

ANDRÉ RODRIGUES CORRÊA

**SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE:
o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de
pessoas no Brasil**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial à obtenção do título de
Doutor em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Judith Martins-Costa

PORTO ALEGRE
2008

Corrêa, André Rodrigues.

Solidariedade e responsabilidade: o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil / André Rodrigues Corrêa. - 2008.

591 f.

Orientadora: Judith Martins-Costa

Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1. Sociologia jurídica. 2. Solidariedade. I. Martins-Costa, Judith. II. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. III. Título.

CDU 340.12

ANDRÉ RODRIGUES CORRÊA

**SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE:
o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de
pessoas no Brasil**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial à obtenção do título de
Doutor em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca examinadora:

Prof^a Dr^a Judith Martins-Costa
(Orientadora)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

A meu pai, pelo que deixou comigo, e
à minha mãe, pelo que em mim deixou crescer.

AGRADECIMENTOS

Acredito que este é o momento mais delicado no processo de escritura deste trabalho acadêmico, pois, ao lembrar daqueles que me acompanharam em um processo tão longo quanto o da gestação e nascimento desta tese (e aqueles que me acompanharam sabem que, quando digo longo, não faço uso de nenhum recurso retórico), reforço a certeza de que nessa jornada não houve um momento sequer no qual tenha me sentido desamparado. Ainda que escrevesse só, sempre me acompanharam o afeto de algumas pessoas e o apoio de determinadas instituições. Para com todos eles meu débito é imenso e não tenho a ilusão de que algum dia serei capaz de saldá-lo de forma integral. Se inscrevo aqui seus nomes e sublinho sua importância não o faço como uma forma de pagamento, mas, pelo contrário, faço-o para tornar inequívoca minha condição de devedor; para que quem porventura leia este trabalho tenha claro que ele é, em suma, o esforço de um inadimplente para diminuir suas muitas dívidas de solidariedade.

Começo pelas pessoas. A mais importante delas conheci quando estava prestes a começar a escrever esta tese: minha esposa, Renata. A real importância dela na produção deste trabalho só pode ser expressa pela palavra que uso para compreender a transformação que ocorreu em minha vida após conhecê-la: co-autoria.

Este trabalho também se serviu de inúmeras lições proferidas pela participação especial de: Maria Luiza, Cristina e Elisia, minha mãe e irmãs, cujo afeto me permitiu entender provir a energia para seguir em frente das raízes de onde nascemos; Alexandre e Henrique, com quem aprendi que admiração e amizade, quando misturadas, crescem em progressão geométrica; Tia Flora, a qual me acolheu no início desta jornada; Roberto, Patrícia e Maurício, provas de que a generosidade humana tem causa espontânea e tende ao infinito; Gláucia e Rogério, cujos sons e silêncios ajudaram-me a lidar com as minhas dissonâncias e com as do texto; Aloísio, que com sua confiança em minha capacidade para ensinar me deu uma grande oportunidade para aprender mais; Cássio, Daniela, Leonardo e toda turma de amigos que fiz na Ritter dos Reis, os quais mais do que colegas de trabalho converteram-se em companheiros de viagem;

Flávio, Solange, Diego e todos os confrades do Almacén Don Diego, por me mostrarem que casa é o lugar onde somos inexplicável e de-sen-fre-a-da-men-te felizes.

O bairro do Bonfim, em Porto Alegre, foi o cenário de boa parte desta experiência; logo, não é possível deixar de mencionar, como influência, os almoços e cafés no Ocidente do inigualável e saudoso Fonso, a Palavraria dos mais do que carinhosos Carla, Eron e Carlos, além do Estação Café da alegre Célia.

Entre as instituições das quais sou devedor estão: a Universidade Federal de Pelotas, em cuja Faculdade de Direito comecei a explorar por primeira vez os caminhos do Direito; a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em cujo Programa de Pós-Graduação em Direito amadureci minha compreensão sobre o fenômeno jurídico e em cujo ambiente desenvolvi a necessária segurança intelectual para esboçar as reflexões que posteriormente originariam este trabalho; e a CAPES, que, no período inicial das pesquisas, forneceu financiamento que garantiu a necessária segurança material para o cumprimento das demandas acadêmicas. Ao longo do tempo, outras duas instituições foram fundamentais para meu amadurecimento profissional e acadêmico: a Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, lugar onde comecei minha carreira no magistério universitário, e a Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, local que, tendo me oferecido a fantástica oportunidade de participar de um sério projeto de inovação na forma de ensino jurídico em nosso país, incentiva-me, cotidianamente, a reconstruir minha identidade como acadêmico e professor.

Há, por fim, alguém cuja importância somente pode aproximadamente ser medida se lhe agradecer como pessoa e como instituição: minha orientadora, a Professora Dra. Judith Martins-Costa. Quando da leitura de um texto seu durante uma tarde de estudos na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, nunca poderia aquele estudante imaginar o quanto sua vida acadêmica iria transformar-se por força das idéias e ações da autora daquelas linhas. Desde o convite para que realizasse a seleção para o programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, até as últimas minuciosas análises e finas críticas ao texto desta tese, passando pelo período no qual o contato foi reduzido (por diversas falhas exclusivas do inseguro orientando) e pelo momento fundamental no qual, por iniciativa sua, a comunicação foi restaurada, até chegar à situação de estímulo ao recém professor para arriscar-se a um recomeço, pela exposição a novos e maiores desafios, todos esses passos

cruciais do autor deste trabalho foram dados com o incentivo da Prof^a Judith. Agradeço-lhe como pessoa, pois a convivência estreita ao longo desses anos me permitiu ser agraciado por sua gentileza, hospitalidade e amizade. Agradeço-lhe como instituição, pois a leitura de sua obra e as constantes discussões que travamos influenciaram minha compreensão acerca do fenômeno jurídico de forma muito mais intensa do que qualquer outra experiência acadêmica. Em suma, registro que, por passar pela experiência daquilo que nós, seus orientandos, carinhosamente chamamos de “orientação total”, tive a felicidade de contrair o mais importante dos débitos: sou devedor de uma dívida de gratidão.

Por tudo até aqui recordado e registrado, posso terminar à moda de algum bardo que “estando com todos muito obrigado, não há como não lhes ser agradecido”.

Santa Vitória do Palmar, Pelotas, Jaguarão, Porto Alegre e São Paulo.

Algum momento entre 1997 e 2008.

Porque é sempre preciso lutar contra a
“proverbial indiferença com que nos volvemos
às coisas desta terra” e nossa
“inércia cômoda de mendigos fartos”.

Os sertões, Euclides da Cunha

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a afirmação corrente, na dogmática civilística brasileira, de que as regras da responsabilidade civil objetiva se destinam a concretizar o valor da solidariedade social inscrito na Constituição Federal (art. 3º, III, *in fine*) e a diretriz da socialidade presente no Código Civil de 2002. O estudo é feito, inicialmente, por meio da descrição de um risco social – criminalidade urbana violenta – e da apresentação da relação entre uma determinada forma histórica de manifestação desse risco e o aumento dos casos judiciais envolvendo a responsabilidade das empresas de transporte urbano em face de danos sofridos por seus passageiros em razão de atos violentos praticados por terceiros durante o trajeto. Em um segundo momento, são apresentadas as origens do discurso do solidarismo jurídico e as influências desse sobre certas construções dogmáticas relativas ao fenômeno da responsabilidade civil. Por fim, com base em pesquisa realizada sobre a jurisprudência dos dois tribunais superiores brasileiros (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), realizou-se a análise de conteúdo das decisões, buscando identificar em que medida o discurso teórico da dogmática é efetivamente incorporado no momento da aplicação dos conceitos jurídicos implicados no tratamento de determinados problemas concretos.

Palavras-chave: solidariedade social, criminalidade urbana violenta, transporte público, responsabilidade civil, responsabilidade objetiva, excludentes, caso fortuito, força maior, ato exclusivo de terceiro.

RÉSUMÉ

Ce travail essaie d'analyser l'affirmation courante dans la dogmatique brésilienne de ce que les règles de la responsabilité civile objective sont destinées à concrétiser la valeur de la solidarité sociale inscrite dans la Constitution Fédérale du Brésil (article 3, III, *in fine*) et la directrice de la socialité présente dans le Code Civil de 2002. L'étude commence par la description d'un risque social – la criminalité urbaine violente – et par la présentation de la relation entre une certaine forme historique de manifestation de ce risque et de l'augmentation des cas judiciaires concernant la responsabilité des entreprises de transport urbain pour dommages subis par leurs passagers à cause d'actes violents pratiqués par des tiers lors du trajet. Dans la deuxième partie, on présente les origines du discours de solidarisme juridique et les influences de celui-là sur certaines constructions dogmatiques concernant le phénomène de la responsabilité civile. Finalement, ayant pour base des recherches menées à propos de la jurisprudence de deux tribunaux supérieurs brésiliens (le *Supremo Tribunal Federal* et le *Superior Tribunal de Justiça*) on analyse le fond de ces décisions, essayant d'identifier à quel point le discours théorique de la dogmatique est effectivement incorporé au moment de l'application des concepts juridiques implicite dans certains problèmes concrets.

Mots-clef : solidarité sociale, criminalité urbaine violente, transport public, responsabilité civile, responsabilité objective, base d'exclusion, cas fortuit, force majeure, acte exclusif d'un tiers.

ABSTRACT

This text aims at analyzing the current belief held by the authors of the Brazilian dogmatic of civil law, that rules concerning objective civil responsibility must realize the value of social solidarity described by the Federal Constitution (Article 3, III, *in fine*) and the principle of sociality presented by the Civil Code of 2002. The study is done initially through the description of a social risk – violent urban criminality – and the presentation of a relationship between a certain historical form this risk takes and the increase in legal cases involving the responsibility of public transportation companies for damage incurred upon their passengers due to violent acts practiced by third parties on the itinerary. In the second part, we present the origins of the discourse of legal solidarism, and its influence upon certain dogmatic constructions concerning the phenomenon of civil responsibility. Finally, based on research done about the jurisprudence of two Brazilian superior tribunals (the *Supremo Tribunal Federal* and the *Superior Tribunal de Justiça*), we analyze the contents of those decisions, aiming at identifying to what extent the theoretical discourse of dogmatic is actually incorporated into the moment of applying the legal concepts implicit in the treatment of certain concrete problems.

Keywords: social solidarity, violent urban criminality, public transportation, civil responsibility, objective responsibility, excluding factors, forces of nature, force majeure, exclusive act of a third party.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I - O CONTEXTO SOCIAL NO QUAL SE INSERE O TEXTO NORMATIVO, O TRANSPORTE COLETIVO URBANO NO BRASIL: UMA VISÃO DE SUA HISTÓRIA E DE SEUS PROBLEMAS	31
1 O PONTO DE PARTIDA: DE ACIDENTES ANÔNIMOS A VIOLÊNCIAS ENDÊMICAS	31
2 PONTO FINAL: O TRANSPORTE PÚBLICO COMO LOCUS DESPRIVILEGIADO DA CIDADANIA NO BRASIL	67
PARTE II - A GENEALOGIA DO DISCURSO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL	103
3 FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE SOCIAL: AS TENTATIVAS DE INCORPORAÇÃO DO VALOR DA SOLIDARIEDADE PELO PENSAMENTO JUS-FILOSÓFICO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO EUROPEU	103
3.1 Alemanha: o pioneirismo no sistema de seguridade social	109
3.2 Inglaterra: A solidariedade possível	140
3.3 França: A solidariedade ampliada	160
4 SOCIALIDADE E SOLIDARIEDADE SOCIAL: A RECEPÇÃO DAS IDÉIAS LIBERAIS NO BRASIL	192
4.1 Os antecedentes do discurso da socialidade	196
4.2 O discurso da socialidade no Segundo Reinado	210
4.3 O discurso da socialidade na República Velha: entre evolucionismo e socialismo de cátedra	239
4.4 O discurso acerca da socialidade após a Revolução de 1930: para um Estado Novo uma nova solidariedade?	262
4.5 O discurso da socialidade nos anos 40 e 80 do século XX: a solidariedade e a democracia	277

PARTE III - OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A CONCRETIZAÇÃO DO VALOR CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE SOCIAL: A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA EM UM ESTADO SOCIAL-DEMOCRÁTICO	301
5 A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICO-JURISPRUDENCIAL DA OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA NO CONTRATO DE TRANSPORTE	301
5.1 As raízes dogmáticas do dever contratual de segurança: a precursora experiência francesa	310
5.2 A consolidação legislativa do dever de segurança do transportador	331
5.3 O desenvolvimento jurisprudencial do dever de segurança do transportador: a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal	347
6 A DELIMITAÇÃO DOS RISCOS NO TRANSPORTE: ESTABELECENDO AS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS QUANTO À SEGURANÇA	365
6.1 “No meio do caminho tinha uma pedra”: o veículo de transporte coletivo como alvo da violência exterior	369
6.2 “Falha a fala, fala a bala”: o veículo de transporte coletivo como lugar da violência	401
6.3 A configuração da impossibilidade de cumprimento e a interrupção da cadeia causal	462
6.3.1 <i>Vis maior</i> como limite à <i>custodia</i> : do período romano clássico à Idade Média	466
6.3.2 A indistinção moderna entre caso fortuito e força maior e sua assimilação à ausência de culpa	474
6.3.3 Crimes violentos e o estabelecimento dos meios de distribuição dos riscos sociais	510
7 SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ALCANÇADAS	532
REFERÊNCIAS	542

INTRODUÇÃO

“Though this be madness, yet there is method in’ t.”¹

É objeto desta tese comprovar que no Direito brasileiro as regras da responsabilidade civil objetiva se destinam a concretizar o valor² da solidariedade social (Constituição Federal, art. 3º, III, *in fine*) e a diretriz³ da socialidade, presente no Código Civil de 2002⁴, de modo a justificar a responsabilidade das empresas de transporte urbano no caso de dano provocado aos passageiros em virtude da violência urbana. Para tal fim, serão analisadas as origens, os desdobramentos e a atual configuração do que consideramos um modelo hermenêutico metodológico⁵, qual seja: justamente a idéia de que as regras da responsabilidade civil objetiva podem ser visualizadas como forma de concretização do valor da solidariedade social e da diretriz da socialidade, assim estabelecendo para certas normas jurídicas um sentido social contrastante com o sentido individualista que assumiam no Código Civil de 1916⁶. Pretende-se por fim, com esta tese demonstrar que a prevalência daquele valor e dessa diretriz, permite sustentar a presença, em nosso ordenamento jurídico, de um verdadeiro *direito social à segurança* constantemente desconsiderado quando do tratamento, tanto judicial quanto legislativo, do fenômeno da criminalidade urbana violenta..

¹ SHAKESPEARE, William. *The Tragedy of Hamlet Prince of Denmark*. Harvard Classics, 1909-1914. Polônio, Ato II, Cena II, Linha 196.

² Por valor entende-se aqui um esquema abstrato de referência construído historicamente e utilizado pelos sujeitos, individualmente ou em grupo, para compreender e avaliar suas ações, ou seja, trata-se aqui o valor como categoria gnoseológica no sentido que lhe dá Miguel Reale quando propõe a noção de “*a priori* cultural” (REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 37-45).

³ Por diretriz entende-se aqui um esquema abstrato de performance construído historicamente e utilizado pelos sujeitos, individualmente ou em grupo, para guiar suas ações, ou seja, trata-se aqui, mais especificamente, de uma categoria deontológica a incidir sobre a conduta hermenêutica. Utilizando a classificação desenvolvida por Humberto Ávila pode-se falar em sobre-princípio com função interpretativa que serve “para interpretar normas construídas a partir de textos normativos expressos, restringindo ou ampliando seus sentidos” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 79).

⁴ Miguel Reale, em entrevista concedida em junho de 1998 à Profa. Judith Martins-Costa, relata que o Projeto Orlando Gomes, incorporado como subsídio na confecção do texto do novo Código, “[...] refletiu-se no espírito anti-individualista, na **diretriz da socialidade** que acabou por impregnar o novo trabalho.” (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 92).

⁵ Tais modelos são “[...] as normas ou **diretrizes de interpretação** que se constituem especificamente em razão do Direito, isto é, se configuram como decorrência de se inserirem nos quadros do ordenamento jurídico, o qual condiciona a atitude e o processo de conhecimento do pesquisador [...]” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 108, grifo nosso)

⁶ REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 2 -3, 7.

A tese está amparada em determinados pressupostos que devem, de início, ser indicados:

- 1) Segundo José Eduardo Faria⁷, os mecanismos jurídico-institucionais da responsabilidade civil, quando incorporam tais propósitos sociais, assumem, simultaneamente, a forma de pautas decisórias e de regras corretivas e compensatórias, sendo capazes de incentivar diferentes segmentos da sociedade a negociar suas diferenças ao mesmo tempo em que viabilizam a socialização de riscos, danos e custos envolvidos nas situações de conflito⁸. É justamente essa hipótese que se pretende testar, tendo em vista a análise de um problema específico de determinada política pública, qual seja os reflexos da violência urbana sobre o transporte urbano de passageiros, já que, segundo Wanderley Guilherme dos Santos⁹, um entendimento “[...] de como se constitui a ‘objetividade’ de uma política requer a captação dos processos, rotineiros alguns, inovadores outros, que a produzem e garantem temporariamente”¹⁰.

- 2) Logo, é fundamental destacar a inter-relação entre o que se convencionou denominar de direito social à segurança (ou melhor, entre “os conceitos e as categorias de um direito com essas características”) e aqueles desenvolvidos e utilizados nas áreas da seguridade social e da responsabilidade civil. Essa inter-relação se deve, primordialmente, ao fato de o “direito social” ter sua origem histórica nessas duas áreas do direito em que os conceitos e as categorias corporificam uma racionalidade que se expressa, segundo José Eduardo Faria¹¹, sob a forma:

- (a) de uma técnica de calculabilidade, previsibilidade e gestão dos riscos,
- (b) de uma técnica de reparação e indenização de danos e prejuízos, (c) de

⁷ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 271.

⁸ Haveria, assim, uma opção por uma ação estatal maximizadora de *equidade*, no sentido definido por Wanderley Guilherme dos Santos, ou seja, uma ação que tem como objetivo “reduzir ou extinguir desequilíbrios sociais”; a esse tipo de intervenção estatal contrapõe-se aquela que tem por ideal a acumulação, isto é, a que é destinada “a aumentar a oferta de bens e serviços disponíveis.” (SANTOS, Wanderley Guilherme. *A práxis liberal e a cidadania regulada*. In: _____. *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998. p. 68).

⁹ SANTOS, Wanderley Guilherme. *A práxis liberal e a cidadania regulada*. p. 67.

¹⁰ Segundo esse autor, a análise contemporânea de políticas públicas aborda exatamente os temas tradicionais das teorias sociais: a distribuição do poder, o papel do conflito, os processos de avaliação e tomada de decisões, a repartição social de custos e benefícios, com a diferença de que aquela análise diferentemente das teorias clássicas possui “a necessidade de demonstrar, ao contrário de presumir ou imputar, a plausibilidade de suas hipóteses.” (SANTOS, Wanderley Guilherme. *A práxis liberal e a cidadania regulada*. p. 67).

¹¹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. p. 272.

uma técnica de natureza econômico-financeira (uma vez que o Estado tem de regular os investimentos formados pelas contribuições obrigatórias destinadas à segurança social), (d) de uma técnica de caráter moral (na medida em que o cálculo do *risco* se torna um modo de dirigir o futuro, planejando-o) e, por fim, (e) de uma técnica eminentemente política, que possibilita a organização e a mobilização das forças sociais a partir de um processo de solidarização de interesses articulados em torno de um conceito de justiça social.

- 3) De outro lado, tanto o valor da solidariedade social como a diretriz da socialidade foram aqui compreendidos a partir de uma perspectiva de alargamento da atuação dos Direitos Humanos¹² na ordem jurídica interna¹³, decorrência da influência do preâmbulo e do art. 28 da Declaração dos Direitos do Homem, bem como do art. 4º da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁴. Com efeito, adota-se como ponto de partida a diferença entre as expressões “segurança social” e “seguridade social”, entendida a primeira como um objetivo, um fim a que a última serve de instrumento, sendo apenas um dos meios, uma das técnicas que podem ser utilizadas para obtenção daquela.

Essa distinção tem por base o art. 22 da Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁵, que dispõe:

¹² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999. p. 127.

¹³ Àqueles que associam a questão dos direitos humanos somente ao atual debate internacional cabe recordar que, em sua origem “os direitos humanos enquanto conquista histórica e política, ou seja, invenção humana estavam vinculados à solução de problemas de convivência coletiva ‘dentro’ de uma comunidade política.” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 147).

¹⁴ O referido artigo dispõe que “os Estados partes na presente Convenção reconhecem que, na fruição desses direitos providos pelo Estado na conformidade desta convenção, as limitações legais serão estabelecidas somente até o limite de sua compatibilidade com a natureza desses direitos e somente com o propósito de promover o bem-estar geral existente numa sociedade democrática”. No original: “The States Parties to the present Covenant recognize that, in the enjoyment of those rights provided by the State in conformity with the present Covenant, the State may subject such rights only to such limitations as are determined by law only in so far as this may be compatible with the nature of these rights and solely for the purpose of promoting the general welfare in a democratic society.” A supramencionada Convenção foi adotada e posta para assinaturas, ratificação e adesão pela Assembléia Geral através da resolução 2200A (XXI) de 16 dezembro de 1966, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, de acordo com o art. 27.

¹⁵ Adotada e proclamada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas em sua resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. Já o “Projeto da Nova Declaração dos Direitos” elaborado pelo U. S. National Resources Planning Board em janeiro de 1943 previa em seu art. 4º: “The right to security, with freedom from fear of old age, want, dependency, sickness, unemployment and accident” (GURVITCH, Georges). *La déclaration des droits sociaux*. Nova Iorque: Éditions de la Maison Française, 1944. Apêndice II. p. 187). O presidente Roosevelt em duas oportunidades, anteriormente à Declaração das Nações Unidas de 1948, sublinhou a importância do reconhecimento do direito à segurança: em seu famoso discurso de 07 de janeiro de 1941 sobre as quatro liberdades – que serviu de inspiração tanto ao Projeto de Declaração U. S. National Resources Planning Board de 1943 quanto para a Declaração das Nações Unidas de 1948 – afirmou que uma das expectativas que se nutria em relação ao sistema político e econômico era “security for those who need it.” (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits*

[...] toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.¹⁶

Considera-se, ainda, o estabelecido no art. 9 da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁷ que estabelece que “os estados partes da presente Convenção reconhecem o direito de todos à segurança social, incluindo seguridade social”¹⁸.

Se isso não fosse bastante, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, em seu art. 6, caput, assume a referida distinção ao declarar que são direitos sociais, entre outros, o direito à segurança e o direito à previdência social, deixando marcada, na distinção terminológica, a distinção conceitual que é desenvolvida pela doutrina.

Para André Getting¹⁹, a diferença entre segurança social e seguridade social está em que “a segurança social [...] desborda largamente do campo da seguridade social sendo a segurança social um fim a obter e a seguridade social nada além de um meio entre tantos outros de alcançar esse objetivo”²⁰. Conseqüentemente, essa segurança

sociaux. Apêndice I, p. 185), no discurso posterior, realizado em 12 de janeiro de 1944, tendo por premissa a idéia de que “necessitous men are not free men”, defendeu a necessidade de uma “segunda declaração de direitos” a partir da qual “a new basis of security and prosperity can be established for all, regardless of nation, race or creed”, dentre os direitos dessa “nova declaração” incluiu “the right to adequate protection from the economic fears of old age, sickness, accident and unemployment”, resumiu o ideário dessa declaração ao concluir que “all of these rights spell security.” (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. Apêndice III, p. 189-190).

¹⁶ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 27 jul. 2006.

