o legislador constituinte incluiu o trabalhador no sistema de indenização civil vigente à época da elaboração da Constituição Federal de 1988; entretanto, nele ainda não havia a possibilidade da imputação da responsabilidade civil pelo exercício de atividade de risco, o que só foi incluído no Direito pátrio com o Código Civil de 2002.

⁹⁵ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 287.

⁹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 495.

A consequência é que a interpretação restritiva e gramatical pode levar à conclusão que todo o cidadão está incluído sob a égide protetiva do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, menos os trabalhadores.

Cláudio Brandão afirma, em relação a interpretação constitucional que exclui os trabalhadores da aplicação da responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade, tratar-se de um contrassenso admiti-la para todos os clientes de determinado estabelecimento e negá-la ao empregado que cotidianamente está sujeito ao risco diferenciado que a atividade produz.⁹⁷

O trabalho do intérprete, portanto, vai além da interpretação isolada do dispositivo e deve considerar uma visão prospectiva da norma, tendo em vista que a análise puramente gramatical do texto seco da lei decorre da visão purista do Direito que, nos dias atuais, não mais atende e representa o papel histórico evolutivo da ciência jurídica.

Eros Roberto Grau afirma que os textos normativos devem viver no presente e na vida real pois, somente dessa forma, podem adaptar-se à realidade dos conflitos atuais como um organismo vivo e dinâmico que não apenas declara o direito mas o constrói a partir do fato concreto.⁹⁸

Esse papel do hermeneuta atual está definido no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que estabelece que o juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais aos quais ela se dirige e às exigências do bem comum.

O citado dispositivo deve irradiar seus efeitos em todos os ramos do Direito, orientando o intérprete rumo a uma concepção valorativa da

⁹⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Acidente de trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2015, p. 282.

⁹⁸ GRAU. Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94.

norma e considerando os novos paradigmas sociais para a compreensão do termo *bem comum* à época da aplicação da lei.

Na concepção de Miguel Reale, “o bem comum, por seguinte, é o bem da comunidade das pessoas, na harmonia de ‘valores de convivência’ distintos e complementares, em um processo histórico que tem como fulcro a pessoa, *valor-fonte* de todos os valores”.⁹⁹

Importante frisar, neste momento, que essa interpretação valorativa, tal como acima exposto, não autoriza a condução do caso concreto de forma contrária à lei, o que afetaria fatalmente os valores de segurança e certeza jurídica que são alicerces do Estado Democrático de Direito. Conforme Raimundo Simão de Melo,

A liberdade do intérprete ocorre dentro da lei, em razão dos fatos e valores que dão origem à norma jurídica, pois este não tem, como muitos pretendem, uma total liberdade perante a lei e os fatos, atuando subjetivamente conforme as suas ideologias, pois tal atitude levaria ao que se chama de *direito alternativo*, cujo conceito de justiça é tão vago e romântico que chega mesmo a assustar até os leigos. Essa liberdade promana da significação concreta do Direito que varia, enquanto não revogado, acompanhando as mutações ocorrentes nos planos factuais, normativos e axiológicos, porque o Direito é o resultado da experiência humana.¹⁰⁰

Atentando para todas essas importantes constatações e lembrando que o Direito do Trabalho, sob essa visão humanista, deve garantir e promover a dignidade do trabalhador, há que se aprofundar a interpretação do dispositivo constitucional considerando-se as possibilidades e as necessidades atuais que melhor alcancem o caráter protetivo das normas em estudo.

⁹⁹ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**, p. 137.

¹⁰⁰ MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p.252.

Dessa forma, buscamos uma interpretação que considere a finalidade e a razão de ser da norma constitucional no contexto atual de responsabilidade civil, pois a interpretação gramatical levaria a uma situação de exclusão injustificável e fragilizaria a estabilidade social, rompendo, de maneira inquestionável, os critérios de igualdade entre os cidadãos.

Importante ainda ressaltar que o trabalhador é antes de tudo um cidadão e, como tal, possuiu todos os direitos elencados no Código Civil e, antes ainda de ser cidadão, é pessoa humana dotada da proteção constitucional de preservação de sua dignidade. Vale citar Pietro Perlingieri quando afirma que a pessoa é inseparável da solidariedade política, econômica e social e, portanto, a dignidade humana estaria atrelada à garantia de igual dignidade social de todo cidadão. Nesse sentido, o princípio da dignidade social veda a exclusão de alguns indivíduos do tratamento social reservado aos demais.¹⁰¹

A exclusão dos trabalhadores da condição mais benéfica estabelecida pela cláusula de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade afeta o bem comum, meta social da interpretação da norma que, por sua vez, deve promover o bem-estar do homem nas relações sociais.

Para que se possa então estabelecer o real alcance do inciso XXVIII da Constituição Federal de 1988, é preciso que se analise o caráter aberto da Constituição através da análise do *caput* do seu artigo 7º.

¹⁰¹ PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 462.

3.2 O alcance do *caput* do artigo 7º da Constituição Federal de 1988: a melhoria da condição do trabalhador

O artigo 7º da Constituição Federal de 1988 estabelece quais são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais que seguem enumerados, de forma não exaustiva, nos incisos I a XXXIV do mencionado dispositivo. O *caput* do artigo possui a seguinte redação: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social”.

A parte inicial do artigo analisado deixa transparecer que o legislador constituinte procurou garantir os direitos que, à época, entendia como conteúdo mínimo de proteção do trabalhador. Já na parte final, intentou precaver-se de uma situação futura que levasse à exclusão de outros direitos que pudessem surgir e que representassem um melhoria na condição social dos trabalhadores.

Pode-se perceber o cuidado do legislador constituinte em assegurar um conteúdo mínimo de direitos, o qual pode e deve ser ampliado por outras fontes de direito, tanto autônomas como as convenções e acordos coletivos, quanto heterônomas, como leis ou sentenças normativas, desde que tragam ao trabalhador uma melhor condição social.

Não resta dúvida, portanto, que o rol de garantias elencadas nos incisos do artigo 7º da Constituição Federal não é taxativo, posto que o próprio *caput* permite o reconhecimento de outros direitos que visem a melhoria da condição do trabalhador. Concluímos que a responsabilidade civil subjetiva do empregador, em relação aos acidentes de trabalho, é garantia constitucional mínima, podendo ser reconhecida outra forma de responsabilidade que conceda ao trabalhador uma situação mais benéfica. Como exemplo, podemos citar uma empresa de construção civil que estabeleça, por meio de acordo coletivo de trabalho, uma cláusula de indenização para todo o trabalhador que

se acidente durante a execução dos serviços, independentemente de quem tenha sido o culpado pelo infortúnio. Tal dispositivo afrontaria a Constituição Federal de 1988?

A resposta cremos seja negativa, tendo em vista que a cláusula negociada ofereceria uma condição melhor que a garantia constitucional mínima de responsabilidade civil subjetiva do empregador. Nesse sentido é o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento:

A Constituição deve ser interpretada como um conjunto de direitos mínimos e não de direitos máximos, de modo que nela mesma se encontra o comando para que direitos mais favoráveis ao trabalhador venham a ser fixados através da lei ou das convenções coletivas.¹⁰²

Nessa linha de raciocínio, se o Código Civil de 2002 traz uma condição mais benéfica ao trabalhador, não há empecilho para que a apliquemos às relações de trabalho.

Ressalte-se que o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988 abrange todo e qualquer acidente de trabalho ou doença laboral, já o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil só é aplicável nas atividades que impliquem em riscos para os direitos de outrem, o que significa que a responsabilidade civil do empregador, pelos acidentes de trabalho e doenças profissionais, é subjetiva como regra e objetiva como exceção. Segundo Raimundo Simão de Melo,

ao declarar que outros direitos podem ser conferidos ao trabalhador, a Constituição cumpre tríplex função. Primeiro, a elaboração das normas jurídicas que não deve perder a dimensão da sua função social de promover a melhoria da condição do trabalhador. Segundo a hierarquia das normas jurídicas de modo que , havendo duas ou mais normas, leis, convenções coletivas, acordos coletivos, regulamentos de empresa, usos e costumes, será aplicável o que mais beneficiar o empregado, salvo por proibição de lei. Terceiro, a interpretação das leis de forma que, entre duas opções viáveis para a norma obscura, deve prevalecer

¹⁰² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.40.

aquela capaz de conduzir ao resultado que de melhor maneira venha a atender aos interesses do trabalhador.¹⁰³

No mesmo sentido entende Arnaldo Süssekind, quando trata do artigo 7º da Constituição Federal de 1988:

e a expressão, 'além de outros direitos que visem a melhoria de sua condição social' não só fundamenta a vigência de direitos não previstos no artigo em tela, como justifica a instituição de normas, seja, por lei, seja por convenção ou acordo coletivo, seja enfim, por um laudo arbitral ou sentença normativa dos tribunais do trabalho. O que tem relevo para afirmar a constitucionalidade dessas normas jurídicas é que não sejam elas incompatíveis com os princípios e prescrições da Lei Maior.¹⁰⁴

Embora, como regra, tenhamos a responsabilidade civil subjetiva do empregador em relação aos danos causados aos seus empregados, o *caput* do artigo 7º da Constituição Federal permite o reconhecimento de outros direitos que visem a melhoria das condições do trabalhador. Por essa razão, podemos aplicar as disposições contidas no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil às relações de trabalho.

É inegável que o dever de indenizar, independentemente da apuração de culpa, eleva a vítima do dano à uma condição extremamente favorável, sendo forçoso reconhecer sua aplicabilidade nos casos em que os danos causados ao trabalhador tenham decorrido da atividade de risco normalmente desenvolvida pela empregador.

Apesar dos argumentos já exauridos neste capítulo, a doutrina, tanto civil quanto trabalhista, não é unânime. A disposição do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988, para alguns, impede a aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil no âmbito das relações de trabalho. Cabe aqui a transcrição do entendimento de Sérgio Cavalieri Filho, nesse sentido:

¹⁰³ Op. cit., p. 274.

¹⁰⁴ Süssekind, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 102.

Sustentam alguns autores que a responsabilidade do empregador por acidente do trabalho ou doença profissional do empregado passou a ser objetiva depois da vigência do Código Civil 2002. Entendem que a teoria do risco criado, adotada pelo parágrafo único do seu art. 927 (risco profissional, para outros), ajusta-se como uma luva àquelas atividades de risco excepcional a que são submetidos os empregados que trabalham em pedreiras, minas de carvão, motoristas de ônibus (sujeitos a constantes assaltos). Embora ponderáveis os fundamentos que o sustentam, não partilhamos desse entendimento, porque a responsabilidade do empregador em relação ao empregado pelo acidente de trabalho ou doença profissional está disciplinada no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal (responsabilidade subjetiva, bastando para configurá-la a culpa leve) – o que torna inaplicável à espécie, por força da hierarquia, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil.¹⁰⁵

Em que pese a opinião do jurista acima citado, a interpretação do dispositivo nos moldes acima elaborados limita-se apenas ao sistema gramatical puro decorrente da escola exegética. Como já tratado no corpo do presente trabalho, tal interpretação não considera a norma em seu contexto teleológico e histórico-evolutivo, necessários e complementares para o alcance do seu verdadeiro sentido protetivo.

Além disso, como já dissemos no capítulo anterior, a interpretação constitucional deve considerar o alcance político e social das normas nela positivadas. Para tanto, é necessário ponderar as consequências de um entendimento gramatical restritivo que resultaria na exclusão de determinada categoria de uma condição garantida a todos os demais cidadãos. Tal entendimento fere o princípio da igualdade, base da Constituição pátria.

O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a possibilidade de criação de outros direitos para o trabalhador por meio do legislador infraconstitucional. Tal posição foi adotada no julgamento da Medida Cautelar interposta na Ação Direta de Inconstitucionalidade que visava a suspensão da eficácia do artigo 118, da lei 8.213 de 24 de julho de 1991. O citado artigo concede estabilidade ao empregado que se torna temporariamente incapaz em razão de acidente de trabalho. Cabe aqui

¹⁰⁵ Op. cit., p. 142.

transcrever parte dos argumentos apresentados pelo Ministério da Justiça, ao prestar as informações, e que fizeram parte integrante das razões do ministro relator Moreira Alves ao proferir seu voto:

Nada mais que um lamentável engano essa afirmação, posto que a relação de direitos dos trabalhadores, constante do art. 7º constitucional é exemplificativa e não taxativa, em face da expressão 'além de outros que visem a melhoria de sua condição social.' [...] não há inconstitucionalidade se a lei ordinária instituir estabilidade provisória além dos casos previstos constitucionalmente".¹⁰⁶

Reforça-se, assim, que a responsabilidade civil do empregador fundamentada na culpa é garantia constitucional mínima do trabalhador, podendo-se-lhe conceder garantias melhores e mais eficazes, como a responsabilidade civil objetiva preconizada pelo Código Civil de 2002 sem que, com isso, o dispositivo constitucional seja violado.

3.3 O princípio protetor do Direito do Trabalho e a incidência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002

Além da argumentação elaborada no item anterior, na qual estabelecemos os princípios de interpretação escolhidos pelo nosso sistema jurídico e positivados no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, passaremos agora a tratar dos critérios de interpretação específicos do Direito do Trabalho. O critério valorativo das garantias constitucionais, que não podem prejudicar aqueles indivíduos que visavam proteger, encerra

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar interposta na Ação Direta de Inconstitucionalidade 639. Relator Ministro Moreira Alves. Disponível em <<https://www.stf.gov.br>>. Acesso em 15/08/2015.

conteúdo protetivo mínimo a ser irradiado por todo o ordenamento. Por essa razão, uma vez elaborada a interpretação constitucional do artigo 7º, XXVIII da Constituição federal de 1988, necessário se faz, a leitura dos princípios específicos do Direito do Trabalho na conformidade da perspectiva constitucional.

Como vimos, o fim do Direito é a harmonização das relações do homem com a sociedade em busca do bem comum. O Direito do Trabalho possui papel primordial nesse equilíbrio, já que foi construído sobre o alicerce das questões sociais decorrentes da Revolução Industrial e do pensamento humanista emergente à época que se preocupava em preservar a dignidade do trabalhador frente às grandes indústrias que se formaram nesse movimento evolutivo.

Como consequência, foi por unanimidade que a doutrina trabalhista elegeu como o princípio mais importante do Direito do Trabalho o da proteção da pessoa do empregado. Essa escolha decorreu da existência perene, no âmbito laboral, da relação de subordinação que se forma entre o trabalhador e os poderes econômico, disciplinar e de comando do empregador.

Frente a essa desigualdade, o empregado, individualmente considerado, necessita de uma tutela protetiva mais abrangente, com o fim de preservar sua dignidade, como cidadão e como ser humano, diante da relação de verticalidade que mantém com o seu empregador, desenvolvendo-se assim princípio protetor. Na clássica lição de Américo Plá Rodrigues, o mencionado princípio, desdobra-se em três dimensões distintas: a regra do *in dubio pro operário*, a regra da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica.¹⁰⁷

Para a fundamentação do presente estudo, nos interessa analisar de maneira mais profunda o princípio protetor em seus diferentes

¹⁰⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p. 42-43.

momentos de aplicação: no instante da elaboração da norma, no confronto entre normas concorrentes e, finalmente, no contexto de interpretação das normas jurídicas.¹⁰⁸

O princípio protetor, em sua dimensão interpretativa, concede ao Direito do Trabalho critério diferenciado das demais áreas do Direito no que diz respeito à interpretação das normas aplicáveis às relações laborais, permitindo que, na dúvida entre duas interpretações possíveis, seja adotada aquela que se demonstre mais favorável ao trabalhador – *in dubio pro operário*.

