

Risco da empresa e caso fortuito externo

Ana FRAZÃO*

RESUMO: O presente artigo pretende estabelecer uma base teórica inicial acerca dos critérios a serem levados em consideração na responsabilidade objetiva pelo risco. Partindo do desenvolvimento dos conceitos de risco e nexos causal, faz-se necessário o oferecimento de parâmetros coerentes para a distinção entre fortuito interno, que não afasta a responsabilidade da empresa por ser inerente ao risco, e fortuito externo, capaz de afastar a responsabilidade por ser considerado exterior ao risco. A revisão da doutrina e da jurisprudência aponta para a necessidade de se equilibrar a imperatividade do ressarcimento da vítima com a possibilidade de controle do risco. Para tanto, são úteis critérios econômicos como previsibilidade, calculabilidade e possibilidade de gerenciamento do risco, verificando os possíveis graus de cuidado a serem adotados em cada contexto fático.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Responsabilidade objetiva; Risco; Gerenciamento de risco; Caso fortuito.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Caso fortuito interno e externo no contexto das discussões sobre caso fortuito e força maior; – 3. Risco da empresa e o problema do nexos causal; – 4. Responsabilidade subjetiva e objetiva: da culpa ao risco; – 5. Risco, equidade e dignidade da pessoa humana; – 6. A perspectiva econômica do risco; – 7. Risco e dever de cuidado; – 8. Excludentes de responsabilidade; – 9. Conclusões.

ENGLISH TITLE: Business Risk and External Fortuitous Event

ABSTRACT: This paper intends to establish an initial theoretical basis about the criteria of strict liability due to risk. Starting from the development of the concepts of risk and causation, it is necessary to offer coherent parameters for the distinction between the internal fortuitous event, which cannot uphold the company's liability for it is inherent to the risk, and the external fortuitous event, which is able to uphold liability for it is external to the risk. The review of literature and case law shows it is necessary for the analysis of risk on strict liability to try to balance the need to compensate the victim and the possibility of risk control. To that effect, economical criteria such as foreseeability, calculability and the possibility of risk management are useful, considering the possible degrees of care to be taken in each concrete case.

KEYWORDS: Tort law; strict liability; risk; risk management; fortuitous event.

CONTACTS: 1. Introduction; – 2. Internal and external fortuitous event and the discussions on fortuitous event and force majeure; – 3. Company risk and the problem of causality; – 4. Liability based on fault and strict liability: from fault to risk; – 5. Risk, fairness and human dignity; – 6. The economic perspective of risk; – 7. Risk and due care; – 8. Tort defenses; – 9. Final remarks.

* Advogada e Professora de Direito Civil e Comercial da Universidade de Brasília – UnB. Ex-Conselheira do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2012-2015). Ex-Diretora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2009-2012). Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB, Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB e Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP.

1. Introdução

As discussões sobre a força maior e o caso fortuito, que sempre foram centrais para o sistema de responsabilidade civil subjetiva, foram ampliadas com a chamada responsabilidade objetiva, cujo advento exigiu novas reflexões sobre o nexos causal e o risco. Nesse sentido, fez-se imperioso encontrar um critério delimitador entre o chamado fortuito interno, inerente ao risco, e o fortuito externo, alheio ao risco e, consequentemente, suscetível de afastar a responsabilidade.

Entretanto, passado mais de um século desde o surgimento da responsabilidade objetiva, ainda são consideráveis as controvérsias e indefinições a respeito da noção de risco, bem como sobre em que medida o caso fortuito pode afastar ou não a responsabilidade. É no contexto dessas preocupações que se situa o presente artigo, cujo objetivo é tentar oferecer parâmetros coerentes para a compreensão do risco e, a partir daí, para a diferenciação entre o fortuito interno e o externo.

Para isso, buscar-se-á, inicialmente, apontar as insuficiências do conceito tradicional de causalidade e os objetivos da responsabilidade pelo risco para, em um segundo momento, mostrar que a solução do problema depende de um correto balanceamento entre critérios jurídicos, como a equidade e a dignidade da pessoa humana, de um lado, e critérios econômicos, como a previsibilidade, a controlabilidade e o gerenciamento do risco, de outro.

Ao final, tentar-se-á utilizar o arcabouço teórico desenvolvido para delimitar com melhor precisão a diferença entre os dois tipos de caso fortuito, inclusive por meio da análise crítica de alguns precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho.

2. Caso fortuito interno e externo no contexto das discussões sobre caso fortuito e força maior

Para a melhor compreensão da distinção entre caso fortuito interno e externo, é importante revisar as discussões mais abrangentes sobre força maior e caso fortuito, expressões normalmente utilizadas para se referir a fatos naturais ou humanos que, por

serem inevitáveis e irresistíveis, deveriam afastar ou pelo menos atenuar a responsabilidade civil.¹

Os debates a respeito do caso fortuito e da força maior iniciaram-se no direito romano, no âmbito do qual nunca houve maior clareza sobre se seriam hipóteses semelhantes ou distintas, embora a elas já se atribuísse o efeito de exoneração do devedor.² Essa ambivalência terminológica persiste até hoje, apesar de nunca ter tido maiores repercussões nem para o direito brasileiro nem para o direito estrangeiro, que tendem a ver os dois conceitos como sinônimos.³

Não é sem razão que o artigo 393 do Código Civil brasileiro, mantendo a redação do Código de 1916, prevê que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”, acrescentando o parágrafo único que o caso fortuito ou de força maior “verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Como se pode observar do arcabouço normativo brasileiro, a exemplo do que ocorre em vários outros países, não há distinção legislativa entre a força maior e o caso fortuito,

¹ Omitiu-se o requisito da imprevisibilidade em razão das controvérsias a seu respeito. Como explicam Geneviève Viney e Patrice Jourdain (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. Paris: L.G.D.J., 2006. pp. 278-280), a jurisprudência francesa é muito rigorosa em relação ao requisito da irresistibilidade, mas é bastante flexível em relação ao requisito da imprevisibilidade, ora entendendo que até as piores catástrofes seriam previsíveis, ora entendendo que seria suficiente um fato razoavelmente imprevisível.

² É o que ensina Moreira Alves (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 6.ed. 2.v. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.2, p. 40).

³ Segundo Colin e Capitant, a força maior pode ser compreendida como obstáculo à execução da obrigação que resulta de força estranha (*force étrangère*), enquanto o caso fortuito consiste em obstáculo interno, proveniente das condições do próprio agente, como seria o caso dos acidentes de trabalho (em que há culpa da vítima). Todavia, os autores admitem que não há grande interesse em distinguir os dois conceitos, à medida que ambos têm por objetivo exonerar da responsabilidade. (COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. 7.ed. Paris: Dalloz, 1932. v. 2, p. 73). Para Théophile Huc, tanto caso fortuito como força maior são *causes étrangères*, isto é, externas ao agente afetado, sendo caso fortuito o acidente produzido por uma força física irracional em condições imprevisíveis (*c'est l'accident produit par une force physique inintelligente, dans des conditions qui ne pouvaient être prévues par les parties*); ao passo que a força maior é um fato de terceiro que cria obstáculo para a execução da obrigação que a boa vontade do devedor não pode superar (*c'est le fait d'un tiers, vis major, qui a créé à l'exécution de l'obligation un obstacle que la bonne volonté du débiteur n'a pu surmonter*). Huc, da mesma forma que Colin e Capitant, acaba admitindo que as duas expressões são, de qualquer forma, empregadas uma em lugar da outra (HUC, Théophile. *commentaire théorique & pratique du code civil*. Paris: Cotillon, 1894. v. 7, p. 201). A compreensão de Huc sem dúvida inspirou a de Washington de Barros Monteiro, para quem a força maior resulta “de eventos físicos ou naturais, de índole ininteligente”, enquanto o caso fortuito decorreria de “fato alheio, gerador de obstáculo que a boa vontade do devedor não consegue superar, a exemplo da greve, do motim e da guerra” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, p. 318). Não é outra a opinião de Demolombe, para quem ambas as expressões, embora muitas vezes empregadas, separadamente ou cumulativamente, uma em lugar da outra, ou mesmo como sinônimas, procuram igualmente expressar a ideia de causa estranha que não pode ser imputada ao devedor (*cause étrangère, qui ne peut être imputée au débiteur*). (DEMOLOMBE, Charles. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Paris: Imprimerie Générale, 1877. v.1, p. 549).

sendo ambas hipóteses associadas a fatos cujos efeitos são necessários e inevitáveis.⁴ A generalidade da previsão possibilita que a regra incida sobre todas as hipóteses de responsabilidade: contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva.

Em qualquer que seja a seara, a grande controvérsia em torno dos dois conceitos diz respeito aos seus pressupostos caracterizadores, para o fim de se saber quando afastarão a responsabilidade. É por esse motivo que o Código Civil francês, em seu art. 1.147, adota a noção de causa exterior – *cause étrangère* – como pressuposto da exclusão da responsabilidade.

Sendo assim, o direito francês põe em destaque a questão principal em torno do tema: saber em que medida a força maior ou o caso fortuito podem ser considerados alheios ao dano. Somente assim serão excludentes de responsabilidade, raciocínio que é igualmente aplicável ao fato de terceiro ou da vítima.⁵ Nas demais ocasiões, poderiam funcionar, no máximo, como redutores da indenização.