¹⁷ A Convenção foi adotada e posta para assinaturas, ratificação e adesão pela Assembléia Geral através da resolução 2200A (XXI) de 16 Dezembro de 1966, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, de acordo com o art. 27 da referida convenção. No Brasil foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991 e assinada em 24 de janeiro de 1992, tendo entrado em vigor em 24.2.1992 (Decreto n.º 591, de 6.7.1992).

¹⁸ Tradução nossa. Texto original: “The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to social security, including social insurance” (INTERNATIONAL Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 03 jan. 1976. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ceschr.htm>. Acesso em: 27 jul. 2006).

¹⁹ GETTING, André. *La sécurité sociale*. Paris, Presse Universitaires de France, 1966. p. 13. Tradução nossa. Texto original: “la Sécurité sociale [...] déborde largement le cadre de l’assurance sociale. La Sécurité sociale est un but à atteindre; l’assurance sociale n’est qu’un moyen permit tant d’autres d’atteindre cet objectif”.

²⁰ Característica da “assistência social” é o fato de que “essa atividade do Estado é desempenhada sem nenhuma contraprestação por parte do favorecido e atua, em cada caso, no momento do aparecimento da necessidade.” (CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social Brasileiro*. São Paulo: LTr, 1980.

social se estabelece e se organiza “em virtude de um princípio de solidariedade generalizado, implicando práticas de transferência e de redistribuição de ônus definitivamente libertas das amarras clássicas de causalidade-imputação sobre os quais estavam articulados os vínculos de responsabilidade”²¹. Seu ponto central não versa sobre as relações entre indivíduos, mas sobre as relações entre grupos, mediadas pelo princípio da redistribuição, pelo princípio da justiça distributiva²².

Idílio das Neves²³ distingue o direito à segurança social (tomada a expressão em sentido estrito, isto é, como sinônimo de direito à seguridade social²⁴), do direito à assistência social, em razão do fato de que ao primeiro se aplicaria o princípio da contributividade, calcado na *técnica financeira da capitalização*, enquanto que o segundo estaria adstrito ao princípio da gratuidade, daí advindo “sua natureza essencialmente redistributiva”, uma vez que a “aplicação das receitas para a atribuição do direito à assistência ou solidariedade social baseia-se na *técnica financeira da repartição*”²⁵. O referido autor, embora estabeleça essa distinção, assume que “nas condições actuais da evolução dos ordenamentos jurídicos de proteção social que lhes servem de suporte, reconhece-se que se tornam mais difíceis ou, pelo menos, mais subtis ou difusos os critérios de distinção entre ambos os direitos”²⁶.

p.41). Conforme Giuseppe Chiarelli (CHIARELLI, Giuseppe. *Appunti sulla Sicurezza Sociale*. Milão: Giuffrè, 1966. Separata do volume em memória de Ludovico Barassi, apud CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social Brasileiro*. p. 41), “a forma típica de assistência social é aquela destinada a assegurar os meios de vida aos indigentes. Mas é óbvio que se pode dar forma assistencial também à tutela de outras categorias de pessoas e à satisfação de necessidades de natureza diversa, consideradas socialmente relevantes. É próprio do sistema assistencial o caráter distributivo. Os assistidos são os destinatários de uma ação administrativa, para cuja predisposição não concorreram; em particular, não concorreram de modo específico ao fornecimento dos meios necessários à sua formação. Eles são titulares de um direito, ou de um interesse legítimo, a determinadas prestações, que a entidade pública, concorrendo as condições previstas pela lei, deve conceder. O financiamento da assistência é, portanto, em regra, carga da coletividade; é, de fato, a coletividade que, com a assistência social, assume o ônus da satisfação das necessidades individuais, repartindo-o entre os seus componentes com critérios fiscais.”

²¹ GETTING, André. *La sécurité sociale*. p. 13 Tradução nossa. Texto original: “en vertu d’un principe de solidarité généralisée, impliquant des pratiques de transfert et de redistribution de charges définitivement libérées des contraintes classiques de causalité-imputation sur lesquelles étaient articulés les rapports de responsabilité”.

²² GETTING, André. *La sécurité sociale*. p. 400, 404.

²³ NEVES, Idílio. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra, 1996.

²⁴ “Que conclusões, afinal, se podem afinal tirar da análise comparada entre direito ao seguro social e direito à segurança social? De nossa parte, consideramos que os dois conceitos jurídicos permanecem básica e substancialmente idênticos, enquanto direitos subjectivos à protecção social garantida no âmbito de um sistema público.” (NEVES, Idílio. *Direito da segurança social*. p. 269).

²⁵ NEVES, Idílio. *Direito da segurança social*. p. 283.

²⁶ NEVES, Idílio. *Direito da segurança social*. p. 284.

Segundo François Ewald²⁷ as duas características da política contemporânea de segurança social (*sécurité sociale*) são: a) sua tendência à constante extensão, de forma a abarcar todo e qualquer cidadão, ou seja: se o sistema de seguridade social (*assurance sociale*) beneficia basicamente o assalariado, o sistema de segurança social (*sécurité sociale*) se estende a toda população e, por conseqüência, a vários campos do direito, como por exemplo, direito do consumidor, direito ambiental, etc; e b) o fato de estar indissolúvelmente ligada ao debate internacional²⁸.

Embora tenha sido em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que se consolida, internacionalmente, a idéia de um direito à segurança social como um princípio fundamental para a garantia de bem-estar dos homens, é a partir dos anos 70 que se percebe uma disseminação desse direito em vários setores jurídicos. Assim é que, por exemplo, em 1973 a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem, em sua 29ª sessão, em Genebra, estabelece o direito à segurança como um dos direitos fundamentais do consumidor. Tal direito é posteriormente estendido até transformar-se também em pilar do direito ambiental²⁹. Esse processo de multiplicação, de proliferação de direitos ocorreu principalmente no âmbito dos direitos sociais, pois nesse campo “existem diferenças de indivíduo para indivíduo, ou melhor, de grupos de indivíduos para grupos de indivíduos, diferenças que são até agora (e o são intrinsecamente) relevantes” e que “justificam um tratamento não igual”³⁰.

A importância da referência a essas declarações internacionais de direitos está em que “como todos os símbolos, as declarações são um intermediário entre o ideal e o real” de modo que “os direitos proclamados pelas declarações são os que se encontram mais próximos dos *valores* e das idéias jurídicas inerentes e indispensáveis ao ordenamento jurídico”³¹; esses valores e idéias “recebem no regime democrático uma expressão simbólica nas declarações de direito, expressão

²⁷ EWALD, François. *L'Etat providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986. p. 397, 437.

²⁸ Robert Alexy possui idêntica opinião quanto a essa última característica (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. p. 205).

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 477.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 70-71.

³¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 70-71.

adaptada às estruturas sociais e às situações históricas concretas nas quais devem se realizar”.³²

Tendo em conta essas observações, o ponto de partida da abordagem teórica é a assunção da validade da premissa de que os dispositivos da declaração e da convenção anteriormente citados estabelecem o direito (humano) a um direito positivo “que respeita, protege e fomenta os direitos do homem, porque é exatamente o asseguramento dos direitos do homem que fundamenta o direito do homem ao direito positivo”³³. Ou seja: há, nesse trabalho, a defesa da idéia de que “a observação aos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo.”³⁴. Há, portanto, uma clara preocupação com a eficácia desses direitos, mais especificamente, o direito social à segurança³⁵.

- 4) O direito à segurança social, como direito social que é, possui uma dimensão prestacional³⁶, isto é, cria e articula um sistema de obrigações positivas a cargo do Estado e de outros sujeitos sociais coletivos, como, por exemplo, as empresas. Diante dessa perspectiva tanto a legislação quanto a jurisprudência não devem se limitar a “institucionalizar a liberdade ‘negativa’, como se ela fosse *toda* a liberdade

³² GURVITCH, George. *La déclaration des droits sociaux*. p. 54. Tradução nossa. Texto original: “reçoivent en régime démocratique une expression symbolique dans les déclarations des droits, expression adaptée aux structures sociales et aux situations historiques concrètes où elles doivent se réaliser.”

³³ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, 1999, p. 208

³⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. p. 208-209.

³⁵ Temos presente que a simples codificação dos direitos do homem por uma constituição, isto é, a sua transformação legislativa em direitos fundamentais, não resolve nenhum problema concreto, mas pelo contrário, é esse reconhecimento que irá produzir os conflitos relativos aos direitos do homem, pois somente nesse instante “tornam-se visíveis em toda sua dimensão e novos acrescem por seu caráter obrigatório, agora existente.” (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 210). Segundo Celso Lafer, a positivação dos direitos humanos “não elimina, e por vezes exacerba, os problemas práticos de sua tutela. É o que ocorre quando surgem situações por força das quais distintos direitos humanos podem ser vistos não apenas como complementares, mas também como contraditórios.” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 241). Ora, se é bem verdade que é a partir da tutela dos denominados direitos humanos que se pode estabelecer sua real importância em dada sociedade, também é bem verdade que tal tutela, como toda experiência jurídica, é sempre histórica e geograficamente determinada, associada que está as práticas jurídicas que são, sempre, particulares (EWALD, François. *Para um positivismo crítico: Michel Foucault e a filosofia do direito*. . Lisboa: Vega, 1993. p. 60). Para uma análise da afirmação político-jurídica dos direitos humanos na História Mundial ver, por todos, LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 125 e ss. É somente através dessas mesmas práticas jurídicas – legislação, doutrina, jurisprudência, etc. –, enquanto “práticas do juízo”, que se revela a “regra de juízo” peculiar a uma determinada ordem jurídica.

³⁶ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 272.

(e não apenas uma de suas dimensões)”, acabando “por exigir tratamentos diferenciados em favor de determinados segmentos sociais.”³⁷. Assim, de regra estabelecem “direitos assimétricos”, isto é, “discriminações positivas”, e exatamente “por causa desses objetivos compensatórios, redistributivistas, integracionistas e niveladores, com a finalidade de tornar controláveis os riscos de explosão de litigiosidade e anomia da sociedade contemporânea, as leis ‘sociais’, uma vez promulgadas, exigem uma inversão do raciocínio jurídico”³⁸.

Em razão de sua dimensão promocional (uma vez que exigem a implementação e execução de determinadas políticas públicas), pode-se perceber que os direitos sociais “não têm uma dimensão exclusivamente normativa, na perspectiva de um *a priori* formal”³⁹. Essa peculiaridade normativa acaba por alterar a atuação do Judiciário, pois, como explica Ewald, “em vez de aplicar regras gerais, abstratas e impessoais a fatos anteriormente ocorridos entre partes formalmente iguais perante a lei, os magistrados são condicionados por uma visão prospectiva dos casos ‘subjudice’; não se trata mais de julgar um conduta tal como efetivamente ocorreu, porém como ela irá ser realizada; não se trata de responsabilizar as partes pelo que deixaram de fazer ou pelo que fizeram de certo ou errado nos termos da ordem jurídica vigente, mas de induzir uma delas a tomar uma dada iniciativa em face de sua ‘hiper-suficiência’ econômica ou de suas ‘obrigações sociais’; não se trata de penalizar e de obrigar a dar, entregar ou receber algo, porém de assegurar as condições de realizabilidade de determinadas pretensões da parte considerada materialmente débil”⁴⁰.

- 5) Em razão dessas características, esse direito social pressupõe a adoção, portanto, como método, de “uma certa técnica, uma certa maneira de dizer o direito, articulada com um certo tipo de racionalidade jurídica”, designando também uma certa “maneira de pensar a questão das fontes do direito, as relações entre o fato e o direito e a questão da juridicidade”⁴¹. Em outras palavras, tal método depende, para bem funcionar, da atuação de regras especiais concebidas para realizar a adequação

³⁷ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 273.

³⁸ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 274.

³⁹ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 275.

⁴⁰ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 275.

⁴¹ EWALD, François. *Focault: a norma e o direito*. Lisboa: Vega, 1993. p.218.

ótima do sistema normativo à realidade sócio-econômica. Estas regras são as regras de julgamento ou regras de juízo.

Entende-se, segundo Ewald⁴², por regra de juízo regras e pressupostos conceituais que permitem descrever a regularidade da transformação de uma norma jurídica, formulada primitivamente pelo legislativo, operada através de um trabalho permanente de elaboração e re-elaboração realizado pelos sujeitos históricos encarregados de aplicá-la⁴³. Segundo Ewald⁴⁴, a regra de juízo não é alguma coisa que se aplica, mas, por intermédio do que se julga, é a perspectiva através da qual, em determinado momento histórico e em determinada sociedade, pensamos ser possível julgar as condutas⁴⁵.

Através das regras de juízo, as normas e os conceitos jurídicos, aparentemente universais e de existência longa podem ser permanentemente redefinidos diante das singularidades de cada contexto histórico, ou seja, são elas que “tornam possível compreender como, dentro de uma certa regularidade, vão ocorrendo mudanças quer no conteúdo, quer no sentido, quer no alcance das normas e dos conceitos jurídicos”⁴⁶.

⁴² EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 34-35.

⁴³ Tal como a norma fundamental kelseniana, a regra de juízo é pressuposta a ordem jurídica, mas ao contrário daquela que se apresenta como resistente e avessa ao processo histórico, essa é atravessada por ele, sendo “específica de uma ordem jurídica, ligada a um conjuntura epistemológica determinada.” (EWALD, François. *Para um positivismo crítico*: Michel Foucault e a filosofia do direito. p. 62).

⁴⁴ EWALD, François. *Foucault: a norma e o direito*. p. 37

⁴⁵ Segundo esse autor, o direito “não é somente uma prática da racionalidade. Toda prática social, em efeito, se reflete sobre um certo tipo de racionalidade. O direito é uma prática da racionalidade que tem como característica o fornecimento de um referencial obrigatório às diferentes práticas sociais. Inversamente, por outro lado, a racionalidade jurídica recebe o reflexo das práticas sociais para as quais deve servir de referência. Um dispositivo jurídico é esta prática da racionalidade que deve permitir aos diferentes atores definir uma estratégia dentro de suas relações mútuas. A racionalidade jurídica não é exterior a esse jogo, ela é ela mesma refletida em função da constituição do espaço estratégico que deve, por ela, ter seu funcionamento assegurado”. No original: “[...] n’est pas la seule pratique de la rationalité. Toute pratique sociale, en effet, se réfléchit selon un certain type de rationalité. Le droit est une pratique de la rationalité qui a comme caractéristique de fournir une référence obligée, c’est-à-dire certaine, aux différentes pratiques sociales. Inversement, d’ailleurs, la rationalité juridique est réfléchie en fonction des pratiques auxquelles elle aura à servir de référence. Une dispositif juridique est cette pratique de la rationalité qui doit permettre aux différents acteurs de définir une stratégie dans et de leurs rapports mutuels. La rationalité juridique n’est pas extérieure à ce jeu; elle est elle-même réfléchie en fonction de la constitution de l’espace stratégique dont elle doit assurer le fonctionnement.” (EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 34-35).

⁴⁶ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. p. 274.

Com efeito, há nas regras de juízo, uma junção da forma jurídica e seus pressupostos fáticos e filosóficos, revelando-se assim a inquestionável inscindibilidade e a implicação recíproca existente entre realidade (o caso concreto, o fato), instrumental normativo (a norma) e preocupação filosófica (o valor)⁴⁷.

Assim sendo, se é só na prática jurídica concreta que se revela a racionalidade que fundamenta e explica o papel que determinada “invariante axiológica”⁴⁸ tem em uma sociedade, podemos ter como premissa que aos “direitos humanos”⁴⁹ (como de resto a qualquer direito) não basta o simples reconhecimento, a simples “declaração” de sua pertinência e importância dentro dos textos constitucionais dos Estados, só vindo a existir no seu efetivo exercício⁵⁰.

- 6) A introdução e a disseminação da noção de solidariedade social como regra de juízo aplicável ao campo do direito civil, e mais especificamente ao sistema da responsabilidade civil, provoca uma alteração tanto das regras e dos princípios quanto dos procedimentos mentais utilizados pela jurisprudência e pela doutrina para o descobrimento de problemas e invenção de soluções⁵¹.

Tudo indica estar surgindo na dogmática nacional uma defesa da possibilidade da

⁴⁷ REALE, Miguel. *Conversas com filósofos brasileiros*. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 18.

⁴⁸ Invariantes axiológicas: “conjunto de valores fundamentais que, uma vez trazidos historicamente ao plano da consciência, tornam-se *bens comuns*, essenciais ao viver social, como se fossem inatos.” (REALE, Miguel. Personalismo e historicismo axiológico. In: _____. *Teoria tridimensional do direito*: situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Suplemento, p. 142).

⁴⁹ Para Miguel Reale obtêm, os direitos humanos, seu fundamento no valor da pessoa humana, “uma vez que a existência dos direitos só tem sentido como uma emanção natural do valor em si da pessoa humana, em sua concreção, corpo e alma em complementar unidade”, isso explicaria o fato de serem, tais direitos, ao mesmo tempo “invariantes axiológicas” e “construção histórica”, pois para o referido autor “o ser do homem é seu dever ser” (REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 100, 103). Há nessa compreensão da natureza humana estreita semelhança com a visão expressa por alguns pensadores ibéricos tais como Ortega y Gasset (“eu sou eu e minha circunstância”), José Ferrater Mota (“o homem não é nunca nem pura circunstancialidade, nem elemento puramente invariável: não sendo, assim, nem pura história, nem pura natureza, o que significa que é, de certo modo, ambas”) e Recaséns Siches, conforme indica o próprio Miguel Reale (REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. p. 101, 103).

⁵⁰ Para Häberle, “los textos constitucionales deben ser literalmente *cultivados* para que resulten una Constitución.” (HÄBERLE. *Libertad, Igualdad, Fraternidad, 1789*: como historia, actualidad y futuro del estado constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 1998. p. 47).

⁵¹ De acordo com Oliveira Viana, toda promulgação de uma nova Carta constitucional, toda edição de um Código novo para esta ou aquela nação cria-lhe sempre um desafio relativo à mudança de condutas tradicionalmente seguidas, a criação de um novo comportamento social em todos os estratos populacionais (VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 999. p. 49, 101-102). Isso não é diferente no que diz respeito ao corpo de funcionários do Estado responsáveis pela jurisdição e ao grupo dos juristas preocupado com a reflexão sobre o sistema jurídico.

“solidariedade social” – enquanto valor cristalizado no princípio da função social do contrato a impor uma extensão dos efeitos contratuais sobre terceiros⁵² –, embora seja cedo para se falar em consenso, quanto mais porque existem poucos sinais de que essa opinião doutrinária esteja disseminada em nossos tribunais⁵³.

Entretanto, o problema que iremos investigar não diz respeito à extensão dos efeitos do contrato a sujeitos que dele não participam, mas até que ponto os atos desses sujeitos (qualificados como “terceiros”) podem produzir efeitos na responsabilidade dos agentes contratuais, estendendo-a. Em outras palavras, busca-se neste trabalho descobrir se, além da extensão de efeitos contratuais a terceiros, a “solidariedade social” também é capaz de produzir a extensão da responsabilidade dos contratantes por atos de terceiros.

Nossa hipótese versa, pois, sobre um modelo normativo impregnado da noção de

⁵² Sobre o tema: Na dogmática nacional ver, entre outros, NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 205 e ss.; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 137-143; PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. caps. 08, 10 e 11, e AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998. Na dogmática estrangeira admite-se que o princípio constitucional da solidariedade fundamente a ampliação da tutela ressarcitória de origem contratual, ou seja, a extensão dos deveres de proteção com vistas a abarcar, além do credor do contrato, os terceiros. (CASTRONOVO. *La nuova responsabilità civile*. Milão: Giuffrè Editore, 1997. p. 288). Sobre o assunto ver também: MAGGIOLLO, Marcello. Effetti contrattuali a protezione del terzo. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno XLVII, n° 01, p. 39-71, gen.-feb. 2001; GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. De l’élargissement de la notion de partie au contrat...à l’élargissement de la portée du principe de l’effet relatif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, p. 275-285, abr.-jun. 1994; GHESTIN, Jacques. Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, p. 777-799, out.-dez. 1994; AUBERT, Jean-Luc. A propôs d’une distinction renouvelée des parties et des tiers. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, p. 263-278, abr.-jun. 1993. Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro embora admitam a relação entre a noção de “função social e econômica” e as “regras de solidariedade social, guarnecidas, muitas vezes, a nível constitucional”, não admitem a configuração daquela enquanto “princípio dispositivo”, mas somente como “factor de política legislativa” (ROCHA, Antonio Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 1232).

⁵³ No enunciado 21 aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STJ, encontra-se o seguinte comentário: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito”. Para Luis Renato Ferreira da Silva, um dos componentes da referida comissão, a incidência do princípio da função social do contrato, expresso no art. 421 do novo CC, pode produzir a extensão, a terceiros, dos efeitos de um contrato (SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003. p. 127-150). Há recentes decisões nesse sentido, RESP n° 97590/RS e RESP n° 187.940/SP (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social*. p. 142, 143).

socialidade. Embora o Código Civil de 2002 não mencione diretamente a adoção da regra de juízo aqui referida⁵⁴ traz em seu bojo vários modelos normativos imantados por essa noção, sendo inconteste que, somente através dela, tais modelos terão uma aplicação com grau máximo de coerência e eficácia⁵⁵. Paradigmáticos exemplos dessa atuação da diretiva da socialidade são, segundo Miguel Reale, justamente a regulação do contrato de transporte de modo a “amparar os interesses dos transportadores e os dos usuários”⁵⁶ e o novo enfoque dado à matéria de responsabilidade civil com a introdução da responsabilidade objetiva⁵⁷. Reiteramos, pois, estar na *intersecção* desses dois regimes normativos, ou seja, a responsabilidade civil do transportador de pessoas, o objeto direto desta pesquisa.

7) Não obstante o aporte a ser realizado sobre o tema – solidariedade social e responsabilidade objetiva no contrato de transporte de passageiros – tenha como finalidade a criação de argumentos em apoio a determinado modelo dogmático, tal tarefa não será levada a termo descuidando de seus necessários suportes filosóficos, históricos e econômicos, razão pela qual o presente trabalho será organizado em três partes, uma vez que assume a viabilidade e a eficácia da aplicação da perspectiva tridimensional à ciência do direito⁵⁸. Acreditamos que a interação dessas perspectivas nos permitirá abordar o assunto com a profundidade adequada⁵⁹, pois se

⁵⁴ O que se deve exclusivamente à opção, por parte dos autores do projeto, “por uma linguagem mais operacional do que conceitual, bem como por ‘modelos jurídicos abertos’, de amplo repertório significativo, em lugar de ‘modelos cerrados’ insuscetíveis de adaptação ao dinamismo da vida social hodierna” (REALE, Miguel. Diretrizes gerais do projeto de código civil. In: FÓRUM BRASILEIRO DE ESTUDOS SOCIAIS, 1., 1977, Fortaleza. *Direito, Ciência Política e Administração*. S.l.: Instituto Clóvis Beviláqua, Banco do Nordeste do Brasil S.A, 1977).

⁵⁵ Sobre a técnica legislativa adotada pelo projeto de código civil e sua inter-relação com o novo paradigma obrigacional ver MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. p. 32-34 e MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.

⁵⁶ REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. p. 75.

⁵⁷ REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. p. 74.

⁵⁸ Lembre-se que: “em geral, os tridimensionalistas, quer aceitem ou não esta qualificação, têm-se limitado a afirmar o caráter fático-axiológico-normativo do direito, sem tirar desta colocação do problema todas as conseqüências nela implícitas e que, no meu modo de entender, são do mais alto alcance para a Ciência do Direito, não só para esclarecer e determinar velhos problemas, como também para situar questões novas, reclamadas pelas conjunturas histórico-sociais de nosso tempo” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito: situação atual*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 53-54), daí porque a necessidade, portanto, de uma “tomada de consciência de todas as implicações que aquela verificação estabelece para qualquer gênero de pesquisa sobre o direito” (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. p. 54.).