A dimensão hierarquizante, diante de um conflito de regras, permite eleger como norma aplicável em determinada situação, aquela que for mais benéfica ao trabalhador, ainda que “não se encaixe nos critérios clássicos de hierarquia das normas”¹⁰⁹ – regra da norma mais favorável.

Também comunga dessa doutrina Amauri Mascaro Nascimento por entender que no âmbito do Direito do Trabalho, ao contrário do direito comum, “o vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor”.¹¹⁰

A regra da condição mais benéfica estabelece que uma nova norma trabalhista não pode representar a diminuição da condição social do trabalhador, ou seja, diante de uma situação concreta em que se estabeleceu uma condição mais vantajosa para o trabalhador, não poderá haver o retrocesso para uma situação pior ou menos vantajosa.¹¹¹

¹⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12^a ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 191.

¹⁰⁹ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. Coleção Pedro Lenza. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

¹¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 164.

¹¹¹ ROMAR, Carla Teresa Martins. Op. cit., p.48.

O princípio protetor, portanto, garante ao trabalhador que, numa situação concreta seja aplicada a interpretação mais favorável aos seus interesses. Da mesma forma, diante de um conflito de normas, deverá ser escolhida aquela que seja mais favorável ao trabalhador, independentemente de sua hierarquia. Entretanto, é preciso manter o foco no conjunto do ordenamento de modo a não comprometer o caráter científico da hermenêutica jurídica. Conforme entendimento de Maurício Godinho Delgado,

também no Direito do Trabalho o processo interpretativo deve concretizar-se de modo objetivo, criterioso, guiado por parâmetros técnico-científicos rigorosos. Assim, apenas se, após respeitados os rigores da Hermenêutica Jurídica, chegar-se ao contraponto de dois ou mais resultados interpretativos consistentes, é que procederá o intérprete à escolha final orientada pelo princípio da norma mais favorável.¹¹²

No mesmo sentido a ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber, ao julgar o Recurso Extraordinário 709212 assim se manifestou:

O caput do art. 7º. da Carta Política prestigia o princípio protetivo ao acolher, com status constitucional, a regra da norma mais favorável, específica do Direito do Trabalho, a qual conduz a aplicação da fonte mais benéfica ao empregado, independentemente de sua hierarquia.¹¹³

¹¹² Op. cit., p. 193.

¹¹³ O Recurso Extraordinário 709.212 tratou da inconstitucionalidade do artigo 23, parágrafo 5º da lei 8.036/1990, bem como do artigo 55 do Decreto 99.684/1990. Tais dispositivos dizem respeito à prescrição trintenária do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. O Supremo Tribunal Federal entendeu que, a prescrição é um limite quantitativo e, portanto, estaria vinculada à disposição constitucional que prevê a prescrição quinquenal dos débitos trabalhistas prevista no inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a prescrição do Fundo de Garantia prevista, de forma infraconstitucional, não se tratava de outro direito, mas do mesmo direito já previsto na Constituição. A prescrição a ser obedecida, conforme tal entendimento, é aquela prevista no artigo 7º, XXIX. Ressaltamos que, neste caso, ao contrário da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, o critério da quantidade do prazo prescricional dos débitos trabalhistas, sempre esteve disponível como opção do legislador, o que não ocorreu com o sistema objetivo de responsabilidade civil, que apenas incluiu o risco ao ordenamento a partir de 2002, ou seja, posteriormente à elaboração da Constituição Federal de 1988. Além disso, trata de direito de outra natureza daquele previsto no inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal, uma vez que este trata da responsabilidade fundamentada na conduta do agente, enquanto que a responsabilidade civil objetiva tratada no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, trata da responsabilidade pelo exercício da atividade de risco. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 7698301. Ministra relatora Rosa Weber. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/>>. Acesso em 06/06/2015.

A partir dessa visão, é preciso reconhecer que o artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal de 1988 está elencado no rol de direitos fundamentais do trabalhador. Ou seja, o núcleo protetivo do aludido dispositivo legal se consubstancia no direito à indenização prevista pelo Direito Civil, independentemente do seguro contra acidentes do trabalho suportado pelo empregador e do benefício previdenciário concedido pelo Estado.

O que visou garantir o constituinte foi, em primeiro lugar, a independência e a possibilidade de cumulação entre as indenizações e num segundo momento, procurou corrigir a situação de desequilíbrio em que se encontrava o trabalhador, pela exigência de comprovação da culpa grave ou do dolo. O artigo constitucional concedeu aos trabalhadores às mesmas condições protetivas dos demais cidadãos à época, ou seja, nos exatos termos do que era disposto no Código Civil de 1916, o que significa dizer que a indenização era devida, independentemente do tipo de culpa apurada.

Por outro lado, a responsabilidade objetiva consagrada pelo artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 fortaleceu o sistema de responsabilidade civil brasileiro criando meios mais consistentes do que os até então adotados para reparação dos danos sofridos pela sociedade que, por ausência de conduta culposa ou dolosa do autor do dano, ficavam desamparados pelo ordenamento.

O legislador optou por criar uma cláusula abrangente de responsabilidade civil objetiva com duas finalidades: a primeira, de desestímulo do exercício desmensurado e imponderado de atividades de risco; a segunda, de priorizar a reparação dos danos produzidos por essas atividades.

Com isso as as vítimas de danos passaram a ocupar uma condição mais favorável que a anteriormente existente. Vale citar Raimundo Simão de Melo no que se refere ao alcance do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988:

Portanto, quando o referido inciso XXVIII alude à culpa ou dolo do empregador como fundamento da responsabilidade civil pelos acidentes do trabalho, não está estabelecendo a responsabilidade subjetiva como questão fechada, porque parece óbvio do quanto disposto no caput do art. 7º que o legislador ordinário está autorizado a criar e modificar os direitos inscritos nos seus incisos, desde que como melhoria para os trabalhadores. É a própria Constituição que fundamenta o procedimento de diversificação de competência para criação de direitos mais favoráveis ao trabalhador por meio de outras normas de grau inferior, que pode ser a lei em sentido estrito, os instrumentos decorrentes da negociação coletiva, as sentenças normativas e os laudos arbitrais, desde que no caso dos três últimos não se trate a matéria versada daqueles de reserva legal.¹¹⁴

Os princípios constitucionais garantem a dignidade da pessoa humana, a cidadania e, especificamente no âmbito trabalhista, preservam os valores sociais do trabalho e, por essa razão, ampliam o alcance do artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal de 1988. Como consequência, é possível harmonizar a norma do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, com os valores inerentes à finalidade social da lei e do bem comum, impedindo que o trabalhador seja excluído de uma norma que melhora sua condição social.

Tendo em vista todos os aspectos hermenêuticos analisados, não se pode conceber que o trabalhador encontre-se excluído dessa condição mais favorável estabelecida pelo legislador de 2002. A interpretação elaborada pela soma dos critérios gramatical, teleológico e histórico-evolutivo não permite conferir à norma interpretação que venha a causar prejuízo para aquele em favor de quem a norma constitucional foi elaborada. Da mesma forma, a doutrina dos direitos fundamentais indica a Constituição como núcleo mínimo protetivo, admitindo a inclusão de novos direitos que elevem o trabalhador à uma melhor condição social. Por fim, o princípio protetor, específico do Direito do Trabalho, tanto no seu viés interpretativo em relação aos dispositivos constitucionais analisados, quanto em seu viés hierarquizante, que permite a escolha da norma mais favorável ao trabalhador, autoriza a aplicação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e 2002 às relações de trabalho.

¹¹⁴ MELO, Raimundo Simão. Op. cit., p. 275.

3.4 Pressupostos da responsabilidade civil objetiva e sua aplicação nas relações de trabalho

Ultrapassada a questão da incidência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 às relações de trabalho, cabe agora analisar os pressupostos indispensáveis à caracterização da responsabilidade civil objetiva pelo exercício de atividades de risco.

A divisão doutrinária da responsabilidade civil em subjetiva e objetiva possui relevância porquanto diferencia os pressupostos e fundamentos que devem ser considerados em cada uma delas para que se possa impor ao autor do dano a obrigação de indenizar.

Enquanto na responsabilidade civil subjetiva, preconizada pelo artigo 186 do Código Civil de 2002, os pressupostos se dividem em um elemento formal, que se configura pela violação de um dever jurídico; em um elemento subjetivo, que se perfaz com a necessidade da comprovação do dolo ou culpa do agente e em um elemento causal, representado pelo nexo entre a conduta e o dano sofrido, a responsabilidade civil objetiva se estabelece pela presença de pressupostos objetivos: desenvolvimento de uma atividade que produz risco, dano e nexo de causalidade entre eles.

3.4.1 Exercício de uma atividade que implique riscos

No segundo capítulo, abordamos a diferença entre ato e atividade, bem como o significado da atividade exercida de maneira normal, duas exigências trazidas pela lei para que seja reconhecido o dever de indenizar. Também já dissemos que o risco aqui tratado em nada se relaciona com o risco do empreendimento previsto no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho. Feitas essas considerações preliminares, passaremos a analisar neste item, o primeiro pressuposto da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho, qual seja, a atividade desenvolvida pelo empregador que implique em riscos aos direitos do trabalhador.

As atividades que atraem a incidência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil são aquelas que possuem um risco potencial, decorrente do seu normal exercício e que expõem o trabalhador a uma maior probabilidade de dano que os demais membros da coletividade. Embora, num primeiro momento, possam ser confundidas como aquelas previstas na NR – 16 do Ministério do Trabalho,¹¹⁵ é preciso frisar que o legislador de 2002 optou por não enumerar as atividades que poderiam ser consideradas de risco, tendo em vista que, no âmbito da sociedade atual, tal taxatividade restaria ultrapassada num curto espaço de tempo.

As atividades a que nos referimos, portanto, não estão adstritas àquelas consideradas perigosas pela Norma Regulamentadora NR -16 do Ministério do Trabalho, que regula as atividades e operações que elevam os

¹¹⁵ A Norma regulamentadora NR 16 - editada pela portaria do Ministério Público do Trabalho 3.214, de 08 de junho de 1978 publicada no Diário Oficial da União em 06/07/1978 - prevê algumas atividades e operações perigosas. Aponta como as atividades perigosas aquelas que envolvam explosivos, transportes de inflamáveis, radiações ionizantes ou substâncias radioativas, operações que exponham o trabalhador a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial, energia elétrica e aquelas que envolvam motocicletas.

riscos à saúde e à integridade física do trabalhador. Isso porque, o dispositivo contido no Código Civil de 2002 pressupõe a análise da atividade no caso concreto, não podendo o intérprete restringir aquilo que o legislador não restringiu. Dessa forma, é possível utilizar-se do disposto na NR -16 como um dos critérios de fundamentação para o reconhecimento do exercício de atividade de risco, mas não é possível limitar a incidência do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 às atividades nela previstas.

Autores como Rui Stoco criticam a ausência de critérios objetivos para a identificação das atividades de risco, temendo com isso que o preenchimento da norma ocorra de maneira subjetiva pelos magistrados.¹¹⁶

Entretanto, as consequências de uma opção taxativa trariam mais complicações do que benefícios para o sistema de responsabilidade civil objetiva. Tomemos como exemplo a indústria automotiva, na qual os trabalhadores responsáveis pelo acabamento dos carros eram expostos a um sério risco à saúde por estarem em contato com tintas, solventes e outros agentes químicos destinados à pintura dos carros. Diante de tal situação, o setor desenvolveu uma nova tecnologia, pela qual os trabalhadores controlam o acabamento dos veículos através de computadores localizados em cabines lacradas, totalmente seguras, tanto em relação à toxicidade das tintas para o sistema respiratório, quanto em razão da inexistência de qualquer contato físico com os agentes químicos utilizados.

O que pretendemos demonstrar é que o sistema, na forma concebida pelo legislador, estabeleceu critérios mais amplos para definição da atividade de risco, sem enumerar quais seriam essas atividades ou mesmo fornecer uma definição fechada do que se poderia considerar como tais. A técnica do legislador de 2002 foi utilizada de modo a tornar desnecessária a constante intervenção legislativa em face das mudanças cada vez mais velozes, proporcionadas pelo avanço tecnológico e científico, que tanto podem

¹¹⁶ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 168.

criar novas situações de risco quanto tornar as atividades de risco existentes, totalmente seguras

Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho afirmam que a análise das atividades de risco pode se basear em critérios naturais ou jurídicos. Na primeira hipótese estariam incluídas as atividades em que o risco decorre de sua própria natureza, como o transporte de valores, abastecimento de aeronaves e fabricação de explosivos ou ainda pelos meios utilizados, como máquinas ou instrumentos. Com relação à segunda hipótese decorreriam das disposições legislativas ou reconhecidas pela jurisprudência.¹¹⁷

Tendo em vista que o legislador não qualificou o tipo de risco que deveria ensejar o ressarcimento dos danos, pode-se concluir pela impossibilidade de estabelecer uma gradação do risco da atividade. Ou seja, não importa se grave ou leve o risco a que está exposto o trabalhador; em havendo o risco para os seus direitos, que decorram da atividade normalmente desenvolvida por seu empregador, a responsabilidade que incidirá ao fato será a objetiva.

A definição de atividade de risco, tanto na esfera do Direito Civil quanto na esfera do Direito do Trabalho, deve ser construída a partir da análise do fato concreto pela jurisprudência, que acabará por definir as atividades de risco ao tempo da aplicação da norma. Em relação a essa constatação, percebe-se que o legislador transferiu para o Judiciário o encargo de preencher o conceito de atividade de risco, para que assim possa ser aplicada cláusula de responsabilidade objetiva.

Especificamente, em se tratando de contrato de trabalho, a probabilidade da ocorrência de dano, que possui o viés de concretizar o conceito de atividade de risco, deve ser analisada a partir da perspectiva da preservação da saúde do trabalhador, abrangendo não só a sua higidez física

¹¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161.

como psíquica. Outro aspecto importante refere-se ao fato que a análise da atividade desenvolvida pelo empregador pode conter agentes causadores de risco em sua totalidade, ou apenas em alguns determinados setores específicos. Em sendo verificada a segunda hipótese, o risco deve ser identificado no tipo de labor executado pelo empregado, ou seja, se estaria ele incluído no setor ou departamento no qual as funções favorecem a ocorrência de danos.

Conforme já mencionado no capítulo 2, durante a Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, foi elaborado o enunciado número 38 que propõe mais um balizamento para a identificação das atividades que permitem a incidência do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002. Assim é a sua redação no que se refere ao conceito de atividade de risco: “a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano que causar a pessoa determinada, um ônus maior do que aos outros membros da coletividade”.¹¹⁸

Dessa forma, no âmbito das relações do trabalho há que se fazer duas análises. A primeira delas em relação à globalidade dos trabalhadores de determinada empresa, comparando-os com os demais membros da coletividade. Uma vez verificada a incidência de risco maior para os trabalhadores desta empresa do que para os demais cidadãos, a atividade deverá ser considerada como de risco. Num segundo momento, deve-se examinar o risco de maneira setorial, no âmbito da própria empresa, com o fim de identificar se a atividade como um todo pode ser considerada como de risco, ou se apenas parte dela assim se caracteriza.