No Brasil, da mesma maneira, a discussão tem como foco principal saber quando a força maior ou o caso fortuito podem afastar a responsabilidade. Daí se recorrer à noção de fortuito externo, que, a exemplo da *cause étrangère*, é aquele suscetível de afastar a responsabilidade, em contraposição à noção de fortuito interno, que não se mostra como excludente de responsabilidade.

Tal controvérsia, no que diz respeito à empresa, está diretamente associada à responsabilidade pelo risco,⁶ seara na qual é importante encontrar um critério distintivo entre fatos inevitáveis e irresistíveis que são exteriores à atividade empresarial daqueles que lhe são internos,⁷ como se examinará no próximo capítulo.

3. Risco da empresa e o problema do nexa causal

⁴ A circunstância de as duas expressões serem usadas como sinônimas é ressaltada por Agostinho Alvim (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 335) e Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 397-398), dentre outros.

⁵ Geneviève Viney e Patrice Jourdain (*Les conditions*, cit. pp. 252-254) explicam que os tribunais elaboram uma distinção entre a *cause étrangère* e os conceitos de força maior e caso fortuito, pois somente na primeira hipótese poderia haver uma total exoneração de responsabilidade. Assim, podem ser causas exteriores a força maior, o caso fortuito, o fato da vítima ou o fato de terceiro, mas não necessariamente o serão.

⁶ Não obstante a existência de diferentes tipos de responsabilidade objetiva, o foco do presente artigo será na modalidade pelo risco.

⁷ A compreensão do fortuito interno como algo inerente ao risco da empresa é defendida por Agostinho Alvim (*Da inexecução*, cit., p. 336) e Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 64), dentre outros.

A discussão sobre o que é interno ou externo ao risco da empresa não pode ser enfrentada sem uma prévia reflexão em torno do nexos causal, considerado um pressuposto fundamental de todas as formas de responsabilidade civil, seja para determinar a autoria do dano, seja para determinar a extensão deste.

Diante da importância do nexos causal, estabeleceu-se o entendimento corriqueiro de que a única diferença entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva seria a necessidade do ato ilícito na primeira, já que o dano e o nexos causal seriam pressupostos indispensáveis de ambas.⁸

Entretanto, essa assertiva é uma forma exageradamente simplória de tratar o problema, especialmente se a causalidade for vista a partir de uma noção naturalística. Com efeito, se tal abordagem já precisaria ser revista mesmo no âmbito da responsabilidade subjetiva – na qual a relação entre o devedor e o dano é mais próxima, na medida em que intermediada pelo ato ilícito do primeiro –, com maior razão deveria sê-lo nos domínios da responsabilidade objetiva, que adota vários pressupostos que transcendem à noção de causalidade.

Verdade seja dita que muitas das controvérsias sobre o assunto vêm sendo atualmente superadas pela ideia de que a causalidade é um juízo de imputação jurídica.⁹ Exatamente por isso, trata-se de questão essencialmente valorativa,¹⁰ que diz respeito à identificação dos danos que podem ser imputáveis a alguém, de acordo com diversos padrões jurídicos, tais como os de justiça e equidade.¹¹

⁸ Ver, por todos, Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, cit., p. 106 e 356).

⁹ Conforme Caitlin Mulholland (MULHOLLAND, Caitlin. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 95-97), é preciso diferenciar a causalidade material, fática, da causalidade jurídica, caracterizada por um juízo de imputação. A busca pelo liame causal, na verdade, consistiria na verificação da reprovabilidade da conduta pelo ordenamento jurídico, ou seja, se existem justificativas para que haja obrigação de indenizar.

¹⁰ É o que sustenta Christian von Bar (BAR, Christian von. *The common European Law of Torts*. 2.v. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005. p. 438), segundo o qual a causalidade não é propriamente um problema científico, mas sim uma questão a ser respondida por valoração. Em sentido próximo, adverte Galgano (GALGANO, Francesco. *Diritto Commerciale. Le società*. Bologna: Zanichelli, 2004, pp. 371-372) que o nexos causal não tem uma conotação apenas naturalística, mas principalmente jurídica, no sentido de que o evento danoso deve aparecer, segundo a experiência comum, como consequência imediata e direta do ato ilícito.

¹¹ Segundo Zweigert e Kötz (KOTZ, Hein; ZWEIFERT, Konrad. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1995. pp. 301-302; 316), isso ocorre claramente no direito norte-americano, no qual a análise do chamado nexos causal envolve critérios como oportunidade, equidade, certeza do direito e justiça social, motivo pelo qual o ponto crucial da responsabilidade por ato ilícito consiste em definir, dentre os inúmeros eventos danosos, quais devem ser transferidos do ofendido para o autor do dano, conforme às ideias de justiça e de equidade dominantes na sociedade. No direito europeu continental, Carbonnier (CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Volume II (Les Biens. Les Obligations). Paris: Presses Uni Volume II (Les Biens. Les Obligations). Paris: Presses Universitaires de France, 2004. pp. 2282-2283) mostra que a causalidade não é uma simples coincidência temporal ou espacial, nem de aplicação de meros critérios

As novas reflexões sobre a causalidade vêm sendo tão intensas que hoje se questiona até mesmo a sua importância como critério definidor da responsabilidade.¹² Por outro lado, como se verá no capítulo seguinte, a própria construção da teoria do risco foi feita intencionalmente para superar o referido critério.

De toda sorte, a convivência entre causalidade e risco não é simples. Afinal, no âmbito da responsabilidade objetiva pelo risco, o juízo a ser feito é o de analisar se determinado dano encontra-se ou não na esfera do risco de determinada atividade, pois somente quando for alheio ao risco é que se poderá afastar a responsabilidade.

Sob essa ótica, até mesmo as excludentes de causalidade – como a força maior ou o fortuito externo – passam a ser vistas não propriamente como fatos que rompem uma causalidade naturalística, mas sim como fatos que, do ponto de vista valorativo, não podem ser considerados como inerentes ao risco.

Daí se preferir utilizar, neste trabalho, da expressão excludentes de responsabilidade, na qual podem ser enquadrados a força maior e o caso fortuito externo – que serão utilizados como sinônimos –, bem como o fato da vítima ou o fato de terceiro.¹³ As duas últimas hipóteses serão equiparadas ao fortuito externo quando puderem afastar a imputação do dano ao empresário por serem igualmente consideradas exteriores ao risco.¹⁴

O que precisa ser destacado é que o raciocínio a ser utilizado no diagnóstico ora proposto não é se existe relação causal entre a conduta do empresário e o dano, mas sim se há pertinência entre o dano e o risco daquela atividade. Na melhor das hipóteses, poder-se-ia cogitar de causalidade entre o risco e o dano, mas, mesmo assim, tal relação teria que ser avaliada por parâmetros distintos daqueles utilizados nas

lógicos, mas problema resolvido pela jurisprudência empiricamente, por meio de uma noção de causalidade mais moral do que material.

¹² Geneviève Viney e Patrice Jourdain (*Les conditions*, cit., pp. 184-187) dedicam parte de sua obra à análise das tendências favoráveis à substituição do critério da causalidade.

¹³ Geneviève Viney e Patrice Jourdain (*Les conditions*, cit., pp. 184-185) mostram que certos autores, notadamente na Alemanha, na Suíça e nos Estados Unidos, propõem substituir a noção de causalidade pela de equidade, embora tal postura seja extremamente criticada. Em revanche, especialmente na França, a teoria do risco ganhou grande esplendor e é às vezes apresentada como substituta da noção de causalidade.

¹⁴ As três causas – força maior ou caso fortuito, fato da vítima e fato de terceiro – são elencadas pela doutrina nacional como excludentes de responsabilidade, sendo exemplos as opiniões de Aguiar Dias (AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. 2 v. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944., v.1, p. 249-270), Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, cit., p. 391-302), Serpa Lopes (SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. 6.v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, v.2, pp. 456-466) e Anderson Schreiber (*Novos paradigmas*, cit., p. 64).

análises tradicionais sobre o nexo causal, mediante a devida compreensão do que é o risco da empresa, assunto que será tratado no capítulo seguinte.

4. Responsabilidade subjetiva e objetiva: da culpa ao risco

Para se entender a ruptura que o advento da responsabilidade objetiva representou na história da responsabilidade civil, é importante lembrar que a responsabilidade subjetiva sempre esteve lastreada em um forte componente moral, que envolvia um juízo de reprovação àquele que, podendo ter agido em conformidade ao direito, acabou agindo de forma reprovável e culpável.¹⁵

No entanto, a substituição da força humana pela tecnologia das máquinas impôs uma nova compreensão do problema. A partir do momento em que os acidentes de trabalho passaram a ser inerentes às novas formas de exploração empresarial, tornou-se insustentável imputar incondicionalmente aos empregados a responsabilidade pelos danos daí decorrentes.¹⁶

Não foi por mera coincidência que a gênese das teorias do risco teve como preocupação central a hipótese dos acidentes de trabalho, sendo obras precursoras nesse sentido as de Raymond Saleilles e de Louis Josserand. Os dois autores assumiram o desafio de, por meio de grande esforço interpretativo do *Code civil* francês, fundamentar a responsabilidade por acidentes de trabalho no risco e não mais na culpa.