⁵⁹ Theodor Viehweg denomina “Ciência do Direito Completa”, a relação complementar entre o “pensamento dogmático” e o “pensamento zetético” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Filosofía del Derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1991. p. 27). O primeiro é a opinião jurídica racionalizada e

o objeto dos estudos jurídicos deve ser “a experiência jurídica na integridade de sua estrutura fático-axiológico-normativa, enquanto geradora de modelos e de significados jurídicos”⁶⁰, é preciso perguntar como é que esses três elementos se correlacionam, como é que atuam uns sobre os outros⁶¹. Se o uso de conceitos e teorias de diversas correntes, algumas inclusive contrapostas, faz com que algumas das reflexões desenvolvidas neste trabalho se distanciem, por vezes, das intenções originais dos autores daquelas matérias-primas fica aqui a ressalva de que essa é uma opção consciente e de que tem como justificativa a lição de Berger e Luckmann: “a gratidão histórica não é por si mesma uma virtude científica”⁶².

Essa correlação entre fatos, valores e normas será apresentada tendo por base a identificação de variados indícios⁶³. Daí a razão de ser do espectro amplo de fontes de pesquisa que abarcará desde dados estatísticos até obras literárias⁶⁴ e

cristalizada em um conjunto de elementos operacionais (princípios, regras, diretrizes, estereótipos, *tópoi*, argumentos, etc.) tem como função possibilitar a coordenação do comportamento de uma pluralidade de pessoas adstritas ao direito – tanto seus operadores como os sujeitos a ele submetidos diretamente, possibilitando o estabelecimento de decisões jurídicas socialmente consistentes. Segundo Theodor Viehweg, a dogmática transmite uma certa convicção a um grupo social mais ou menos amplo com o objetivo de influir sobre o mesmo, convertendo-se em prescrição de conduta, “pois esse tipo de pensamento e fala trata sempre do que, uma vez pensado e expresso, tenha função operativa” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. p. 101-102). Sobre o tema ver também FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 99. Já o pensamento zetético é entendido por Viehweg como investigação básica, expressão usada por ele como correspondente à “filosofia do direito”, ou seja, tem esse pensamento “primeiramente, uma função cognoscitiva.” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. p. 102, tradução nossa). Sua função é criticar constantemente as bases estabelecidas de uma ciência, ou seja, a pesquisa constante dos fundamentos da Ciência do Direito, tem uma função esclarecedora, qual seja não permitir que idéias fundamentais pressupostas não restem dogmaticamente fora de questão, pondo-as constantemente à prova, estimulando seu desenvolvimento.

⁶⁰ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. p. 14.

⁶¹ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. p. 54.

⁶² BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 22.ed. São Paulo: Vozes, 2002. p. 32.

⁶³ O uso do “método indiciário” está ancorado na tese de que “se a realidade é opaca, existem zonas privilegiadas – sinais, indícios – que permitem decifrá-la.” (GINZBURG, Carlo. *Sinais: raízes de um paradigma indiciário*. In: _____. *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 177).

⁶⁴ A importância da perspectiva literária decorre do fato de “que as melhores expressões do pensamento e da sensibilidade têm quase sempre assumido, no Brasil, forma literária.[...] Diferentemente do que sucede em outros países, a literatura tem sido aqui, mais do que a filosofia e as ciências humanas, o fenômeno central da vida do espírito.” (CANDIDO, Antonio. *Literatura e Sociedade*. 8. ed. São Paulo: Publifolha, 2000. p. 119). Uma das conseqüências dessa “peculiaridade” é a percepção de que a “cultura jurídica” brasileira se apresentou, em origem, como extensão de nossa “cultura literária”: “Se lembrarmos que o discurso e o sermão (sobretudo este) foram os tipos mais freqüentes e prezados de manifestação intelectual no tempo da Colônia, veremos quanto a sua fusão no corpo da jurisprudência importa em triunfo do espírito literário como elemento de continuidade cultural” (CANDIDO, Antonio. *Literatura e Sociedade*. p. 121). Essa tendência, marcante no caso brasileiro, de “expansão da literatura” foi, num contexto mais amplo, destacada por Richard Rorty, para quem em sociedades liberais “a literatura e a política são as esferas para as quais os intelectuais contemporâneos olham quando se preocupam com fins

cinematográficas. Somente assim poderemos captar a experiência espiritual na qual é discernível a invariante axiológica⁶⁵ da solidariedade social.

Adotado o valor da solidariedade social como vetor de todo o trabalho e assumindo a projeção temporal tríplice da atuação valorativa como categoria ôntica, lógica e deontológica⁶⁶ a exposição será assim organizada:

- a) Na primeira parte será examinado o contexto fático. Enquanto “categoria ôntica” o valor se concretiza em formas de vida que são componentes da experiência social⁶⁷. Por isso, iniciaremos abordando o desenvolvimento do transporte público urbano de passageiros em nosso país destacando os problemas característicos desse setor, mormente no que diz respeito aos “atentados” a que estão sujeitos, cotidianamente, seus usuários. Com isso pretende-se indicar como tal espaço social é representativo da forma de organização assumida por nosso sistema social e qual o papel da “solidariedade social” nesse contexto.

Não sendo o “contrato” um instituto único, uma figura abstrata, mas um feixe de institutos jurídicos concretos⁶⁸, deve ser compreendido como um “‘fato’ das partes, como ato exposto a todas as intervenções externas consentidas pelo ordenamento, ‘fato’ que – portanto – pode ser ‘criado’ pelo Poder Judiciário e pode ser esculpido de modo variado pelo legislador”⁶⁹. Conclui-se, então, que somente há sentido em se pesquisar regimes contratuais específicos, nos quais a análise se volta para o exame dos interesses substanciais e historicamente situados das partes envolvidas.

e não com meios” (RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Lisboa: Editorial Presença, 1994. p. 81). Acerca da relação literatura e política ver: LÖWY, Michael; SAYRE, Robert. *Romantismo e Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. Por fim para explicitar ainda mais a relevância da literatura nada melhor do que uma “citação literária”: “A filosofia parece só tratar da realidade, mas talvez só diga fantasias, e a literatura parece só tratar de fantasias, mas talvez diga a verdade.” (TABUCCHI, Antonio. *Afirma Pereira*. São Paulo: Rocco, 1995. p. 12)

⁶⁵ Entende-se por invariantes axiológicas o “conjunto de valores fundamentais que, uma vez trazidos historicamente ao plano da consciência, tornam-se *bens comuns*, essenciais ao viver social, como se fossem inatos.” (REALE, Miguel. *Personalismo e historicismo axiológico*. p. 142. Suplemento)

⁶⁶ REALE, Miguel. *Experiência e cultura: para a fundamentação de uma teoria geral da experiência*. São Paulo: Ed. Grijalbo, Universidade de São Paulo, 1977. p. 175.

⁶⁷ REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. p. 175.

⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. *Revista de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 2, vol. 5, jan.-mar. 2001. p. 74.

⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos? p. 76.

Diante do contexto fático⁷⁰ é que se enfocará o problema da responsabilidade contratual por atos de terceiros, tendo como eixo de análise a forma como se estabeleceu, na jurisprudência brasileira, o tratamento da questão atinente ao binômio “transporte urbano de pessoas” e “criminalidade urbana violenta”.

A razão dessa escolha se dá porque, no Brasil, principalmente a partir da década de 80, de acordo com Edmundo Campos Coelho⁷¹, a criminalidade urbana violenta⁷² encontra, no transporte urbano de passageiros, local privilegiado para sua eclosão⁷³. Nesse sentido, Teresa Caldeira⁷⁴ afirma que “pessoas da classe trabalhadora vivenciam a violência no dia-a-dia não apenas em seu bairro”, mas também, “em outros espaços onde as classes trabalhadoras passam seu dia, como no local de trabalho e no transporte público.”⁷⁵.

Ora, atos qualificáveis como de criminalidade violenta, especialmente roubos, já há algum tempo, acontecem com dada recorrência em veículos coletivos de

⁷⁰ A compreensão de determinado “modelo jurídico” somente é possível se inserida em uma “estrutura histórica concreta”, isto é, se desenvolvida “segundo exigências da *razão histórica* entendida como razão problemática ou conjetural.” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. p. 109, 112).

⁷¹ COELHO, Edmundo Campos. *A criminalidade urbana violenta*. Rio de Janeiro: IUPRJ, 1987.

⁷² Na expressão “criminalidade urbana violenta” a referência à violência como qualificadora desse tipo de criminalidade parece-nos deve ser compreendida dentro do sentido dado a essa palavra – violência – pela Organização Mundial da Saúde como “o uso intencional da força física ou do poder, real ou potencial, contra si próprio, contra outras pessoas ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Brasília, 2002). Sentido semelhante é utilizado por Yves Michaud: “Há violência quando, numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou várias pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais” (MICHAUD, Yves. *A violência*. São Paulo: Ática, 2001. p. 10-11).

⁷³ No que se relaciona com o local do crime 87,9% dos roubos e furtos foram cometidos em meio urbano, sendo que dos furtos e roubos ocorridos em locais públicos (48%), 7,7% foram perpetrados em transportes coletivos (PARTICIPAÇÃO político-social: justiça e vitimização. Rio de Janeiro: IBGE, 1988. v. 1, p. XXXVIII).

⁷⁴ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34, EDUSP, 2000. p. 76.

⁷⁵ Cesar Caldeira se utilizando dos dados da Secretaria de Estado da Segurança Pública do Rio de Janeiro acerca dos assaltos ocorridos em ônibus no ano de 1997 constata uma “distribuição desigual de riscos”: “Essa prática criminosa vulnera preponderantemente usuários de transporte intermunicipal e suburbano, que são trabalhadores de baixa renda, carentes de outras alternativas de transporte. Usando o ano de 1997 como referência, constata-se que a zona sul da cidade do Rio – mais policiada devido à sua importância como área de turismo e por ter moradores de maior poder aquisitivo – é menos atingida por esse delito.” (CALDEIRA, César. *Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 149. p. 162, jan.-mar. 2001).

transporte de passageiros, adquirindo ares de cotidianidade⁷⁶. Por isso, não pode o estudo do respectivo contrato passar ao largo desse problema.

- b) Delineado o problema no mundo dos fatos e reconhecido que, como “categoria ôntica”, o valor é condicionador de estruturas e modelos que permitem o conhecimento do mundo histórico⁷⁷, assim, na segunda parte deste estudo, se traçará as origens européias, a introdução e o desenvolvimento do valor da “solidariedade” enquanto paradigma inspirador de uma práxis jus-política peculiarmente brasileira. Essa interpretação histórica, partindo da análise das narrativas, deve “ser capaz de revelar o ‘lugar da fala’ que circunscreve cada discurso”, a estrutura (instituições e critérios) que caracteriza determinado campo intelectual⁷⁸; para tanto, entendemos necessário transitar “por vários

⁷⁶ Cabe lembrar aqui dois casos paradigmáticos: o ocorrido no Rio de Janeiro em 12 de julho de 2000, no ônibus da linha 174 (Gávea-Central do Brasil), quando um assaltante manteve 10 pessoas como reféns por mais de quatro horas e cujo desfecho culminou com a morte de um dos passageiros; e o que teve lugar em Porto Alegre entre os dias 4 e 5 de janeiro de 2002, quando um “seqüestrador” manteve passageiros de uma lotação da linha Santana como reféns por mais ou menos vinte e sete horas. Conforme dados da Secretaria da Justiça e Segurança publicados no jornal Zero Hora (ZERO HORA. Porto Alegre, 19 nov. 2001) somente no período de agosto de 2000 a agosto de 2001 foram registrados 424 roubos a passageiros de ônibus e lotações, e, de acordo com dados da associação dos Transportadores de Lotação registraram-se em Porto Alegre, no ano de 2001, de três a quatro roubos por mês (ZERO HORA. *Zero Hora*, Porto Alegre, 05 jan. 2002. p. 8). Aqui deve ser ressaltado que mesmo tomando por verdadeira a observação de Tulio Khan de que, em princípio, o conteúdo da mídia dedicada à cobertura criminal difere em muito da realidade apresentada pelas estatísticas oficiais, havendo distorções flagrantes entre as variações no volume de notícias sobre um tipo de crime e as variações reais, é fundamental perceber que, segundo o mesmo autor, tanto os roubos como os assaltos “comparecem no noticiário jornalístico numa proporção realista em relação ao seu significado”, em vista da posição intermédia – em termos de gravidade – que ocupam no imaginário social (KHAN, Túlio. *Criminalidade e meios de comunicação*. In: _____. *Cidades blindadas: ensaios de criminologia*. São Paulo: Ed. Sicurezza, 2002. p. 15, 17). A ação criminosa cotidiana em veículos coletivos é, hoje, uma das geradoras de certa sensação de insegurança que atinge de maneiras diferenciadas parcelas distintas da população, conforme atesta o “índice do medo” levantado em novembro de 2002 pela Fundação Getúlio Vargas que, por intermédio do FGV Opinião, realizou nas cidades de Porto Alegre, Curitiba, São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Vitória, Fortaleza, Salvador e Recife uma pesquisa de opinião na qual, por meio de perguntas sobre situações do dia-a-dia, pretendia-se medir a percepção de segurança dos indivíduos. A pesquisa concluiu que embora o brasileiro médio não tenha muito medo, há muitos brasileiros com muito medo; entre esses estão os moradores de favelas em grandes cidades e usuários habituais de transporte público. Cass Sustein afirma que o fluxo de informações, especialmente através da mídia é responsável não apenas pela disseminação dos fatos, mas também pela modelagem das percepções individuais (SUSTEIN, Cass. *The laws of fear*. Chicago, 2001. John M. Olin Law & Economics Working Paper, nº 128. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_126-150/128.CRS.Fear.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2006). A questão relativa à “amplificação social” dos riscos é tratada em GLASSNER, Barry. *Cultura do Medo*. São Paulo: Ed. Francis, 2003. Especificamente à relação entre “medo social” e “criminalidade violenta”, ver a obra PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2003. Quanto ao espaço reservado na imprensa para o fenômeno da criminalidade, ver a obra BENEVIDES, Maria Victória. *Polícia, povo e poder*. São Paulo: Brasiliense/CEDEC, 1985.

⁷⁷ REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. p. 176.

⁷⁸ VELOZO, Maria; MADEIRA, Angélica. *Leituras brasileiras: Itinerários no pensamento social e na literatura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 49.

lugares de fala, uns consolidados e outros fluidos, a fim de que se perceba a multiplicidade de constituição da vida intelectual de um período, as afinidades eletivas, os interesses e as oposições entre grupos e linhagens intelectuais”⁷⁹.

- c) Tomados os valores enquanto “categorias deontológicas”, o que significa apresentá-los como “fontes de *fins*, ou motivos de agir”⁸⁰, a terceira e última parte buscará estabelecer “se” e “como” o valor da solidariedade social é reelaborado em “regra de juízo”, isto é, se é instrumentalizado em “razão da conduta”⁸¹ pela dogmática e jurisprudência brasileiras relativas à responsabilidade civil no enfrentamento de um dos principais problemas decorrentes do transporte público: a violência urbana.

Para a obtenção de respostas se estabelecerá uma análise do material jurisprudencial produzido nos últimos vinte e cinco anos, principalmente, pelo STF e pelo STJ (em sua maioria em período anterior⁸² à edição do novo CC) relativo à responsabilidade do transportador de pessoas e aos conceitos de caso fortuito e força maior⁸³.

Não nos parece despropositada a propositura de tal problema – mesmo diante da afirmação de que essa questão já se encontra pacificada em ambos tribunais acima

⁷⁹ VELOZO, Maria; MADEIRA, Angélica. *Leituras brasileiras: Itinerários no pensamento social e na literatura*. p. 50.

⁸⁰ REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. p. 176.

⁸¹ REALE, Miguel. *Experiência e cultura*. p. 176.

⁸² As decisões analisadas foram proferidas entre 1980 e 2005.

⁸³ Observe-se que se em relação aos conceitos de “caso fortuito” e “força maior” não houve uma alteração em termos de conformação legislativa – guardando o art. 393, parágrafo único, do CC/03 para ambos conceitos a mesma redação que encontrávamos no art. 1058, parágrafo único, do CC/16 –, em relação às regras atinentes à responsabilidade do transportador há uma alteração significativa entre a redação do art. 17, do Decreto-lei 2681/12 e a presente no art. 734 do CC/03. Sobre o papel das excludentes e os valores implícitos em seu uso, afirmava H. L. Hart que “O direito, como qualquer outra instituição humana, tem de conciliar os valores incorporados no reconhecimento de certas excludentes com outros valores que coexistem com aqueles. Obviamente, algumas vezes, quando a responsabilidade objetiva é imposta, não resta claro que valor (bem estar social?) triunfa, conseqüentemente muitas críticas são feitas sustentando ser ela uma forma odiosa e inútil de afastamento dos adequados princípios de responsabilidade”. No original: the law, like every other human institution, has to compromise with other values besides whatever values are incorporated in the recognition of some conditions as excusing. Sometimes, of course, it is not clear, when ‘strict liability’ is imposed, what value (social welfare?) is triumphant, and there has consequently been much criticism of this as and odious an useless departure from proper principles of liability.” (HART, H. L. Legal responsibility and excuses. In: _____. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon Press, 1968. p. 33-34).

referidos⁸⁴ – tendo presente, quanto à autoridade dos acórdãos, o que dizia Faustin Hélie no século XIX:

[...] é mister consultá-los incessantemente, mas para os julgar e não para se inclinar diante de suas soluções; para comparar sua doutrina legal, e não para a substituir; para examinar a aplicação, que elles fazem das maximas do direito, e não para acceitar a cadeia de consequencias que dellas subjazem. A sciencia do direito consiste no estudo e na meditação dos princípios; a observancia servil dos accordãos destrui-la-a-ia completamente.⁸⁵

Acolhendo essa antiga lição, trataremos de apontar as relações entre o que se encontra expresso no discurso, tanto da jurisprudência e da dogmática jurídica quanto nos pressupostos fáticos e axiológicos dos referidos discursos, demonstrando que “o *hors-texte*, o que está fora do texto, está também dentro dele, abriga-se entre suas dobras”, cabendo à análise do discurso, segundo Ginsburg⁸⁶, “descobri-lo e fazê-lo falar”⁸⁷. O que se pretende com isso é tornar clara a correspondência ou o descompasso entre uma “ordem objetiva de valores” presente no discurso da Carta Constitucional e o discurso dogmático e jurisprudencial que tem por tarefa, respectivamente, refleti-lo e concretizá-lo.

⁸⁴ No STF há o RE 88407-RJ com a seguinte ementa: “Civil. Responsabilidade civil do transportador. Assalto à ônibus suburbano. Passageiro que reage e é mortalmente ferido. Culpa presumida, afastada. Regra moral nas obrigações. Risco não coberto pela tarifa. Força maior. Causa adequada. Segurança fora do alcance do transportador. Ação dos beneficiários da vítima, improcedente contra a empresa transportadora. Votos vencidos.” (Julgado em 07/08/80, por maioria, Tribunal Pleno, Rel. Min. Décio Miranda para o acórdão – RTJ 96/1201-1222). E no STJ há o RESP 435865/RJ com a seguinte ementa: “Responsabilidade civil. Transporte coletivo. Assalto à mão armada. Força Maior. Constitui causa excludente da responsabilidade da empresa transportadora o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido.” (Julgado em 09/10/02, Segunda Seção, por maioria, Rel. Min. Barros Monteiro).

⁸⁵ HÉLIE, Faustin apud CASTRO, Pedro de. *Estylo e fórmula das decisões judiciais*. *Revista de Direito de Bento de Faria*, vol. XLII, fasc. III. p. 412, dez. 1916. p. 412.

⁸⁶ GINZBURG, Carlo. *Relações de força: história, retórica e prova*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 42.

⁸⁷ No mesmo sentido afirma Michel Pêcheux, que o objetivo dessa prática de leitura é o de “se colocar em posição de ‘entender’ a presença de não-ditos no interior do que é dito.” (PÊCHEUX, Michel. *O discurso: estrutura ou acontecimento*. 2. ed. Campinas: Pontes, 1997. p. 44).

PARTE I

**O CONTEXTO SOCIAL NO QUAL SE INSERE O TEXTO NORMATIVO,
O TRANSPORTE COLETIVO URBANO NO BRASIL: UMA VISÃO DE SUA
HISTÓRIA E DE SEUS PROBLEMAS**

**1 O PONTO DE PARTIDA: DE ACIDENTES ANÔNIMOS A VIOLÊNCIAS
ENDÊMICAS**

Il pericolo è grave: la scienza del diritto elaborata sul generale diventa astratta, il giurista non si immerge piú nel particolare della vita e dell'esperienza, ed i suoi libri nascono prevalentemente dalla riflessione su altri libri.⁸⁸

Quase não existe setor da vida contemporânea que não tenha sido influenciado pela Revolução Industrial – o avanço de um sistema fabril intensivamente mecanizado ocorrido na Europa ocidental a partir do século XVIII, e que, segundo Landes⁸⁹, “num intervalo que mal chegou a duas gerações, transformou a vida do homem ocidental, a natureza de sua sociedade e seu relacionamento com os outros povos do mundo”⁹⁰.

Segundo Celso Furtado⁹¹, tal evento histórico produziu a emergência um sistema social que se caracteriza (descontadas as particularidades que assumiu nas diversas regiões geográficas do

⁸⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare. Prolusione al corso di Diritto civile, letta nell'Università di Camerino, il 18 aprile 1969.* p. 1 apud LUCARELLI, Francesco. *Solidarietà e autonomia privata.* Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970. p. 21.

⁸⁹ LANDES, David S. *Prometeu desacorrentado: transformação tecnológica e desenvolvimento industrial na Europa ocidental desde 1750 até a nossa época.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p. 06.

⁹⁰ A denominada “sociedade de consumo” caracterizada pela prioridade concedida à satisfação de necessidades ligadas ao recreio, ao conforto e ao luxo, nada mais é do que uma das conseqüências da civilização industrial, pois “é simplesmente a um certo nível de produção e de comercialização dos bens fabricados que as noções de recreio, de conforto, de luxo, podem exprimir-se e realizar-se [...]” (VIDAL, Jean. *O advento da civilização industrial: de 1815 aos nossos dias.* Lisboa: Livraria Bertrand, 1976. p. 25. Coleção Ciências Sociais e Humanas, n. 14). Nesse sentido Alain Touraine, para quem “a idéia duma sociedade de puro consumo, na qual o sector secundário ocuparia um lugar muito reduzido e onde os problemas de trabalho já quase não interessariam os assalariados que consagrariam o essencial do seu tempo aos ócios, pertence à ficção sociológica.” (TOURAINÉ, Alain. *A sociedade post-industrial.* Lisboa: Moraes Editores, 1970. p. 20).

⁹¹ FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978. p. 51.

mundo ao longo do tempo) pela canalização do processo acumulativo de riquezas para o setor de produção e a difusão de critérios de racionalidade instrumental⁹².

A primeira característica se apresenta como a ruptura de um mecanismo social predominante até o último quarto do século XIX, pois o excedente da produção desvia-se do consumo conspícuo para a uma re-introdução no processo produtivo, produzindo o constante aumento de eficiência do sistema econômico⁹³.

A segunda característica é a responsável pela formação de um estilo de civilização cujos traços mais marcantes são: o tecnicismo de todas as atividades produtivas, a estruturação espacial da população em aglomerados urbanos de modo a satisfazer as exigências do mercado de trabalho e a prevalência da “razão secular” na legitimação dos sistemas de poder⁹⁴.