O parâmetro portanto é tanto interno, pois analisa o tipo de labor executado pelo trabalhador dentro da própria empresa, quanto externo, uma vez que se faz necessária a comparação da atividade exercida pela empresa em relação aos demais membros da coletividade.

¹¹⁸ BRASIL. Enunciados sobre o novo Código Civil Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/Enunciados.asp>>. Acesso em 17/07/2015.

Os critérios acima expostos têm sido utilizados pelo Tribunal Superior do Trabalho com o fim de aplicar a responsabilidade civil objetiva, conforme verifica-se no trecho do julgado abaixo transcrito:

No concernente às questões trabalhistas, tal forma de responsabilidade configura-se quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano vier a causar ao trabalhador um risco maior do que os demais membros da coletividade. 4. Aos que objetam cuidar-se de preceito inaplicável à esfera das relações laborais, ante as condições contidas no artigo 7º, XXVII, da Constituição Federal, convém destacar que a leitura restritiva do texto constitucional contraria o próprio espírito da Carta relativamente aos direitos fundamentais do trabalho no que estabelece apenas um núcleo de garantias essenciais que, por sua própria natureza, não pode excluir outros direitos que venham a ser reconhecidos no plano da legislação infraconstitucional doméstica (art. 7º, *caput*, da CF) ou mesmo no direito internacional (art. 5º, parágrafo 3º, da CF), consoante o entendimento adotado em diversos precedentes do TST.¹¹⁹

Ainda em relação ao mesmo julgado, faz-se relevante mencionar que a turma julgadora primeiramente enfrentou a questão da aplicabilidade do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil nas relações de trabalho. Num segundo momento, reconheceu que o trabalhador exercia suas funções na área de risco do empregador.

Constata-se, portanto, que foram utilizados os dois critérios analisados: o da atividade do empregador em relação aos demais membros da coletividade e o do setor em que laborava o empregado em relação aos demais setores da empresa.

A conclusão foi no sentido de que o trabalhador ativava-se dentro da área de risco da reclamada, conforme de depreende do outro trecho do acórdão que se seguir transcrevemos:

¹¹⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 61900-42.2009.5.23.0021 da 7ª turma. Data de julgamento: 27/04/2011. Relatora juíza convocada: Maria Doralice Novaes, data da publicação: DEJT 29/04/2011. Disponível em < <http://aplicação5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroteor> >. Acesso em 22/04/2014.

Na hipótese dos autos, o acórdão regional consigna que a atividade da Empregadora consistia na distribuição e comercialização de energia elétrica, mediante construção, operação e manutenção de usinas e subestações de geração e transmissão de energia elétrica, ao passo que o Trabalhador ativava-se dentro da área de risco da Reclamada, laborando na condição de operador de subestação de energia elétrica de alta tensão, tanto que a causa de sua morte correspondeu a – septicemia por queimadura de 2º e 3º graus - ocorrida em face de eletroplessão - o que revela inegavelmente, a existência do pressuposto indicado do parágrafo único do art. 927 do CC, atraindo a responsabilização objetiva.¹²⁰

Diante da análise doutrinária e jurisprudencial elaborada neste item podemos concluir que a incidência da responsabilidade civil prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil nas relações de trabalho pressupõe o exercício de uma atividade de risco pelo empregador como primeiro pressuposto a ser avaliado. Para cumprir esse primeiro requisito é preciso que a análise dos fatos concretos consiga preencher o conceito de atividade de risco. Tal tarefa deve considerar se a atividade da empresa expõe seus trabalhadores a um risco maior do que o suportado pela coletividade e, num segundo momento, deve verificar se o trabalhador exerce suas funções dentro da área de risco do empregador.

Essa nos parece ser a fórmula mais eficaz para o preencher o conceito legal indeterminado do artigo 927, parágrafo único do Código Civil de 2002 e com isso aplicar a responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho.

¹²⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 61900-42.2009.5.23.0021 da 7ª turma. Data de Julgamento: 27/04/2011, Relatora juíza convocada: Maria Doralice Novaes, Data da publicação: DEJT 29/04/2011. Disponível em <<http://aplicação5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroteor>>. Acesso em 22/04/2014.

3.4.2 Nexos de causalidade

O segundo pressuposto para aplicação da responsabilidade civil objetiva é a verificação do nexo causal entre a atividade de risco exercida pelo empregador e o dano sofrido pelo empregado. É imprescindível que se estabeleça uma relação de causa e efeito como elemento constitutivo e essencial para que surja o dever de indenizar.

Ao contrário da responsabilidade subjetiva, na qual o elo causal se forma com a ação ou a omissão do agente, na responsabilidade objetiva o nexo deve ser apurado entre o dano do trabalhador e a atividade de risco do empregador que, para ser considerada como tal, deve preencher os requisitos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, conforme tratamos no item anterior.

Tendo em vista que na responsabilidade civil objetiva não há a necessidade de comprovação da culpa ou do dolo, o nexo de causalidade passa a figurar como elemento essencial, tanto para estabelecer o dever de indenizar quanto para excluí-lo. Embora, no primeiro momento, a verificação da existência do nexo de causalidade possa parecer de fácil constatação, há na doutrina três teorias que explicam o grau da relação causal a depender da maior ou menor participação da atividade de risco no evento danoso.

A primeira delas é a Teoria da Equivalência de Condições, também denominada de *conditio sine qua non*, que pressupõe a concorrência de todas as condições necessárias para a produção do dano atuando em pé de igualdade. Essa teoria foi desenvolvida em 1860, pelo jurista alemão Maximiliano von Buri e exerceu forte influência na jurisprudência francesa da época. A Corte de Cassação Francesa reconhecia que a existência de uma causa estranha ao fato primário do dano, mas que tenha com ele contribuído,

não impedia que ambos fossem considerados como condições *sine qua non* do prejuízo sofrido.¹²¹ Nas palavras de Fernando Pessoa Jorge,

tal entendimento parte da concepção filosófica de causa, segundo a qual esta é formada por todas as condições que concretamente deram lugar ao efeito, cada condição sem a qual este não teria se dado; cada condição 'sine qua non' seria causa de todo o efeito, porque sem ela, as outras condições não teriam actuado.¹²²

Conclui-se portanto que, para essa teoria, cada um dos eventos que contribuíram para o dano são considerados como causa, mas na ausência de um deles o evento danoso não teria ocorrido.

Sérgio Cavalieri Filho critica essa teoria por conduzir a “uma exasperação da causalidade e uma regressão infinita ao nexo causal” já que, quando aplicada, atribui a responsabilidade a cada uma das condições antecedentes e necessárias à produção do resultado de forma equivalente.¹²³ Sua incidência no Direito Civil levaria à extensão ilimitada da cadeia de causalidade, dificultando e até mesmo impedindo o reconhecimento das hipóteses excludentes de responsabilidade. Isso porque, o fato de terceiro ou o fato da vítima que concorreram para o dano estariam em igualdade de condições da ação ou atividade, não servindo como excludentes de responsabilidade.

Outra vertente que trata do nexo de causalidade é aquela proposta pela Teoria da Última Condição ou também denominada como Teoria da Causa Próxima que, diferentemente da anterior, determina que nexos de causalidade se atrela à última condição que ocorreu antes da existência do dano - ou seja, o conjunto de condições só teria força causal quando agregado a última delas, sendo esta considerada a única e verdadeira causa do dano.

¹²¹ GABURRI, Fernando. **Responsabilidade civil nas atividades perigosas lícitas**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 235.

¹²² JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. 3ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1999, p. 389.

¹²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio, Op. cit., p. 47

Os fundamentos dessa teoria originaram-se na Inglaterra, no século XVI, propostos por Francis Bacon, sendo que sua estrutura acabou dividida em duas possibilidades: a proximidade temporal e a eficiência do fato no dano produzido.¹²⁴ A proximidade temporal eleva como causa aquela ocorrida de maneira mais próxima, do ponto de vista cronológico, dos fatos que antecederam o dano. Tal concepção mostrou-se muito frágil para estabelecer a condição que causou o dano, já que nem sempre o antecedente mais próximo na linha temporal é o determinante para provocá-lo.

A terceira denominada Teoria da Causalidade Adequada, “considera causa de certo efeito a condição que se mostra, em *abstracto*, adequada a produzi-lo”.¹²⁵ Essa teoria prevalece na órbita do Direito Civil, pois nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, como ocorre no Direito Penal, mas somente aquela que foi adequada a produzir o resultado.

Sérgio Cavalieri Filho alerta que além da verificação concreta da condição é preciso apurar, em *abstracto*, se seria ela adequada a produzir o efeito e ainda, se sua interferência foi definitiva.¹²⁶

Dessa forma, ao aplicarmos essa teoria na verificação do nexo de causalidade entre as atividade de risco e os danos produzidos, se faz necessário estabelecer se a atividade analisada era adequada e capaz de, por si mesma, produzir o dano. Tal verificação deve ser elaborada através de um juízo de probabilidade e previsibilidade das consequências, estabelecendo-se assim o elo causal.

A teoria acolhida pelo nosso sistema, segundo a opinião de Sérgio Cavalieri Filho, é a da causa adequada por força do previsto no artigo 403 do Código Civil de 2002, que reproduziu o artigo 1060 do Código de 1916:

¹²⁴ GABURRI. Fernando. Op. cit., p. 232

¹²⁵ JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit., p. 392.

¹²⁶ CAVALIERI FILHO. Sérgio. Op. cit., p. 49.

Art. 403: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direito e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.¹²⁷

Apesar do disposto no artigo acima tratar da inexecução dos contratos, a doutrina civilista estendeu sua aplicação à responsabilidade civil, interpretando a expressão *efeito direto e imediato* como a condição determinante para produzir o dano, segundo o curso natural e ordinário dos fatos e, independentemente, de sua ordem cronológica.

Para Fernando Pessoa Jorge, a Teoria da Causalidade Adequada complementa a Teoria da Equivalência das Condições, já que dentre elas escolhemos aquela que se demonstra mais adequada e indispensável para o fato concreto, de modo que o efeito não seria produzido se ela não ocorresse.¹²⁸

Na hipótese específica da atividade de risco é preciso que se elabore um juízo posterior ao fato, de modo a verificar se os prejuízos foram causados como consequência da evolução normal dessa atividade, sem desvios fortuitos ou acontecimentos extraordinários. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho,

fazer juízo sobre o nexo causal é estabelecer, a partir de fatos concretos, a relação de causa e efeito que entre eles existe (ou não existe) – o que deve ser realizado por raciocínio lógico e à luz do sistema normativo. Lógico porque consiste num elo referencial entre os elementos de fato; normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema do Direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente.¹²⁹

¹²⁷ Idem, p. 50.

¹²⁸ JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit., p. 392.

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 52.

Dessa forma, pela Teoria da Causalidade Adequada, nem todas as condições que concorreram para o evento são equivalentes como ocorre na responsabilidade criminal, mas apenas aquela que foi adequada a produzir o resultado concreto. Vale citar o julgado abaixo, no qual restam bem delineadas a Teoria da Causalidade Adequada em contraposição à Teoria da Equivalência das Condições:

Responsabilidade Civil – Nexo causal. Causalidade adequada. Inexistência. Causa é o antecedente não só necessário, mas, também, adequado à produção do resultado. Adequada será aquela causa que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea para gerar o evento. Não basta que o fato tenha sido em *concreto*, uma condição *sine qua non* do prejuízo. É preciso ainda, que o fato constitua em *abstrato*, uma causa do dano. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva. Provado que a causa direta do dano alegado pelo autor foi um cheque emitido nos idos de 1997, mas só levado a protesto em setembro de 2006 pela empresa comercial que o recebeu, não como considerar causa adequada a abertura de conta corrente pelo banco 10 anos antes. Essa causa remota – causa da causa – não tem relevância em sede de responsabilidade civil porque, em abstrato, não teria como efeito normal provocar ou agravar o resultado. Se assim não se entender, estar-se-á admitindo o retrocesso ao infinito, repudiado por todos os sistemas jurídicos.¹³⁰

Importante, neste momento, diferenciarmos as condições que levaram ao dano das concausas, pois as primeiras concorrem para uma única causa, enquanto as segundas referem-se a outras causas que, somadas à principal, concorrem para o resultado.

As concausas não excluem o dever de indenizar como podemos perceber no trecho do acórdão abaixo transcrito:

Responsabilidade civil – Concausa superveniente – Vítima de atropelamento que vem a falecer de tétano. Ação de indenização contra empresa permissionária de serviço público – Responsabilidade objetiva. Não provada a exclusividade de culpa por parte da vítima, incabível é admitir-se a excludente de

¹³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível 30.664/2007, 13ª Câmara, relator desembargador Sérgio Cavalieri Filho. In FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit., p. 67.

responsabilidade. Havendo multiplicidade de causas, recomendável é aplicar-se a teoria da causalidade adequada.

Voto – Realmente, a dúvida que poderia subsistir, na hipótese em tela, é quanto ao nexo de causalidade. Na certidão de óbito do marido da autora consta multiplicidade de causas, estando ali explicitadas a insuficiência respiratória, diabetes melito e tétano.

É evidente que o tétano constitui uma causa eficiente para o resultado morte e esta enfermidade, sem dúvida alguma foi o desdobramento do acidente que vitimou o marido da autora. Não tivesse sido ele atropelado, o tétano jamais se instalaria em seu organismo.

A relação de causalidade constitui sem dúvida uma das matérias mais tormentosas no campo da responsabilidade civil.

Todavia, tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm dado larga aplicabilidade à teoria da causalidade adequada. Através desta teoria a relevância jurídica de uma causa decorre de uma especial eficácia, no sentido de ter sido a mesma decisiva para o resultado danoso. Em suma, na cadeia causal de determinado evento a causa adequada não reduz sua relevância jurídica pelo fato de causas outras terem colaborado para o dano.¹³¹

Constatamos no julgado supra, que uma das causas adequadas para o evento morte foi a doença adquirida, ou seja, o tétano. Tal situação foi um desdobramento do acidente sofrido pela vítima, de modo que a obrigação de indenizar subsistiu em razão da doença ter sido considerada como uma concausa superveniente.

Alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho trazem em seu fundamento a concausalidade como forma de instituir o nexo causal nos casos em que resta configurado o exercício de atividade de risco. Tal entendimento decorre das disposições de Direito Previdenciário, especificamente a lei 8.213 de 24 de julho de 1992, que dispõe sobre o plano de benefícios da previdência. O artigo 21, I, da citada norma equipara ao acidente de trabalho qualquer acidente que tenha contribuído diretamente para

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro. Apelação cível 14.786/92, 1ª Câmara, relator Celso Ferreira Filho. In CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p 68.

o dano do trabalhador, mesmo que não tenha sido a causa única do infortúnio.¹³²

Podemos constatar pelo trecho do acórdão proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho, abaixo transcrito, a sua incidência:

O acidente de motocicleta a serviço da empresa foi causador de alterações patológicas ou de agravamento dos sintomas relativos à ruptura do tendão supra-espinhoso'. Somente esse fato não seria definitivo se não fosse o reconhecimento do próprio laudo pericial de que a empresa emitiu CAT, ante a verificação de que o empregado *Sofreu acidente do trabalho em 15/08/2002, quando dirigia a motocicleta, por volta das 13 horas, quando um carro travou e bateu com a moto na traseira do carro, sendo jogado ao solo*'. Ora, se a queda de motocicleta não foi o único fator, atuou, ao menos, como concausa à moléstia do empregado.¹³³

O julgado supra mencionado considerou a responsabilidade do empregador não só pela concessão da estabilidade provisória, como garante a lei previdenciária, mas também o considerou responsável pelos danos sofridos pelo reclamante, mesmo sem a conclusão exata sobre o nexo de causalidade entre o dano e o acidente. Essa situação decorre, justamente, do entendimento de que o acidente pode ter contribuído como concausa do dano, sendo essa condição suficiente para determinar a responsabilidade do empregador. Vale transcrever outra parte do acórdão:

Pode-se se concluir que o Reclamante, sofreu lesão ao nível do membro superior direito, acarretando em alterações patológicas que podem ser decorrentes de acidente de trabalho ou de suas atividades desenvolvidas laboralmente, havendo a possibilidade de ter relação, ou terem sido intensificadas no período em que laborou para a Reclamada. 'Há a possibilidade de que tenha ocorrido um agravamento ou intensificação dos sintomas referidos pelo Reclamante em função de seu histórico.'¹³⁴ Como se

¹³² Brasil. Lei de Benefícios da Previdência Social 8.213 de 24 de julho de 1991: artigo 21. "Equiparam-se também ao acidente de trabalho, para efeitos desta lei: I- o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para sua recuperação."

¹³³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 3816-08.2010.5.04.000. Relator ministro Alexandre Agra Belmonte. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/acordaos/inteiroteor>>. Acesso em 28.7.2015.

¹³⁴ Idem. Trecho do laudo pericial transcrito no acórdão.

constata do laudo e ressaltado na sentença (fl. 633-verso), o laudo não é conclusivo quanto à existência do nexo causal entre a moléstia e o acidente.

Em que pese o laudo não ter estabelecido, conclusivamente, o nexo de causalidade entre o acidente e o dano, entenderam os ministros responsáveis por este julgamento, que a concorrência de causas era suficiente para gerar a responsabilidade do empregador. Conforme fundamentado abaixo pelo relator, ministro Alexandre Agra Belmonte:

Responde o empregador pelos acidentes típicos; pelas doenças ou enfermidades ocupacionais, assim entendidas as provocadas pelo exercício da profissão (doenças profissionais) ou das circunstâncias da realização do serviço ou do ambiente de trabalho (doença do trabalho); e pelas concausas, que são, por força da lei, consideradas como acidente do trabalho (arts. 20 e 21 da Lei nº 8.212/1991). Assim, são concausas, equiparáveis ao acidente de trabalho, outras causas que, juntando-se à principal, contribuam diretamente para a morte do segurado, para a redução ou perda da sua capacidade para o trabalho ou para produzir lesão que exija atenção médica para a sua recuperação (art. 21, I, Lei nº 8.213/91), como um erro médico, a superveniência de infecção hospitalar ou a preexistência de diabetes complicadora do quadro geral da vítima. O empregador responde pelo resultado, independentemente de não ter sido o causador das concausas.¹³⁵

Além disso, os julgadores entenderam pela procedência da indenização por danos morais e materiais com base no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, em razão de reconhecer que a atividade de motoboy, expõe o empregado a risco à sua incolumidade física, acima do normal, conforme percebemos no trecho abaixo:

Inegável o risco inerente à atividade profissional que submete o empregado a deslocamentos constantes em motocicleta, tendo em vista os alarmantes índices de acidentes de trânsito observados quanto a essa categoria de veículo. Decorrendo do cumprimento de ordem de trabalho, a exposição do empregado.¹³⁶

¹³⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 3816-08.2010.5.04.000. Relator ministro Alexandre Agra Belmonte. Disponível em Obtido <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em 28.7.2015. No acórdão o ministro relator cita artigo de sua lavra: BELMONTE, Agra Alexandre, **Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho**. Revista do TST, Brasília, Vol. 73, nº 2, abril/junho 2007.

¹³⁶ Ressalte-se que esse entendimento tem se mantido constante no Tribunal Superior do Trabalho, como verificamos nos seguintes julgados: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho.

Ainda, como exemplo da aplicação da hipótese de concausa, podemos citar o empregado da construção civil que sofre uma pequena lesão no braço durante o exercício de suas funções e acaba por tê-lo amputado em decorrência de uma infecção hospitalar. O fato primário, ou seja, o acidente de trabalho ocorrido, concorreria em igualdade de condições com a infecção provocada pelo ambiente hospitalar na produção do dano como um todo, ou seja, a amputação do braço. A concausa, no exemplo acima, agravou o dano mas não poderia produzi-lo sozinha já que o trabalhador não teria a infecção se não fosse acometido pela lesão principal, resultado do exercício da atividade de risco.

A Teoria da Causalidade Adequada relaciona-se perfeitamente com as concausas tanto preexistentes quanto supervenientes ou concomitantes, não eliminando a relação causal.

Nas hipóteses das concausas preexistentes, tais como as condições pessoais de saúde da vítima que possam agravar o resultado, não há a possibilidade, delas sozinhas, eliminarem ou diminuírem a responsabilidade do agente. Ainda que o mesmo não tenha conhecimento da causa antecedente que agravou o infortúnio a causalidade adequada decorreu do fato posterior e não da condição antecedente da vítima.

Da mesma maneira, a concausa superveniente ou mesmo concomitante, como por exemplo a demora no atendimento emergencial da vítima de um acidente, não retira do agente a responsabilidade pelo agravamento do dano, posto que a concausa sozinha não poderia produzir o infortúnio.

Recurso de Revista 3816-08.2010.5.04.000. Relator ministro Alexandre Agra Belmonte; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos declaratórios em Recurso de Revista 81100-64.2005.5.04.0551. Relator ministro João Orestes Dalazen; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 532-32.2011.5.08.0004. Relator ministro Lelio Bentes Corrêa; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 660-52.2011.5.03.0049. Relatora ministra Dora Maria da Costa. Disponíveis em <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 28.7.2015.

Concluímos, portanto, que só haverá o rompimento do nexo causal quando o fato superveniente assumir o papel preponderante, absorvendo o fato anterior e conseqüentemente, interrompendo a relação de causa e efeito anteriormente estabelecida, o que analisaremos no quarto capítulo, no qual trataremos especificamente das excludentes de responsabilidade civil objetiva pelo exercício de atividade de risco.

3.4.3 Dano

Quando tratamos da responsabilidade civil, o primeiro elemento que nos vem em mente é sem dúvida o dano, até porque em nosso sistema não há que se falar em indenização sem prejuízo, já que objetivo da responsabilidade civil é reparar a vítima retornando-a, dentro do possível, ao estado anterior ao fato.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, V,¹³⁷ elevou à categoria de direitos fundamentais as indenizações por danos materiais, morais e à imagem. Mais adiante, no inciso X,¹³⁸ tornou invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito de indenização por danos materiais ou morais decorrentes da violação dessas garantias. Tendo em vista que o legislador constituinte utilizou-se do conectivo “ou” entre os tipos de indenizações que seriam asseguradas, houve a

¹³⁷ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

¹³⁸ Idem. Inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade de cumulação das mesmas.

Desse embate, restou editada a Súmula 37¹³⁹ do Superior Tribunal de Justiça que entendeu serem cumuláveis as indenizações por dano moral e material oriundas do mesmo fato.

Especificamente em relação ao dano moral, outra dificuldade enfrentada pela doutrina civil foi delimitar a gravidade da lesão que se caracterize suficiente para configurar-se como indenizável, ou seja, o interesse da vítima deve ser de tal relevo que justifique a proteção legal.¹⁴⁰ Por essa razão a jurisprudência têm feito a distinção entre dano e dissabores típicos da vida em sociedade, conforme podemos verificar no trecho do acórdão abaixo:

Com efeito, o fato de ter passado a exercer as mesmas funções de um desossador, porém ter continuado a perceber salário inferior até a data da rescisão contratual, não é suficiente, por si só, para caracterizar o dano moral e ensejar a indenização pretendida pelo reclamante, ainda que lhe possa ter causado aborrecimentos, eis que meros dissabores e aborrecimentos fazem parte do cotidiano de qualquer cidadão.¹⁴¹

A diferenciação entre dano e mero dissabor se faz relevante apenas na caracterização do dano moral tendo em vista que esse nasce com a violação dos direitos da personalidade. Dessa forma, a atividade de risco deve causar uma violação a esses direitos para que surja o dano moral a ser indenizado. Em relação ao dano material, por tratar-se de prejuízo mensurável, conseguimos com maior clareza identificar a sua diminuição.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fatos”.

¹⁴⁰ JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit., p. 387

¹⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 2283.2012.5.24.00.86. 7ª turma. Relator ministro Vieira de Mello Filho. Data da publicação 24/06/2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>>. Acesso em: 22/07/2015.

Sérgio Cavalieri Filho conceitua dano como sendo a

subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.¹⁴²

Com base no conceito acima, o dano entendido como lesão de um bem jurídico pode ser dividido em patrimonial e moral.

O dano patrimonial atinge os bens materiais da vítima e pode ser mensurado através de uma avaliação pecuniária que consegue restituir à vítima, por meio equivalente, a situação anterior à lesão. O dano material pode ainda se caracterizar por um dano emergente ou um lucro cessante. O primeiro ocorre pela diminuição direta do patrimônio do lesado - ou seja, aquilo que ele efetivamente perdeu - enquanto o lucro cessante refere-se à uma consequência futura sobre o patrimônio da vítima que se caracteriza pela frustração de um ganho esperado.

Devemos ressaltar que para caracterizar o lucro cessante é necessário que ocorra a frustração de um ganho que era razoavelmente esperado, não se tratando de um ganho hipotético nem tampouco remoto. Para Fernando Pessoa Jorge,

o lucro cessante pressupõe que o lesado tinha, no momento da lesão, um direito ao ganho se frustrou, ou melhor a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se lhe daria o direito a esse ganho(...)a certeza dos lucros cessantes, bem como dos prejuízos futuros, baseia-se na evolução normal e, portanto, provável dos acontecimentos.¹⁴³

Há ainda, dentro da espécie de dano material, a Teoria da Perda de uma Chance, originária da doutrina francesa "*perte d'une chance*"

¹⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 71.

¹⁴³ JORGE, Fernando Pessoa. Op. cit., p. 378 e 387.

que se configura pela perda ou pelo desaparecimento de uma condição futura que possibilitaria um benefício para a vítima.

Ressaltamos que a chance deve ser real e não uma mera possibilidade aleatória, o que só pode ser auferido no caso concreto já que a chance não é certa tal qual o lucro cessante, mas deve conter uma probabilidade real de sucesso para que seja indenizável. Nesses casos, a indenização será mensurada pelo prejuízo causado pela perda da chance e não pela perda da própria vantagem, critério este que deverá ser observado no momento da quantificação do valor da indenização.

Em relação ao dano moral podemos afirmar que - após a Constituição de 1988 que trouxe a dignidade humana para o patamar de condição fundamental do nosso sistema jurídico e, posteriormente, com o Código Civil de 2002 que trouxe os direitos da personalidade em capítulo próprio - o mesmo não se restringe apenas à dor, tristeza ou sofrimento, mas decorre da violação dos direitos da personalidade, abrangendo as ofensas à pessoa, considerada em suas dimensões individual e social.

Com a entrada em vigor do diploma civil em 2002, a construção do dano moral considerou a violação dos direitos de personalidade como ponto de partida para o dever de indenizar. Esses direitos vieram disciplinados em capítulo específico, positivados nos artigos 11 a 21. Em sede constitucional, os direitos de personalidade estão inseridos, no artigo 5º, incisos V, VI, IX, X, XI, e XII, dentre outros que afetem os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa e suas projeções sociais.¹⁴⁴

Pela construção da responsabilidade civil podemos concluir que o dano moral compreende toda a espécie de dano à pessoa que surge com a violação aos direitos da personalidade. Como afirma José Joaquim Gomes Canotilho,

¹⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª ed Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 17.

Muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como «direito à pessoa ser e à pessoa devir», cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.¹⁴⁵

Nessa perspectiva, o dano moral torna-se gênero do qual são espécies todos os danos decorrentes da violação dos direitos da personalidade, estando aí incluídos o dano estético e o dano existencial, não mais como danos autônomos, mas como espécies de dano moral.

O Código Civil de 2002, nos artigos 11 a 21, apenas enumera os direitos da personalidade, não os apresentando de maneira taxativa. A tutela geral da personalidade humana pode fazer surgir novos direitos da personalidade conforme a evolução da sociedade.

A construção da responsabilidade civil brasileira não coloca o dano moral como a angústia ou o sofrimento, mas como um dano decorrente da violação dos direitos da personalidade sendo, inclusive, desnecessária a sua comprovação, posto que surge *in re ipsa* ao atingir a esfera de direitos do lesado. Assim, toda vez que restar violado um direito de personalidade, haverá a obrigação de indenizar decorrente de tal violação.

Enfrentaremos agora as duas espécies de dano que já mencionamos – o dano existencial e o dano estético – sob a perspectiva de espécies de dano moral.

¹⁴⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396.

O dano existencial, assim entendido como aquele que frustra a realização do projeto de vida do trabalhador causando-lhe prejuízo em sua vida privada, caracteriza-se como espécie de dano moral.

O infortúnio laboral decorrente da atividade de risco pode impedir o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações sociais - ou seja, pode obstruir a integração do trabalhador à sociedade ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, violando assim os direitos da personalidade do trabalhador, tais como sua integridade psíquica, autoestima e consideração social. Por possuir a mesma matriz causal do dano moral, qual seja, a violação aos direitos da personalidade, e o mesmo efeito, o de atingir a esfera extrapatrimonial do indivíduo, o dano existencial deve ser indenizado como espécie de dano moral.

Da mesma forma, o dano estético assim considerado como “uma alteração corporal morfológica externa que cause desagrado e repulsa não só para a pessoa ofendida, como também para quem a observa”,¹⁴⁶ também configura-se como espécie de dano moral posto que, da mesma forma, viola os direitos da personalidade da vítima. A imagem do trabalhador, sua integridade física e psíquica, sua consideração social e sua autoestima são os bens lesados com o dano estético. Assim, a lesão estética decorrente de acidente de trabalho deve ser indenizada, mesmo que não traga consigo uma diminuição da capacidade laborativa, tendo em vista caracterizar-se como espécie de dano moral.

Tendo em vista a impossibilidade de quantificação estritamente matemática do dano moral, a indenização terá que ser fixada por arbitramento. Para tanto, o julgador deve considerar um benefício de ordem material, até por ser a única forma possível, para permitir que a vítima compense o dano moral sofrido, desfrutando de distrações ou realizando projetos que atenuem sua lesão.