Para Saleilles,¹⁷ o deslocamento da responsabilidade subjetiva para a objetiva envolve a mudança de uma perspectiva individualista para uma perspectiva social, que considera

¹⁵ O *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*, de Savatier (SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. 2.v. Paris: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. v.1, p.5) define a culpa como a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar (*l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer*). A culpa comportaria, portanto, dois elementos: (i) um objetivo, consistente no dever violado, seja um dever legal ou moral; (ii) um subjetivo, consubstanciado na imputabilidade do agente. Georges Ripert (RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1927, p. 5-7), nesse sentido, enfatiza a forte influência exercida pela moral sobre o direito no que diz respeito à imposição de obediência a determinados deveres, inclusive na observância da boa-fé, o que acaba por se tornar um importante vetor de solidariedade social.

¹⁶ A coexistência entre homens e máquinas multiplicava as mortes e lesões à medida que as próprias máquinas acentuavam o número e a gravidade de danos. Não é sem razão que André Tunc (TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2.ed. Paris: Economica, 1989. p. 59-61) descreve esse período não somente como a “era das máquinas”, mas também como a “era dos acidentes”. Os acidentes, portanto, podem ser diretamente associados a elementos técnicos e intelectuais que não dependiam da culpa, mas de um risco. Daí a insustentabilidade da premissa de que o trabalhador seria capaz de supervisionar suas máquinas por inúmeras horas por dia sem nenhum momento de desatenção.

¹⁷ SALEILLES, Raymond. *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897. p. 74.

o homem como parte de uma coletividade e percebe suas interações com as individualidades que o circundam.

Por essa razão, a teoria do risco de Saleilles¹⁸ tem como foco a responsabilidade dos patrões e empresários, procurando romper com a causalidade em prol de uma relação subjetiva de imputação, sob o fundamento de que a assunção voluntária dos negócios e dos seus proveitos tem como consequência necessária a responsabilidade pelos riscos correspondentes. É por essa razão que a sua opinião passou a ser conhecida como “teoria do risco proveito” (*risque profit*).¹⁹

Já Josserand²⁰ entendia que a ideia de responsabilidade civil envolve um ideal de justiça distributiva. Daí por que, além de sugerir modificações no próprio conceito de culpa,²¹ buscava substituí-la, em determinadas esferas, pela noção de risco,²² entendendo que deveria responder pelos danos aquele que criou o risco. Daí a sua teoria ser conhecida por *risco criado*.

As vantagens da teoria do risco criado sobre a teoria do risco proveito²³ justificaram sua grande aceitação, tal como ocorreu com o Código Civil brasileiro.²⁴ Vale ressaltar que outras variantes de risco propostas pela doutrina não se afastam substancialmente das noções de Josserand e Saleilles.²⁵

O que há de significativo nas discussões sobre o risco é que, além de afastarem a culpa como pressuposto da responsabilidade, elas subvertem a noção de causalidade, na medida em que se apoiam em noções de equidade e justiça, bem como no papel da

¹⁸ SALEILLES. *Les accidents de travail*, cit., p. 54.

¹⁹ Assevera Saleilles (*Les accidents de travail*, cit., p. 79) que todo fato da atividade persegue um motivo interessado, sendo que o mais comum será um interesse econômico perseguido para a vantagem de alguém. Consequentemente, aquele que detém os proveitos deve acarcar com as perdas.

²⁰ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*. v. 84, n. 454, p. 548-559, abr. 1941. pp. 550-551.

²¹ Para as modificações do conceito de culpa, ver Josserand (*Evolução*, cit., pp. 552-556).

²² É interessante notar que a intenção de Josserand (*Evolução*, cit., p. 559) não era a de condenar a teoria da culpa, mas sim de declarar sua insuficiência, admitindo a coexistência entre os dois modelos.

²³ Para Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, cit., p. 372-379), a teoria do risco proveito deveria ser eliminada, diante das dificuldades de sua aplicação, já que o exame do proveito envolveria um fator subjetivo. Já a teoria do risco criado seria mais ampla do que a primeira e, exatamente por isso, mais equitativa para a vítima.

²⁴ A doutrina do risco criado, como indica Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, cit., p. 362-363), foi acolhida pelo Código Civil de 2002 em seu art. 927, parágrafo único.

²⁵ O desenvolvimento da teoria do risco levou, como aponta Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, cit., p. 371), à formação de subespécies que, por muitas vezes, são intituladas como se fossem teorias autônomas, tais como o risco integral, o risco profissional, o risco proveito e o risco criado.

responsabilidade civil como técnica de socialização de danos, especialmente no que diz respeito à proteção dos membros mais fracos da sociedade.²⁶

Tanto é assim que diversos autores analisam a responsabilidade objetiva a partir da perspectiva de um “direito de danos”, cuja preocupação fundamental é com o ressarcimento da vítima e não mais com a repressão do ofensor.²⁷ Como bem resumem Alpa e Bessone²⁸, o dogma da culpa cede à socialização do risco, em um fenômeno de progressiva socialização da responsabilidade.

Tal compreensão está igualmente relacionada à temática dos direitos fundamentais, seja porque a socialização de danos é importante instrumento de realização de justiça social, seja porque a própria responsabilidade civil passa a ser igualmente vista a partir da sua finalidade de proteger a pessoa humana. Isso obviamente amplia os deveres e responsabilidades de todos aqueles que exercem atividades de risco.

Qualquer que seja o viés ou enfoque adotado para a compreensão da responsabilidade objetiva, será fundamental distinguir o fortuito interno do externo, a fim de se chegar a um critério divisor entre o dano que está associado ao risco assumido e do qual se extrai proveito daquele dano que é considerado exterior a tal risco.

Daí a importância da prévia reflexão sobre o risco, o que se buscará fazer nos próximos capítulos, primeiramente a partir de uma abordagem jurídica, que valoriza a equidade e a dignidade da pessoa humana, e depois sob uma abordagem econômica, que analisa o risco como fator propulsivo da empresa.

5. Risco, equidade e dignidade da pessoa humana

²⁶ Segundo Alvino Lima (LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, pp. 343-347), a teoria do risco criado procura restabelecer a solidariedade e o equilíbrio dos patrimônios, mitigando a insegurança material da vítima e a desigualdade manifesta entre os criadores de riscos e aqueles que suportam os efeitos nocivos dos perigos criados. Em sentido semelhante, Wilson Melo da Silva (SILVA, Wilson Mello. *Responsabilidade sem culpa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 203) ensina que a responsabilidade objetiva seria antes de tudo um instrumento de coletivização dos riscos e de socialização da responsabilidade em prol da ideia de justiça social. Christian von Bar (*The common European Law of Torts*, cit., p. 359-363) também ressalta a relação entre a responsabilidade pelo “controle, direção e uso” e a proteção dos membros mais fracos da sociedade.

²⁷ Nesse sentido, ver: VENTURI, Thaís Gouveira Pascoalato. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014. ZANITELI, Leandro Martins. Direito de danos e prioritarismo. *Revista de estudos jurídicos UNESP*. v. 18, n. 27, 2014. p. 2.

²⁸ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. pp. 10-22.

Como já se viu no capítulo anterior, a conexão entre a responsabilidade objetiva pelo risco e a equidade existe desde a sua gênese. Tanto é assim que Perelman²⁹ aponta como exemplo claro de aplicação da equidade pelas jurisprudências francesa e belga precisamente a evolução da interpretação do art. 1.382 do Código de Napoleão, para que a responsabilidade civil fosse imputada não somente àquele que agiu com culpa, mas também àquele que originou o risco.³⁰

No mesmo sentido, a doutrina costuma enfatizar a importância da responsabilidade objetiva como instrumento de equidade,³¹ visão que casa perfeitamente com a tendência atual de considerar a responsabilidade civil sob o enfoque mais amplo do balanceamento de interesses conflitantes, da cessação do ilícito,³² da proteção dos valores constitucionais³³ e da busca por justiça e equidade.³⁴

É certo que a equidade invocada para defender a responsabilidade objetiva normalmente enfrenta a crítica de que, em nome da proteção da vítima, haveria o sacrifício excessivo do responsável pela indenização. Este se transformaria em mero

²⁹ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 164.

³⁰ Dispõe o art. 1382, do Código Civil francês, que todo e qualquer fato do homem que cause dano a outrem obriga aquele, por culpa do que aconteceu, a repará-lo.

³¹ Para Trimarchi (TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1961, p. 37-38), a responsabilidade objetiva tem por função econômica a redução do risco socialmente injustificado ao distribuir os encargos e benefícios de maneira a assegurar o bem estar social. Em sentido semelhante, encontra-se a lição de Cees van Dam (*European Tort Law*, cit., p. 257), no sentido de que um dos fundamentos da responsabilidade objetiva é a igualdade diante dos ônus sociais, já que os custos de atividades socialmente importantes, mas perigosas, não podem ser atribuídos apenas ao pouco afortunado indivíduo que arbitrariamente está sofrendo o dano, mas devem ser suportados pela sociedade ou pelo grupo específico envolvido na atividade. Othon de Azevedo Lopes (LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade Jurídica*. Horizontes, teoria e linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 284) conclui, em face de todas essas discussões, que “o cerne da chamada responsabilidade objetiva está, portanto, na equidade”.