Podemos dizer, então, que a denominada “revolução industrial” se configura como uma mudança estrutural global criadora de uma verdadeira “civilização industrial”⁹⁵, uma vez que

⁹² Segundo Alain Touraine, “entende-se por sociedade industrial toda a sociedade que define o seu sistema institucional como a formação do controle do desenvolvimento econômico. [...] Isto não significa que o conjunto da vida social possa ser reduzido a essa relação dialética do desenvolvimento e da democracia, mas somente que o princípio de legitimidade, em que se baseiam as decisões sociais, não pode ser definido fora da relação que liga a produção e a sua utilização social.” (TOURAINÉ, Alain. *A sociedade post-industrial*. p. 165-166). Acerca da diversidade das sociedades industriais ver o mesmo TOURAINÉ, Alain. *A sociedade post-industrial*. p. 193-202.

⁹³ FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. p. 39-40.

⁹⁴ FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. p. 41.

⁹⁵ Aqui mais uma vez devemos ressaltar o equívoco envolvido na compreensão da sociedade contemporânea como uma “sociedade pós-industrial”, equívoco esse que tem sua origem teórica mais recente no livro *The coming of Post-Industrial Society: a venture in Social Forecasting*, escrito por Daniel Bell em 1973. As deficiências dessa compreensão da sociedade pode ser resumida na afirmação feita por Stephen S. Cohen e John Zysman de que “nós estamos experimentando uma transição não de uma economia industrial para uma economia de serviços, mas de um tipo de economia industrial para outro.” (COHEN, Stephen S.; SYSMAN, John. *Manufacturing matters: the myth of the post-industrial economy*. New York: Basic Books, 1987. p.XIII). Para esses autores há, ainda, na economia contemporânea um substancial conjunto de postos no setor de serviços que está intrinsecamente amarrado ao setor industrial, visto que só encontram sua finalidade ligados à produção de bens, por exemplo, *design*, monitoramento de produção, controle de qualidade, transporte, etc., e que assim como a agricultura não se tornou uma atividade do passado com a mecanização, o desenvolvimento tecnológico do setor eletrônico não alterou a lógica industrial existente desde os albores da revolução industrial. A passagem de um tipo de sociedade industrial para outro se caracteriza mais pela continuidade do que pela ruptura: “Por mais estranhas e maravilhosas que sejam as coisas criadas pelos empreendedores do Vale do Silício, esses tem muito em comum com aqueles de Manchester em 1840. E para a maioria dos empregados, continuidade é uma realidade tão forte e opressora quanto mudança”. No original: “However strange and wondrous their products, the entrepreneurs of Silicon Valley have much in common with the entrepreneurs of Manchester in 1840. And for the vast majority of service workers, continuity is as strong and depressing a reality as change.” (COHEN, Stephen S.; SYSMAN, John., *Manufacturing matters*. p. 260).

o sistema de inovações tecnológicas constitui apenas uma parte de um conjunto muito mais amplo de transformações. Este é:

[...] formado pelas relações da sociedade com o ambiente natural, pela plante produtiva criada para gerar os bens necessários, pelo conjunto de classes, setores e forças sociais, pelas instituições em que se materializa o poder político e, por último, pela ideologia que prevalece em dita sociedade tanto em nível consciente como inconsciente.⁹⁶

Há uma associação estreita entre os transportes – ou melhor, entre a evolução pela qual passaram na virada do século XIX para o século XX – e a idéia de que esse período é o período pelo qual a “civilização” chegaria por meio do “progresso da técnica e da ciência”. Segundo Angela Marques da Costa e Lila Moritz Schwarz⁹⁷, “conhecido como a ‘era da ciencia’, o final do século XIX representa o momento do triunfo de uma certa modernidade que não podia esperar. *Catch me who can*, dizia o cartaz singelamente disposto atrás da primeira locomotiva, como a comprovar que não havia como a aguardar ou retardar o progresso”.

Para Jossierand⁹⁸, a ciência, mais que a arte, era a responsável pela modificação das condições de vida no fim do século XIX, e um exemplo disso seriam os transportes cuja evolução se confundiria com a evolução humana: a locomotiva levava o epíteto de “democrática” e o novo século (século XX) seria o século do transporte⁹⁹.

A sociedade brasileira não só compartilhou desse credo, como foi a primeira a regular o então nascente fenômeno social: o transporte massificado de passageiros¹⁰⁰; aliás é da boca de um

⁹⁶ CAZADERO, Manuel. *Las revoluciones industriales*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 36.

⁹⁷ COSTA, Angela Marques da; SCHWARZ, Lila Moritz. *1890-1914: no tempo das certezas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 09.

⁹⁸ JOSSERAND, Louis. Les Transports. In :THALLER, Edmond. *Traité général théorique et pratique de droit commercial*. Paris: Editions Arthur Rousseau, 1910, p. 1-2.

⁹⁹ Nessa esteira, José Xavier Carvalho de Mendonça afirmava ser o contrato de transporte “o mais notável fato econômico e jurídico dos tempos modernos” (MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. v. VI, livro IV. p. 452.)

¹⁰⁰ Segundo Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “o Código Comercial brasileiro, arts. 629-632, que é de 1850, foi o primeiro a regular, no mundo, o transporte de passageiros (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de . *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1964. p. 45. Parte Especial, tomo XLV, Contrato de Transporte). Antes do Código Comercial regulava as estradas de ferro a Resolução n. 101, de 31 de outubro de 1835 e, posteriormente, a Lei n. 641, de 26 de junho de 1852. A regulação do contrato de transporte pelo Código Comercial pode ser explicada pelo fato de que, à época da edição desse estatuto legal, “por trás da palavra ‘comércio’ escondiam-se coisas bem mais amplas que as atuais. Nas primeiras décadas do século XIX, o comércio somava as atuais atividades de ‘indústria’, ‘finanças’, serviços e tudo que ainda se entende por comércio”(CALDEIRA, Jorge. *Mauá, Empresário do*

personagem de Machado de Assis que surgirá uma “idéia bonita e justa” para representar o espírito dominante em nosso país nesse período histórico: “Eu comparo o Brasil a uma criança que está engatinhando; só começará a andar quando tiver muitas estradas de ferro.”¹⁰¹

Se os transportes eram o símbolo do progresso da ciência e da tecnologia, o meio urbano apresentava-se como o local onde a humanidade colheria os frutos dessa evolução:

Que esta aceleração do movimento de concentração privilegiando as grandes cidades esteja em relação estrita com o desenvolvimento dos meios de locomoção é algo incontestável, resultando da época na qual aquela aceleração se manifesta e coincidindo perfeitamente bem com o período de estabelecimento das estradas de ferro, [...].”¹⁰²

No início do século XIX, em Paris, as ruas tortuosas e estreitas eram um obstáculo para a reunião da massa de consumidores, fundamental para o funcionamento das lojas de venda de produtos a varejo (os grandes magazines), sendo essas loja de departamentos uma criação complementar ao sistema de produção industrial, pois uma caminhada que hoje seria realizada em alguns minutos exigiria mais do que uma hora. As lojas de departamentos necessitavam de um grande volume de clientes para realizar um número grande de negócios; daí porque esses deveriam vir de toda a cidade, assim:

[...] a criação dos *grands boulevards* em Paris na década de 1860 ajudava a tornar isso possível. A criação de sistemas de transportes, em Paris e Londres, tornava isso ainda mais realizável. Em Paris, os ônibus puxados a cavalo tinham sido introduzidos em 1838, mas seu grande período de incremento foi a década de 1850. Em 1855, transportaram 36 milhões de passageiros; em 1866, 107 milhões. A mesma união entre transporte rápido e comércio varejista marcou o desenvolvimento de Chicago após o Grande Incêndio de 1871. **Este transporte público não estava destinado ao**

Império. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 64). O mesmo se dava com a palavra “indústria” que, no alvorecer do século XIX, tinha um sentido diferente do que lhe atribuímos hoje; isso se percebe, por exemplo, no *Dicionário da língua portuguesa* de Antônio de Morais Silva, de 1813, que a define: “arte, destreza, para granjear a vida, engenho, traça, em lavrar, e fazer obras mecânicas”, isto é, “indústria era inventar maquinismos e fazer a máquina funcionar.” (COSTA, Angela Marques da; SCHWARZ, Lila Moritz. *1890-1914: no tempo das certezas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.p. 129). A partir do exposto, temos que a expressão “exploração industrial” posta no art. 1522, CC pelo Dec. Leg. 3725/1919 poderia ser entendida como abrangendo, à época, a atividade de transportes. Ver o art. 845 do Projeto Beviláqua e o art. 1816 do Projeto revisto no Senado.

¹⁰¹ ASSIS, Machado de. *Relíquias da casa velha*. São Paulo: Globo, 1997. p. 84. Essa passagem encontra-se no conto “Evolução” presente na obra *Relíquias da Casa Velha*, publicada pela primeira vez em 1906.

¹⁰² JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 51, tradução nossa (texto original: “Que cette accélération du mouvement de concentration au profit des grandes villes soit dans une relation étroite avec le développement des moyens de locomotion, c’est ce qui n’est pas contesté et ce qui résulte tant de l’époque à laquelle elle s’est manifestée et qui coïncide parfaitement bien avec celle de l’établissement des chemins de fer, [...]).”).

prazer, nem tampouco seus itinerários contribuíam para a interpenetração das classes sociais. Destinava-se a transportar trabalhadores ao trabalho e às lojas.”¹⁰³

Conforme Ferraz¹⁰⁴ e Vasconcellos¹⁰⁵, é indiscutível a importância do transporte na organização da moderna vida urbana, pois a escolha da tecnologia do transporte urbano é fundamental na definição e organização geográfica da cidade, assim como na circulação de pessoas e mercadorias entre o espaço de produção (no qual o processo de acumulação capitalista ocorre) e o espaço de reprodução (no qual a recuperação da força de trabalho ocorre)¹⁰⁶.

A sociedade brasileira, como várias outras no período, igualmente acreditou que o *locus* dessa evolução, desse progresso, estaria na cidade, isto é, que seria o meio urbano o lugar onde o sonho da modernidade se faria presente, como mostra Carlos Nelson dos Santos:

A sociedade brasileira em peso embriagou-se, desde os tempos da abolição e da república velha, com as idealizações sobre progresso e modernização. A salvação parecia estar nas cidades, onde o futuro já havia chegado. Então era só vir para elas e desfrutar de fantasias como emprego pleno, assistência social providenciada pelo Estado, lazer, novas oportunidades para os filhos... Não aconteceu nada disso, é claro, e, aos poucos, os sonhos viraram pesadelos.¹⁰⁷

¹⁰³ SENNET, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 181, grifo nosso.

¹⁰⁴ FERRAZ, Hermes. *Filosofia urbana*. São Paulo: João Scortecci Editora, 1997. Tomo I. p. 88-89.

¹⁰⁵ VASCONCELLOS, Eduardo A. *Transporte urbano, espaço e equidade: análise de políticas públicas*. São Paulo: Annablume Editora, 2001. p. 31.

¹⁰⁶ Sobre a relação entre o movimento de modernização das sociedades ocidentais, o ideal de progresso e a questão urbana, ver por todos: BERMAN, Marshal. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Esse autor afirma que o *boulevard* parisiense implantado por George Eugène Haussman foi “a mais espetacular inovação urbana do século XIX, decisivo ponto de partida para a modernização da cidade tradicional”, tendo sido aclamado, no mundo todo, como o verdadeiro modelo do urbanismo moderno (BERMAN, Marshal. *Tudo o que é sólido desmancha no ar*. p.147). Conforme Marshall Berman “a nova força que os bulevares trazem à existência [...] é o *tráfego* moderno.” (BERMAN, Marshal. *Tudo o que é sólido desmancha no ar*. p. 153). Segundo Fernand Braudel (BRAUDEL, Fernand. *A dinâmica do capitalismo*. 2.ed. Lisboa: Teorema, 1986. p. 22), “Poderíamos dizer que as cidades e moeda fabricaram a modernidade, mas também que a modernidade, a massa em movimento da vida dos homens, conforme a regra da reciprocidade, tão cara a Georges Gurvitch, impulsionou a expansão da moeda, construiu a tirania crescente das cidades. Cidades e moedas constituem, simultaneamente, motores e indicadores; provocam e assinalam a mudança. E são também uma consequência da mudança.”

¹⁰⁷ SANTOS, Carlos Nelson. *Está na hora de ver as cidades como elas são de verdade*. Rio de Janeiro: IBAM, 1986. p. 2.

A 30 de abril de 1854 iniciou-se o tráfego ferroviário no Brasil (Estrada de ferro de Petrópolis)¹⁰⁸. Dois anos depois veio a estrada de ferro de Recife para Alagoas, em 9 de fevereiro de 1858; em 29 de março do mesmo ano a de Pedro II até Queimados¹⁰⁹. De acordo com Charles Leslie Wright¹¹⁰, por volta de 1900, boa parte das cidades brasileiras de médio e grande porte começou a trocar os seus bondes puxados por burros por bondes elétricos; destaca também o referido autor a questão da regulamentação dos transportes ferroviários e os problemas decorrentes dessa regulamentação para as empresas estrangeiras que ofereciam, à época, quase que com exclusividade, esse serviço, pois “várias dessas companhias foram sujeitas a controles tarifários que, inicialmente, tornaram as operações pouco lucrativas e levaram à degradação do serviço”¹¹¹.

Segundo Kátia Martinez¹¹² o serviço de transporte urbano nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo, no período que vai do final do século XIX até mais ou menos meados do século XX (anos vinte), era ferroviário, feito através de concessões que, se numa análise superficial, pareciam conter cláusulas precisas sobre a prestação do serviço, acabaram revelando falhas importantes quanto aos mecanismos de garantia da qualidade do mesmo¹¹³. Um outro problema era a falta de definição quanto ao período de concessão, o que deixava as exploradoras do serviço sem qualquer garantia acerca do retorno de seus investimentos; assim sendo, eram deixados de lado investimentos na melhoria do serviço, gerando uma deterioração da qualidade do transporte que pode ser identificada pelo número de carros que se manteve quase idêntico durante o período, circulando superlotados, isto é, acima da capacidade de passageiros¹¹⁴.

¹⁰⁸ MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de direito comercial brasileiro*. p. 453.

¹⁰⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. p. 75. Parte Especial, tomo XLV, Contrato de Transporte.

¹¹⁰ WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. São Paulo: Brasiliense, 1988. p.22. Coleção primeiros passos.

¹¹¹ WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. p. 23.

¹¹² CARRERAS, Albert; GIUSTINI, Andréa; KUNZ, Andreas (orgs.). *Regulation of urban public transport in Rio de Janeiro and São Paulo (1870-1930), XIX and XX Centuries Transport History Current Trends and New Problems*. Florence: European University Institute, 1995. p.70-77.

¹¹³ Quanto aos serviços de transporte público viário, a forma de concessão foi essencialmente a permissão, o que faz com que na maioria das vezes não se estabeleça o período dentro do qual a empresa de transporte explorará o serviço e as obrigações que devem cumprir – o que leva, na prática, a um regime nada rígido de execução e com ausência de controle efetivo por parte da Administração Pública (CAIAFA, Janice. *Jornadas urbanas: exclusão, trabalho e subjetividade nas viagens de ônibus na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002. p. 131).

¹¹⁴ CARRERAS, Albert; GIUSTINI, Andréa; KUNZ, Andreas (orgs.). *Regulation of urban public transport in Rio de Janeiro and São Paulo (1870-1930)*. p. 70-71.

Em 1872 inicia-se a prestação em São Paulo, pela Companhia Carris de Ferro de São Paulo, do serviço de bondes puxados por tração animal. Esse sistema passaria a ser substituído pelo de bondes elétricos, a partir de 1896. O primeiro ônibus a rodar o município surgiria já em 1911, porém é só a partir de 1926 que passariam a ser utilizados no transporte coletivo municipal, vindo em 1937, a adquirir maior importância em razão da retirada de circulação dos bondes junto ao centro da cidade, e consolidando-se como a matriz fundamental do transporte urbano quando, em 1968, ocorre a extinção do sistema de bondes.¹¹⁵

Em Porto Alegre, na segunda metade do século XIX, o transporte coletivo passou a ser feito por bondes com tração animal, pelas duas únicas companhias de transporte urbano da cidade, a Carris de Ferro Porto Alegrense, criada em 1872, e a Carris Urbano, criada em 1893, ambas tendo sido fundidas em 1906, dando origem à Companhia Força e Luz Porto Alegrense, que além de implantar os bondes elétricos, usados a partir de 1908, era encarregada do fornecimento de luz na cidade.¹¹⁶

Quanto à qualidade do transporte urbano realizado sobre trilhos nos séculos passados, cabe salientar, inicialmente, que tal análise, feita em vista da qualidade dos materiais utilizados, é muito problemática devido à dificuldade na obtenção de dados comparativos confiáveis¹¹⁷. J Ainda assim sabe-se que na virada do século XIX ao século XX, o ministro dos Transportes reclamava da escassez de vagões ferroviários e da conseqüente superlotação, (problema que persiste) enquanto afirmava que “apesar do uso tão intensivo do material rolante da Central, as queixas sobre o seu serviço eram bem menores que aquelas dirigidas aos concorrentes privados, a Leopoldina e os bondes da Light do Rio.”¹¹⁸.

No que diz respeito ao progresso tecnológico dos meios de transporte e sua implementação no meio urbano, as ambigüidades do progresso também estavam presentes e assustavam, segundo Costa e Schwarz¹¹⁹, pois “a mesma luz elétrica que movia bondes e tirava as cidades

¹¹⁵ STIEL, Wlademar Corrêa. *História dos transportes coletivos em São Paulo*. São Paulo: MacGraw-Hill, Edusp, 1978 apud TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A regulamentação dos transportes coletivos por ônibus no município de São Paulo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97. p. 288-289, jan.-dez. 2002.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Clóvis Silveira de. *Porto Alegre a cidade e sua formação*. 2.ed. Porto Alegre: Editora Metrópole, 1993. p. 144.

¹¹⁷ TOPIK, Steven. *A presença do estado na economia política do Brasil de 1889 a 1930*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1987. p. 136.

¹¹⁸ TOPIK, Steven. *A presença do estado na economia política do Brasil de 1889 a 1930*. p. 136.

¹¹⁹ COSTA, Angela Marques da; SCHWARZ, Lila Moritz. *No tempo das certezas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 11.

da escuridão promovia acidentes; choques às vezes fatais [...]”. Além do mais, “os novos carros que começavam a circular causavam engarrafamentos e trombadas, sobretudo quando emparelhados aos veículos de tração animal.”¹²⁰.

Exemplos dessas ambigüidades¹²¹ formadas sobre a percepção dos “novos perigos” característicos da modernidade e do progresso são fornecidos pela literatura¹²².

Com efeito, em um trecho do poema em prosa “A perda de auréola”, escrito por Charles Baudelaire em 1865,¹²³ narra-se o diálogo entre um “poeta” e um “homem comum”. O primeiro explica ao segundo como perdeu sua dignidade de artista, isto é, sua auréola:

Meu caro, conheces o meu pavor dos cavalos e das viaturas. Há pouco, ao atravessar o boulevard a toda a pressa, e ao saltar na lama através desse caos movimentado onde a morte avança a galope de todos os lados ao mesmo tempo, a minha auréola, num movimento brusco, caiu-me da cabeça no lodo do macadame. Não tive coragem para a apanhar. Julguei menos desagradável perder as minhas insígnias do que partir os ossos.

No trecho, Baudelaire deixa delineada uma das representações arquetípicas do homem moderno, qual seja “o pedestre lançado no turbilhão do tráfego da cidade moderna, um homem sozinho, lutando contra um aglomerado de massa e energia pesadas, velozes e mortíferas”¹²⁴. Tal representação também cabia nos trópicos, conforme se percebe na passagem de um conto de João Paulo Alberto Coelho Barreto (João do Rio):

Por hábito, sentara-me a uma das mesas do terraço da confeitaria, os olhos perdidos na contemplação da Avenida, àquela hora vaga tão cheia de movimento e ruído. No asfalto da rua era a corrida dos carros, apitos, trilos, largo bater de patas de cavalos, chicotadas estalando no pêlo das magras pilecas dos tílburis, carroções em disparada, cornetas de automóvel buzinando arredas, gente a correr, ou parada nos refúgios, à espera de um

¹²⁰ COSTA, Angela Marques da; SCHWARZ, Lila Moritz. *No tempo das certezas*. p. 11.

¹²¹ Acerca da ambigüidade e do paradoxo como características fundamentais da modernidade, afirma Marshall Berman que “ser moderno é encontrar-se em um ambiente que promete aventura, poder, alegria, crescimento, autotransformação e transformação das coisas em redor – mas ao mesmo tempo ameaça destruir tudo o que temos, tudo o que sabemos, tudo o que somos.” (BERMAN, Marshal. *Tudo o que é sólido desmancha no ar*, p. 15). A modernidade “é uma unidade paradoxal, uma unidade de desunidade: ela nos despeja a todos num turbilhão de permanente desintegração e mudança, de luta e contradição, de ambigüidade e angústia.” (BERMAN, Marshal. *Tudo o que é sólido desmancha no ar*, p. 15).

¹²² A incorporação de certos “fatos” no “discurso artístico” (*in casu*, o literário) pode servir de indício de sua regularidade social.

¹²³ BAUDELAIRE, Charles. *Spleen de Paris*: pequenos poemas em prosa. Lisboa: Relógio d’Água, 1991, p. 131-136.

¹²⁴ BERMAN, Marshal. *Tudo o que é sólido desmancha no ar*. p. 154.

claro para poder passar, o estrépido natural do instante, à hora da noite nas cidades.¹²⁵

Havia entre as pessoas, no período da nascente “civilização industrial”, uma associação direta entre progresso e aumento de riscos de acidentes, conforme se percebe, por exemplo, num texto em que Oswald de Andrade¹²⁶ registrou a atmosfera na São Paulo da virada do século, pela introdução dos bondes elétricos:

Um mistério esse negócio de eletricidade. Ninguém sabia como era. Caso é que funcionava. Para isso as ruas da pequena São Paulo de 1900 enchiam-se de fios e postes [...]

Anunciava-se que São Paulo ia ter bondes elétricos [...] Uma febre de curiosidade tomou as famílias, as casas, os grupos. Como seriam os novos bondes que andavam magicamente, sem impulso exterior? Eu tinha notícias pelo pretinho Lázaro, filho da cozinheira de minha tia, vindo do Rio, que era muito perigoso esse negócio de eletricidade. Quem pusesse os pés nos trilhos ficava ali grudado e seria esmagado fatalmente pelo bonde. Precisava pular [...]

Anunciaram que numa manhã apareceria o primeiro bonde elétrico [...] Um amigo de casa informava: – O bonde pode andar até a velocidade de nove pontos. Mas, aí é uma disparada dos diabos. Ninguém agüenta. É capaz de saltar dos trilhos! E matar todo mundo...A cidade tomou um aspecto de revolução. Todos se locomoviam, procuravam ver. E os mais afoitos queriam ir até a temeridade de entrar no bonde elétrico! [...]

Um murmúrio tomou conta dos ajuntamentos. Lá vinha o bicho! O veículo amarelo e grande ocupou os trilhos do centro da via pública (...) Gritavam:

- Cuidado! Vem a nove pontos! [...]

Uma mulher exclamou:

- Ota gente corajosa! Andá nessa geringonça! [...]

E ficou no ar, ante o povo boquiaberto que rumava para as casas, a atmosfera dos grandes acontecimentos.

Enquanto Baudelaire, João do Rio e Oswald de Andrade nos fornecem indícios dessas ambigüidades e novos perigos, Machado de Assis, ao tratar, em sua coluna semanal, dos bondes elétricos, reflete¹²⁷ acerca das mesmas:

¹²⁵ BARRETO, João Paulo Alberto Coelho. A mais estranha das moléstias. In: _____. *Dentro da Noite*. São Paulo: Antiqua, 2002. p. 176. Romance publicado pela primeira vez em 1911.