¹⁴⁶ MELO. Raimundo Simão. Op. cit., p. 413.

Em relação à quantificação da indenização decorrente da responsabilidade civil objetiva pelo exercício de atividade de risco, entendemos que esta deve considerar apenas a sua função meramente reparadora, já que a atividade é lícita e não houve o descumprimento de um dever legal - caso contrário resvala-se na Teoria da Culpa.

Por essa razão, não há o viés pedagógico da indenização nem tampouco a finalidade de desestímulo da conduta, desconstruindo-se a função preventiva-punitiva para apenas promover a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse sofrido a lesão.

Especificamente nas relações de trabalho, os danos que comumente ocorrem pelo exercício da atividade de risco são aqueles decorrentes dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Os infortúnios laborais, aqui delimitados àqueles decorrentes da relação subordinada entre empregado e empregador, nos termos do artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, são classificados em acidente-tipo e doenças ocupacionais, ambas espécies do gênero acidentes de trabalho. Isso porque o legislador brasileiro os equiparou para os fins de proteção ao trabalhador.

O acidente típico de trabalho foi conceituado no artigo 19 da lei 8.213 de 24 de julho de 1991¹⁴⁷ como aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que resulte na morte ou na perda ou redução da capacidade laborativa, ainda que temporária.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, artigo 19: “Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho”.

Por força da condição de segurados obrigatórios do regime geral da previdência social, os trabalhadores empregados possuem a garantia da cobertura estatal contra acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Porém, tal cobertura, não é integral visto que assegura apenas o pagamento de uma indenização de dano material através de uma renda mensal nos casos em que o infortúnio tenha causado incapacidade total ou parcial, temporária ou definitiva para o trabalho.

Essa renda não repõe a perda salarial do trabalhador, tendo em vista que nem sempre é integral em relação à remuneração percebida quando ele estava em atividade. Além disso, não acompanha os reajustes salariais da categoria e está limitada a um teto estabelecido pelo artigo 33 da lei 8.213 de 24 de julho de 1991.¹⁴⁸

Nessa configuração, os danos emergentes decorrentes de despesas médicas, medicamentos, tratamentos de reabilitação, bem como os danos extrapatrimoniais não estão incluídos na responsabilidade estatal e recaem na responsabilidade civil do empregador, desde que preenchidos os pressupostos legais, conforme tratados neste capítulo.

O artigo 950 do Código Civil de 2002 trata especificamente da perda ou diminuição da capacidade de trabalho, valendo aqui a sua transcrição:

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

¹⁴⁸ Idem, artigo 33: “A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao salário mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário de contribuição, ressalvado o disposto no artigo 45 desta lei”.

Importante frisar que, por força do artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988 a relação jurídica de responsabilidade civil do empregador não se confunde com a relação de segurado do INSS, posto que esta última decorre do risco social assegurado pela cobertura estatal.

Ressaltamos que o acidente de trabalho pode atingir, e não raras vezes o faz, a integridade psíquica do trabalhador, até mesmo como consequência da própria incapacidade física que dele resultou.

As enfermidades ocasionadas pela execução do trabalho estão conceituadas no artigo 20 da lei 8.213 de 24 de julho de 1991. O inciso I da citada norma equipara a acidente de trabalho todas as doenças profissionais que decorrerem do exercício de determinada atividade e que constem da lista elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Já o inciso II, trata das doenças laborais, assim entendidas aquelas que foram adquiridas ou desencadeadas em função das condições especiais de trabalho, também relacionadas à lista acima mencionada.¹⁴⁹

Dessa forma, em se tratando de acidente de trabalho típico ou doença ocupacional, decorrentes do exercício de atividade de risco, o empregador poderá ser responsabilizado de forma objetiva pelos infortúnios causados aos seu empregados.

Os danos podem ser morais ou materiais, incluindo-se nessa última categoria os lucros cessantes decorrentes da diferença entre o valor da renda previdenciária e os rendimentos do trabalhador se na ativa estivesse, os danos emergentes do infortúnio, bem como aqueles decorrentes da perda de

¹⁴⁹ BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, artigo 20: “Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I”.

uma chance, além da indenização prevista no artigo 950 do Código Civil de 2002. Ressaltamos que sempre será necessária e imprescindível a verificação da relação de causalidade entre a atividade e o dano, sem a qual não haverá o dever de reparação.

4 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE NAS RELAÇÕES DO TRABALHO.

A cláusula de responsabilidade civil objetiva prevista no Código Civil de 2002 não fixou quais seriam as excludentes a serem analisadas na responsabilidade civil pelo risco da atividade, a exemplo do que fez o Código de Defesa do Consumidor. Da mesma forma, não trouxe em seu texto a possibilidade da produção de prova liberatória do dever de indenizar, como previsto no Direito italiano e no Direito português, nos artigos 2050 e 493, item 2, respectivamente, ambos positivados no Código Civil dos países supracitados.

A prova liberatória é aquela por meio da qual é possível a exclusão da responsabilidade mediante a comprovação de que o autor do dano tomou todas as providências idôneas para evitar o infortúnio. Como exemplo, podemos citar o empregador que fornece os equipamentos de proteção individual adequados, que fiscaliza o seu uso, faz a manutenção e troca dos mesmos com a habitualidade necessária, bem como treina seus funcionários para as atividades que precisam desenvolver e para o correto uso desses equipamentos. No Direito brasileiro, esse tipo de prova não beneficia o causador do dano que desenvolve a atividade de risco, conforme ressaltado por Claudio Luiz Bueno de Godoy:

Assim, irrelevante, à responsabilização do agente, a questão de quais medidas ele eventualmente adotou para procurar impedir a eclosão do evento danoso. É, como se disse, a rigor uma discussão de prudência, de culpa, mesmo que com ônus invertido, completamente estranha ao sistema que, no caso, é de responsabilidade objetiva, mesmo que não absoluta, com excludentes que, porém, são externas, de quebra de causalidade.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Op. cit., p. 109.

Por essa razão, resta estabelecer quais são e em que condições incidem as excludentes de responsabilidade civil pelo exercício de atividade de risco.

Com a conclusão a que chegamos - no sentido de que o risco tratado no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não é o integral e sim o criado - obrigatoriamente se faz necessário o reconhecimento dos elementos que possibilitam a exclusão do dever de indenizar em razão do rompimento da relação de causa e efeito entre o a dano e a atividade de risco desenvolvida pelo empregador. Isso porque, apenas a Teoria do Risco Integral é capaz de manter o dever de indenizar independentemente de qualquer circunstância que possa interferir na relação de causalidade.¹⁵¹

Na hipótese específica do acidente de trabalho, é possível diferenciar a responsabilidade da Previdência Social, baseada na Teoria do Risco Integral, da responsabilidade civil do empregador, fundamentada, na Teoria do Risco Criado pela atividade que desempenha.

De início, já podemos afirmar que a quebra do nexo de causalidade é a excludente natural da responsabilidade civil objetiva, posto que a relação de causa e efeito entre a atividade e o dano é pressuposto essencial ao reconhecimento do dever de indenizar. Diante dos danos causados pelas atividades de risco, para eximir-se da responsabilidade civil objetiva, o empregador deverá comprovar que o dano provém de outra causa que não da atividade por ele desenvolvida.

Importante ressaltar que o fato da responsabilidade civil objetiva ter sido impulsionada pelos acidentes de trabalho não raras vezes conduz ao pensamento equivocado de que o empregador deve responder pelos danos causados independentemente de quem tenha a culpa, quando o correto entendimento é aquele de acordo com o qual o dever de indenizar

¹⁵¹ BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 259.

permanece independentemente da existência de culpa do empregador. Porém, em se tratando da presença de culpa de outrem estranho à atividade, ou da vítima de forma exclusiva, o dever de indenizar do empregador não mais persistirá. Da mesma forma, devemos já adiantar que nem todas as excludentes de responsabilidade civil subjetiva são aplicadas à responsabilidade civil objetiva pelo exercício da atividade de risco.

O estado de necessidade, delineado nos artigos 188, II, 929 e 930 do Código Civil de 2002, a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estrito cumprimento do dever legal não são aplicáveis como excludentes da responsabilidade civil objetiva prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil por serem incompatíveis com o instituto. Isso porque, tais excludentes estão ligadas a uma conduta do agente do dano de forma pessoal, enquanto que a responsabilidade civil pelo exercício de atividade de risco não possui a característica da pessoalidade do causador do dano, sendo a própria atividade que inicia o elo de ligação que culmina no infortúnio.

Para estabelecer as excludentes aplicáveis se faz necessário um estudo paralelo entre as legislações civil e trabalhista, com foco nas garantias constitucionais dos trabalhadores, evitando-se o desvio da correta aplicação da responsabilidade civil objetiva no âmbito das relações laborais. Por meio desse estudo integrado será possível estabelecer as hipóteses em que o dever de indenizar deverá ser afastado pela verificação da quebra do nexo causal entre a atividade desenvolvida e o prejuízo sofrido. Analisaremos as excludentes de ordem natural, tais como a força maior e o caso fortuito e as de ordem voluntária decorrentes da culpa exclusiva da vítima ou da culpa de terceiro, além das hipóteses de conduta de risco concorrente. Por fim, neste capítulo, analisaremos a prova de causalidade nas atividades de risco.

4.1 Caso fortuito e força maior

O artigo 393 do Código Civil de 2002, localizado na parte geral do Direito das Obrigações, prevê as duas excludentes de responsabilidade civil a serem estudadas neste tópico e que, por resultarem no rompimento do nexo causal, podem afastar a responsabilidade pelo exercício da atividade de risco. O parágrafo único do artigo citado traz a definição dos dois institutos, porém não os distingue, limitando-se a afirmar que ambos são fatos necessários, cujos efeitos não eram possíveis de ser evitados ou impedidos.¹⁵²

Tal indistinção provocou várias discussões sobre a existência ou não de diferenças conceituais entre o caso fortuito e a força maior, sem que houvesse contudo, um entendimento uniforme sobre o tema na doutrina civilista.

De qualquer forma, ambos estão fora do alcance da culpa, pois estranhos à vontade do agente e não imputáveis a ele, tratando-se mesmo de acontecimentos externos que não poderiam ser evitados pela diligência nem tampouco impedidos pela vontade do autor do dano.

Alguns autores, como Arnaldo Rizzardo, entendem que a distinção entre caso fortuito e força maior seria importante se os efeitos fossem diferentes para cada um dos institutos, mas em se tratando de excludentes de responsabilidade civil, tanto um como outro quebram o nexo de causalidade entre a ação e o dano. Para o citado autor, o importante é identificar o elemento objetivo presente em ambos, ou seja, a inevitabilidade do dano, e o

¹⁵² BRASIL. Código Civil. Artigo 393: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não houver por eles se responsabilizado”. Parágrafo único: “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujo os efeitos não era possível evitar ou impedir

elemento subjetivo, configurado pela imputabilidade do agente em razão da ausência de culpa no comportamento.¹⁵³

Entretanto, essa afirmação não se concilia com a responsabilidade civil objetiva quando se trata da atividade de risco, já que o caso fortuito, nessas hipóteses, é analisado de duas formas diferentes, quais sejam, como intrínseco ou extrínseco à atividade normalmente desenvolvida, levando a diferentes consequências em relação ao dever de indenizar. Por essa razão optamos por analisar os dois institutos de maneira individualizada.

Para o propósito deste estudo utilizaremos a definição de Sérgio Cavalieri Filho pela qual o caso fortuito decorre de evento imprevisível e por essa razão inevitável. Por outro lado, a força maior caracteriza-se pela inevitabilidade, tendo em vista a natureza irresistível do evento, tal como ocorre quando há terremotos ou inundações.¹⁵⁴

Mas, para que se configure como excludente, é necessário que o evento que produziu o dano seja de ocorrência inevitável, revestindo-se de uma irresistibilidade para toda e qualquer pessoa. Isso porque a inevitabilidade deve ser absoluta e não uma mera dificuldade, bem como a resistência ao fato deve se configurar além do poder humano de reação.

Especificamente, em relação à responsabilidade civil pelo risco, devemos identificar o que é ou não estranho à atividade do agente, ou seja, devemos definir o que está além do risco produzido pela atividade e que, de maneira inevitável, não pudesse ser impedido.

¹⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 90.

¹⁵⁴ Op. cit., p. 85.

A doutrina consumerista¹⁵⁵ adotou a diferenciação entre fortuito externo e interno, sendo o primeiro um evento fortuito alheio ao risco normal da atividade desenvolvida e o segundo derivação de um evento interno ocorrido dentro dos limites do risco da atividade, conforme conceitua Arnaldo Rizzardo,

Considera-se interno quando surge da própria coisa, de sua fabricação, fazendo parte da atividade do fornecedor; já se tem como externo quando não se encontra qualquer relação entre sua verificação e a coisa ou atividade. O prejuízo que acontece é estranho ao produto ou serviço.¹⁵⁶

Também Sérgio Cavalieri adota essa diferença entre fortuito interno e externo quando exemplifica a atividade de transportadoras:

Entende-se por fortuito interno o fato imprevisível, e por isso inevitável que se liga à organização da empresa, relaciona-se com os riscos da atividade desenvolvida pelo transportador. O estouro de pneu de ônibus, o incêndio do veículo, o mal súbito do motorista etc, são exemplos do fortuito interno; por isso, não obstante acontecimentos imprevisíveis, estão ligados à organização do negócio explorado pelo transportador.¹⁵⁷

Dessa forma, o fato excludente decorrente de fortuito habitualmente inserido na atividade não serve para afastar a responsabilidade civil objetiva pelo exercício de atividade de risco, em virtude da sua previsibilidade. Para Cláudio Brandão,

Se o agente causador do risco provém de fatos comuns ao exercício da atividade empresarial ou do modo de execução do trabalho por parte do empregado, ainda que oriundos da ação de terceiros, não são capazes de afastar o dever de reparação atribuído ao empregador, ainda que imprevisível e inevitável. O elemento chave nessa análise diz respeito à ligação que deve existir entre o fato que ocasiona o dano e a atividade empresarial habitualmente exercida.¹⁵⁸

¹⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 124.

¹⁵⁶ Op. cit., p. 96.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 302.

¹⁵⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador.** 4ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 263.

Essa linha de entendimento vem sendo adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho conforme podemos verificar no trecho abaixo transcrito do acórdão que tratou da responsabilidade civil por danos causados ao empregado bancário, vítima de sequestro, durante um assalto numa das agências do empregador:

Há que se ressaltar, ainda, que o assalto, por dedução óbvia, é fato de terceiro, motivo pelo qual não se pode admitir a presença da excludente da responsabilidade mencionada pela recorrida. No caso da atividade bancária, qualifica-se como 'fortuito interno', como tal considerado o evento que não se mostra estranho à atividade empresarial na qual foi produzido.¹⁵⁹

Percebe-se no julgado acima o entendimento no sentido de permanecer incólume o nexo de causalidade mesmo em se tratando de fortuito comparado a fato de terceiro, em razão da exposição do empregado bancário a um risco maior de ser vítima de danos decorrentes de assaltos, que o risco imposto aos demais cidadãos.