³² Geneviève Viney (*Les conditions*, cit., pp. 94-95) leciona que a cessação do ilícito é geralmente apresentada pela doutrina francesa como uma variante da reparação *in natura*. Renan Lotufo (LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2004. v.1, p. 508) menciona igualmente o chamado “efeito paralisante” da responsabilidade civil.

³³ Merece destaque o ensinamento de Guido Alpa (ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato*. Pádua: Cedam, 2005 p. 872) no sentido de considerar dano injusto a lesão de qualquer interesse diretamente tutelado pela Constituição (direito à saúde, direito de propriedade), qualquer interesse expressamente tutelado pela lei e, ainda, qualquer interesse que, comparado com aquele do causador do dano, resulta mais merecedor de tutela. Tal orientação é visível nas hipóteses de violação à pessoa humana, motivo pelo qual sustenta Perlingieri (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 678-679) que, diante do “processo de erosão do direito subjetivo como critério de seleção dos danos ressarcíveis em razão de um fato ilícito”, a ressarcibilidade dos danos deve estar associada ao valor da pessoa humana e dos interesses a ela relacionados.

³⁴ De acordo com Christian von Bar (*The common European Law of Torts*, cit., p. 223; 244) a questão da responsabilidade civil ultimamente depende dos fatos do caso individual e de se saber se a atribuição do dano é equitativa, justa e razoável, o que faz com que até a culpa seja analisada no contexto dos interesses conflitantes. Em sentido semelhante, destaca Van Dam (*European Tort Law*, cit., p. 125-126 e 181) que a responsabilidade civil diz respeito ao balanceamento de interesses de indivíduos, motivo pelo qual as cortes, ao decidirem casos, não estão apenas tratando dos requisitos formais de responsabilidade, mas também estão sendo dirigidas por seu senso de justiça, já que a responsabilidade civil é um ramo especial da arte do balanceamento.

instrumento para a satisfação do lesado, tendo a sua ação tratada como mero fato,³⁵ sem a apreciação dos aspectos voluntarísticos e morais da sua conduta.

Entretanto, tais óbices podem ser contornados quando se entende que a responsabilidade pelo risco exige a análise da sua assunção voluntária.³⁶ Sob essa ótica, reforça-se a importância das excludentes de responsabilidade, pois os elementos estranhos ao risco estão evidentemente fora daquilo que foi voluntariamente assumido pelo empresário. Na verdade, as referidas excludentes são fatores que modulam a rigidez da responsabilidade objetiva, compatibilizando a equidade e a necessidade de ressarcimento da vítima com o aspecto da intenção e do valor moral das ações humanas de assunção de risco.

Daí as inúmeras reservas ao chamado risco integral, que trata a conduta humana como um fato, não admitindo excludentes de responsabilidade nem avaliando quaisquer aspectos voluntários inerentes ao risco criado. Por essa razão, trata-se de uma concepção extremada da responsabilidade objetiva, que deve ser afastada no direito privado, pois, como ensina Caio Mário da Silva Pereira,³⁷ enseja a responsabilidade mesmo no campo do incontrolável e do aleatório.

Assim, é necessário prosseguir com o esforço de se delimitar a extensão do risco como elemento deflagrador da responsabilidade objetiva, propósito que exige o exame dos elementos econômicos do risco assumido pelo empresário, matéria que será tratada no capítulo seguinte.

6. A perspectiva econômica do risco

Além dos aspectos já mencionados, há uma outra dimensão do risco que precisa ser analisada com cuidado: a econômica, segundo a qual o risco é o elemento objetivo que dá sentido à empresa e justifica a remuneração do empresário.³⁸

³⁵ Por essa razão, vários autores de peso recusaram-se a aceitar os fundamentos da responsabilidade objetiva, como é o caso de Georges Ripert (*La règle morale*, cit., pp. 218-223) e dos irmãos Henri e Léon Mazeaud (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4.ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. pp. 364-370).

³⁶ Othon de Azevedo Lopes (*Responsabilidade jurídica*, cit., p. 320) aponta que somente a concepção equivocada do positivismo e do neopositivismo pode permitir que a responsabilidade objetiva tratasse ações humanas como fatos, advertindo que a própria origem das teorias objetivas não ignoravam os aspectos subjetivos da conduta, até por enfatizarem o risco proveito ou o risco criado.

³⁷ PEREIRA, *Responsabilidade Civil*, cit., p. 372.

³⁸ O risco é, na verdade, uma das definições de empresa, fazendo parte de seu sentido econômico, conforme à lição clássica de Asquini (ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996, p. 110).

Para a adequada compreensão do assunto, é importante lembrar que, do ponto de vista histórico, a noção de risco sempre foi acompanhada dos atributos de previsibilidade e calculabilidade.³⁹ É por essa razão que Frank Knight,⁴⁰ no seu clássico livro sobre o tema, diferencia o risco da incerteza porque o primeiro, ao contrário da última, está sujeito a certo domínio e cálculo.

Assim, do ponto de vista econômico, compreender o risco pressupõe identificar algo que pode ser minimamente calculado, controlado e gerenciado. Como ensina Stephen Perry,⁴¹ não há como dissociar o risco do cálculo probabilístico, motivo pelo qual a previsibilidade do dano precisa ser considerada como um pressuposto necessário da responsabilidade.⁴²

É interessante notar que o fundamento econômico não é incompatível com os fundamentos jurídicos da assunção voluntária e da equidade. Na verdade, reforça estes últimos, na medida em que legitima a atribuição da responsabilidade àquele que assumiu voluntariamente o risco e tem condições mínimas de prevê-lo, calculá-lo e administrá-lo, o que abrange a possibilidade de transferi-lo ou diluí-lo adequadamente por diversos mecanismos, como os seguros ou o preço final dos produtos ou serviços.

Por outro lado, o fundamento econômico mostra a dificuldade de se responsabilizar o empresário pelas meras incertezas, já que, mesmo sob a ótica da responsabilidade objetiva, a previsibilidade e a calculabilidade dos danos são fatores fundamentais e constitutivos do próprio risco. Logo, são importantes parâmetros para a compreensão dos fortuitos externos, os quais, na terminologia de Frank Knight, podem ser relacionados aos danos decorrentes das meras incertezas.

Por mais que as fronteiras entre o risco e a incerteza nem sempre sejam claras, é inequívoco que, quanto mais um dano for previsível, suscetível de cálculo e controle pelo empresário (alocação, transferência, gerenciamento), mais fácil é sustentar que se

³⁹ Bernstein (BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: The remarkable story of risk*. Nova Iorque, Wiley, 1998. p. 8) mostra que a palavra risco, da origem italiana *risicare* (ousar), começa a ser usada somente no século XIII, para o fim de refletir uma mudança de mentalidade segundo a qual o futuro deixava de ser visto apenas como destino ou predeterminação divina e passava a ser uma escolha a ser feita de acordo com suas consequências possíveis.

⁴⁰ KNIGHT, Frank. *Risk, uncertainty and profit*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1921. pp. 231-232.

⁴¹ PERRY, Stephen R. Risk, Harm and Responsibility. In: OWEN, David. *Philosophical foundations of Tort Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001, pp. 322-346.

⁴² Para isso, o autor (PERRY, *Philosophical foundations*, cit., p. 322-346) propõe duas formas de compreensão do risco: (i) a objetiva, baseada no cálculo de probabilidades e (ii) a epistêmica, que procura modular o risco objetivo com base em evidências que levem a um cálculo de razoabilidade. Entretanto, a sua conclusão é que o único fundamento que poderia justificar a responsabilidade pelo risco é a identificação de uma conduta considerada arriscada sob os dois critérios.

trata de algo inerente à empresa. De forma contrária, quanto menos o dano for previsível ou suscetível de cálculo ou gerenciamento, mais fácil é sustentar que ele não corresponde ao risco da empresa, podendo ser atribuído a um fortuito externo.⁴³

Nesse sentido, o *European Group on Tort Law*⁴⁴ ressalta que apenas pode ensejar a responsabilidade o dano característico do risco apresentado pela atividade e dela resultante, propondo que a avaliação do risco seja feita não apenas pela gravidade do dano, mas também pela sua frequência, o que pode ser determinado pela teoria das probabilidades.

Tal compreensão, portanto, não apenas se liga à questão da equidade – que é conectada com a assunção voluntária dos riscos –, como também à ideia de que a regulação jurídica da atividade empresarial precisa encontrar mecanismos para que a responsabilidade do empresário seja compatível com o risco criado e assumido, não sendo exagerada a ponto de possibilitar uma responsabilidade descolada do risco, com o efeito indesejável de retração da atividade empresarial.

A preocupação com a “justa medida” permeia, na verdade, as discussões recentes sobre a responsabilidade civil mesmo na sua modalidade subjetiva, diante do reconhecimento de que um agravamento injustificado do dever de indenizar pode levar a sérios problemas econômicos,⁴⁵ desestimulando o investimento empresarial e a assunção de riscos considerados desejáveis.⁴⁶

⁴³ Para a delimitação do risco da empresa, a adoção de seguros é um importante critério considerado pela jurisprudência do *common law*, conforme aponta Fleming (FLEMING JR, James. Accident liability reconsidered: The impact of liability insurance. *Yale Law Journal*. v. 57, n. 4, p. 549-570, fev. 1948, p. 552; 559), além de contribuírem em larga medida para a prevenção de acidentes em razão da ação incisiva das seguradoras para garantir a segurança, os custos das indenizações não recairão sobre os indivíduos que incorreram em atos ilícitos, mas serão distribuídos pelo grupo de entidades segurado contra esse tipo de risco.