¹²⁶ ANDRADE, Oswald de. *Um homem sem profissão*. São Paulo: Ed. Globo, 2002. p. 74-75.

¹²⁷ Sobre o pensamento filosófico de Machado de Assis ver: REALE, Miguel. *A filosofia na obra de Machado de Assis*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1982. Essa intervenção qualificada de Machado acaba por demonstrar a tese de Antonio Candido, já referida anteriormente em nota na introdução, de “que as melhores expressões do pensamento e da sensibilidade têm quase sempre assumido, no Brasil, forma literária.[...] Diferentemente do que sucede em outros países, a literatura tem sido aqui, mais do que a filosofia e as ciências humanas, o fenômeno central da vida do espírito.”(CANDIDO, Antonio. *Literatura e sociedade*, São Paulo: Publifolha, 2000. p. 119).

Todas as cousas têm sua filosofia. Se os dous anciãos que o *bond* elétrico atirou para a eternidade esta semana, houvessem já feito por si mesmos o que lhes fez o *bond*, não teriam entestado com o progresso que os eliminou. É duro dizer; duro e ingênuo, um pouco à La Palisse, mas é verdade. Quando um grande poeta deste século perdeu a filha, confessou, em versos doloridos, que a criação era uma roda que não podia andar sem esmagar alguém. Por que negaremos a mesma fatalidade aos nossos pobres veículos?¹²⁸

Mas não eram somente Paris, Rio de Janeiro e São Paulo que tinham problemas com seus bondes, assim como não eram somente as pessoas mais idosas as vítimas da inadaptação ao novo ritmo de deslocamento dos veículos elétricos. Também as crianças eram vítimas cotidianas desse novo perigo urbano, como retratado de maneira perfeita por Dyonelio Machado em romance, publicado em 1935, ambientado em Porto Alegre:

O bonde, que deslizava numa corrida vertiginosa, pára de súbito, travado com força. Há um meio tumulto dentro do veículo, com os passageiros lançados para a frente, os bancos desarticulando-se. Ouve-se a voz ralhada do motoneiro, praguejando para fora, para alguém que ainda se encontra na frente do carro. Alguns passageiros já estão levantados, curiosos. Naziazeno espicha o pescoço com atenção quase indiferente e chega a ver o casal de garotos, *causa* daquilo, ele e ela, pequeninos, presos pela mão, os olhos apavorados, escapando do perigo com um ar de confusão estúpida.

- É um perigo essas crianças...
 - Os pais é que mereciam...
 - Querem perder as pernas – comenta o motoneiro, meio voltando-se para os passageiros, a voz ainda alterada, o bonde já em marcha. – Aqui nesta cidade se conhece facilmente os moradores das linhas de bondes: – os que têm mais pernas, têm uma ...¹²⁹

Com a percepção dos novos perigos surge, igualmente, a percepção da possibilidade de garantias, a serem fornecidas pelo Direito. A prova é fornecida, novamente, por Machado de Assis que, com sua verve característica, antecipa a discussão acerca do papel do direito na configuração de uma solução para o problema moderno dos acidentes:

Há terras, onde as companhias indenizam as vítimas dos desastres (ferimentos ou mortes) com avultadas quantias, tudo ordenado por lei. É justo; mas essas terras não têm, e deviam ter, outra lei que obrigasse os feridos e as famílias dos mortos a indenizarem as companhias pela perturbação que os desastres trazem ao horário do serviço. Seria um equilíbrio de direitos e responsabilidades. Felizmente, como não temos a

¹²⁸ ASSIS, Machado de. *A Semana*. São Paulo: Ed. Globo, 1997. vol. I. p.32. Crônica publicada na Gazeta de Notícias do Rio de Janeiro em 23 de outubro de 1892.

¹²⁹ MACHADO, Dyonélio. *Os ratos*. 11.ed. São Paulo: Ática, 1987. p. 27.

primeira lei, não precisamos da segunda, e vamos morrendo com a única despesa do enterro e o único lucro das orações.¹³⁰

Ainda tratando dos bondes Machado de Assis indica, com fina ironia, sua estratégia para não ser “atropelado pelo progresso”:

Um precioso amigo meu, hoje morto, costumava dizer que não passava pela frente de um bonde, sem calcular a hipótese de cair entre os trilhos e o tempo de levantar-se e chegar do outro lado [...] Eu [...] levo o cálculo adiante: calculo ainda o tempo de escovar-me no alfaiate próximo. Próximo pode ser longe, mas muito longe é a eternidade.¹³¹

Por fim, conclui antecipando uma solução na linha do que hoje chamamos chama-se socialização dos riscos:

Em todo o caso, não vamos concluir contra a eletricidade. Logicamente, teríamos de condenar todas as máquinas, e, visto que há naufrágios, queimar todos os navios. Não, senhor. A necrologia dos *bonds* tirados a burros é assaz comprida e lúgubre para mostrar que o governo da tração não tem nada com os desastres. Os jornais de quinta-feira disseram que o carro ia apressado, e um deles explicou a pressa, dizendo que tinha de chegar ao ponto à hora certa, com prazo curto. Bem, poder-se-iam combinar as cousas, espaçando os prazos e aparelhando carros novos, elétricos ou muares, para acudir à necessidade pública. Digamos mais cem, mais duzentos carros. Nem só de pão vive o acionista, mas também da alegria e da integridade dos seus semelhantes.¹³²

O surgimento do ônibus, táxis e automóveis somente se deu posteriormente com o aperfeiçoamento do motor de combustão interna¹³³, e somente com o aparecimento dos ônibus haveria um aumento da oferta¹³⁴ de transporte urbano. O transporte urbano viário começa por se consolidar na década de 30 com a construção de largas avenidas que privilegiam o transporte por veículos automotores privados e/ou coletivos¹³⁵.

¹³⁰ ASSIS, Machado de. *A Semana*. p. 33.

¹³¹ ASSIS, Machado de. *A Semana*. p. 33.

¹³² ASSIS, Machado de. *A Semana*. p. 33. .

¹³³ WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. p. 23.

¹³⁴ MARTINEZ, Kátia. Regulation of urban public transport in Rio de Janeiro and São Paulo (1870-1930). In: CARRERAS, Albert; GIUSTINIM Andrea; KUNZ, Andréas (orgs.). *XIX and XX Centuries Transport History Current Trends and New Problems*. Florença, European University Institute, 1995. European University Institute Working Papers in History, no. 95/2. p.75.

¹³⁵ MARTINEZ, Kátia. Regulation of urban public transport in Rio de Janeiro and São Paulo (1870-1930). p. 76.

Registre-se que, apesar do crescimento progressivo da frota de ônibus no anos do pós-guerra, a participação relativa do transporte ferroviário no conjunto do transporte coletivo de passageiros (trens urbanos) não cessou de imediato, tendo, inclusive, crescido em certas cidades devido à formação de zonas de habitação periféricas localizadas cada vez mais longe do centro urbano. No Rio de Janeiro, por exemplo, a participação relativa dos trens urbanos passou de 8% para 16% entre 1940 e 1950. Ocorre que a defasagem, segundo Angelina Peralva¹³⁶, entre a pressão demográfica e o volume de recursos investidos resultou na sobrecarga do sistema, o que levou a atrasos e acidentes que entre 1951 e 1977 mataram 438 pessoas¹³⁷.

É na década de 70¹³⁸ que se tornará comum, no transporte ferroviário urbano, ou melhor, suburbano, a figura do “pingente” – o usuário que por falta de dinheiro ou de espaço na composição viaja pendurado nas portas, janelas e tetos do trem para chegar à tempo ao trabalho¹³⁹ ou retornar à casa. A esse personagem irá se juntar outro – a partir dos anos 80 – que acabará por redefinir as relações entre usuários e companhias de trens urbanos: o “surfista ferroviário”.

Se o “uso não convencional”¹⁴⁰ desse meio de transporte, por parte dos passageiros que viajavam pendurados do lado de fora do veículo, sempre ocorreu e sempre foi tolerado, era porque somente produzia riscos para a integridade física do referido passageiro, sendo mínimos os efeitos desse ato sobre o material rodante. Porém, com o surfê ferroviário, outro era o problema, segundo o engenheiro Sgarbi Vaz Poggi de Araújo¹⁴¹: “O surfista ameaça os

¹³⁶ PERALVA, Angelina. *Violência e democracia: o paradoxo brasileiro*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 159.

¹³⁷ O transporte ferroviário de subúrbio em São Paulo, em 1975, conduzia 900 mil passageiros/dia, sendo que cada composição – projetada para receber não mais de 300 usuários – recebia, duas vezes por dia, um total de 700 passageiros, ou seja, mais que o dobro de sua capacidade (MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. *A revolta dos suburbanos ou “Patrão, o trem atrasou”*. p. 24).

¹³⁸ Em 1973 constatou-se a ocorrência de um acidente com pingente a cada cinco dias (MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. *A revolta dos suburbanos ou “Patrão, o trem atrasou”*. p. 29)

¹³⁹ O empresariado que vê seus empregados submetidos a essa situação deficiente de transporte geradora dos constantes atrasos “longe de exercer pressão sobre os órgãos oficiais responsáveis, para garantir uma melhora dos transportes, reduz-se a penalizar os próprios usuários, mediante descontos por tempo perdido e até demissão” (MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. *A revolta dos suburbanos ou “Patrão, o trem atrasou”*. p. 27). Inúmeros eram os depoimentos que davam conta de que uma das razões dos quebra-quebras estava nos atrasos constantes dos trens, “pois a maioria sabe que, se não chegar na hora, perde o domingo” (MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. *A revolta dos suburbanos ou “Patrão, o trem atrasou”*. p. 27)

¹⁴⁰ MEDEIROS, Bernardo Galvão de; MEDEIROS, Gláucia Pereira de Medeiros. Comportamento de exceção do usuário: o surfista ferroviário. *Revista Ferroviária*, ago. 1990 apud PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*. p. 164.

¹⁴¹ ARAÚJO, Sgarbi Vaz Poggi de. Laudo declaratório sobre pingente e surfista como causadores de

suportes da rede elétrica aérea. Se os cabos elétricos caírem na linha, isso pode provocar curto-circuito, incendiando o trem ou fazendo-o descarrilar”.

Além disso,

“[...] o corpo do surfista, quando recebe a descarga de alta tensão, transforma-se em uma massa orgânica líquida, cujos componentes em gordura constituem forte condutor de eletricidade. Essa massa anula a capa isolante que protege os vagões e os atravessa, formando enorme crateras, no caso também com risco de incêndio.¹⁴²

O surfista de trens gera grandes custos operacionais para as empresas de transportes, pois, além de danificar o sistema, pode gerar desastres com muitas vítimas, o que, regra geral, levará a muitas condenações ao pagamento de reparações civis, uma vez que é exatamente nesse período – no momento da abertura democrática – que surge uma onda crescente de processos movidos pelas vítimas de acidentes contra às companhias que administravam e exploravam as vias férreas.

Embora a lei que disponha sobre a responsabilidade civil das estradas de ferro acerca dos desastres nela ocorridos seja de 1912 (Decreto-lei 2681 de 07 de dezembro de 1912), é nos anos 80 que se identificará o aumento explosivo de despesas com indenizações e, conseqüentemente, o aumento da preocupação das companhias com a “segurança” de seus serviços; assim, em 1981, a direção da Rede Ferroviária Federal¹⁴³ registrava preocupação com o número de pensões vitalícias concedidas a 757 beneficiários no ano anterior; em documento datado de maio de 1982 constatava-se que esses gastos haviam sofrido elevação significativa, entre 1979 e 1981, em cidades como Salvador, Recife, Belo Horizonte, Curitiba, Porto Alegre, além de Rio de Janeiro e São Paulo¹⁴⁴.

desastre e pânico entre usuários de trens elétricos. Rio de Janeiro: CBTU, 24 maio 1988 apud PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*. p. 165.

¹⁴² ARAÚJO, Sgarbi Vaz Poggi de apud PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*. p. 165.

¹⁴³ Relatório de fim de missão de 19 maio de 1982, produzido pelo grupo de trabalho criado pela circular 22/81 de 05 de maio de 1981 da Rede Ferroviária Federal apud PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*. p. 162.

¹⁴⁴ A crescente preocupação das companhias fez com que as mesmas passassem a advogar a adoção de um seguro de acidentes pessoais em favor dos usuários do serviço, conforme se lê no trecho inicial de uma circular de 20 de março de 1983 elaborada pelo Departamento Jurídico da Divisão Especial de Subúrbios do Grande Rio: “Até pouco tempo, talvez tal seguro parecesse desnecessário tendo em vista o pequeno número de ações de responsabilidade civil, que embora levassem ao pagamento de indenizações não representavam grande dispêndio financeiro. Ao contrário, agora, face ao aumento da demanda de passageiros, e em que pese a melhoria das condições do transporte, o despertar [da consciência] do seu direito fez com que os usuários e seus familiares, atingidos por um evento, acionassem a transportadora, ensejando o grande número de ações com que a Empresa hoje se depara, principalmente na área desta

Nas metrópoles em que há ainda o serviço de trens urbanos há ainda outro problema, o estado de abandono em que se encontram as barreiras que impedem o acesso fraudulento dos usuários às vias férreas, isto é, que impossibilitam o usuário de tomar um trem parado do outro lado da estação. Esse não é um problema recente. Em depoimento a José Álvaro Moisés e Verena Martinez-Alier, um passageiro, nos anos setenta, defendia-se afirmando que “ninguém arrisca a vida por graça ou molecagem [...] Muitas vezes vou correndo pelos trilhos até a estação por não ter os Cr\$ 0,60 no bolso”¹⁴⁵

Registre-se que “a fraude tem um custo que não se mede apenas em termos de evasão de receitas, mas em vidas humanas”¹⁴⁶, pois, conforme números oficiais da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos, para o período de janeiro a junho de 1994, foram atropeladas por trens nas vias férreas 117 pessoas, sendo que dessas 68 morreram e 49 restaram feridas; no mesmo período de 1995, houve um total de 112 atropelamentos, dentre os quais 60 resultaram em morte e 52 em lesões corporais. A morte surge, então, como fenômeno cotidiano do usuário dos trens urbanos, uma morte “brutal, feita de muito sangue e de enorme quantidade de membros arrancados, que permanecem longo tempo expostos ao olhar dos passageiros, e povoam seu imaginário e suas falas”¹⁴⁷.

Não se pode comparar esses custos com o custo de operações do metrô. É um mito a idéia de que o metrô é um transporte de massa de baixo custo e popular, isto é, utilizado, majoritariamente, por pessoas de baixa renda. Segundo Charles Leslie Wright¹⁴⁸, em metrópoles como São Paulo e Rio, na década de 80, apenas 10% dos deslocamentos motorizados eram feitos por metrô, enquanto 50 a 60% eram feitos por ônibus e 30 a 40% eram realizados por automóvel ou outras modalidades (bicicleta, à pé, etc.). Além disso, o autor afirma que a renda média dos usuários dos metrôs aproximava-se à da dos proprietários de automóveis, sendo que o preço pago pelo usuário cobria somente 30% dos custos de operação dos metrôs, não mencionando o alto custo de sua construção e instalação. Daí porque, conclui, “no Brasil, os transportes de massa são o ônibus e o pedestrianismo.”¹⁴⁹.

Divisão Especial.”(Relatório de fim de missão de 19 maio de 1982, produzido pelo grupo de trabalho criado pela circular 22/81 de 05 de maio de 1981 da Rede Ferroviária Federal apud PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*. p. 163).

¹⁴⁵ PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*. p. 28.

¹⁴⁶ PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*, p. 161.

¹⁴⁷ PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*. p. 161.

¹⁴⁸ WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. p. 17.

¹⁴⁹ WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. p. 17.

O desenvolvimento do transporte viário irá competir e por fim desbancar o transporte ferroviário como opção para o transporte coletivo urbano. Tomemos o exemplo de São Paulo: enquanto em 1948 os deslocamentos por bonde respondiam por 52,2% do total de viagens de transporte público, em 1966 tal índice havia caído para 2,4% do total; nesse mesmo lapso de tempo os deslocamentos em ônibus haviam subido de 43,6% em 1948 para 91,2% em 1966, sendo que os bondes encerraram suas operações em 1968¹⁵⁰ – já em Porto Alegre foram utilizados até 1970¹⁵¹. No Rio de Janeiro temos que as primeiras companhias de ônibus surgem em 1927, sendo que a partir de 1945 tomarão paulatinamente o espaço do bonde, tornando-se a principal forma de transporte coletivo na cidade¹⁵²; os bondes somente sairão definitivamente de cena nos anos 60¹⁵³.

Ressalte-se que o grande agente dessa expansão no uso do ônibus foram as empresas privadas de transporte coletivo, a maioria das quais administrada por especuladores imobiliários. Tome-se novamente o exemplo de São Paulo: se em 1948 os ônibus públicos respondiam por 31% dos deslocamentos entre a casa e o trabalho e os ônibus particulares por 12,6%, em 1966 a situação havia se alterado significativamente, já que 75,7% desse deslocamento era agora feito por ônibus privados e apenas 15,5% era feito por ônibus públicos¹⁵⁴.

Na década de 1950, embora com o grande crescimento da indústria automobilística no Brasil, o país ainda se ressentia de uma estratégia socialmente justa para o transporte público. Daí porque, diz Wright¹⁵⁵, que:

[...] foi nesse momento, quando os transporte públicos mais precisavam de investimentos, modernização e, sobretudo, do estabelecimento de direitos exclusivos de passagem nas vias principais, que governantes e técnicos graduados optaram por favorecer a modalidade que eles já haviam escolhido para seus deslocamentos pessoais – o automóvel.”

Conseqüência dessa opção foi o transporte público também privilegiar veículos automotores, mormente o ônibus. Assim sendo, assegura ainda Wright, “as autoridades passaram a licenciar

¹⁵⁰ KOWARICK, Lúcio; BONDUKI, Nabil. Espaço urbano e espaço político: do populismo à redemocratização. In: KOWARICK, Lúcio (org.). *As lutas sociais e a cidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994. p. 153.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Clóvis Silveira de. *Porto Alegre a cidade e sua formação*. p. 144.

¹⁵² CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 130.

¹⁵³ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 130.

¹⁵⁴ KOWARICK, Lúcio; BONDUKI, Nabil. Espaço urbano e espaço político: do populismo à redemocratização. p. 153.

¹⁵⁵ WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. p. 24.

somente empresas que tivessem muitos ônibus, e exigiram o uso de ônibus grandes. Essas empresas, por sua vez, ganharam o direito de exclusividade nas suas linhas ou áreas, ou seja, um monopólio”¹⁵⁶. Porém, como “as linhas foram determinadas para a conveniência das empresas, não correspondiam, necessariamente, aos percursos que os usuários precisavam seguir, e estes freqüentemente acabaram pagando duas ou mais conduções, indo por rotas indiretas para chegar aos seus destinos”¹⁵⁷.

Mesmo com todas as deficiências, no Brasil, os deslocamentos urbanos ainda eram, no final da década de 80, realizados preponderantemente através do transporte coletivo (38%), sendo o pedestrianismo o segundo meio de transporte utilizado (36,4%)¹⁵⁸.

Em decorrência dessa política que visava privilegiar o fornecedor do serviço e não a massa de usuários, os problemas de falta de qualidade do transporte coletivo urbano, como atrasos, desconfortos e insegurança, persistiram inalterados, como se ainda estivéssemos no século XIX, pois os ônibus urbanos utilizados no Brasil em sua grande maioria não revelam a espantosa evolução tecnológica obtida pela indústria automobilística no decorrer do século XX – essa a razão pela qual Charles Leslie Wright¹⁵⁹ assevera que em nosso país o ônibus “convencional” é “uma carroceria de má qualidade montada em cima de um chassi de caminhão”. Entre as características desse veículo encontram-se “a suspensão dura, os degraus altos, as portas estreitas e a roleta mal posicionada”, fatores que “incomodam os passageiros e dificultam seu acesso e egresso”. Daí não admirar que esse veículo receba “péssimas notas com relação a conforto, ambiente psicossocial, facilidade de transportar pertences, salubridade e ruído”.

De acordo com pesquisa da Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbanos¹⁶⁰, em 1999 a frota de ônibus somava 94 mil veículos que transportavam 50 milhões de passageiros a cada dia útil, enquanto que o transporte metroviário (existente apenas em São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre, Belo Horizonte e Recife) era utilizado por apenas 28,8 milhões de passageiros por ano; a referida pesquisa aponta também a projeção de um declínio no número de passageiros dos transportes coletivos, como ônibus e metrô, por influência do aumento do

¹⁵⁶ WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. p. 26.

¹⁵⁷ WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. p. 26.

¹⁵⁸ IBGE. Participação político-social: educação, meios de transporte, cadastro e associativismo. v.2. p. XXXVI.

¹⁵⁹ WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. p. 36.

¹⁶⁰ ALMANAQUE Abril: Brasil. 26.ed. São Paulo: Abril, 2000. p. 120.

número de transportes alternativos e clandestinos, tais como vans, microônibus e peruas, e em decorrência do crescimento do desemprego – o que deixa inúmeras pessoas sem acesso à gratuidade ou a descontos em passagens.

É fundamental perceber as interfaces entre o sistema de transporte urbano adotado em nosso país e a configuração de um modelo de aproveitamento do espaço que chancelou e cristalizou com o passar do tempo a exclusão social¹⁶¹ da parcela majoritária da população brasileira.

Segundo Ermínia Maricato¹⁶², as oportunidades de inserção que existiam nas primeiras décadas do século XX se extinguíram através de uma segregação espacial ou ambiental que configurou focos de concentração de pobreza isolando os pobres em regiões delimitadas à semelhança dos guetos¹⁶³.

Essa segregação espacial/ambiental ocorreu em função da aceleração do padrão periférico de crescimento urbano que não poderia ter ocorrido sem a prévia alteração no sistema de transportes. Conforme Lúcio Kowarick¹⁶⁴, “este processo acentua-se durante a II Guerra Mundial, época em que também ocorre profunda crise habitacional, quando ainda predomina largamente a moradia de aluguel”; será pela adoção e expansão desse modelo urbanístico que despontará o uso do ônibus, considerado um “veículo muito mais versátil do que o bonde na produção de terras habitáveis para a população pobre”.

No mesmo sentido Teresa Caldeira¹⁶⁵ afirma que “Uma das principais causas da concentração da cidade era que o transporte coletivo baseava-se no sistema de bondes, que requeria instalações caras e, portanto, expandia-se lentamente”; assim, em razão da dificuldade desse sistema de transporte cobrir amplas regiões, “era difícil desalojar os moradores pobres do centro da cidade, onde trabalhavam”, o que vai ser alcançável com “o lançamento de um

¹⁶¹ A expressão mais adequada seria subintegração, como observa Marcelo Neves (“Between under-integration and over-integration: not taking citizenship seriously”), pois o subintegrado participa das relações sociais, embora sempre em posição negativa: réu, condenado, vítima.

¹⁶² MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia do capitalismo: ilegalidade, desigualdade e violência*. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 55. Estudos Urbanos, n. 10

¹⁶³ Note-se que segundo Pierre Rosanvallon a pobreza não pode ser definida apenas por critério de renda, uma vez que questões como o isolamento, o lugar e a forma de vida podem ampliar os efeitos da renda (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997. p. 91)

¹⁶⁴ KOWARICK, Lúcio. As desventuras da cidadania. In: _____. *Escritos Urbanos*. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 44.

¹⁶⁵ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 217

sistema de ônibus, associado à progressiva abertura de novas avenidas” possibilitando, com isso, “a expansão da cidade em direção à periferia”.