Já para configuração do caso fortuito externo capaz de excluir o dever de indenizar, quando se trata de atividade de risco, é preciso que o evento seja imprevisível e, por isso inevitável, como por exemplo uma bomba lançada no transporte público. Nesse caso, o empregador não seria responsabilizado pelos eventuais danos sofridos por seus empregados ante a impossibilidade de previsão do dia, do horário e do local em que o agente do dano vá agir, ou mesmo se esse fato um dia iria acontecer. Além disso, tal situação poderia ocorrer em qualquer atividade não fazendo parte do risco criado pelas empresas de transporte, já que essa mesma bomba poderia ter atingido uma banca de jornal, um supermercado, ou qualquer outro local, independentemente da atividade ali desenvolvida.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1492-49.2010.5.03.0137, relator ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª turma, publicado em 19.11.2014. Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 02/07/2015.

Com relação à força maior, que embora possa ter certa previsibilidade se torna inevitável por ser irresistível, temos os fatos da natureza como maior exemplo de situações excludentes, tais como tempestades, terremotos, e outros eventos naturais de tal magnitude que não possibilite a reação de resistência ao evento.

Ainda assim, há exemplos de julgados que desconsideram fatos naturais como excludentes quando resta clara a possibilidade de se evitar o infortúnio. Como exemplo citamos o acórdão abaixo:

Responsabilidade civil – Desmoronamento de encosta – Causa adequada – Inocorrência de força maior. O fato de ter o desmoronamento ocorrido durante a realização de obras de terraplanagem e apenas no local onde havia a movimentação de terras evidencia que as chuvas, embora torrenciais, não foram a *causa determinante do evento*, mormente quando já eram previstas na região, tanto assim que o engenheiro responsável pelas obras advertiu a apelante dos riscos meses antes do acidente. Quando o evento além de previsível, era evitável mediante emprego de técnica adequada, não há que se falar em caso fortuito ou de força maior, mas sim de culpa.¹⁶⁰

Os fortuitos externos e a força maior, portanto, são fatos que não guardam relação com a atividade de risco desenvolvida pela empresa. Além disso, por serem imprevisíveis e inevitáveis na primeira hipótese e, previsíveis porém irresistíveis na segunda hipótese, rompem o nexo de causalidade e exoneram o empregador do dever de indenizar.

¹⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível 1.347/94. 3ª. Câmara Cível, relator desembargador Sérgio Cavalieri Filho. In FILHO, Sergio Cavalieri. Op. cit., p. 67.

4.2 Fato exclusivo da vítima e conduta concorrente.

A conduta da vítima que desencadeia o evento danoso, de forma única e exclusiva, sem que tenha concorrido qualquer participação de terceiros ou da atividade a qual está vinculada, não gera o dever de indenizar. Nesses casos, a causalidade do dano não se vincula à atividade desenvolvida, mas sim à conduta da própria vítima que produziu o resultado lesivo.

Tal situação, entretanto, não pode ser confundida com a conduta concorrente da vítima prevista no artigo 945 do Código Civil de 2002: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Na hipótese tratada no primeiro parágrafo, quem dá causa ao evento é exclusivamente a própria vítima ao passo que na hipótese tratada no segundo parágrafo há uma concorrência de causas; ou seja, a atividade era considerada de risco, mas a conduta da vítima colaborou para o infortúnio.

Para que se configure o fato exclusivo da vítima como excludente de responsabilidade civil objetiva, é preciso que a causa única e determinante do evento tenha sido por ela produzida, o que significa que, devemos verificar a causalidade adequada entre a conduta da vítima e o dano por ela sofrido. Tal situação só será capaz de eliminar o dever de indenizar se causar o deslocamento do nexo causal da atividade de risco exercida pelo empregador para a conduta do empregado. Por essa razão, a melhor técnica impõe que a denominemos como fato exclusivo da vítima e não culpa, posto

que se trata do afastamento do próprio nexo causal e portanto, na sua análise não transitamos pelo elemento culpa.¹⁶¹

A jurisprudência tem reconhecido a culpa exclusiva da vítima, como excludente da responsabilidade civil objetiva, quando o nexo de causalidade entre a acidente e o dano não decorre da atividade de risco do empregador:

No que se refere à responsabilidade civil do empregador por danos decorrentes de acidente do trabalho, a regra geral é a responsabilidade subjetiva, com suporte na culpa (em sentido lato) do empregador. Assim, nos termos do art. 186 do CC, são pressupostos da responsabilidade civil: a conduta do agente (omissiva ou comissiva), o dano e o nexo de causalidade. Todavia, há fatores que rompem o liame causal e, portanto, o dever de indenizar. É o que ocorre quando o acidente do trabalho acontece por culpa exclusiva da vítima. *In casu*, o empregado laborou, no mínimo, com imprudência no momento do acidente, pois, sendo ele o condutor de caminhão e possuidor de experiência em seu ofício, já que exercia função de motorista há quase trinta anos, tinha conhecimento do método correto de troca dos pneus, mas, ainda assim, se colocou em posição arriscada ao tentar retirar o macaco hidráulico que sustentava o pneu que não mais estava calçado com cascalho, vindo a ser prensado pela roda do caminhão.¹⁶²

O reconhecimento do fato exclusivo da vítima requer que o julgador estabeleça um critério que determine a exclusividade da conduta do empregado na produção do dano.

Enquanto o fato exclusivo da vítima afasta em definitivo o dever de indenizar, a conduta concorrente implica na avaliação pelo julgador da parcela de participação de cada uma das partes para a produção do dano. Essa providência se faz necessária tendo em vista que, embora não se possa afastar o dever de indenizar, deve ele restringir-se à proporcionalidade entre a conduta da vítima e a atividade de risco, respondendo o empregador apenas

¹⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 64.

¹⁶² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª região. Recurso Ordinário 00670.2008.006.23.00-4, relator desembargador Edson Bueno, data do julgamento: 10.02.2009. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>> . Acesso em 21/07/2015.

pelo grau de participação do risco que criou para resultar no infortúnio do empregado.

Tanto o fato da vítima analisado neste item quanto o fato de terceiro que analisaremos no item a seguir foram incluídos expressamente no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 12, parágrafo 3º, III e 14, parágrafo 3º, II, como cláusulas excludentes da responsabilidade objetiva.¹⁶³

A aplicação dessas duas excludentes no Direito do Trabalho decorre da análise sistemática do instituto da responsabilidade civil objetiva que estabelece o nexo causal como pressuposto indispensável ao reconhecimento do dever de indenizar.

4.3 Fato de terceiro.

Primeiramente cabe identificar quem é o terceiro, capaz de quebrar o nexo causal na relação estabelecida na responsabilidade civil objetiva pelo exercício de atividade de risco. Tendo em vista que as atividades normalmente desenvolvidas envolvem várias pessoas, há que se distinguir

¹⁶³ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Artigo 12: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto de fabricação, construção, montagem, formulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (...) Parágrafo 3º: O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsável quando provar: (...) III – a culpa exclusiva do consumidor ou do terceiro”. Artigo 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. (...) Parágrafo 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: (...) II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

aquelas que podem ser consideradas como estranhas à atividade daquelas que, embora não tenham relação direta com o infortúnio, estão atreladas à atividade. O terceiro capaz de romper o nexo de causalidade é o sujeito que não tem nenhuma relação com a atividade desenvolvida. Tal distinção se faz importante pelas próprias características da atividade de risco, que como tratamos no segundo capítulo, pressupõem organização e hierarquia – em outras palavras, várias pessoas estarão envolvidas no seu desempenho sendo que, para ser considerado como fato excludente de responsabilidade, o terceiro não pode ter qualquer ligação com a atividade causadora do dano.

Para Júlio César Bebbber o fato de terceiro “é o ato jurídico, externo, autônomo e inevitável atribuível a quem não é o lesado, o imputado responsável ou por alguém a este vinculado e pelo qual ele legalmente se responsabiliza.”¹⁶⁴

Para eliminar o nexo de causalidade entre a atividade e o dano é preciso que reste configurada a culpa exclusiva do terceiro, a ponto de fazer desaparecer a relação de causa e efeito entre o dano e a atividade de maneira semelhante ao caso fortuito, ou seja, de forma imprevisível e inevitável.

¹⁶⁴ GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio, coordenadores. **Responsabilidade civil nas relações do trabalho**. Reflexões atuais. Homenagem ao Professor José Affonso Dallegre Neto. São Paulo: LTr, 2015, p. 206.

4.4 A prova de causalidade nas atividades de risco

A questão do ônus da prova na responsabilidade civil objetiva merece atenção por diferenciar-se do regramento da responsabilidade subjetiva, na qual cabe ao lesado não só a prova do dano como também da relação de causa e efeito entre uma ação ou omissão culposa e os prejuízos sofridos.

Quando tratamos da reponsabilidade civil objetiva, em que a culpa é elemento totalmente prescindível, basta a prova do nexos causal entre o dano e a atividade de risco, cabendo ao responsável pelo desenvolvimento da atividade a prova das excludentes de que já tratamos aqui.

Em termos processuais, portanto, podemos estabelecer que a existência do dano resultante do exercício de uma atividade de risco explorada por outrem é o elemento constitutivo do direito da vítima. Uma vez comprovado esse elemento, o encargo probatório passa ao responsável pela atividade que deve demonstrar a quebra do nexos de causalidade entre dano e a atividade.

Com relação ao reconhecimento do exercício de atividade de risco pelo julgador o mesmo poderá preencher o conceito por verossimilhança com outros infortúnios, levando em consideração a possibilidade e a probabilidade de causar danos de determinadas atividades, apuradas no contexto da sociedade no momento da aplicação. Caso se trate de situação nova em que o risco não tenha sido ainda reconhecido, a determinação de perícia técnica poderá resolver o problema da identificação do risco.

Dessa forma, para que seja aplicável a responsabilidade civil objetiva pelo exercício de atividade de risco, a vítima deve comprovar os danos sofridos, além de municiar o julgador dos elementos necessários para o reconhecimento da exposição do trabalhador a um risco superior ao suportado

pelos demais membros da coletividade. Ao empregador caberá a prova das situações excludentes de responsabilidade.

Mais uma vez é importante ressaltar que a inovação trazida pela lei 11.430 de 26 de dezembro de 2006 - que alterou as disposições da lei 8.213 de 24 de julho de 1991, introduzindo o artigo 21-A, instituindo o nexo técnico epidemiológico entre incapacidade para o trabalho e a atividade da empresa quando o agente que a ocasionou estiver elencado na Classificação Internacional de Doenças (CID) - não pode ser utilizada como único fundamento para a responsabilização do empregador pelo exercício de atividade de risco.¹⁶⁵

Isso porque, conforme já tratamos neste trabalho, a responsabilidade estatal fundamentada no risco social não pode ser confundida com a responsabilidade privada do empregador, cujas bases são instituídas pelo Direito Civil.

¹⁶⁵ BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, artigo 21-A: “A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento”.

5 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE DE RISCO: UMA REFLEXÃO

Para que possamos estabelecer a correta aplicação da responsabilidade civil objetiva nas relações de trabalho, é preciso que nos empenhemos numa reflexão sobre os valores constitucionais em conflito nessa situação. Após o estudo da evolução histórica e dos paradigmas sociais que envolveram o desenvolvimento da humanidade, bem como da evolução jurídica dos sistemas civil, constitucional e trabalhista, faz-se necessário, para que cheguemos a uma solução coerente, que se promova a integração desses sistemas, com o fim de equilibrar a dose correta da aplicabilidade da responsabilidade civil pelo exercício da atividade de risco nas relações laborais.

Isso porque, ao mesmo tempo que o caráter protetivo da responsabilidade civil objetiva garante ao trabalhador uma melhor condição social diante dos riscos lançados na sociedade pelas atividades de risco, é preciso que tal benefício não desestime a livre iniciativa a desenvolver tais atividades. Estando os dois valores garantidos na Constituição - a livre iniciativa e o valor social do trabalho - é preciso dosar em que medida um direito deve ser relativizado em função do outro, para que nenhum deles seja ferido ou minimizado além do necessário.

Passaremos agora a analisar a integração dos três sistemas jurídicos envolvidos - civil, constitucional e trabalhista - para que possamos encontrar a dosimetria correta para aplicação da responsabilidade civil objetiva de forma equilibrada e eficaz, alcançando assim, a finalidade estabelecida pela Constituição Federal de 1988, qual seja, a justiça social.

Na seara do Direito Constitucional, desde 5 de outubro de 1988, pode-se afirmar que o Brasil é regido por uma Constituição que não se estabelece apenas como um instrumento de governo que enuncia competências e regula processos, mas por uma Carta dirigente que estabelece programas e define fins.¹⁶⁶

Assim preconiza o artigo 1º da Constituição Federal de 1998:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

.....

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

A inclusão da expressão *Democrático*, entre as palavras Estado e Direito, deu clareza a finalidade estatal que se impôs com a nova Constituição no sentido de que o enfoque da sociedade brasileira é alcançar a justiça social. O legislador constituinte, portanto, estabeleceu a *pessoa humana* como valor fonte de todos os outros valores, protegendo de forma igualitária os valores sociais do trabalho e da iniciativa privada.¹⁶⁷

E, para cumprir tal finalidade, não havia sistema econômico melhor que o capitalismo – primeiramente porque se compatibiliza perfeitamente com a democracia e além disso, quando bem manejado, promove a igualdade material e não apenas formal dos atores sociais envolvidos.

¹⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 78.

¹⁶⁷ REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 4.

O princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes dos direitos fundamentais. Para Joaquim José Gomes Canotilho, a igualdade formal, embora relevante, não resolve o problema social pois não distingue quem são os iguais e os desiguais perante a lei. Já a igualdade material pressupõe o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.¹⁶⁸

Dessa forma, para que se cumpra de forma correta a igualdade constitucional se faz necessária uma análise relacional para avaliar se em determinada relação jurídica há uma igualdade justa. Esse critério deve levar em conta se ambas as partes merecem o mesmo tratamento ou se, em face da desigualdade existente entre elas, será imprescindível a intervenção protetiva do Estado para dar tratamento desigual às mesmas, na medida capaz de reequilibrar a estrutura da relação estabelecida.¹⁶⁹

E assim ocorre com as relações do trabalho, que em face do desequilíbrio de poder negocial e da dependência econômica que envolve a própria subsistência do trabalhador, a promoção da igualdade material entre as partes envolvidas foi amplamente estruturada pelo legislador. Por óbvio, essa ponderação de direitos fundamentais foi prévia, ou seja, o legislador, antecipando-se aos conflitos existentes entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho, desenvolveu um sistema capaz de equilibrar essa relação, criando regras de proteção ao trabalhador hipossuficiente para que, de alguma forma, pudesse estar à altura do empregador, detentor do capital.

Esse equilíbrio, ao menos no nível legislativo, só foi possível em face do tipo de sistema econômico vigente no Brasil que comporta o desenvolvimento da igualdade material na sociedade. O capitalismo consegue se adaptar às diferentes necessidades sociais, formas de governo, anseios individuais e coletivos, enfim, atende de maneira mais próxima aquilo que podemos denominar de paz social, e ainda, para além de tudo isso, é o sistema

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.426.