⁴⁴ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Wien: Springer Verlag, 2005, pp. 105-106.

⁴⁵ Como explica Christian von Bar (*The common European Law of Torts*, cit., p. 4), o direito delitual somente pode operar como um sistema de compensação efetivo, sensível e justo se a responsabilidade excessiva for evitada. É importante que ele não se torne um fator disruptivo no sentido econômico.

⁴⁶ Este temor não é apenas uma conjectura, já que o regime de responsabilidade tem repercussão direta na política de administração e investimento das empresas. Ponzanelli (PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile: profili di diritto comparato*. Bolonha: Il Mulino, 1992, p. 31) cita o exemplo da indústria farmacêutica norte-americana, que teve uma verdadeira paralisia em termos de desenvolvimento em decorrência do agravamento do seu regime de responsabilidade civil (*overdeterrence*). Para maiores informações sobre os atuais horizontes da responsabilidade civil, ver Frazão (FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 226-237).

Um dos critérios que têm sido propostos para se encontrar essa "justa medida" é a possibilidade de prevenção do dano⁴⁷ e os custos respectivos. Aliás, desde a publicação da obra seminal de Calabresi⁴⁸ – *Costo degli incidenti e responsabilità civile* –, é necessário ver a responsabilidade civil igualmente sob a ótica dos custos dos danos e dos custos para preveni-los. Daí a proposta do autor⁴⁹ de que os custos dos acidentes devem ser imputados àqueles que podem evitá-los da forma mais barata, incorporando-os ao preço final dos produtos e serviços.⁵⁰

A partir daí, a análise econômica do direito vem propondo que as regras de responsabilidade procurem assegurar níveis eficientes de prevenção dos danos.⁵¹ Consequentemente, o indivíduo que poderia evitar um acidente pelo menor custo possível – o *cheapest cost avoider* – deve ser considerado responsável pelo dano dele decorrente, ainda que tenha tomado os devidos cuidados.⁵²

A análise econômica do direito fortalece a noção de risco a partir da previsibilidade, calculabilidade e gerenciamento, adicionando à reflexão a questão dos custos respectivos. Mais do que isso, realça a importância da prevenção tanto na responsabilidade subjetiva como na objetiva, já que o último modelo é voltado igualmente para se chegar a níveis eficientes de prevenção.⁵³

⁴⁷ Nesse sentido, é importante ressaltar alguns dos critérios da jurisprudência norte-americana para avaliar o risco, como apontados por Keating (KEATING, Gregory C. *The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability*. *Vanderbilt Law Review*. v. 54, p. 1285-1335, 2001, pp. 1323-1325), a partir do caso *Ira S. Bushey & Sons v. United States*, em que se entendeu que o empregador deve ser responsável pelos danos característicos de suas atividades, uma vez que tem condições de adotar medidas para prevenção e mitigação dos riscos, além de poder assumir e repassar os custos decorrentes dessas medidas.

⁴⁸ CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*. Milão: Giuffrè Editore, 1975.

⁴⁹ CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., p. 401.

⁵⁰ É importante destacar que o próprio Calabresi (*Costo degli incidenti*, cit., p. 401.) propõe o que chama de um "sistema misto", que seria mais satisfatório do que o sistema da responsabilidade pela culpa, pois busca a redução dos custos dos acidentes e ao mesmo a satisfação do nosso senso de justiça. Como o autor trabalha também com diferentes tipos de custo, a premissa da sua teoria é a de que deveria ser responsável aquele que tem condições de evitar os acidentes de forma mais econômica e que é suficientemente grande para fracionar os custos na medida suficiente para evitar o que chama de "custos secundários", que são os custos que a sociedade deve pagar em decorrência dos acidentes em si. Alpa e Bessone (*La responsabilità civile*, cit., p. 558) resumem a teoria de Calabresi como sendo aquela que parte da premissa de que a distribuição ótima dos custos dos acidentes deve ser organizada de modo que a responsabilidade e o risco recaiam sobre aquele que tem melhores condições de realizar aquele escopo e incorporar tal custo no preço do produto.

⁵¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 332.

⁵² A solução mais eficiente para a questão imposta pela responsabilidade objetiva é que o *cheapest cost avoider* arque com a responsabilidade, sendo consideradas variáveis como o grau de infomação acerca dos riscos – o que em larga medida está relacionado ao tamanho da empresa – também para a definição do *avoider*. Mesmo em situação de riscos concorrentes, o *avoider* será aquele que mais facilmente poderia evitar os riscos, consoante as lições de Stephen Gilles (GILLES, Stephen G. *Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider*. *Virginia Law Review*. v.78, n. 6, p. 1291-1375, sep. 1992. pp. 1292-1295) e Satish Jain (JAIN, Satish Kumar. *Economic Analysis of Liability Rules*. Nova Déli: Springer, 2015, p. 37).

⁵³ Cooter e Ulen (*Direito & Economia*, cit., pp. 334-348) mostram que a responsabilidade subjetiva, em princípio, é mais adequada para proporcionar incentivos para que autor e vítima tomem precauções eficientes, já que, na responsabilidade objetiva, apenas o autor do dano tem incentivos para a prevenção.

É certo que, na atualidade, ganham destaque as discussões sobre a precaução, como algo superior à prevenção, na medida em que incluiria perigos não conhecidos, como é o caso dos chamados riscos do desenvolvimento.⁵⁴ O grande problema dessa concepção é que ela dissocia o risco do seu elemento de previsibilidade e gerenciamento, equiparando-o, para efeitos de responsabilização, à mera incerteza.

Ora, impor responsabilidades ao empresário por danos que não fazem parte do risco voluntariamente assumido e ainda são insuscetíveis de previsão, cálculo ou gerenciamento tem um efeito econômico devastador para a atividade empresarial, ainda mais no contexto atual, em que os estímulos para o investimento financeiro são muitas vezes mais atrativos do que para o investimento produtivo.

Daí a necessidade de que o elemento de previsibilidade e controlabilidade seja utilizado no estabelecimento das excludentes de responsabilidade, porque tal exame envolve, na verdade, a própria delimitação do risco empresarial. Tal questão, como já se viu, é de extrema complexidade, já que as discussões relacionadas à justiça e à equidade não podem desconhecer os necessários aspectos e desdobramentos econômicos.

7. Risco e dever de cuidado

Como já se viu dos capítulos anteriores, a discussão sobre as excludentes de responsabilidade envolve a prévia compreensão do que é o risco empresarial. Somente a partir daí é possível saber em que medida a força maior ou o caso fortuito, o fato da vítima ou o fato de terceiro são estranhos ao risco, de modo a afastar a responsabilidade, ou são inerentes ao risco, hipótese em que a responsabilidade não poderá ser afastada, podendo-se, no máximo, cogitar de alguma redução da indenização.

Daí defenderem que o modelo objetivo é preferível quando somente o autor do dano pode tomar precauções contra acidentes. Ao induzir os autores de dano a colocar em seu nível eficiente cada variável que afete a probabilidade de um acidente, o modelo objetivo tanto induz a prevenção eficiente como um nível de atividade igualmente eficiente.

⁵⁴ De fato, como aponta Teresa Ancona Lopes (LOPES, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPES, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Sociedade de risco e direito privado*: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6), enquanto a prevenção diz respeito ao perigo conhecido, a precaução já indica o “risco do risco”, do qual podem surgir danos graves e irreversíveis. É o caso dos chamados *riscos de desenvolvimento*, cuja descoberta não era possível pelo estado dos conhecimentos técnicos à época da introdução de determinado produto ou serviço no mercado. De acordo com Marcelo Junqueira Calixto (CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 21, p. 53-93, jan./mar. 2005. p. 85), existem, aqui, dois requisitos para a configuração de um risco de desenvolvimento: (i) um requisito temporal, referente ao momento que deve ser considerado para a análise do estado da técnica; e (ii) um requisito técnico, referente ao critério de avaliação do estado da técnica.

O capítulo anterior procurou mostrar a importância de algum grau de previsibilidade e controle do dano mesmo para a atribuição da responsabilidade objetiva pelo risco. É por esse motivo que a avaliação da pertinência entre o dano e o risco pressupõe igualmente a análise do dever de cuidado exigível na situação sob exame.

Para a análise proposta, explicam Viney e Jourdain,⁵⁵ com base na experiência da jurisprudência francesa, que deve ser considerada a capacidade de previsão do homem normalmente prudente para verificar se todas as medidas exigíveis foram tomadas diante do que seria razoavelmente previsível, em raciocínio que também se aplica às hipóteses de fato de terceiro ou da vítima.

Não obstante a complexidade da questão, que está sujeita a diversas gradações e nuances, é possível afirmar que, quanto mais difícil e custoso for evitar ou ao menos gerenciar determinado dano, por maior que seja o dever de cuidado adotado, mais razões existirão para se cogitar da existência de um fortuito externo. De forma contrária, quanto mais fácil e barato for evitar ou ao menos gerenciar determinado dano, mais razões existirão para se cogitar de um fortuito interno.