Se nossas metrópoles caracterizam-se pela segregação sócio-espacial, por péssimas condições de moradia, pela degradação ambiental, pela desigual distribuição geográfica dos serviços de saneamento básico, assim como pela presença abundante de vazios em meio à malha urbana¹⁶⁶, a isso deve ser acrescentada, diz Ferraz:

[...] a neurose produzida pelos veículos incômodos, obrigando os passageiros a viajar de pé, apertados uns nos outros, expostos a enfermidades contagiosas e aos distúrbios das funções gastrointestinais causados pela tensão e pela angústia de precisar chegar pontualmente a seu local de trabalho, quando os veículos têm de atravessar o emaranhado urbano com suas vias congestionadas.¹⁶⁷

Observe-se que, tendo em vista o tempo gasto no deslocamento casa/trabalho, constata-se um aumento médio mínimo de uma hora além da jornada de trabalho para a maioria da população ativa do país, tempo gasto e não remunerado, estéril, improdutivo e roubado ao descanso, a ser adicionado às horas de sua jornada de trabalho remunerada.

Nessa perspectiva, é verdade que “uma cidade é feita sobretudo das formas de ocupação que oferece”¹⁶⁸ e que uma dessas formas é a “ocupação do espaço em movimento”, isto é, a circulação, vimos que a situação acima descrita configura uma particularidade evidente da violência de nosso processo urbano¹⁶⁹. Diante dessa realidade, e partindo do pressuposto de que “cada homem vale pelo lugar onde está”¹⁷⁰, o geógrafo Milton Santos questiona. Como é possível afirmar o direito a uma vida digna quando há pessoas que realizam viagens cotidianas entre a casa e o trabalho que lhes tomam inúmeras horas? O direito de ir e vir, o direito à mobilidade espacial, é uma prerrogativa ou uma benesse ocasional?¹⁷¹

O usuário acima brevemente delineado não permite resposta negativa às perguntas de Santos. Pelo contrário, os usuários de transporte coletivos estão expostos a uma “violência

¹⁶⁶ PANIZZI, Wrana Maria. Da legalidade para a ilegalidade: a formação de microterritórios urbanos. In: *O Rio Grande do Sul urbano*. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 1990. p. 7.

¹⁶⁷ FERRAZ, Hermes. *Filosofia Urbana*. São Paulo: João Scortecci Editora, 1997. Tomo IV. p. 234-235.

¹⁶⁸ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 64.

¹⁶⁹ IBGE. Participação político-social: educação, meios de transporte, cadastro e associativismo. v.2. p. XXXVI

¹⁷⁰ SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. p. 81.

¹⁷¹ SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. p. 47.

institucionalizada”¹⁷², a uma “violência cotidiana”¹⁷³, exteriorizada em atrasos¹⁷⁴, incômodos¹⁷⁵, acidentes¹⁷⁶ que dá bem a medida de como seus direitos são desrespeitados¹⁷⁷. Ainda hoje, nas grandes cidades brasileiras como São Paulo e Rio de Janeiro, a experiência de viajar em transporte coletivo está associada a todo tipo de transtornos.

Teresa Caldeira menciona a realidade do transporte urbano em São Paulo:

¹⁷² MARICATO, Erminia. *Metrópole na periferia do capitalismo*. p. 77.

¹⁷³ PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado et al. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 51.

¹⁷⁴ O atraso no horário dos veículos de transporte público não é um problema novo, como indicio da “cotidianidade”; desse problema temos o samba *O trem atrasou* (Estanislau Silva, Paquito e Artur Vilarinho), gravado em 1941 por Roberto Paiva em seu disco de estréia na Victor. Descoberto numa pilha de partituras rejeitadas pela gravadora, o samba chamou a atenção do cantor principalmente pelo tema da letra, que reproduzia uma situação vivida constantemente pelos trabalhadores cariocas: “Patrão, o trem atrasou / Por isso estou chegando agora / Trago aqui um memorando da Central / O trem atrasou, meia hora / O senhor não tem razão / Pra me mandar embora! / O senhor tem paciência / É preciso compreender / Sempre fui obediente / Reconheço o meu dever / Um atraso é muito justo / Quando há explicação /

Sou um chefe de família / Preciso ganhar meu pão / E eu tenho razão”. Além de se destacar no repertório carnavalesco, *O Trem Atrasou* é uma das mais antigas canções de protesto de nossa música, tendo sido regravaada por uma especialista do gênero, a cantora Nara Leão, no elepê *Cinco na Bossa*, em 1965.

¹⁷⁵ Indício dessa realidade pode ser detectado em cena do filme *Cronicamente Inviável* (Direção: Sérgio Bianchi; roteiro: Sérgio Bianchi e Gustavo Steinberg; produção: Agravo Produções Cinematográficas; ano de produção: 1999; duração: 101 minutos; distribuição: Rio Filme e Consórcio Europa), na qual é mostrado, em tom anedótico, um ônibus absolutamente lotado e os efeitos – sobre o comportamento dos passageiros – de um transporte realizado sob condições tão precárias.

¹⁷⁶ Alguns acidentes não são típicos “acidentes de trânsito”, como colisões, mas infortúnios exclusivamente vinculados à dinâmica do transporte coletivo – como, por exemplo, os acidentes ocorridos no interior do ônibus em razão de rápidas acelerações e freadas bruscas no momento de embarque e desembarque de passageiros – e ao desenho de certos veículos de transporte – como, por exemplo, os problemas decorrentes da presença dos “currais”. Com relação aos últimos, observe-se que até meados dos anos 90 vários ônibus possuíam esse “orientador de fluxo” – composto de uma estrutura metálica semelhante a uma grade – que visava guiar os passageiros até o local de pagamento e evitar a evasão de renda. Ocorre que em inúmeras situações esses “orientadores de fluxo” foram causa de tragédias como a ocorrida em 30 de julho de 1993 no Rio de Janeiro, quando um incêndio em um ônibus da linha 233 (Rodoviária-Leblon) matou sete pessoas – seis delas presas na referida estrutura, o que levou a sua proibição (CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p.108, nota 70). Recentemente ocorreu incêndio de ônibus causado por grupo de traficantes como vingança pela morte de um de seus membros em confronto com grupo rival: o ataque ocorreu em 29 de novembro de 2005 e causou a morte de cinco e ferimentos em treze dos passageiros (ATAQUE a ônibus mata cinco pessoas no Rio. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1 dez. 2005. Caderno Cotidiano, p. C1 e C2). Nesse caso o depoimento de uma das vítimas dá conta de como a violência está inserida no cotidiano da viagem de forma a produzir reações automáticas entre os passageiros: “Quando o primeiro homem entrou no ônibus e começou a gritar: ‘Rala, rala’, achamos que fosse assalto. Todo mundo ficou quieto, sentado onde estava” (FOLHA DE SÃO PAULO, São Paulo, 1 dez. 2005. Caderno Cotidiano, p. C4). Ora, essa é a reação típica de quem já sofreu e/ou presenciou inúmeros assaltos, ou seja, ficar quieto e não reagir para com isso não “estressar” o assaltante e evitar, dessa forma, possível agressão ou mesmo a morte; ocorre que no caso em questão, o incêndio, para garantir sua integridade física teria sido necessário que os passageiros esboçassem reação diversa à adotada em assaltos: deveriam ter se deslocado, rapidamente, para fora do veículo. Esses ataques a ônibus que vitimam passageiros são um fato recorrente, assim em 03 de novembro de 2005, em Senador Câmara (zona oeste do Rio de Janeiro) um microônibus lotado foi alvo de tiros de traficantes da favela Cavalão de Aço em razão de disputa com rivais de outro local (FOLHA DE SÃO PAULO, São Paulo, 1 dez. 2005. Caderno Cotidiano, p. C4).

¹⁷⁷ Naila Oliveira e Tanya Barcellos falam da “violência das desigualdades sociais” (OLIVEIRA, Naila; BARCELLOS, Tanya. *Violência urbana: dominação e exclusão social*. In: O RIO GRANDE do Sul urbano. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 1990.)

[...] tomar um ônibus, trem ou metrô na hora do *rush* (algo que as classes média e alta deixaram de fazer) significa lutar por um espaço em carros lotados ou amassado contra os outros. [...] aqueles que usam os transportes coletivos diariamente, como os moradores do Jardim das Camélias, sentem que as coisas hoje estão muito mais tensas e desagradáveis do que no passado: há pouca cortesia e muita agressão. E certamente há mais preconceito, já que a classe média ensina a seus filhos que os ônibus são perigosos e contrata motoristas particulares para eles.¹⁷⁸

Quanto ao Rio de Janeiro, Janice Caifa descreve realidade idêntica:

O pulo inicial para embarcar no veículo dá desde logo a medida do esforço que será questão durante a viagem. O passageiro enfrenta um degrau alto e muitas vezes procura onde se apoiar para dar o impulso e não acha. O espaço é exíguo antes da roleta, que já aponta imediatamente após o último degrau. É pagar logo. É também entrar logo porque muito freqüentemente o motorista dá a partida antes que já se tenha alcançado o solo do veículo, ou por vezes quase no mesmo instante em que o segundo pé toca o degrau. Já se vai, portanto aos solavancos, mesmo antes de pagar. Após esses primeiros passos, emergir num ônibus cheio torna tudo mais difícil.¹⁷⁹

Não bastassem outros problemas que serão abaixo mencionados, essa descrição já permite concordar com a afirmação de que “para os usuários dos ônibus do Rio transportar-se é tarefa cheia de atritos e de percalços”, um verdadeiro “inferno que se produz no ônibus” a mostrar que “a mobilidade precária deve ser conquistada a duras penas por aqueles que dependem do transporte coletivo”¹⁸⁰.

Essa “violência”¹⁸¹, essa agressão rotineira se apresenta, segundo Maria Célia Pinheiro Machado, como uma “imposição da desordem que só assim se define porque a ordem está em outro lugar, na ‘sociedade’, e fora de suas categorias não há outra verdade.”¹⁸²

Ao que tudo indica, Maria Célia Pinheiro Machado Paoli se refere ao mesmo discurso descrito por Renato Janine Ribeiro¹⁸³, qual seja aquele que opõe à idéia do “social” compreendido

¹⁷⁸ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 321.

¹⁷⁹ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 42.

¹⁸⁰ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 52.

¹⁸¹ A expressão “violência” não é utilizada aqui para designar “uma essência moral ou material com forma e conteúdos singularizados”, mas para nomear a “série de atos intencionais que se caracterizam pelo uso da força, em situações de conflito, transgressão às leis que visam o bem comum e predomínio da crueldade sobre a solidariedade no convívio humano.” (COSTA, Jurandir Freire. *O medo social*. In: VEJA 25 anos: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 86).

¹⁸² PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado et al. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

¹⁸³ Note-se que a afirmação retro-referida comunga com a tese de Renato Janine Ribeiro de que há, no Brasil, o emprego por parte de empresários, políticos e jornalistas de um discurso, uma linguagem corrente que

como o espaço da desordem, da violência, da carência e da necessidade, a noção de “sociedade” entendida como o espaço da ordem, da paz, da eficácia e da produção.

Porém se, desde muito tempo, segundo Kahn¹⁸⁴, as populações das metrópoles brasileiras estavam expostas a uma espécie de violência estrutural, a partir dos anos 80¹⁸⁵ começam a estar expostas a outro tipo de violência, o aumento da, segundo Zaluar¹⁸⁶, “criminalidade violenta”¹⁸⁷.

“transmite, implícita ou subliminarmente, a convicção – pouco contestada – de que *a sociedade é ativa enquanto economia, e passiva enquanto vida social.*” (RIBEIRO, Renato Janine. *A sociedade contra o social ou a sociedade privatizada*. In: _____. *A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.23), isto é, há uma aceitação de que a voz coletiva seja, exclusivamente a voz dos agentes econômicos, daquele que detém o poder econômico, sendo que aos demais sujeitos reserva-se apenas o assistencialismo e a caridade; assim sendo, “remetem-se à carência, à passividade, assuntos importantes como a saúde, a educação, a habitação, o transporte coletivo” (RIBEIRO, Renato Janine. *A sociedade contra o social ou a sociedade privatizada*. p. 23). Através desse discurso o “social” surge como esfera despolitizada em que atuam as “leis naturais” da economia e o os direitos são apresentados, única e exclusivamente, em termos de ônus e custos para a “sociedade”.

¹⁸⁴ KAHN, Túlio. *Cidades blindadas: ensaios de criminologia*. São Paulo: Ed. Sicurezza, 2002. p. 21.

¹⁸⁵ Disso também dão conta Paulo Sérgio Pinheiro e Guilherme Assis de Almeida (PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Violência Urbana*. São Paulo: Publifolha, 2003. p. 35 e 44). O final dos anos 70 e o início do anos 80, exatamente o período da “abertura política”, é apontado por Débora Regina Pastana como o período de emergência da preocupação com o aumento da criminalidade, e não exatamente como o período de aumento da criminalidade (PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2003. p. 41 e ss.). Segundo Angelina Peralva, é nos anos 80 que tanto a taxa de homicídios cresce quanto o debate a respeito da violência se impõe como objeto de reflexão e pesquisa no campo das ciências sociais brasileiras (PERALVA, Angelina. *Democracia e violência: a modernização por baixo*. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 40/41. p. 217, 219. 1997). Sobre a tendência de crescimento de criminalidade identificada entre janeiro de 1985 e dezembro de 1989 ver: *Revista do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente*, nº 02, 1997.

¹⁸⁶ ZALUAR, Alba. Para não dizer que não falei de samba: os enigmas da violência no Brasil. In: SCHWARZ, Lilia Moritz. *História da Vida Privada no Brasil: Contrastes da intimidade contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. v. 4. p. 249.

¹⁸⁷ É a partir da década de 60 que as estatísticas criminais realizadas no mundo inteiro revelam um padrão de criminalidade crescente, principalmente do “crime violento” (PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Governo democrático, violência e estado de direito*. In: BETHEL, Leslie (org.). *Brasil - fardo do passado, promessa do futuro: dez ensaios sobre política e sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 242). É importante destacar que “embora as relações interpessoais no Brasil provavelmente sempre se tenham pautado por uma alto grau de violência, escamoteado por ideologias de cordialidade ou por uma romantização do universo da *casa* por oposição ao da *rua*, a letalidade desses conflitos parece ser um fenômeno novo. Quase sem dúvida, isso se deve ao aumento do número de armas de fogo entre a população: são elas que matam 91% das vítimas de autoria desconhecida e 59% das de autoria conhecida” (CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Prefácio. In: LIMA, Renato Sérgio de. *Criminalidade urbana - conflitos sociais e criminalidade urbana: uma análise do homicídios cometidos no município de São Paulo*. São Paulo: Sicurezza Editora, 2002). Acerca da relação “criminalidade violenta-armas de fogo”, no Rio de Janeiro, durante 1996, as armas de fogo causaram 87% dos homicídios (PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Governo democrático, violência e estado de direito*. p. 244). Segundo Tulio Khan, um estudo preparado pelas Nações Unidas abrangendo 69 países em desenvolvidos e subdesenvolvidos, entre eles o Brasil, constatou que nada menos do que 88,39% dos homicídios brasileiros são cometidos com armas de fogo, o que nos transforma no campeão entre todos os países pesquisados (KAHN, Túlio. *Cidades blindadas*. p. 60), o mesmo estudo dá conta de que 90% dos roubos praticados no Brasil o são com a utilização de armas de fogo (KAHN, Túlio. *Cidades blindadas*. p. 61). Enfim, o que se está a afirmar não é que os passageiros de transporte coletivo no Brasil, antes mesmo

Se tomarmos como exemplo as taxas de criminalidade da região metropolitana de São Paulo entre 1973 e 1996¹⁸⁸, segundo Caldeira¹⁸⁹, verifica-se que há uma tendência de crescimento dos crimes contra o patrimônio, sendo que a taxa dos crimes contra a pessoa se mantém relativamente estável. Os dados obtidos Por Caldeira¹⁹⁰ apontam que “os crimes contra a propriedade têm sido responsáveis por mais de 50% dos registros desde o início dos anos 80. Em média, eles cresceram 6,09% ao ano durante o período considerado, enquanto os crimes contra a pessoa cresceram em média 2,18% ao ano. Como resultado, a proporção de crimes contra a propriedade pulou de cerca de 30% do total de crimes em meados dos anos 70 para mais de 60% de meados do anos 80 até os dias atuais, alcançando 69,36% em 1996.”¹⁹¹. Além disso, destaca-se o fato de que as formas mais violentas de crime cresceram mais do que as menos violentas¹⁹².

desse período nunca tivessem experimentado, durante a viagem, o assédio da criminalidade, ocorre que essa se apresentava, em regra, de forma não-violenta. Assim havia, já nos alvares do século XX, o famoso “carteirismo de bonde” definido pelo não menos famoso “Dr. Antonio” (em verdade, “João do Rio”, ou seja, Paulo Barreto) como “um *sport* de tensão dos sentidos”, esporte esse muito praticado pelos batedores de carteira que avançam “sobre as algibeiras dos outros nos *bonds* pelas ruas, nos ajuntamentos (BARRETO, Paulo. *Memórias de um rato de hotel*. 2.ed. Rio de Janeiro: Dantes, 2000. p. 115-116).

¹⁸⁸ De acordo com Renato Sérgio de Lima (LIMA, Renato Sérgio de. *Criminalidade urbana - conflitos sociais e criminalidade urbana: uma análise do homicídios cometidos no município de São Paulo*. São Paulo: Sicurezza Editora, 2002. p. 27), em São Paulo, de 1983 a 1998, os roubos suplantaram as lesões corporais dolosas, passando a ocupar a liderança entre os crimes violentos, respondendo por mais de $\frac{3}{4}$ do total de crimes cometidos no município. Na pesquisa de vitimização realizada pelo ILANUD e pelo Datafolha em São Paulo no ano de 1997 relativamente a eventos ocorridos em 1996, temos que 20% da população havia sido vítima de assalto e 16% havia sido vítima de situações nas quais ainda que não tivesse ocorrido uso de força física ou ameaça havia ocorrido desapossamento de propriedade pessoal (ex: furto de bolsa e carteira) dentro do período compreendido entre 1991 e 1996. A mesma pesquisa indicou que 57% dos assaltos e 65% dos furtos ocorrem em área ou região da cidade distinta do local da residência (ILANUD-Datafolha. Pesquisa de Vitimização. *Revista do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente*, n. 10, 1998. p. 50-51).

¹⁸⁹ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 113-114.

¹⁹⁰ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 113-114.

¹⁹¹ Débora Regina Pastana apresenta dados da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo que indicam que, no município houve um aumento de 101,6% relativamente aos crimes contra a propriedade no período de 1983 à 1998 (PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo*. p. 52).

¹⁹² “O fato de que as formas mais violentas de crime cresceram mais do que as menos violentas pode ser visto ao se juntarem os totais de homicídios, tentativas homicídio, lesão corporal dolosa, estupro, tentativa de estupro, roubo e latrocínio numa única categoria de ‘crimes violentos’. No início dos anos 80, esses crimes [violentos] representavam cerca de 20% do total de crimes registrados; depois de 1984, eles passaram a representar cerca de 30% do total, chegando a 36, 28% em 1996. Essa mudança considerável indica que no começo dos anos 80 não só a quantidade de crimes cresceu, mas também, e o que é talvez mais importante, sua *qualidade* mudou.”(CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 116). Teresa Caldeira (CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 119, 125), na análise de dados referentes a São Paulo e região metropolitana obtidos num período de tempo maior, isto, é o intervalo entre 1981 e 1996 aponta que os roubos apresentam a segunda maior taxa de crescimento (média de crescimento anual de 8,95%), logo abaixo dos homicídios dolosos (média de crescimento anual de 9,28%). Para o mesmo período, isto é, entre 1980 e 1996, Paulo Sérgio Pinheiro (PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Governo democrático, violência e estado (ou não) de direito*. p. 243) aponta que a taxa anual de homicídios por 100 mil habitantes cresceu de 13, em 1980, para 25, em 1996. Tal crescimento não foi exclusivo de São Paulo, mas de várias regiões metropolitanas do país. Sobre o assunto ver: SOUZA, Edinilsa R. de. *Homicídios no Brasil: o grande*

Segundo João Marcello de Araujo Júnior, por intermédio da análise da quantidade de prisões efetuadas no país¹⁹³ entre 1976 e 1989, pode-se afirmar que os furtos mantiveram uma elevação permanente, indo de 15,04% para 26,49%, sendo que os roubos mais que duplicaram no mesmo período, tendo passado de 5,70% para 11,49%, ou seja, enquanto o furto teve um aumento de 76,13% em 13 anos, os roubos tiveram um aumento de 101,57% no mesmo período¹⁹⁴.

Edmundo Campos Coelho¹⁹⁵ aponta o reduzido grau de validade das estatísticas sobre crimes registrados e prisões efetuadas pela polícia para testar hipóteses que associem criminalidade a qualquer fator, principalmente, fatores socioeconômicos, pois tais estatísticas acabam por refletir seu viés de entrada, uma vez que certas classes sociais prestam mais queixa à polícia do que outras, além de refletirem as vicissitudes das organizações policiais, isto é, a cultura dos policiais.

Entretanto, o mesmo Edmundo Campos Coelho¹⁹⁶ também assevera que “a despeito desses e de outros problemas, séries temporais de estatísticas oficiais refletem satisfatoriamente a curva **tendencial** da incidência da criminalidade, sobretudo quando cobrem um período

vilão da saúde pública na década de 80. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 10, n. 1. p. 45-60; SOUZA, Edinilsa R. de; MINAYO, Maria Cecília de Souza. O impacto da violência social na saúde pública na década de 80. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Os muitos Brasis: saúde e população na década de 80*. São Paulo, Hucitec/Abrasco, 1995. p. 87-116. Conforme Edmundo Campos Coelho (COELHO, Edmundo Campos. *A criminalidade urbana violenta*. Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, dezembro 1987. p. 7) havia uma tendência ascendente dos índices de criminalidade violenta em São Paulo (14,0%), Rio de Janeiro (16,2%) e Belo Horizonte (77,5%) (capitais e regiões metropolitanas) no período de 1981 a 1985, sendo o roubo a variável com maior peso na composição do referido índice. Diante dos dados obtidos pelas pesquisas de vitimização realizadas pelo ILANUD e pelo Datafolha e considerando toda a amostra obtida com as pesquisas feitas no RJ em 1992 e 1996 e em SP em 1997, nota-se que o assalto parece ser o delito que mais aflige a população dessas cidades. Essa também é a constatação de Paulo Sérgio Pinheiro e Guilherme Assis de Almeida (PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Violência Urbana*. 2003. p. 36). Além disso, nota-se também que os crimes contra a pessoa, principalmente o homicídio, se concentram nas zonas mais pobres e periféricas (ILANUD-Datafolha. Pesquisa de Vitimização. p. 15, 20). Paulo Sérgio Pinheiro também refere dados que indicam a correlação entre regiões pobres e risco de vitimização (PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Governo democrático, violência e estado (ou não) de direito*. p. 244).

¹⁹³ Utilizando dados do Anuário Estatístico do Brasil, anos 1979, 1980, 1981, 1983, 1984, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990 e 1991 (ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Insegurança urbana. *Fascículo de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 1, p. 53-54, jan.-mar. 1993).

¹⁹⁴ Esse mesmo autor ressalva que: “No Brasil não dispomos de estatísticas nacionais que revelem, com segurança, o número de crimes cometidos ou, pelo menos, registrados (sem qualquer referência à cifra negra), entretanto, poderemos ter uma ‘visão aproximada’ desse número, através da quantidade de prisões efetuadas, ainda que esse método seja geral para a mediação do crime” (ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Insegurança urbana. p. 49).

¹⁹⁵ COELHO, Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2. p. 139-161, abr.-jun. 1978.

¹⁹⁶ COELHO, Edmundo Campos. *A criminalidade urbana violenta*. Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, dezembro 1987. p. 3.

relativamente longo”, destacando ainda que séries reduzidas, de cinco a dez anos, embora menos adequadas para tal propósito, são úteis para análises conjunturais¹⁹⁷.