¹⁶⁹ Idem, p.428.

que consegue promover o Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Antes de prosseguir é necessário contextualizar que, como todo instituto teórico, é imprescindível que na prática o capitalismo não se torne perverso, aniquilando a dignidade da pessoa humana em prol de valores de mercado e índices econômicos. E, em relação a essa perspectiva, podemos afirmar que há algum tempo o capitalismo já se desvincilhou da ideia de que a propriedade privada e a produção de bens deve prevalecer sobre os valores do indivíduo e principalmente de sua dignidade.

Entretanto, a linha de tensão mais frequente do sistema capitalista ocorre justamente nas relações de trabalho. Muito antes da doutrina de Karl Marx, a luta de forças entre o capital e o trabalho já atormentava as relações sociais e, apesar das conquistas do âmbito laboral, tanto em normas nacionais quanto em tratados internacionais, não raro percebemos o gargalo que se estabelece quando os interesses dessas duas forças entram em conflito.

O problema sobre o qual a sociedade se debruça até hoje é: como promover uma postura ética dos protagonistas das relações do trabalho que ao mesmo tempo garanta os direitos fundamentais dos trabalhadores e atenda às exigências produtivas do sistema capitalista? Essa questão se torna ainda mais relevante quando tratamos da responsabilidade civil objetiva nas relações laborais, posto que, se de um lado há o infortúnio do trabalhador, do outro há uma atividade lícita e necessária à sociedade que, normalmente desenvolvida, possui o potencial risco de atingir os direitos de outrem.

Especificamente, no que se refere à responsabilidade civil pelo exercício de atividade de risco no contexto das relações do trabalho, dois princípios constitucionais se confrontam, sendo necessário estabelecer a justa medida em que um ou outro deve prevalecer, são eles: o valor social do trabalho, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, aqui

representado pelo trabalhador que atua em atividade de risco, e a livre iniciativa daqueles que exploram tais atividades.

A dignidade da pessoa humana ocupa a posição constitucional de fundamento da República Federativa do Brasil, bem como a de fim da ordem econômica ali estabelecida. Nas palavras de Eros Roberto Grau,

a ordem econômica mencionada pelo art. 170, caput do texto constitucional – isto é o mundo do ser, relações econômicas ou atividades econômicas no sentido amplo) – deve ser dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar.¹⁷⁰

Por essa razão, o sistema econômico brasileiro está atrelado à consagração da dignidade da pessoa humana vinculando, tanto o setor público quanto o setor privado, ao exercício das atividades econômicas mediante a promoção da existência digna das pessoas envolvidas. O valor social do trabalho, também colocado como fundamento da ordem econômica pela Constituição de 1988, se concretiza pela realização da existência digna dos trabalhadores, conferindo a eles um tratamento peculiar no sentido de preservar sua saúde e um meio ambiente seguro para realização de suas funções.

Podemos afirmar que no Brasil, por força do estipulado pelo legislador constituinte, foi instituída uma ordem econômica mais solidária e menos desigual, com primazia do respeito aos direitos fundamentais encabeçados pelo princípio da dignidade humana que deve prevalecer quando confrontado com valores meramente econômicos. Porém, em relação aos direitos fundamentais que se referem a saúde e a segurança do trabalhador e ainda, considerando o índice de ocorrência dos acidentes de trabalho e das doenças ocupacionais, podemos afirmar que a sociedade brasileira está distante da concretização dos valores constitucionais estabelecidos em 1988.

¹⁷⁰Op. cit., p. 196.

É preciso reconhecer que grande parte dos infortúnios laborais ainda ocorrem em razão da conduta do empregador que não fornece os equipamentos adequados de proteção individual, não investe em treinamento adequado dos seus funcionários, não fornece instalações seguras para o desempenho das atividades ou não promove políticas de segurança capazes de diminuir o número de acidentados. Antes pudéssemos contabilizar apenas os acidentes ocorridos pelo exercício da atividade de risco - com toda a certeza o número de infortúnios seria menos impactante, tanto do ponto de vista social quanto econômico.

Entretanto, para não fugirmos ao escopo do presente trabalho é preciso analisar a responsabilidade civil pelo exercício de atividade de risco isolada da variante da segurança, que deve sempre ser garantida tanto no exercício de atividade de risco como em qualquer outra atividade.

Tendo em vista que a ordem econômica constitucional elegeu a livre iniciativa também como princípio norteador da sociedade brasileira e, considerando que as empresas que exploram as atividades de risco estão amparadas por tal princípio, desvendamos o grande gargalo de proteção: de um lado a atividade lícita e necessária, porém de risco e de outro a saúde, tanto física quanto psíquica, do trabalhador. Como compatibilizá-las?

A reparação dos danos merece toda atenção do Direito atual tendo em vista que novos riscos são introduzidos na sociedade todos os dias, e que os infortúnios laborais crescem vertiginosamente afetando várias áreas da sociedade. A perda da capacidade laborativa eleva o custo previdenciário além de diminuir a população economicamente ativa do país. Além disso, a incapacidade laboral gera o desequilíbrio financeiro da família da vítima, afetando sua ascensão econômica e seu projeto de vida.

Ao considerarmos que as regras jurídicas não têm a menor razão de ser que não seja a de assegurar a harmonia necessária para o desenvolvimento das relações sociais, é preciso que a solução para esse

embate de interesses seja alcançada por medidas equilibradas, que analisem de forma concreta e individualizada os princípios conflitantes, para que o conceito legal indeterminado presente na cláusula de responsabilidade civil objetiva seja preenchido de maneira a proporcionar o reequilíbrio da sociedade.

Por essa razão, é preciso construir a conciliação dos princípios em conflito de forma a concretizar a responsabilidade civil objetiva sem afetar a livre iniciativa e o valor social do trabalho. Com isso minimizaremos o impacto social causado pelos danos irreparados, sem desestimular a iniciativa privada a investir no exercício de atividades de risco necessárias à sociedade.

5.1 A livre iniciativa e a responsabilidade objetiva do empregador pelo exercício de atividade de risco

A Constituição Federal de 1988 trata da livre iniciativa no artigo 1º, IV e no artigo 170, *caput*,¹⁷¹ sendo que, nesse último a elegeu como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira. Nas palavras de Eros Roberto Grau,

a livre iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Não obstante, a inserção da expressão no art. 170, *caput*, tem

¹⁷¹BRASIL. Constituição Federal. Artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (...)”. Artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

conduzido à conclusão restrita, de que toda a *livre iniciativa* se esgota na *liberdade econômica* ou de *iniciativa econômica*.¹⁷²

A livre iniciativa abrange não só a liberdade de empresa como outras formas de produção, sejam elas individuais ou coletivas. Entretanto, para os fins da análise da reponsabilidade civil pelo exercício de atividade de risco, faz-se necessário o estudo do instituto no seu sentido de liberdade de iniciativa econômica. Nesse contexto, a livre iniciativa confere aos cidadãos a liberdade do exercício de atividade econômica, reservando ao Estado apenas a possibilidade da intervenção necessária para o equilíbrio da economia, numa clara opção pelo sistema capitalista.

O Estado, portanto, tem a função de equilibrar as vertentes da ordem econômica, impedindo os abusos do poder econômico, ao mesmo tempo em que deve assegurar condições equitativas à livre competição e o desenvolvimento das classes sociais.

A Constituição Federal de 1988, ao colocar lado a lado os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, deixa claro o reconhecimento de que ambos são importantes para o desenvolvimento econômico. Porém, e não menos importante, deixa transparecer que os valores de mercado são relevantes, desde que não abandonem a justiça social. Dessa forma, percebe-se que, embora prevista no nível constitucional, a livre iniciativa não pode ser tratada como direito absoluto, pois deve sempre respeitar a promoção da dignidade humana e da justiça social.

Conforme tratamos no primeiro capítulo deste trabalho, as premissas da Revolução Francesa ecoam na sociedade contemporânea, e a livre iniciativa decorre do desdobramento da primeira delas, ou seja, a liberdade. A Teoria Liberal prega a proeminência da livre iniciativa no campo econômico e, durante algum tempo, sobressaiu-se no âmbito das relações sociais.

¹⁷² Op. cit., p. 201.

Entretanto, a visão de uma liberdade absoluta contrasta com os valores atuais, principalmente aqueles emanados após a Segunda Grande Guerra, que elevaram os direitos humanos e a promoção da existência digna como diretrizes dos Estados Democráticos de Direito. Além disso, o capitalismo moderno visa a composição entre o capital e o trabalho, deixando o Estado de exercer função meramente reguladora para confirmar-se na posição de garantidor do bem comum, promovendo o crescimento econômico sem abandonar a realização da justiça social.

Em relação à Constituição Federal de 1988, resta clara a opção do legislador em promover a dignidade da pessoa humana como norma-objetivo que, juntamente com o valor social do trabalho e da livre iniciativa promove a finalidade da ordem econômica brasileira, qual seja, a de assegurar a todos uma existência digna.¹⁷³ Nessa perspectiva, aqueles que exploram atividades de risco lícitas e aceitáveis pela sociedade, estão exercendo um direito reconhecido pela Constituição Federal, embora possam trazer prejuízos a outrem.

A responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade, prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, passou a exercer um papel de equilíbrio entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho pois, embora não tenha sido praticada nenhuma conduta a que se possa imputar uma responsabilidade subjetiva, ainda assim, pelo risco criado no âmbito da sociedade, aquele que exerce o seu direito à livre iniciativa que envolva atividades de risco, deverá reparar os danos por ela causados.

Dessa forma, resta preservada a livre iniciativa, como valor constitucionalmente garantido, ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana, refletida no direito à integridade física e psíquica do trabalhador, fica resguardada de possíveis danos decorrentes dessas atividades, que embora não possam ser evitados, ao menos serão indenizados de forma objetiva.

¹⁷³ GRAU. Eros Roberto. Op. Cit. p. 198.

E aqui cabe a questão interpretativa em relação ao alcance da livre iniciativa na forma como colocada no texto constitucional. Obviamente não se trata de um direito absoluto, como já dissemos anteriormente, mas ainda assim, em face da impossibilidade da prova das condutas diligentes necessárias à evitar-se o dano, estaria a responsabilidade objetiva pelo exercício de atividade de risco asfixiando a livre iniciativa?

Podemos inclusive questionar, se tal alcance da responsabilidade civil objetiva não contribuiria para a paralisação da livre iniciativa e do espírito de empresa no que diz respeito às atividades de risco necessárias ao desenvolvimento da sociedade. Outra questão refere-se ao risco criado pela empresa em contraposição ao benefício da atividade que ela desenvolve. Nesse aspecto há que se reconhecer que a atividade não diz respeito somente a ela mas pertence à coletividade no sentido de que promove a arrecadação de impostos, o pagamento de salários e a consequente redistribuição de renda.

Diante de tantos questionamentos se faz necessária a leitura correta do enunciado no texto constitucional, já que inciso IV, do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 pode ser interpretado ao menos de duas maneiras: a primeira delas colocando os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa ou então o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa. A diferença sutil refere-se a opção legislativa de superação do individualismo.

Para Eros Roberto Grau, o preceito enuncia “como fundamento da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa”, o que faz com que se abandone a opção individualista da liberdade para exercê-la de modo a cumprir algo de socialmente valioso.¹⁷⁴

¹⁷⁴ GRAU. Eros Roberto. Op. cit. p.200.

Tal concepção encontra guarida na própria Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 5º, inciso XXIII e em seu artigo, 170, inciso III, estabelece a função social da propriedade.¹⁷⁵

Mais uma vez o Código Civil de 2002 apresenta a quebra desse paradigma individualista quando em seu artigo 421 limita a liberdade de contratar priorizando a função social do contrato.¹⁷⁶

As mudanças axiológica, tanto da Constituição Federal de 1988 quanto do Código Civil de 2002, elevaram a função social do contrato e da propriedade a um contexto de concretização da ética e da solidariedade nas relações já que, não mais importa apenas o interesse das partes envolvidas, mas as condicionantes sociais que serão afetadas pela vontade das partes ou pelo uso da propriedade privada.

A partir da leitura desses dispositivos podemos construir tanto a função social da empresa, tendo em vista tratar-se ela de uma propriedade, como a estabelecer a função social do contrato de trabalho, por promover o equilíbrio necessário à justiça social.¹⁷⁷

A função social da empresa, em relação aos empregados, pressupõe o pagamento de salários justos, o cumprimento das prestações devidas ao Estado, como impostos e contribuições e a preservação de um ambiente seguro e saudável ao seus empregados. Dessa forma, a empresa deve cumprir seu papel social sem causar danos à segurança, à liberdade e à

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição Federal. Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.” Artigo 170: “A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade”.

¹⁷⁶ BRASIL. Código Civil. Artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

¹⁷⁷ Em relação ao contrato de trabalho não importa seja ele escrito, verbal ou tácito, importando apenas que seus termos atinjam o equilíbrio necessário as relações laborais e, com isso, a promoção da justiça social.

dignidade do trabalhador, ao mesmo tempo em que deve remunerá-lo de maneira justa pelo trabalho realizado. Nas palavras de Eros Roberto Grau,

O que mais revela enfatizar entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem.¹⁷⁸

Essa imposição de comportamentos a serem realizados pelo proprietário empresarial, decorre da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e harmoniza-se com a responsabilidade civil pelo risco da atividade. Isso porque, ao desenvolver atividade de risco o empregador deve preservar o bem maior, o valor fonte da Constituição de 1988 que é a dignidade da pessoa humana, bem como respeitar os valores sociais do trabalho.

Pela Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais há a vinculação direta das normas constitucionais às relações privadas. Em perspectiva histórica, esses direitos eram dirigidos contra o Estado, no sentido de proteger o cidadão da intervenção estatal em suas liberdades individuais. O surgimento dessa teoria ocorreu com a evolução do Estado Clássico Liberal para o Estado Social de Direito. A partir daí a sociedade, cada vez mais participativa, vislumbrou os poderes públicos cedendo lugar à iniciativa privada como principal violadora de direitos fundamentais.

Desse fenômeno, decorreu a constitucionalização do Direito privado já tratada no primeiro capítulo, a qual agora nos reportamos para concluir os fenômenos sociais que antecederam a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, quais sejam: a superação do individualismo, a constitucionalização do direito privado, o surgimento da Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e, finalmente, a função social da empresa.

¹⁷⁸ Op. cit., p. 202

Por todos esses fenômenos evolutivos, nos casos em estão presentes as atividades de risco, por irradiação do direitos fundamentais nas relações privadas, o trabalhador deve ser indenizado pelos danos sofridos, independentemente de culpa, sem que isso afete o direito do empregador em exercer a livre iniciativa. Da mesma forma, a função social do contrato de trabalho se concretiza através do desenvolvimento da relação empregatícia mediante a justa composição de caráter sinalagmático dos deveres e obrigações a que estão vinculados, tanto empregador quanto empregado, visando sempre a concretização justa e útil do contrato.

A consequência de tal interpretação traduz-se no dever de colaboração entre os atores sociais das relações de trabalho no sentido de conjugar esforços para que, no campo das atividades de risco, sejam os danos minimizados em termos de ocorrência e indenizados nos exatos limites do risco criado pela atividade.

5.2 A proteção à saúde do trabalhador e o meio ambiente do trabalho

Se por um lado a valorização da livre iniciativa, disseminada a partir da segunda metade do século XVIII, acompanhou o desenvolvimento do Estado Clássico Liberal, a dignidade da pessoa humana e a proteção do trabalhador emergiram da necessidade de proteção dos grupos mais vulneráveis da sociedade contra os novos focos de poder que surgiam na iniciativa privada.