Tal conclusão é particularmente interessante por realçar que aspectos volitivos e subjetivos concernentes à conduta do empresário não podem ser expurgados da análise da responsabilidade pelo risco. Por outro lado, a análise da responsabilidade pelo risco a partir da violação ao dever de cuidado exigível do empresário acaba aproximando a da responsabilidade subjetiva, o que causa uma estranheza inicial.

Entretanto, no atual estágio da reflexão sobre a responsabilidade civil, observa-se facilmente que esse suposto impasse – que corromperia, em última análise, os critérios distintivos tradicionais entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva – não causa preocupação. Na verdade, já é até visto com certa naturalidade, diante do reconhecimento de que as diferenças entre duas searas não são tão marcantes como se pensava outrora.

Christian von Bar,⁵⁶ por exemplo, é um dos que defende que a diferença entre os dois tipos de responsabilidade projeta-se menos no aspecto qualitativo e mais no aspecto quantitativo, motivo pelo qual ambos agem essencialmente da mesma maneira, com a

⁵⁵ VINEY; JOURDAIN, *Les conditions*, cit., pp. 279-280.

⁵⁶ BAR, *The common European Law of Torts*. cit.. pp. 353-355.

única diferença de que a responsabilidade objetiva demandaria mais previsibilidade e cuidado. Por essa razão, o autor⁵⁷ diagnostica que a distinção entre os dois tipos de responsabilidade vem perdendo terreno na Europa e que, no futuro, será abandonada em prol de um sistema comum entre ambas, sendo uma das evidências desse processo os casos de fato da vítima, que podem reduzir o valor da indenização nos dois regimes.

Em sentido semelhante, Cees van Dam⁵⁸ sustenta que a interpenetrabilidade entre os dois tipos de responsabilidade, que se acentua gradativamente com a ideia de culpa normativa, baseada na violação do dever de cuidado, faz com que não haja mais uma clara distinção entre ambos na prática, de forma que, quanto maior o dever de cuidado a ser aplicado em certos casos de culpa, menor será a diferença entre os dois. Consequentemente, o autor⁵⁹ também compartilha da conclusão de que a distinção entre os dois tipos de responsabilidade é datada e que a responsabilidade civil do século XXI conceberá os dois sistemas em uma perspectiva de cooperação.

Por fim, ainda merece menção a opinião de Richard Epstein,⁶⁰ ao também concluir que a responsabilidade subjetiva que envolve um alto *standard* de cuidado tende a convergir, em seus resultados, com a responsabilidade objetiva, ainda que possam divergir na maneira da apresentação e na prova.

Assim, são corretas as conclusões do *European Group on Tort Law*⁶¹ de que a responsabilidade subjetiva e a objetiva são muito mais um contínuo do que propriamente duas categorias. Tal afirmação é especialmente relevante nas atividades que envolvem um alto grau de cuidado, situação em que os dois tipos tendem a convergir em termos de resultado.

Tais considerações são importantes por mostrarem a necessidade da análise do dever de cuidado mesmo na responsabilidade pelo risco, a fim de se perquirir sobre a adequação das medidas que foram tomadas pelo empresário diante do que seria razoavelmente previsível.

Consequentemente, os elementos de previsibilidade do dano e do cumprimento do dever de cuidado correspondente não podem deixar de ser considerados mesmo na responsabilidade objetiva, diante da sua importância para a delimitação do próprio

⁵⁷ BAR, *The common European Law of Torts*, cit., pp. 364-365.

⁵⁸ DAM, *European Tort Law*. cit., pp. 255-257.

⁵⁹ DAM, *European Tort Law*, cit., pp. 264-265.

⁶⁰ EPSTEIN, Richard. *Torts*. New York: Aspen Publishers, 1999. p. 333.

⁶¹ EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles*, cit., p. 101.

risco. Por mais que possam e devam ser vistos sob um viés mais rigoroso do que aquele existente na responsabilidade subjetiva, até porque se projetam sobre um dever de cuidado igualmente mais exigente, não podem ser simplesmente ignorados, como se buscará examinar no capítulo seguinte, que tratará da delimitação das excludentes de responsabilidade a partir dos critérios já expostos, bem como de algumas de suas aplicações práticas.

8. Excludentes de responsabilidade

O capítulo anterior procurou demonstrar que, em face dos elementos necessários para a avaliação do risco empresarial, não são estranhas as situações em que as fronteiras da responsabilidade pelo risco se entrecruzam com as da responsabilidade subjetiva, especialmente quando o dever de cuidado for alto.

Por outro lado, as conclusões até aqui expostas mostram como uma série de aspectos subjetivos precisa ser considerada para se saber o que pode ou não ser visto como inerente ao risco de determinada atividade. É o juízo de pertinência ou não ao risco que uniformiza as excludentes de responsabilidade, permitindo que a força maior ou o fortuito externo, o fato da vítima e o fato de terceiro sejam tratados de forma homogênea.⁶²

Para se chegar à conclusão no sentido de que qualquer dessas hipóteses é exterior do dano, infelizmente não há soluções fáceis ou apriorísticas. Todos os parâmetros gerais já expostos precisam ser aplicados de acordo com a situação concreta do empresário e da ocorrência do dano.

Como ensinam Viney e Jourdain,⁶³ a jurisprudência francesa, mesmo diante de fenômenos naturais como chuvas e nevascas, costuma ser muito atenta na apreciação de todas as circunstâncias específicas do caso, tais como tempo, lugar, circunstâncias econômicas, sociais e políticas, bem como as possibilidades de que dispunha o réu para resistir ao evento (meios materiais, recursos, aptidões físicas, ajudas exteriores, etc).

⁶² Viney e Jourdain (*Les conditions*, cit., p. 281) propõem a discussão sobre se o fato de terceiro ou da vítima precisa ser ilícito, caso em que poderíamos falar em culpa do terceiro ou da vítima, advertindo que a resposta da jurisprudência não é clara, apesar de haver importantes decisões da Corte de Cassação na década de 60 entendendo que basta o fato e não a culpa. Até por essa razão, o presente artigo continuará se referindo ao fato da vítima e do terceiro, por entender que a culpa deles pode ser irrelevante.

⁶³ VINEY; JOURDAIN, *Les conditions*, cit., p. 275.

É necessário também fazer uma distinção entre as pessoas naturais e as jurídicas, pois as últimas contam com uma organização própria e diversos mecanismos legais – como separação patrimonial perfeita, gestão profissional, dentre outros – que possibilitam um gerenciamento do risco muito mais amplo e sofisticado do que o realizado pelas primeiras. Dessa maneira, o critério da irrestibilidade deverá ser analisado em conformidade com as perspectivas de administração do risco que decorrem da própria personalização.

É necessário também examinar o porte da empresa, para o fim de se aferir a real possibilidade de previsão, cálculo e gerenciamento de risco. Afinal, como destacam Alpa e Bessone,⁶⁴ a imposição de um critério uniforme de responsabilidade objetiva pode transformar-se em tratamento privilegiado da grande empresa, especialmente nas hipóteses em que o empresário for pessoa jurídica, que pode mais facilmente calcular riscos e custos, em detrimento das pequenas.

Em qualquer que seja o caso, o aspecto de uma possível e razoável previsão e gerenciamento do risco é fundamental. É esse critério que fará com que, dependendo do caso, mesmo fatos de terceiros ou da vítima não sejam considerados estranhos ao risco, por serem previsíveis e controláveis pelo empresário.⁶⁵

Vale ressaltar que a controlabilidade do risco não diz respeito apenas à possibilidade de evitar o dano, mas também à possibilidade de gerenciá-lo adequadamente. Daí por que são questionáveis as decisões jurisprudenciais de que assaltos à mão armada em coletivos, apesar de previsíveis e habituais, seriam fortuitos externos à atividade da transportadora, por serem inevitáveis.⁶⁶ Afinal, o critério isolado da inevitabilidade do dano pode funcionar bem como excludente de responsabilidade subjetiva, mas não necessariamente como excludente de responsabilidade pelo risco.

Ora, se os fatos são previsíveis e sujeitos a cálculo e gerenciamento pela empresa transportadora que age com os padrões adequados de cuidado, existem bons motivos para considerá-los como fortuitos internos, ainda que a empresa tenha tomado as

⁶⁴ ALPA; BESSONE. *La responsabilità civile*, cit., p. 533.

⁶⁵ Arsenaull (ARSENAULT, Pierre. *La responsabilité civile délictuelle*. Quebec: Les Edition Yvon Blais, 2002, p. 105) é claro no sentido de que, se o fato de terceiro era previsível, não há que se cogitar de excludente de responsabilidade.