O aumento da criminalidade urbana violenta produziu dois fenômenos geminados: o deslocamento de parcela da atividade de segurança para o âmbito da iniciativa privada, sob o argumento de que essa é mais eficaz que a segurança prestada pelo Estado, e a opção das classes média e alta pela convivência em condomínios fechados, residências e estabelecimentos comerciais vigiados.

O primeiro deles é a chamada “privatização da segurança”¹⁹⁸, isto é, o crescimento da prestação de serviço de vigilância e proteção patrimonial e pessoal por empresas privadas.

Segundo Viviane de Oliveira Cubas¹⁹⁹, até o ano 2000 foram publicados, no Diário Oficial da União, 1400 alvarás de funcionamento para empresas de segurança em todo o Brasil²⁰⁰. Segundo o Núcleo de Violência da Universidade de São Paulo, existiam nesse setor, até o ano 2000, mais de mil empresas que empregavam mais de 400 mil homens armados²⁰¹.

De acordo com dados do Ministério de Justiça, em 1986, só no estado de São Paulo, existiam 51 empresas de segurança privada e de transporte de valores registradas. Já em 1991, o número de empresas havia mais que dobrado; eram agora 111 empresas que empregavam

¹⁹⁷ Cientes da observação de Edmundo Campos Coelho destacamos que os dados estatísticos referidos neste trabalho são utilizados em vista de uma análise quantitativa e conjuntural, ou seja são referidos somente para indicar: a) o aumento da criminalidade urbana violenta e b) e qual sua percentagem. Não se pretende com isso estabelecer qualquer análise comparativa entre os dados relativos à criminalidade e, por exemplo, os dados relacionados à situação econômica (nível de desemprego, nível salarial, aumento da população, etc.). O objetivo é, portanto, utiliza-los para identificar, ao final, se há relações e correspondências entre incidência da criminalidade urbana violenta e a percepção dessa mesma criminalidade por determinados sujeitos (no caso os órgãos jurisdicionais) em determinadas circunstâncias (nos processos que tratavam, no mesmo lapso temporal, da responsabilidade civil da empresas de transporte coletivo por furtos e roubos ocorridos em seus veículos).

¹⁹⁸ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 10.

¹⁹⁹ CUBAS, Viviane de Oliveira. *Segurança privada: a expansão dos serviços de proteção e vigilância em São Paulo*. São Paulo: FAPESP, Associação Editorial Humanitas, 2005. p. 80.

²⁰⁰ O referido trabalho, embora tenha sua ênfase na análise do fenômeno da expansão da segurança privada na cidade de São Paulo, traz importantes dados relativos ao país como um todo. Para uma análise panorâmica desse fenômeno tanto nos Estados Unidos da América como na Europa, ver CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos gulags em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 107-113.

²⁰¹ ZALUAR, Alba. Para não dizer que não falei de samba: os enigmas da violência no Brasil. In: Lilia Moritz Schwarz (org.). *História da Vida Privada no Brasil*. p. 257. Esses dados conferem com os dados fornecidos pelo Sindicato das Empresas de Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado de São Paulo (SESVESP) e apresentados por Viviane de Oliveira Cubas (CUBAS, Viviane de Oliveira. *Segurança privada*. p. 97).

55.700 vigilantes, sendo que o número do contingente de policiais no estado de São Paulo no mesmo ano era de aproximadamente 95 mil (22 mil policiais civis e 69 mil policiais militares). Em 1996, havia 281 empresas que empregavam cerca de 100 mil homens, número quase igual ao do contingente de policiais, 105 mil (31.987 policiais civis e 73 mil policiais militares)²⁰².

Segundo Oliveira e Barcellos²⁰³, em Porto Alegre até 1980 haviam sido concedidos 21 alvarás para o funcionamento de empresas de segurança; porém, de 1981 a 1988 foram concedidos 28, o que revela um aumento, no período, de 133,33%²⁰⁴. Conforme dados da Delegacia de Controle de Segurança Privada da Polícia Federal, os serviços de segurança pessoal, de escolta armada, de transporte de valores e vigilância bancária, bem como cursos de formação, no estado do Rio Grande do Sul, aumentaram no período de 1999/2000 em 100%. Durante cinco anos havia 52 empresas cadastradas, sendo que, no período 1999/2000, esse número aumentou para 104²⁰⁵.

Esse crescimento além de implicar o aumento dos “custos sociais”²⁰⁶, indubitavelmente põe em cheque uma das características definidoras do Estado Moderno, qual seja o monopólio do uso legítimo da força²⁰⁷.

²⁰² CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 199.

²⁰³ OLIVEIRA, Naila; BARCELLOS, Tanya. *Violência urbana: dominação e exclusão social*. p. 91.

²⁰⁴ As autoras ressaltam que a pesquisa realizada se serviu de dados obtidos até a década de 80, excluídos os últimos anos dessa.

²⁰⁵ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos *Relatório Azul 1999/2000*. Porto Alegre, 2000. p. 346.

²⁰⁶ Acerca da dimensão econômica da violência no Brasil observe-se que “o PIB do país cresceu 5,67%, em 1994, enquanto o setor de seguros privados (em cujo âmbito só a modalidade de roubos e furtos representa mais de 60%) expandiu 63% em relação ao ano anterior. Os tipos de seguro mais diretamente relacionados com a violência são bem superiores ao PIB da Bolívia (US\$ 5,2 bilhões) e ficam pouco abaixo do PIB do Uruguai (US\$ 11,4 bilhões) (TEIXEIRA, Ib. *A macroeconomia da violência. Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 05, p. 38-40, maio/1995).

²⁰⁷ Segundo Max Weber “la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado – nada de esto – pero sí su medio específico.[...] Porque lo específico de la actualidad es que a las demás asociaciones o personas individuales sólo se les concede el derecho de la coacción física en la medida en que el Estado lo permite. Éste se considera, pues, como fuente única del ‘derecho’ de coacción.” (WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 1056). Cabe sublinhar que a “privatização” da segurança na sociedade contemporânea passa tanto pela perda de legitimidade da estrutura policial do Estado e o aumento do papel desempenhado pelas empresas particulares de segurança pessoal, quanto pela redução da importância da seguridade social em comparação com os programas de seguridade privados (seguros e planos privados de assistência). Nesse sentido, FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo : Malheiros, 2000. p. 256).

O outro fenômeno é o surgimento de um novo padrão de segregação espacial, qual seja, a reclusão das classes média e alta em verdadeiros “enclaves fortificados”, ou seja, “espaços privatizados, fechados e monitorados, destinados a residência, lazer, trabalho e consumo”.

Segundo Teresa Caldeira²⁰⁸, tais enclaves fortificados, que “podem ser shopping centers, conjuntos comerciais e empresariais ou condomínios residenciais”, exercem uma atração sobre “aqueles que temem a heterogeneidade social dos bairros urbanos mais antigos e preferem abandoná-los para os pobres, os ‘marginais’, os sem-teto. Uma das características fundamentais dessas construções é “serem espaços fechados cujo acesso é controlado privadamente”²⁰⁹. Daí porque “ainda que tenham um uso coletivo e semi-público”, diz Caldeira, eles transformam profundamente o caráter do espaço público. Na verdade, assegura, “criam um espaço que contradiz diretamente os ideais de heterogeneidade, acessibilidade e igualdade que ajudaram a organizar tanto o espaço público moderno quanto as modernas democracias.”

É a busca por segurança que faz com que surjam enclaves fortificados, formando-se assim comunidades que, paradoxalmente, ao invés de um círculo aconchegante se parecem cada vez mais com uma fortaleza sitiada em que há um contínuo aumento dos temores e da insegurança, onde se exige, segundo Bauman²¹⁰, “vigilância vinte e quatro horas por dia e a afiação diária das espadas, para a luta, dia sim, dia não, para manter os estranhos fora dos muros e para caçar os vira-casacas em seu próprio meio”²¹¹.

Ambos os fenômenos – privatização da segurança e formação de enclaves urbanos – produzem um efeito paradoxal e perverso sobre as camadas mais pobres da população, pois, se ao mesmo tempo são elas apontadas como agentes dessa violência²¹², são também os que

²⁰⁸ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 11-12.

²⁰⁹ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 12.

²¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. p. 19, 22.

²¹¹ Segundo esse autor, a “secessão dos bem-sucedidos” leva a formação de “comunidades cercadas”, essas unidades territoriais “pesadamente guardadas e eletronicamente controladas que eles compram no momento em que têm dinheiro ou crédito suficiente para manter distância da ‘confusa intimidade’ da vida comum da cidade são ‘comunidades’ só no nome. O que seus moradores estão dispostos a comprar ao preço de um braço ou uma perna é o direito de manter-se à distância e viver livre de intrusos.”(BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*. p. 52), ou seja, “o que aparece no horizonte da longa marcha em direção à ‘comunidade segura’ (comunidade *como* segurança) é um mutante bizarro do ‘gueto voluntário’”(BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*. p. 105).

²¹² Segundo Alba Zaluar, “em algumas cidades, o crime e a violência são como um artifício para se pensar sobre o ‘outro’”(ZALUAR, Alba. *Para não dizer que não falei de samba: os enigmas da violência no*

mais padecem enquanto vítimas dessa violência²¹³. E é esse efeito uma das justificativas para pensar o problema da violência urbana em vista da concretização de um direito à segurança social, pois na definição desse direito é possível partir da premissa de que em relação a certo grupo de pessoas “as probabilidades de verificação dos riscos são idênticas, em termos de frequência e de amplitude”²¹⁴.

Segundo Rosa del Olmo, com essa novas configurações sociais alcançamos uma situação em que:

[...] os bens e direitos dos cidadãos que podem pagar serão protegidos por este serviço privado, o que contribui para aprofundar, por uma parte, a discriminação, no que se refere a uma parte dos cidadãos e, por outra, a exacerbar a violência que se exerce contra o resto dos cidadãos que são considerados como inimigos ou como os ‘outros’.²¹⁵

O aumento da vitimização das camadas mais pobres no que diz respeito à criminalidade urbana violenta, ao que tudo indica, se dá porque há um deslocamento dessa criminalidade para os locais desprovidos de proteção e vigilância concentrada: os espaços públicos.

Em verdade, se pensarmos mais detidamente no fenômeno, seremos obrigados a concordar com a conclusão de Teresa Caldeira, exposta anteriormente, de que esse aumento extraordinário da violência acaba por “implodir” a esfera pública. Nesse mesmo sentido, Paulo Sérgio Pinheiro entende que “a frequência de homicídios, roubos, assaltos e agressões em geral é tal que na prática provocou o desaparecimento dos espaços públicos”; o resultado disso é que, paradoxalmente, nesses locais “a violência é percebida cada vez mais como meio legítimo de resolver conflitos”.²¹⁶

Brasil. In: Lilia Moritz Schwarz (org.). *História da Vida Privada no Brasil*. p. 248).

²¹³ PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Violência Urbana*. p. 45-48; CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. p. 112. Segundo Eros Roberto Grau, “a exclusão social se dá sob múltiplas modalidades – são excluídos, afinal, tanto a vítima do crime quanto o criminoso.” (GRAU, Eros Roberto. Estado, políticas públicas e projeto democrático. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 2, pp. 09-19, 2000). Para Amartya Sen, a exposição à violência pode ser compreendida como um dos elementos definidores do conceito de “carência social” (SEN, Amartya. The economics of life and death. *Scientific American*, v. 268, n. 5, p. 40-48, May 1993).

²¹⁴ NEVES, Idílio das. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 274.

²¹⁵ OLMO, Rosa del. Ciudades duras y violencia urbana. *Nueva Sociedad*, Caracas, n. 167. p. 74-86, mayo-junio 2000. p. 84. Texto original: “los bienes y derechos de los ciudadanos que pueden pagar serán protegidos por este servicio privado, lo que contribuye a profundizar, por una parte, la discriminación, en cuanto se refiere a una parte de los ciudadanos y por otra, a exacerbar la violencia que se ejerce contra el resto de los ciudadanos que se consideran como enemigos o como los ‘otros’”.

²¹⁶ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Governo democrático, violência e estado (ou não) de direito*. p. 245.

O fenômeno não é só brasileiro, G. A. Herbel assevera que “a insegurança que antes se verificava nos bens patrimoniais que se encontravam fora do âmbito de vigilância de seus detentores (negócios fechados, casas vazias, veículos estacionados na rua)”, em razão desses se apresentarem agora com proteção constante (alarmes, vigias, etc.), faz com que aquela se “desvie aos bens pessoais, pois a intenção de obter recursos por meios ilegais se realizará sobre as pessoas que se encontram em trânsito por zonas desprotegidas”; a partir disso conclui que “há maior insegurança nos âmbitos de difícil vigilância, tais como as zonas suburbanas e os meios de transporte, e maior violência sobre as pessoas”, ou seja, diante do aumento de proteção sobre certos bens patrimoniais se observa um aumento da insegurança pessoal²¹⁷.

É nesse espaço de insegurança que se movem os transportes públicos. Além de todos os problemas estruturais (atrasos, desconfortos, etc) o passageiro do transporte público se vê exposto a mais uma “precariedade”: o ambiente fechado do ônibus se transforma numa armadilha que amplia a vulnerabilidade dos que nele se vêem obrigados a viajar, ampliando com isso a probabilidade do encontro com a criminalidade urbana violenta²¹⁸. Somente estão protegidos os espaços privados em que há um constante aumento dos sistemas de vigilância. Enquanto o transporte utilizado pelas classes mais abastadas é constantemente “hiperprivatizado”, ou seja, é realizado sem contato com a rua, o espaço público por excelência – exemplo, o transporte por helicópteros –, o transporte das camadas mais pobres é constantemente exposto aos efeitos da erosão dessa esfera numa lógica do “salve-se-quem-puder”²¹⁹.

Em São Paulo começam, a partir dos anos 80, a ser comuns os *arrastões* praticados por bandos de jovens que atravessam os trens do subúrbio do primeiro até o último vagão, realizando assaltos e cometendo agressões, inclusive, sexuais. Os passageiros narram que os agentes de segurança preocupados em coibir a atuação de vendedores ambulantes são incapazes, porém, de controlar – de maneira eficaz – outros ilícitos mais incômodos²²⁰: os furtos e roubos.

²¹⁷ HERBEL. G. A. Seguridad urbana y violencia social. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. XV, n. 51. p. 9-12. p. 239-40, 1993.

²¹⁸ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 76, 84.

²¹⁹ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 76.

²²⁰ PERALVA, Angelina. *Democracia e violência: a modernização por baixo*. p. 166.

Tanto nos trens urbanos quanto nos ônibus – durante o deslocamento para o trabalho ou na volta deste, no caminho para casa –, as pessoas se encontram ainda mais expostas a esses específicos atos criminosos por inúmeras causas. Dentre elas podemos destacar que o criminoso conta com o fato de que há sempre a possibilidade dos passageiros estarem portando algum dinheiro ou bens de certo valor como relógios e celulares que podem ser furtados na aglomeração dos momentos de pico no início do dia ou roubados junto com o dinheiro arrecadado pela empresa ao término do dia, uma vez que o cansaço no fim da jornada de trabalho reduz a possibilidade de reação ao assalto. Essa é, justamente, a situação descrita por Paulo Lins²²¹ em seu romance *Cidade de Deus*²²² :

Pelé e Pará pegaram o ônibus na Barra da Tijuca numa tarde de sol forte. Ficaram na parte de trás como se não se conhecessem. Observavam os relógios, anéis, cordões e pulseiras dos passageiros. Nas imediações da Gardênia Azul, fizeram a limpa nos passageiros que viajavam na traseira, obrigando-os a descer do coletivo. Na altura dos Apês, fizeram a mesma coisa com os da dianteira. Em frente à quadra de samba trataram de recolher o dinheiro do trocador e foram para a praça dos Garimpeiros ajeitar o roubo.

Janice Caiafa²²³, em seu estudo sobre as viagens de ônibus no Rio de Janeiro, afirma que ainda hoje “um componente que comparece muito às viagens de ônibus são os assaltos” que enquanto fato “entra num circuito de histórias pessoais, referências e inventários das linhas”²²⁴ e descreve situação em que foi “discretamente” assaltada:

Em meados de 1997 fui assaltada no 569 (circular Largo do Machado-Leblon). Eram talvez 8h da noite. Apesar de o ônibus estar bem vazio, com algumas pessoas esparsas aqui e ali na frente do carro, permaneci perto do cobrador. [...] Distraí-me contudo na conversa com o cobrador. [...] Dois homens jovens entraram já no Jardim Botânico e pularam a roleta, sem o menor esboço de reação do cobrador. Um deles sorriu para mim e eles começaram a fazer comentários genéricos. [...] O próximo passo foi o mais falante e sorridente se levantar e se sentar a meu lado, perguntando enquanto se aproximava se eu tinha medo de morrer. Deu-me ao mesmo

²²¹ LINS, Paulo. *Cidade de Deus*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 113.

²²² A “cotidianidade” desse tipo de violência pode ser indiciariamente traçada na incorporação do referido fato – assalto à ônibus – à outra obra de ficção: Em *Domésticas – O filme* (Direção: Nando Olival e Fernando Meireles; Roteiro: Cecília Homem de Mello, Fernando Meirelles, Nando Olival e Renata Melo, baseado em peça teatral de Renata Melo; Produção: Andréa Barata Ribeiro; ano de produção: 2001; distribuição: Globo Filmes). Há duas cenas abordando a questão dos roubos realizados em ônibus, ambas envolvendo adolescentes como agentes do referido ilícito; a primeira das cenas é montada em tom cômico, a segunda em tom trágico.

²²³ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 68, 69.

²²⁴ Algumas linhas, segundo a pesquisa realizada pela autora, adquirem fama relacionada ao assalto (Sãoens Peña-Jardim Botânico, Praça Varnhagem-Antero de Quental, Cascadura-Estácio, Castelo-Bancários, Castelo Bananal e Copacabana-Rodoviária).

tempo que medo uma grande raiva. Disse que não. ‘Então passa o relógio e o dinheiro para não te acontecer nada’. [...] Abri a bolsa e lhe dei a carteira. Ele retirou todo o dinheiro, que era talvez uns R\$ 20, que eu pretendia economizar não tomando táxi. Mas não satisfeito pegou minha bolsa e começou a revistar dizendo que eu estava mentindo. [...] Num certo momento o outro falou ‘dispensa, dispensa’. Era hora de eles irem. O assaltante número um me devolve a bolsa e diz que tudo bem, eu podia ficar com o relógio.²²⁵

Janice Caiafa fala em “assalto discreto” referindo-se àquele que ocorre de maneira a surpreender o passageiro mais fragilizado ou distraído e que tem como “crueldade particular” o fato de contar com a indiferença de todos os outros presentes no ônibus, passageiros, cobrador e motorista. Conforme a autora esse assalto para ser bem-sucedido depende do isolamento em que viajam os sujeitos no ônibus, tomados pela sensação de que para se proteger é necessário ignorar o outro e pela crença de que essa atitude é absolutamente normal e aceitável²²⁶.

Essa estratégia de “não cogitar solidarizar-se com ninguém”²²⁷ é reforçada pelos “acordos” que motoristas e cobradores realizam com os assaltantes deixando os passageiros mais expostos. Um motorista explica: “eles roubam mais passageiros porque a gente tá na rua todo dia, a gente sabe quem são os assaltantes”²²⁸; uma cobradora, comentando um assalto ocorrido no carro onde trabalhava, afirma: “graças a Deus o assaltante foi consciencioso e não levou o meu, só o dos passageiros”²²⁹. Note-se que o dinheiro que a funcionária refere como seu é o dinheiro obtido pela empresa em razão do pagamento do serviço de transporte pelos passageiros. Haveria aqui, nessa manifestação, um indício de identificação entre empregado e patrão? A resposta deverá ser negativa diante da explicação de que as empresas estabelecem, em caso de assalto da fêria em valor superior a vinte passagens, o seguinte mecanismo de redistribuição de risco: desconto do salário do cobrador²³⁰.

²²⁵ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 72-74.

²²⁶ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 72.

²²⁷ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 71.

²²⁸ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 70.

²²⁹ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 81.

²³⁰ As empresas afirmam que, além do valor referido, o restante deve estar sempre no cofre, o problema é que os cobradores são unânimes em afirmar que com esse valor não é possível dar adequadamente o troco aos passageiros (CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 77). Além disso, há o risco de, no assalto, estando o dinheiro no cofre, o cobrador sofrer represália do assaltante, o que pode significar a morte: “Não, eu não uso [cofre], sabe por quê? Porque outro dia na 254 um cara falou pra menina [cobradora] assim: ‘Eu vou saltar em tal lugar. Se até lá não tiver trinta reais eu dou um tiro na sua cara!’ E eu vou morrer por causa de trinta reais?” (CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 78).

Em outras circunstâncias, conforme descoberta de César Caldeira, são as empresas de transporte coletivo que estabelecem “acordos” com as redes criminosas para garantir que motoristas e cobradores não sejam assaltados. Assim, resta assegurado que os assaltos e os roubos em ônibus não configurarão riscos financeiros substanciais para as empresas e que seus empregados não estarão muito vulneráveis com esta criminalidade crescente. O risco e as perdas, diz Caldeira, “são deslocados para o usuário, que passa a conviver quase diariamente com a incerteza quanto à sua incolumidade física e moral”²³¹.

Importante registrar que os passageiros não são alvo somente dos acidentes de transporte e da violência criminal perpetrada pelos jovens da periferia, como também da violência presente na ação da própria polícia quando da realização de blitz, por exemplo. Assim a população mais marginalizada é atingida pela violência urbana em todos os seus níveis, isto é, “vive, em condições já tão precárias de subsistência” e, para piorar, “acuada entre a violência da polícia [...] e a violência dos delinqüentes”²³². A maioria das mortes causadas pela polícia militar de São Paulo na década de 80 ocorreu em bairros pobres da periferia da região metropolitana, em lugares distantes dos locais de maior incidência de crimes²³³. A maioria das vítimas eram homens jovens entre 15 e 25 anos, sendo que a proporção de homens negros entre aqueles que morreram era muito superior à proporção de negros na população²³⁴.

Não é por outra razão que a visão que possui a maioria dos membros das classes trabalhadoras acerca da polícia corresponde à opinião manifestada por um jovem de 18 anos morador do Jardim das Camélias, bairro de São Paulo:

A polícia só prende esses cara trabalhador, esses trabalhador que trabalha, pai de família. Aí eles prendem, batem, fazem o que querem.[...] Se um cara desses, um pai de família, esquece o documento em casa, mesmo que ele esteja com a marmita, se ele esquece o documento dele em casa e a polícia pegar ele aí na rua, aí, ele vai pra cadeia.[...] O mundo tá completamente virado, não tem jeito.²³⁵

²³¹ CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n.149. p. 163, jan.-mar. 2001.

²³² BENEVIDES, Maria Victória Benevides. *Violência, povo e polícia: violência urbana no noticiário da imprensa*. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 14.

²³³ Sobre violência policial ver também: PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e crise política: o caso das polícias militares. In: PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado et al. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

²³⁴ PINHEIRO, Paulo Sérgio Pinheiro; IZUMINO, Eduardo E.; FERNANDES, Maria Cristina Jakimiak. Violência fatal: conflitos policiais em São Paulo (81-89). *Revista USP*, São Paulo, n. 9, pp. 95-112, março/maio, 1991. p. 110.

²³⁵ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 182.

Porém, infelizmente, a presença da violência no transporte coletivo não se resume a desconfortos, atrasos, roubos, agressões e desrespeito policial, pois atualmente os passageiros de ônibus coletivos têm que se preocupar com a violência perpetrada pelos “seguranças particulares” contratados pelas empresas de transporte.