A fase inicial do sistema capitalista desenvolveu-se de forma perversa, tratando o trabalhador como uma mercadoria qualquer a ser contabilizada no custo da produção e manipulada como melhor conviesse às leis de mercado. Conduziu as relações entre o capital e trabalho a um cenário de exploração da mão de obra, com a imposição de jornadas extenuantes, bem como com a utilização cada vez maior do trabalho de mulheres e crianças. Essa situação adversa favoreceu o desenvolvimento do conflito entre os detentores do capital e a classe trabalhadora que passou a exercer pressão sobre a ideologia liberal no sentido de serem concedidas condições de trabalho dignas.

Com isso, iniciaram-se as lutas reivindicatórias, decorrentes do conflito de interesses que concentrava o capital nas mãos de poucos, em detrimento da exploração dos trabalhadores assalariados, submetidos a condições cada vez mais desiguais.¹⁷⁹

Em 1891, com a divulgação da *Encíclica Rerum Novarum*,¹⁸⁰ como reação da Igreja às condições subumanas a que eram submetidos os operários, o cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana. Mas foi após a Segunda Guerra Mundial que houve a necessidade da criação de mecanismos internacionais de proteção aos direitos fundamentais, entre eles a dignidade humana e o valor social do trabalho dela decorrente. Para José Carlos Vieira de Andrade,

Há um conjunto de direitos, do qual decorrem todos os outros: o conjunto de direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana e sem os quais os indivíduos perdem sua qualidade de homens. E esses direitos, (pelo menos esses) devem ser considerados patrimônio espiritual comum da humanidade e não admitem hoje, nem mais de uma

¹⁷⁹ ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito**: o jurídico e o político da antiguidade a nossos dias. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.134.

¹⁸⁰ Em 1891 o Papa Leão XIII divulga *Encíclica Rerum Novarum* que promoveu um despertar para proteção do trabalhador e a promoção da justiça social.

leitura, nem pretextos econômicos ou políticos para a violação do seu conteúdo essencial.¹⁸¹

A proteção à saúde do trabalhador é parte integrante do núcleo de direitos fundamentais acima referidos e pressupõe o dever do Estado não só em fiscalizar a preservação do meio ambiente laboral, como também promover políticas públicas que o viabilizem, como condição primeira para a efetividade desse núcleo essencial de proteção. Essa nova concepção de direitos, que não são impostos perante o Estado mas sim protegidos e alcançados através dele, fez com que as relações de poder decorrentes da iniciativa privada tivessem que obedecer a ética comunitária de uma sociedade que visa a justiça social.

Essas mudanças ideológicas puderam ser verificadas tanto pela análise do Direito interno como pela análise das normas internacionais, já que o meio ambiente de trabalho e sua influência na integridade física e psíquica do trabalhador têm sido foco de especial atenção da Organização Internacional do Trabalho, como forma de garantir a internacionalização protetiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores, dentre eles o meio ambiente do trabalho digno e seguro.

E não só pelo prisma jurídico mas também - e principalmente - pelos danos sociais que acompanham os acidentes do trabalho, cada vez mais a discussão sobre os impactos dos infortúnios na vida do trabalhador e de sua família bem como os gastos sociais deles decorrentes tem ganhado relevo.

A definição de meio ambiente do trabalho abrange todos os locais em que ocorrem a relação de trabalho, não se restringindo ao espaço interno da empresa uma vez que as atividades laborais podem ser exercidas

¹⁸¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37

fora dele, tornando-se assim um conceito dinâmico que envolve as condições inerentes ao caso concreto a ser avaliado.¹⁸²

A importância do ambiente de trabalho adequado, como matéria de proteção legislativa, não só beneficia o trabalhador como a sociedade, tendo em vista as razões de ordem econômica e humanística que justificam a preocupação cada vez maior em promover condições dignas de trabalho.

A mudança de valores aconteceu também em relação ao trabalhador que, na época do liberalismo político era considerado como já dissemos, uma mercadoria qualquer, sujeito às mesmas regras de oferta e procura decorrentes da livre iniciativa e da livre concorrência, na forma em que foram concebidas pelo Estado Clássico Liberal.

A criação da Organização Internacional do Trabalho pelo Tratado de Versailles em 1919 consolidou a importância da proteção dos trabalhadores contra as enfermidades e os acidentes de trabalho, alterando essa visão liberal e rechaçando a ideia do trabalho como mercadoria.¹⁸³

Na opinião de Jean-Michel Servais, a Organização Internacional do Trabalho atua em várias frentes, como a edição de convenções e recomendações de caráter geral, proteção específica para determinadas categorias de trabalhadores mais suscetíveis e na identificação e definição de fatores específicos de risco.¹⁸⁴

No campo específico da saúde do trabalhador, os esforços da Organização Internacional do Trabalho têm se concentrado na coleta e análise

¹⁸² BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 65.

¹⁸³ Organização Internacional do Trabalho. Constituição. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inf/constituicao_oit.pdf>. Acesso em: 03/08/2015.

¹⁸⁴ SERVAIS, Jean Michel. **Elementos de direito internacional comparado do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001, p. 84

de dados que possam eliminar os riscos inerentes às ocupações perigosas, com o fim de assegurar aos trabalhadores senão a eliminação eficaz dos riscos ao menos a redução dos danos deles decorrentes.

É o caso, por exemplo, da Convenção 167 que trata da indústria da construção civil, ratificada pelo Brasil em 22 de novembro de 2007, em razão do reconhecimento do elevado número de acidentes de trabalho ocorridos no ambiente laboral.¹⁸⁵ O que se constata é que, em face do maior risco a que são expostos os trabalhadores dessa atividade, foram criadas normas de proteção especial com o fim de ao menos minimizar os impactos sociais decorrentes dos potenciais danos que possam ocorrer, de modo a diminuir-lhes não só a gravidade como também a frequência.

Mas a Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho foi sem dúvida a que provocou substancial mudança na abordagem da proteção à saúde do trabalhador, já que abandonou a ideia genérica de saúde no sentido de bem-estar físico, para afirmá-la como um todo que abrange também os elementos psíquicos. Essa concepção abandonou o critério individualista da saúde de cada um para proteger a saúde de forma coletiva a ser promovida pelo ambiente de trabalho seguro.¹⁸⁶

A citada Convenção estipulou aos países signatários a obrigatoriedade de ações positivas em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, de maneira a garantir a implementação de políticas públicas que visem a melhoria das condições de trabalho. A prevenção de riscos no ambiente de trabalho não só é foco da proteção internacional como está inserida nos valores constitucionais brasileiros decorrentes do princípio da dignidade humana e do valor social do trabalho.

¹⁸⁵ Organização Internacional do Trabalho. Convenção 167. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/mpro/brasil/conv/167>>. Acesso em: 05/08/2015.

¹⁸⁶ Organização Internacional do Trabalho. Convenção 155. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/mpro/brasil/conv/155>>. Acesso em: 05/08/2015.

Dessa forma, como empreitada final do trabalho, resta compatibilizar o exercício das atividades de risco e o direito do trabalhador a um meio ambiente de trabalho seguro.

5.3 Uma proposta de equilíbrio

Nas sociedades pouco desenvolvidas industrialmente a culpa resolvia os acidentes de trabalho. Porém, hodiernamente, os riscos estão cada vez mais próximos e as tecnologias cada vez mais sofisticadas para reprimi-los, sendo necessário o comprometimento estipulado pela responsabilidade civil objetiva, no sentido de que seja indenizado o dano decorrente do exercício de atividade de risco.

O ordenamento jurídico brasileiro exige que a atividade empresarial desenvolva políticas para minimizar os riscos lançados na sociedade. Para tanto, é preciso investimento tecnológico e treinamento eficaz de modo a, senão conter, ao menos reduzir de forma significativa os danos produzidos por tais atividades.

Essa conduta prévia não pode ser negligenciada sob o fundamento de que, em se tratando de atividade de risco, a conduta diligente ou não do empregador não servirá como excludente do dever de indenizar. Isso porque, a indenização dos danos decorrentes do exercício das atividades de risco, deve apenas refletir a extensão do dano sofrido nos termos do artigo 944 do Código Civil¹⁸⁷. Vale dizer que não haverá o caráter pedagógico ou de

¹⁸⁷ BRASIL. Código Civil, Artigo 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

desestímulo da conduta como parâmetros para a fixação do montante indenizatório, já que a atividade continuará a ser exercida por necessária e lícita.

O grande desafio está em exigir que os atores sociais passem a agir com um maior cuidado e prudência e com isso desenvolvam o espírito de solidariedade. Isso se faz imprescindível nas relações do trabalho tendo em vista que as mesmas se constituem com habitualidade, durante razoável período de tempo, de modo a favorecer o processo de conscientização da importância das medidas de segurança para evitar-se os infortúnios laborais.

O meio termo está em reconhecer a necessidade de preservação dos valores da livre iniciativa sem abandonar o ideal da justiça social, estabelecendo, com isso, a valorização do meio ambiente do trabalho. Esse pacto pressupõe a informação e o treinamento adequado dos trabalhadores para lidarem com os fatores de risco decorrentes de sua atividade.

O Estado passa a ter papel fundamental nessa função pacificadora, impedindo os abusos do poder econômico e assegurando condições equitativas de desenvolvimento dos cidadãos. Já dizia Miguel Reale que não há como crer no equilíbrio automático dos egoísmos, quando se trata do jogo econômico, é preciso implementar medidas que visem estabelecer o necessário equilíbrio para que se atinja o bem comum.¹⁸⁸ Para Raimundo Simão de Melo,

A solução desses problemas depende, antes de tudo, da conscientização de todos: do Estado, da coletividade (ênfaticamente a atuação da representação dos trabalhadores), das empresas, dos fabricantes, importadores e fornecedores de máquinas e equipamentos, o que deve passar antes por um processo educativo em todos os níveis. (CF, art. 225, inciso VI). Além disso, devem as empresas desembolsar dinheiro para adequação do meio ambiente dentro de níveis razoáveis, para se eliminar ou, ao

¹⁸⁸ REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 35.

menos, diminuir os riscos ambientais, como vem sendo a tendência internacional na eliminação dos riscos para a saúde do trabalhador.¹⁸⁹

Essa união de vontades possui reflexo direto na redução de acidentes e contribui para a diminuição do preço do produto ou serviço prestado, posto que o custo preventivo é insignificante perto dos custos, não só financeiros quanto sociais, ocasionados pelos infortúnios trabalhistas.

Outro aspecto relevante refere-se ao nexo de causalidade. É preciso verificar, em cada caso concreto, a causalidade adequada entre o dano sofrido pelo trabalhador e a atividade de risco desenvolvida pelo empregador, reconhecendo-se, no caso de inexistência de relação de causa efeito necessária à produção do infortúnio, as situações excludentes de responsabilidade tratadas no quarto capítulo.

Isso se faz imprescindível para resguardar a livre iniciativa, não podendo o empregador responder pelo papel que ocupa na sociedade, ou seja, uma fonte de poder vertical mais próxima do trabalhador. Nesse ponto ocorrem os maiores desvios, pois a responsabilidade civil pelo exercício da atividade de risco não se relaciona com a pessoa física ou jurídica do empregador, mas com a atividade de risco desenvolvida, devendo o julgador preencher o conceito legal indeterminado com os fatos concretos inerentes a situação laboral, excluindo-se a responsabilidade, quando as razões do dano tenham ocorrido por fato de terceiros, fato da vítima, fortuitos externos e força maior.

Embora o novo foco da responsabilidade civil objetiva concentre-se na preocupação com o interesse alheio com o fim de se estabelecer o equilíbrio das relações, a verdade é que a causalidade pura descrita na Teoria do Risco Integral, não pode ser aplicada nas relações de trabalho. A fronteira da responsabilidade civil objetiva do empregador está no limite do risco que criou no âmbito de suas atividades. Essa é a correta forma de aplicarmos o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil às relações de

¹⁸⁹ Op. cit. p. 59.

trabalho e com isso garantirmos o equilíbrio entre a dignidade do trabalhador, resguardando o seu direito ao meio ambiente de trabalho seguro, e a livre iniciativa, necessária e imprescindível para o desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

AGUIAR, Roger Silva. **Responsabilidade civil: a culpa, o risco e o medo**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade**. São Paulo: Atlas, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile: la responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1999.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Instituições do direito civil no direito do trabalho**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BIANCA, Massimo. **Diritto civile: la responsabilità**. Milano: Giuffrè, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DE CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

GABURRI, Fernando. **Responsabilidade civil nas atividades perigosas lícitas**. Curitiba: Juruá, 2011.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no código civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONCALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOULART, Rodrigo Fortunato; VILLATORE, Marco Antônio. (Coord). **Responsabilidade civil nas relações do trabalho: reflexões atuais**. Homenagem ao Professor José Affonso Dallegrave Neto. São Paulo: LTr, 2015.

GRAU. Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **A ordem econômica da constituição de 1988**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1991.

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

JORGE. Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. 3^a reimp. Coimbra: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. **Evolução da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 86, 1941.

KANT Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

LARENZ. Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamengo. 3^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE. Eduardo de Oliveira. **Monografia jurídica**. 7^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2010.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Os direitos fundamentais e opção culturalista do código civil. In **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) 2^a ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

_____. O adimplemento e o inadimplemento das obrigações no novo código civil e o seu sentido ético e solidarista. In **O novo código civil**. Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

MATTOS, Paula Frassinetti. **Responsabilidade civil**: dever jurídico fundamental. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

MENK, José Theodoro Mascarenhas. **Código civil brasileiro no debate parlamentar**. Elementos históricos da elaboração da lei n. 10.406 de 2002. V. 1. Tomo 4. Audiências públicas e relatórios (1975/1983). Brasília: Edições Câmara, 2012.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Direito do trabalho na constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 17ª ed. São Paulo: LTr, 1991.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Função do direito privado no atual momento histórico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis civis comentadas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no código civil. In **O novo código civil**. Homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

NETO, Martinho Garcez. **responsabilidade civil no direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos, declaração unilateral de vontade e responsabilidade civil. V. III, 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. **Responsabilidade Civil**. 9^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de direito**. 18^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O direito como experiência**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Visão geral do projeto do código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais n. 752, 1998.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O estado democrático de direito e o conflito de ideologias**. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Fundamentos de filosofia do direito**: o jurídico e o político, da antiguidade a nossos dias. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

ROMAR. Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. Pedro Lanza. (Coord) 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **As dimensões da dignidade da pessoa humana:** construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p. 361-388, jan/jun. 2007.

SERVAIS, Jean Michel. **Elementos de direito internacional comparado do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso. **Os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** 1^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. **A responsabilidade civil objetiva fundada no risco da atividade.** São Paulo: Atlas, 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPIONI JUNIOR, Claudimir. Direitos fundamentais e direitos da personalidade: um diálogo para a construção de um novo padrão de responsabilidade civil. In ALMEIDA, Renato Rua; CALVO, Adriana (Coord). **Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** 4^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** 2^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

WAYNE, Morrison. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo.** 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.