⁶⁶ Foi o que entendeu o o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 823.101/RJ (STJ, REsp nº 823.101/RJ Rel. Min. Ari Pargendler, Data de Julgamento: 28.03.2006, Data de Publicação: DJ 18.04.2006), em que passageiro acabou sendo atingido por tiro em virtude de assalto a mão armada em coletivo. O Tribunal afastou a responsabilidade da transportadora por entender que disparo de arma de fogo é um fortuito externo, pois, apesar de ser previsível, diante da habitualidade da sua ocorrência em determinadas linhas, seria inevitável.

cautelas que lhes seriam exigíveis para evitar o dano. Por essa mesma razão, é correta a jurisprudência trabalhista quando entende que os danos sofridos por motoristas de ônibus em razão de acidentes de trânsito causados por terceiros são fortuitos internos, já que se trata de risco inerente à atividade, tanto sob a ótica da previsibilidade, como da controlabilidade.⁶⁷ Da mesma forma, é acertada a posição adotada pela Súmula nº 479 do STJ, segundo a qual “as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

Merece um especial destaque a discussão em torno do fato da vítima, em relação à qual há controvérsias em torno da própria possibilidade de ser considerada um excludente de responsabilidade.⁶⁸ Na responsabilidade pelo risco, o problema é mais grave do que aquele normalmente enfrentado no âmbito da responsabilidade subjetiva, na qual é incontroversa a possibilidade de compensação entre os graus de culpa da vítima e do ofensor tão somente para efeitos de redução da indenização.⁶⁹ Já no âmbito da responsabilidade pelo risco, há duas questões a resolver: (i) em que medida aquele fato está compreendido ou não no risco e, (ii) estando o fato compreendido no risco, mas tendo o risco sido agravado pela vítima, em que medida pode haver ao menos uma redução da indenização, tal como ocorre na responsabilidade subjetiva.

No direito norte-americano, por exemplo, a culpa da vítima como causa de exoneração da responsabilidade (*contributory negligence*)⁷⁰ foi gradualmente superada em favor da sua compreensão como causa de atenuação da responsabilidade e redução

⁶⁷ Veja-se, dentre outros, os seguintes acórdãos do TST: TST, RR 39300-88.2006.5.17.0121, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 26.11.2012, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07.12.2012; TST, RR 169-87.2012.5.09.002, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 18.06.2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01.07.2014 e TST, RR 1749-19.2012.5.03.0068, Rel. Min. Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 26.08.2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28.08.2015.

⁶⁸ Viney e Jourdain (*Les conditions*, cit., pp. 698-699) explicam que os tribunais franceses jamais acolheram o princípio segundo o qual a aceitação dos riscos pela vítima é, por si e de forma geral, um motivo de exclusão de responsabilidade, motivo pelo qual vêm reconhecendo a responsabilização mesmo quando a vítima está ciente dos riscos.

⁶⁹ A culpa exclusiva da vítima consiste em ato ou fato exclusivo da vítima pelo qual fica eliminada a causalidade no ato danoso. Na responsabilidade subjetiva, a culpa da vítima é tradicionalmente considerada de acordo com seu grau, de modo a excluir ou atenuar a responsabilidade do agente, pois pode ser exclusiva ou concorrente, a fim de se repartirem os encargos, conforme ao que aponta Aguiar Dias (*Da responsabilidade civil*, cit., v.1, p. 265). No plano do fato da vítima, segundo Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, cit., p. 392), insere-se a questão sobre o grau de consentimento da vítima no que toca ao dano ou à aceitação de certos riscos, de sorte que a solução ideal seria especificar matematicamente a contribuição da culpa da vítima para o efeito danoso.

⁷⁰ A chamada *contributory negligence*, defesa que remonta a julgados do século XIX, (*Butterfield v. Forrester*, 1808) afigurava-se de forma radical: tendo a vítima do dano agido em padrão abaixo exigido por seu dever de cuidado, contribuindo em alguma medida para a concretização do resultado danoso que sofreu, isso seria uma defesa total para o réu (no caso, o causador direto do dano), como explanou Peter Swisher (*SWISHER*, Peter Nash. Virginia Should Abolish the Archaic Tort Defense of Contributory Negligence and Adopt a Comparative Negligence Defense in Its Place. *University of Richmond Law Review*. v. 46, n. 1, p. 359-372, 2011. p. 360).

percentual da indenização (*comparative negligence*).⁷¹ Vale ressaltar que a *contributory negligence* é utilizada também na responsabilidade objetiva (*strict liability*), para o fim de reduzir a indenização,⁷² com base em juízos de equidade e de justiça.⁷³

Já na Europa, Christian von Bar⁷⁴ mostra que, embora a *contributory negligence defense* não possa ser usualmente deduzida das previsões do direito codificado, está presente em várias previsões especiais, que admitem tanto o afastamento como a redução do escopo da responsabilidade objetiva.

No Brasil, o fato da vítima, especialmente quando se traduz na assunção voluntária do risco (*assumption of risk*),⁷⁵ vem sendo considerado como excludente de responsabilidade. Nesse sentido, destaca-se a famosa decisão do Superior Tribunal de Justiça que afastou a responsabilidade da companhia ferroviária pelos danos sofridos pelo “surfista ferroviário”. Os argumentos utilizados foram o de que a vítima assumiu totalmente o risco e o de que seria inexigível e até mesmo impraticável a fiscalização pela empresa.⁷⁶

Diferente raciocínio foi utilizado no “caso pingente”, em que o lesado projetou o corpo para fora do vagão, hipótese em que o Superior Tribunal de Justiça afastou a culpa

⁷¹ Ver Swisher (*Virginia should abolish*, cit., p. 360) e Abraham (ABRAHAM, Kenneth S. *The forms and functions of Tort Law*. Nova Iorque: Foundation Express, 2007, p. 144; 151), que mostram claramente que, especialmente nas últimas quatro décadas, a *contributory negligence defense* foi substituída pela *comparative negligence*, a fim de reduzir a pretensão da vítima conforme a proporção da negligência que lhe é atribuída.

⁷² Por essa razão, da mesma forma que na *comparative negligence* – note-se, não na *contributory* – a *assumption of risk* no direito norte-americano pode afastar totalmente ou apenas atenuar a responsabilidade, de acordo com critérios de proporcionalidade, conforme percebido por Feldman e Stein (2010, p. 259).

⁷³ Abraham (*The forms and functions*, cit., pp. 159-160) mostra que, nas hipóteses de *strict liability*, o objetivo do júri não é o de comparar culpas, como ocorreria na responsabilidade subjetiva, mas sim o de buscar uma solução justa para o caso.

⁷⁴ BAR, *The common European Law of Torts*, cit., pp. 550-551.

⁷⁵ Esclarece Abraham (*The forms and functions*, cit., pp. 161-164) que a expressão *assumption of risk* pode ser utilizada no direito norte-americano em diferentes contextos, sendo um deles o de *conscious, reasonable risk-taking*. Para efeitos do presente trabalho, adota-se este.

⁷⁶ Trata-se do REsp nº 261027/RJ (STJ, REsp nº 261027/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Data de Julgamento: 19.04.2001, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 13.08.2001). No entanto, é importante registrar os votos vencidos dos ministros Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Jr. no caso. O Min. Ruy Rosado colocou que apesar de o “surfista de trem” ser de uma imprudência que beira o dolo, não se pode estimular tal conduta com o argumento da absoluta falta de controle, motivo pelo qual a omissão da companhia ferroviária implicaria sua responsabilização. Já o Min. Aldir Passarinho Jr. reconheceu concorrência de culpas, uma vez que tanto a companhia ferroviária se omitiu na vigilância como o “surfista” teve conduta demasiado imprudente. Daí ter fixado o dever de indenizar da companhia em 20% do *quantum* ressarcitório.

exclusiva da vítima sob o fundamento de que haveria o dever da companhia de impedir tais situações.⁷⁷

O cotejo entre as duas decisões é interessante, porque mostra que os elementos de assunção voluntária do risco pela vítima foram devidamente ponderados com os elementos da previsibilidade do dano e do dever de cuidado que seria exigível da companhia: somente quando se mostrou inexigível ou inviável a fiscalização, a responsabilidade foi afastada. Dessa maneira, elementos como os relativos ao parâmetro do *cheapest cost avoider* e à violação do dever de cuidado foram acertadamente considerados na análise.

No que diz respeito aos acidentes de trabalho, a questão da culpa da vítima precisa ser vista com atenção redobrada, tendo em vista que a própria responsabilidade pelo risco foi criada para resolver o problema dos acidentes causados por descuidos dos empregados, sob o fundamento de que tais situações estariam contidas no risco da empresa. Por essa razão, não faz sentido afastar a responsabilidade quando o acidente decorreu de mera culpa do empregado,⁷⁸ já que isso faz parte, como regra, do risco da empresa. Apenas em casos de dolo ou culpa grave do empregado, de forma a se criar uma situação que não pudesse ser compreendida no risco, é que se poderia cogitar de alguma excludente de responsabilidade.

Não é sem razão que o primeiro diploma normativo do ordenamento brasileiro a tratar da responsabilidade decorrente de acidentes de trabalho, o Decreto nº 3.724 de 1919, já estabelecia, em seu art. 2º, que o acidente ocorrido em razão ou durante o trabalho obrigava o patrão a pagamento de indenização “exceptuados apenas os casos de força maior ou dolo da propria victima ou de estranhos”. Assim, não havia possibilidade de que a mera culpa da vítima afastasse a responsabilidade empresarial.

Por outro lado, é importante refletir sobre as hipóteses em que o fato da vítima, seja em casos de acidente de trabalho ou não, ainda que inerente ao risco da empresa, possa ser considerado como fator de redução da indenização sempre que tiver agravado, de forma desnecessária e injustificável, o risco. Em casos assim, é acertada a posição

⁷⁷ Foi o caso do REsp 259.261/SP (STJ, REsp nº 259.261/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data de Julgamento: 13.09.2000, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 16.10.2000), no qual o relator afirma que “não há falar, portanto, em culpa concorrente, seja porque apenas a culpa exclusiva da vítima eximiria a ferrovia da responsabilidade, seja porque a culpa contratual da empresa transportadora exclui a culpa concorrente[...]”.

⁷⁸ No AIRR 1299-26.2010.5.02.0472 (TST, AIRR nº 1299-26.2010.5.02.0472, Rel. Des. Convocado Arnaldo Boson Paes, Data de Julgamento: 15.10.2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31.10.2014) admitiu-se que o descuido do empregado, mesmo diante de condições inseguras de trabalho constatadas por perito judicial, seria suficiente para caracterizar culpa exclusiva da vítima.

defendida por Flávio Tartuce,⁷⁹ que, por meio do que chama de *teoria do risco concorrente*, propõe a redução equitativa da indenização, proporcionalmente à participação do agente no dano perpetrado.

Vale ressaltar que o voto-vencido do Ministro Aldir Passarinho Júnior no caso do "surfista ferroviário" já acolhia esse entendimento e, reconhecendo a concorrência de responsabilidades, sob o fundamento de que a companhia ferroviária teria se omitido na vigilância, entendia que o seu dever de indenizar deveria ser fixado em 20% do *quantum* ressarcitório, diante da gravidade da culpa da vítima.

Em entendimento posterior sobre a hipótese de "pingente", o STJ considerou o fato da vítima como fator de redução da indenização. No julgamento do REsp 1034302/RS,⁸⁰ a Ministra-Relatora Nancy Andrighi entendeu que a concorrência de culpas não afasta o dever da concessionária de transporte ferroviário de indenizar pelos danos materiais e morais configurados, mas serve como fundamento para que as indenizações sejam fixadas pelo critério da proporcionalidade, entendimento mantido em outros julgamentos mais recentes.⁸¹

Dessa maneira, fica claro que as excludentes de responsabilidade apenas poderão ser consideradas como tal, para o fim de afastar a imputação, quando forem consideradas estranhas ao risco, a partir dos critérios anteriormente propostos. No caso específico de fato da vítima, caso este seja inerente ao risco, a responsabilidade não poderá ser afastada aprioristicamente, embora possa ser reduzida de acordo com o grau de agravamento do risco pela vítima.

9. Conclusões

O presente artigo procurou demonstrar que, para efeitos da diferenciação entre o caso fortuito interno e o externo, há de se buscar parâmetros mais adequados do que o nexo de causalidade. Há de se ampliar a reflexão para entender adequadamente o que é risco, qual é sua importância no cenário econômico e social e quais os fundamentos e propósitos da responsabilidade objetiva em razão dele.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011. p. 264.

⁸⁰ STJ, REsp nº 1034302/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 12.04.2011, 3ª Turma, Data de Publicação: DJe 27.04.2011.

⁸¹ O entendimento também é encontrado em julgados mais recentes, a exemplo do REsp 1259799/SP (STJ, REsp nº 1259799/SP, Rel. Min. Isabel Gallotti, Data de Julgamento: 05.08.2014, Data de Publicação: DJe 15.08.2014). Tal compreensão é diferente de julgados mais antigos, que, a partir da ideia de risco, imputavam à companhia a responsabilidade total ou afastavam a responsabilidade.

Sob essa perspectiva, ficou claro que, apesar do inequívoco comprometimento da responsabilidade pelo risco com a equidade, não se pode expurgar da análise os elementos voluntários de assunção do risco, bem como os elementos econômicos que formatam o risco da empresa a partir dos critérios de previsibilidade, calculabilidade e possibilidade de gerenciamento, análises que estão relacionadas também à questão dos custos da prevenção dos danos e dos distintos e possíveis graus de dever de cuidado que podem ser adotados pelo empresário para tal mister.

São esses os critérios que deverão ser usados ao se enfrentar aquele que é o grande desafio responsabilidade pelo risco: encontrar o equilíbrio entre a necessidade de ressarcimento da vítima com a valorização do empresário e a possibilidade de controle do risco, sem o que é impossível haver um cenário minimamente compatível para o investimento empresarial e para a assunção de riscos.

Dentro dessas preocupações, a discussão sobre o fortuito interno e externo é fundamental, na medida em que permitirá dizer o que é inerente ao risco ou não, parâmetro imprescindível para a determinação da responsabilidade do empresário inclusive diante de fatos da vítima ou de terceiro.

Daí a preocupação do artigo com a indicação de critérios que, por mais que precisem ser ajustados às peculiaridades do caso concreto, são um ponto de partida para a identificação do que pode ser considerado risco da empresa, reforçando o necessário compromisso do empresário com a indenização dos danos inerentes ao risco que ele cria, controla e gerencia.

Esses mesmos motivos justificam o afastamento da responsabilidade do empresário diante das incertezas, já que os eventuais danos daí decorrentes, por serem insuscetíveis de controle pelo empresário, são fortuitos externos e, nessa condição, devem ser endereçados por outras alternativas e soluções, de que é exemplo o sistema de seguridade social.

Tal advertência é crucial, na medida em que a legítima preocupação com a satisfação da vítima não pode chegar ao ponto de transformar a responsabilidade pelo risco criado em uma responsabilidade que, próxima ao risco integral, seja arbitrária, ininteligível e incontrolável, alternativa que, além de ser incompatível com a autonomia do empresário, tem efeitos perversos sobre a atividade econômica.

Referências

ABRAHAM, Kenneth S. *The forms and functions of Tort Law*. Nova Iorque: Foundation Express, 2007.

AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. 2 v. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile: illecito per colpa, rischio d'impresa, assicurazione*. Milão: A. Giuffrè, 1976.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

ARSENAULT, Pierre. *La responsabilité civile délictuelle*. Quebec: Les Edition Yvon Blais, 2002.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

BAR, Christian von. *The common European Law of Torts*. 2.v. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005

BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: The remarkable story of risk*. Nova Iorque, Wiley, 1998.

CALABRESI, Guido. *Costo degli incidenti e responsabilità civile: analisi economico-giuridica*. Milão: Giuffrè Editore, 1975.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 21, p. 53-93, jan./mar. 2005.

CARBONNIER, Jean. *Droit Civil*. Volume II (Les Biens. Les Obligations). Paris: Presses Uni Volume II (Les Biens. Les Obligations). Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. 7.ed. Paris: Dalloz, 1932.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DAM, Cees van. *European Tort Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

DEMOLOMBE, Charles. *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*. Paris: Imprimerie Générale, 1877.

EPSTEIN, Richard. *Torts*. New York: Aspen Publishers, 1999.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Wien: Springer Verlag, 2005.

FELDMAN, Eric A.; STEIN, Alison. Assuming the Risk: Tort Law, Policy, and Politics on the Slippery Slope. *DePaul Law Review*. v. 59, n. 2, p. 259-304, 2010.

FLEMING JR, James. Accident liability reconsidered: The impact of liability insurance. *Yale Law Journal*. v. 57, n. 4, p. 549-570, fev. 1948.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GALGANO, Francesco. *Diritto Commerciale: Le società*. Bologna: Zanichelli, 2004.

- GILLES, Stephen G. Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider. *Virginia Law Review*. v.78, n. 6, p. 1291-1375, sep. 1992.
- HUC, Théophile. *Commentaire théorique & pratique du code civil*. Paris: Cotillon, 1894.
- JAIN, Satish Kumar. *Economic Analysis of Liability Rules*. Nova Déli: Springer, 2015.
- JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. *Revista Forense*. v. 84, n. 454, p. 548-559, abr. 1941.
- KEATING, Gregory C. The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability. *Vanderbilt Law Review*. v. 54, p. 1285-1335, 2001.
- KNIGHT, Frank. *Risk, uncertainty and profit*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1921.
- KOTZ, Hein; ZWEIGERT, Konrad. *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- KRELL, Andreas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de informação legislativa*. v. 36, n. 144, pp. 239-260, out./dez. 1999.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade Jurídica. Horizontes, teoria e linguagem*. Sao Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LOPES, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPES, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglesias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4.ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 6.ed. 2.v. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MULHOLLAND, Caitlin. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERRY, Stephen R. Risk, Harm and Responsibility. In: OWEN, David. *Philosophical Foundations of Tort Law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.
- PONZANELLI, Giulio. *La responsabilità civile: profili di diritto comparato*. Bolonha: Il Mulino, 1992.
- RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1927.

SALEILLES, Raymond. *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897.

SAVATIER, René. *Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français*. 2.v. Paris: Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1939.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de Direito Civil*. 6.v. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SILVA, Wilson Mello. *Responsabilidade sem culpa*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SWISHER, Peter Nash. Virginia Should Abolish the Archaic Tort Defense of Contributory Negligence and Adopt a Comparative Negligence Defense in Its Place. *University of Richmond Law Review*. v. 46, n. 1, p. 359-372, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco: a teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1961.

TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2.ed. Paris: Economica, 1989.

VENTURI, Thaís Gouveira Pascoalato. *Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Les conditions de la responsabilité*. Paris: L.G.D.J., 2006.

ZANITELI, Leandro Martins. Direito de danos e prioritarismo. *Revista de estudos jurídicos UNESP*. v. 18, n. 27, 2014.

civilistica.com

Recebido em: 02.06.2016
Aprovado em:
03.06.2016 (1º parecer)
13.06.2016 (2º parecer)

Como citar: FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/risco-da-empresa-e-caso-fortuito-externo/>>. Data de acesso.