Se a simples concorrência de empresas privadas com o Estado na prestação de segurança, conforme destacado acima, já produz alterações significativas no espaço público, (pois “num contexto em que a polícia desrespeita direitos e em que há imensa desigualdade social, os serviços de segurança privada contribuem para piorar essas condições”²³⁶), há que se levar em conta que a atividade clandestina leva a situação a patamares ainda mais graves.

No Rio Grande do Sul, por exemplo, segundo o Sindicato dos Vigilantes da Região Metropolitana, existem 16 mil vigilantes em atividade regularizada; porém, segundo cálculos do mesmo sindicato, somente em Porto Alegre e Novo Hamburgo há 14 mil vigias na clandestinidade; segundo números do Grupamento de Supervisão de Vigilância e Guardas da Brigada Militar, o número de vigias particulares clandestinos no estado do Rio Grande do Sul chega a 45 mil homens, quase o triplo do contingente de policiais militares que atuam no policiamento ostensivo no Estado, que se aproxima de 16 mil²³⁷.

Há indícios que podem comprovar a hipótese de que a vigilância particular aumenta a probabilidade dos passageiros restarem expostos a atitudes violentas e desrespeitos a seus direitos básicos, conforme registro da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul. Essa Comissão²³⁸, em 24 de novembro de 1999, recebeu denúncia de que um passageiro fora agredido por cinco homens dentro de um ônibus, quando retornava para sua casa, em Viamão, após o trabalho, por volta das 8 horas do dia 21, juntamente com seu irmão e mais dois conhecidos²³⁹. Segundo informações obtidas pela vítima junto a pessoas que trabalham no ramo, repassadas à Comissão de Cidadania e

²³⁶ CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros*. p. 196.

²³⁷ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório Azul 1999/2000*. p.345-346.

²³⁸ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório Azul 1999/2000*. p. 346.

²³⁹ Situações semelhantes estão descritas no Recurso Especial 215607/RJ, julgado pela 4ª Turma em 13/09/99, que aborda a responsabilidade civil do estabelecimento comercial (shopping center) pelas agressões que seus seguranças produziram em determinado visitante, e no Recurso Especial 283.319/RJ, julgado pela 3ª Turma em 08/05/2001, que trata de espancamento de condômino por seguranças de shopping center.

Direitos Humanos, há “um consórcio de proprietários de empresas de transporte coletivo, que contratam seguranças particulares como forma de coibir a ação de assaltantes”²⁴⁰. No caso, ao que parece, o referido passageiro, mesmo não sendo um criminoso, foi tratado pelos “seguranças” como um, pois, de acordo com a denúncia, “depois de uma brincadeira feita pelo irmão, que disse ao cobrador não ter dinheiro para pagar a passagem, três homens, armados e com algemas, vieram ofendê-los, chamando-os de vagabundos, ‘bebum’ e desocupados”²⁴¹. A vítima disse ao cobrador que iria pagar as passagens de todos que com ele estavam, atitude que não interrompeu as agressões verbais realizadas pelos três homens não-identificados. Logo adiante mais dois homens entraram no ônibus, afirmando que a vítima e seus amigos “estavam fazendo confusão ao que ele respondeu não ser o responsável pela provocação e pediu para estes cidadãos se identificarem, pois a todo momento os mesmos perguntavam: ‘Você sabe com quem está falando?’”²⁴². Ao tentar passar para a frente do coletivo o irmão da vítima foi agredido com um tapa no rosto; esse fato motivou-o a descer do ônibus e se dirigir até a garagem da empresa para realizar reclamação, pois o motorista do ônibus havia afirmado que os mesmos eram seguranças contratados pela empresa. No momento em que se dirigia para a empresa “os cinco homens retornaram, dentro de um Fiat Uno preto, quatro portas e sem placas, desceram do veículo e o imobilizaram, algemando suas mãos, para logo em seguida espancá-lo.” Após ter sido agredido, “foi colocado dentro do carro e levado para a 18ª Delegacia de Polícia, onde os agressores afirmaram que ele estava portando drogas. Pouco antes, a caminho da Delegacia, um dos homens falou para ele: ‘olha o que achamos com você’”²⁴³. Da delegacia de polícia:

²⁴⁰ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos *Relatório Azul 1999/2000*. p. 346.

²⁴¹ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos *Relatório Azul 1999/2000*. p. 346.

²⁴² ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos *Relatório Azul 1999/2000*. p. 346. É representativo que os seguranças particulares tenham se utilizado dessa expressão (“você sabe com quem está falando?”), já que, segundo Roberto DaMatta, ela é utilizada quando se pretende produzir o afastamento de uma lei universal que estabelece direitos e deveres (DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 67, 71). No caso concreto, ela parece ser utilizada para justificar o desrespeito ao direito do usuário de ser transportado sem agressões à sua integridade física ou psíquica. O uso dessa expressão é identificado por João do Rio já no século XIX. Ao que tudo indica era utilizada para instaurar a autoridade nas relações do indivíduo com o *alter*. Além dela o dandi carioca identificava outra – “não pode” – como traço da relação entre indivíduo e autoridade pública. Ou seja, temos aqui o exemplo de uma sociedade onde as pessoas, ao mesmo tempo em que repelem o poder da autoridade estatal numa espécie de ira a tudo que corresponde aos interesses transubjetivos, buscam, paradoxal e continuamente, apresentar-se como “autoridade” nas suas relações inter-pessoais. Nas palavras do cronista: “Aqui a divisa é: *tão bom como tão bom*. Diante da autoridade: *não pode!* Em frente ao mundo: *sabe com quem está falando?* De modo que todos são importantes, sem de longe pensar que há diferenças” (RIO, João do. *O povo e o momento*. In: RIO, João do. *Vida vertiginosa*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Publicado originalmente em 1911. p. 29).

²⁴³ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Cidadania e Direitos

[...] só foi liberado depois das 10 horas, encaminhando-se ao Hospital de Pronto Socorro (HPS) para ser atendido, e onde registrou ocorrência da agressão, realizando, posteriormente, exame de corpo de delito. Procurou também a direção da empresa de transporte coletivo, que afirmou não ter conhecimento dos fatos ou das pessoas que perpetraram as agressões.²⁴⁴

Segundo Janice Caiafa o “inferno que se produz no ônibus mostra que a mobilidade precária” permitida às classes menos favorecidas é por essas utilizada “a duras penas”²⁴⁵. Não poderia ser diferente, pois o sistema de transporte faz parte de um grande sistema de exclusão que funciona distribuindo exclusão em relação ao conforto material, ao tempo livre, à segurança a sujeitos desprovidos de qualquer esquema de garantia de direitos. É o transporte urbano um lugar privilegiado para perceber a sobrevivência de certas formas arcaicas²⁴⁶ de dominação ainda operantes dentro de sociedades participantes de uma sociedade dita globalizada²⁴⁷.

Paradoxalmente, se a forma como o transporte urbano de passageiros é realizado revela a persistência de modelos arcaicos de exclusão, a criminalidade violenta presente nesse tipo de transporte é resultado da modernização acelerada da sociedade brasileira nos últimos anos. Segundo Angelina Peralva²⁴⁸, a violência encenada, na grande maioria das vezes, pela juventude²⁴⁹ pobre habitante das grandes cidades brasileiras aponta “para uma modernização da sociedade *por baixo* e para um crescimento da mobilidade social e espacial, bem como

Humanos *Relatório Azul 1999/2000*. p. 346.

²⁴⁴ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos *Relatório Azul 1999/2000*. p. 347.

²⁴⁵ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 59.

²⁴⁶ Segundo Francisco de Oliveira, a oposição entre “moderno” e “atrasado” não se sustenta, pois o “processo real mostra uma simbiose e uma organicidade, uma unidade de contrários, em que o chamado ‘moderno’ cresce e se alimenta da existência do ‘atrasado’”(OLIVEIRA, Francisco. *Crítica à razão dualista*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. p. 32). Relativamente ao setor de serviços, Francisco de Oliveira observa que a aceleração do crescimento econômico brasileiro, cujo epicentro passa a ser a indústria, exigirá das cidades “infra-estrutura e requerimentos em serviços para os quais elas não estavam previamente dotadas. A intensidade do crescimento industrial, que em trinta anos passa de 19% para 30% de participação no produto bruto, não permitirá uma intensa e simultânea capitalização nos serviços, sob pena de esses concorrerem com a indústria propriamente dita pelos escassos fundos disponíveis para a acumulação capitalística. Tal contradição é resolvida mediante o crescimento não-capitalístico do setor Terciário.” (OLIVEIRA, Francisco. *Crítica à razão dualista*, p. 56-57).

²⁴⁷ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 61, 12.

²⁴⁸ PERALVA, Angelina. *Democracia e violência: a modernização por baixo*. p. 238

²⁴⁹ Angelina Peralva afirma que uma forma de compreender as configurações que a violência assume em nosso país pós-democratização está associada a uma perspectiva de corte intergeracional: a diferença entre o mundo dos antigos marcado pelo selo identitário do trabalho e o mundo dos jovens, onde o consumo e não o trabalho modela o imaginário. Segundo pesquisa realizada por Ari Francisco de Araújo Júnior (ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco de. Raízes econômicas da criminalidade violenta no Brasil: um estudo usando micro dados e pseudopainel, 1981/1996. In: *Revista de Economia e Administração do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 1, n. 3. p. 01-34, jul.-set. 2002), as evidências apontam que o problema da criminalidade é mais acentuado entre os jovens, pois, além das taxas de homicídio e lesões provocadas intencionalmente ser maior entre aqueles, é também esse grupo o mais exposto a variáveis sociais e econômicas com influência sobre a opção pela ação criminosa.

para o crescimento da participação cultural”, fenômeno que, pela forma como se manifesta, apresenta-se como complementar “à modernização da sociedade *por cima* – à modernização dos seus modelos de consumo”²⁵⁰. Exemplo desse fenômeno especular temos na prática de um esporte radical pela juventude da parte de baixo da sociedade: o surfismo ferroviário²⁵¹.

Há nestes fatos mais uma prova de que “no caso brasileiro, o transporte coletivo representa tudo o que define um modo de vida subalterno, inferior e pobre”²⁵². Aliás, todas as informações expostas acima nos levam, indubitavelmente, a concordar com a opinião de que, em nosso país, “ser usuário do transporte coletivo é um índice de que se está submetido a péssimas condições de moradia e de trabalho”²⁵³, de que se está despojado de efetiva cidadania²⁵⁴.

Assim sendo, o usuário ao não poder contar com a proteção “difusa” dada pelo Estado na ordem pública, recorre, por vezes, à construção de uma ordem de identificação familiar.

Há linhas de ônibus em que os passageiros se conhecem por freqüentá-las diariamente [...] É um ônibus de vizinhança e, nesses casos, as pessoas sempre cuidam para que nada aconteça no meio que eles utilizam para se mover. Os assaltantes sabem que ali não é para assaltar, ‘para não sujar’. Há linhas de ônibus em que o reconhecimento é tão pronunciado que se preparam festas de aniversário com bolas de soprar e bolo. [...] Há aí, também, e mais pronunciadamente, uma refamiliarização. O espaço do ônibus vira uma casa e a festa é entre conhecidos.²⁵⁵

É como se a violência a que estão submetidos os passageiros do transporte coletivo – usuários e funcionários – e a falta de proteção que lhes é destinada os obrigasse desenvolver um

²⁵⁰ PERALVA, Angelina. *Democracia e violência: a modernização por baixo*. p. 234.

²⁵¹ Assim se o “surfe ferroviário” assinala a reinterpretação, pela juventude pobre, da função do trem urbano “não mais meio de transporte coletivo destinado a responder às exigências de deslocamento postas pelo mundo do trabalho, mas sim meio de apropriação, consumo individual e de investimento sobre a cidade por esses novos atores que já não permanecem mais comportadamente confinados, como no passado, em seus bairros distantes”; também o “arrastão”, em locais como a praia, somente pode ser compreendido dentro da lógica de “ampliação” de acesso ao transporte. Contrária e paradoxalmente, a falta de transporte também pode estar na origem de certos fenômenos violentos; exemplo disso está na indisponibilidade de meios de transporte nas saídas de bailes funk que gera brigas e quebra-quebras (PERALVA, Angelina. *Democracia e violência: a modernização por baixo*. p. 234)

²⁵² DAMATTA, Roberto. *As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social*. p. 39

²⁵³ DAMATTA, Roberto. *As raízes da violência no Brasil*. p. 40.

²⁵⁴ Milton Santos, conforme visto acima, partindo da premissa de que o “valor” de um cidadão depende da sua localização no território e admitindo que esse valor se altera para melhor ou pior “em função das diferenças de acessibilidade (tempo, freqüência, preço), independentes de sua própria condição”, conclui que a vinculação do cidadão a determinados lugares é a condição de sua pobreza (SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 5.ed. São Paulo: Nobel, 2000. p. 81).

²⁵⁵ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 83.

mecanismo de reconhecimento, partindo do pressuposto de que entre conhecidos não se estabelecem relações de violência e dominação. Cria-se a ficção da presença do afeto familiar²⁵⁶ – num lugar em que, habitualmente, se esperaria a existência de um espaço de exterioridade, de convívio com a alteridade – como forma de combate ao que é percebido como a frieza violenta da realidade. Com isso se perde uma das grandes forças das cidades: a criação de um espaço de exterioridade cidadã onde a família não tem lugar e onde o encontro com a diferença garantiria a igualdade²⁵⁷.

²⁵⁶ A lógica familiar peculiar ao espaço da casa desloca a lógica social presente no espaço da rua operando-se aquilo que Roberto DaMatta, a partir das idéias de Louis Dumont, chama de “englobamento”, que constitui situação onde um elemento social “é capaz de totalizar outro em certas situações sociais” (DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 14).

²⁵⁷ CAIAFA, Janice. *Jornadas Urbanas*. p. 82, 175.

2 PONTO FINAL: O TRANSPORTE PÚBLICO COMO LOCUS DESPRIVILEGIADO DA CIDADANIA NO BRASIL

“The primary good that we distribute to one another is membership in some human community.”²⁵⁸

Demonstraremos neste capítulo que tem razão Roberto DaMatta, ao afirmar que o transporte coletivo tem, em nosso país, “uma conotação cultural (ou simbólica) muito precisa: ele representa uma forma de anonimato que é parte de uma **cidadania sem direitos** (mas com muitos deveres), ponto básico da massificação que todos nós tentamos evitar com unhas e dentes”²⁵⁹. O transporte coletivo, ao “apanhar” as pessoas “neste espaço ambíguo da rua e do transporte público” – numa espécie de junção entre o público e o privado – torna-as “mais sensíveis ao tratamento igualitário que – neste contexto – é simbólico da falta de direitos e da marca da destituição política e social”.²⁶⁰

Para o antropólogo, em nosso país, “‘ter que tomar um ônibus’ ou ‘ter que andar de trem’ já define em muitos segmentos sociais essa orientação aristocratizante que pretende e deseja evitar” de qualquer forma e “a todo custo as horas onde será fatalmente tratado ‘sem consideração’, como ‘gado’, ‘lixo’ ou ‘indivíduo’”, ou seja, há uma identificação entre o espaço público, o espaço dos que estão em “desvantagem ou mesmo em inferioridade”²⁶¹.

E é exatamente essa sensação que têm os usuários do transporte público no Brasil, a percepção de que são tratados como animais ou mesmo de forma pior:

[...] nem boi, cavalo viaja como a gente...Boi é limitado, tem que ter espaço, senão um mete o chifre no outro. Pelo que sei, 350 mil usam essa linha Leste. Será que não merece respeito? Eu já estou com vergonha de chegar atrasado no trabalho. *Depois o povo é ignorante, selvagem.*²⁶²

²⁵⁸ WALZER, Michael. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. S.l.: Basic Books, 1983. p. 31.

²⁵⁹ DAMATTA, Roberto. As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. In: PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado et al. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 40. Grifo nosso.

²⁶⁰ DAMATTA, Roberto. As raízes da violência no Brasil. p. 40

²⁶¹ DAMATTA, Roberto. Cidadania: a questão da cidadania num universo relacional. In: _____. *A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 67.

²⁶² MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou. In: MOISÉS, José Álvaro et al. *Contradições urbanas e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: CEDEC, Paz e Terra, 1978. p. 35.

Essa cidadania sem direitos de “subcidadãos”²⁶³ de que nos fala Roberto DaMatta²⁶⁴ guarda uma certa correspondência com o que, para Hannah Arendt²⁶⁵, é a “privação fundamental dos direitos humanos” decorrente da situação de apátrida que se caracteriza “primeiro e acima de tudo, na **privação de um lugar no mundo** que torne a opinião significativa e a ação eficaz”²⁶⁶.

Pois bem, já se disse, do brasileiro, que ele é um “desterrado em sua própria terra”²⁶⁷, obrigado a viver na “instabilidade constante de nossa vida social”²⁶⁸ na qual se valoriza a autonomia individual e solitária à coesão nacional e solidária²⁶⁹ – solidariedade que “existe somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse – no recinto doméstico ou entre amigos” que constituem “círculos forçosamente restritos, particularistas e antes inimigos que favorecedores das associações estabelecidas sobre plano mais vasto, gremial ou nacional.”²⁷⁰

Caberia diante disso perguntar: no Brasil, a pessoa, uma vez que se encontre fora do âmbito doméstico – portanto, desprovida do reconhecimento familiar – e ingresse no âmbito público, continua a ser considerada como sujeito? Ou, uma vez encontrando-se nesse espaço, uma vez tornando-se “anônima”, passa a ser tratada como, segundo Arendt²⁷¹, *displaced person*²⁷², um “apátrida” em seu próprio país?²⁷³

²⁶³ Roberto DaMatta assevera que, enquanto cidadãos, os brasileiros são *iguais para baixo*, isto é, compartilham privações (DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 61 e 78).

²⁶⁴ DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 14.

²⁶⁵ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 330. Grifo nosso.

²⁶⁶ Para essa autora a situação angustiante dos apátridas “não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles” (ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. p. 329).

²⁶⁷ “Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, **somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra**. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem. Assim, antes de perguntar até que ponto poderá alcançar bom êxito a tentativa, caberia averiguar até onde temos podido representar aquelas formas de convívio, instituições e idéias de que somos herdeiros.”(HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 31, grifo nosso).

²⁶⁸ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 40.

²⁶⁹ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. p. 32, 33.

²⁷⁰ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. p. 39.

²⁷¹ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. p. 313.

²⁷² Segundo a expressão *displaced persons* – pessoas deslocadas – foi criada durante a Segunda Guerra Mundial com a finalidade de resolver o problema dos apátridas “por meio do simplório expediente de

Observe-se que, segundo Hannah Arendt, a condição definidora do que seja um “apátrida” é a perda de um elemento de conexão com a ordem jurídica interna do Estado, não guardando essa perda relação direta com a questão acerca da distinção nacional/estrangeiro:

O apátrida, sem direito à residência e sem direito de trabalhar, tinha, naturalmente, de viver em constante transgressão à lei. Estava sujeito a ir para a cadeia sem jamais cometer um crime. Mais do que isso, toda a hierarquia de valores existentes nos países civilizados era invertida no seu caso.²⁷⁴

Essa sensação de “inversão da ordem”, de “não-pertencimento”, é muito bem representada por uma passagem das “Recordações do Escrivão Isaías Caminha”²⁷⁵ em que o protagonista, ao deixar seu lar, sua família para “ganhar a vida na capital”, crê não haver nada, nenhum obstáculo que lhe impedisse a ascensão²⁷⁶, pois “era desconhecido, sem família, sem origens”²⁷⁷. Mas é exatamente a falta desses vínculos familiares que lhe bloqueará o acesso. Ao ser recusado, sem motivo aparente, a uma vaga de emprego se vê diante de “sentimentos injustificáveis”, injustificáveis, poderíamos dizer, porque não esperados em um âmbito – o do contrato de trabalho – que deveria ser pautado por “interesses”.

Dessa experiência lhe surge a imagem das “longas marchas que teria que fazer para arranjar qualquer coisa com que viver; as humilhações que teria de tragar”²⁷⁸ e a revolta com o fato de obrigarem-no “a despender tanta força de vontade, tanta energia com coisas em que os outros pouca gastavam”²⁷⁹ – revelando-se diante dele uma sociedade que primava por uma “desigualdade absurda” e “estúpida”²⁸⁰ –, o que, por fim, acabava por lhe dar “**a sensação de**

ignorar sua existência”, ou seja, não havia pessoas “sem Estado”, havia pessoas que estavam “fora do seu Estado”.

²⁷³ José Casalta Nabais destaca em texto que discute as relações entre solidariedade e cidadania, a “crescente apatridia social dos pobres, excluídos e marginalizados no seu próprio país” (NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 75. p. 171, 1999).

²⁷⁴ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. p. 319.

²⁷⁵ LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. São Paulo: Brasiliense, 1961. Obra Completa, Vol. I.

²⁷⁶ O protagonista do romance sofre, conforme Alfredo Bosi, o “exílio na pele” resultado de uma abolição da escravatura em que “o senhor liberta-se do escravo”, abolição na qual se “não se decretava oficialmente o exílio do ex-cativo” fazia com que esse passasse “a vivê-lo como um estigma na cor da sua pele.” (BOSI, Alfredo. Sob o Signo de Cam, In: _____. *Dialética da Colonização*. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 3.ed., 2000. p. 272)

²⁷⁷ LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. p. 127.

²⁷⁸ LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. p. 127.

²⁷⁹ LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. p. 127.

²⁸⁰ LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. p. 127.

estar em país estrangeiro”²⁸¹, onde não é reconhecido como igual e seus sofrimentos não são compreendidos:

Eu não tinha nem a simpatia com que se olham as árvores; o meu sofrimento e as minhas dores não encontravam o menor eco fora de mim. As plumas dos chapéus das senhoras e as bengalas dos homens pareceram-me ser enfeites e armas de selvagens, a cuja terra eu tivesse sido atirado por um naufrágio. **Nós não nos entendíamos; as suas alegrias não eram as minhas; as minhas dores não eram sequer percebidas [...]**²⁸²

Essa passagem do romance se aproxima da descrição feita por Hannah Arendt do isolamento experimentado pelo sujeito quando da perda do espaço público entendido como o lugar onde os homens tornam-se seres que podem ser vistos, ouvidos e dados a conhecer uns em relação aos outros por meio da ação e do discurso; reduzido à dimensão privada, o homem “não se dá a conhecer e, portanto, é como se ele não existisse”; assim, o que quer que faça “permanece sem importância ou conseqüência para os outros e o que tem importância para ele é desprovido de interesse para os outros”²⁸³.

Hannah Arendt nos fala, portanto, de uma perda de conexão que deve ser compreendida não somente dentro de uma perspectiva jurídico-política, mas sociológica, e, assim, permite a compreensão do conceito ao qual vinculamos essa perda, o conceito de “cidadania”, sob essa última perspectiva²⁸⁴. Com efeito, o apátrida é mais que um estrangeiro, ele é um “estranho”, alguém permanentemente à margem, transgredindo a ordem posta da comunidade na qual se encontra. Sua mera presença e existência são uma anomalia²⁸⁵.

²⁸¹ LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. p. 127.

²⁸² LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. p. 127.p. 129, grifo nosso.

²⁸³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 68. Essa experiência de não ser visto, não ser considerado é indicativa de uma “ausência de respeito” (SENNETT, Richard. *Respeito*. São Paulo: Record, 2004. p. 27).

²⁸⁴ Roberto DaMatta assevera que embora a noção de cidadania tenha tido sempre compreendida dentro de perspectivas jurídicas, políticas e morais, também comporta uma “dimensão sociológica base”, pois é “algo demarcado por expectativas de comportamentos singulares” (DAMATTA, Roberto. *Cidadania: a questão da cidadania num universo relacional*. In: _____. *A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 56).

²⁸⁵ José Eduardo Faria (FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira*. In: _____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 95) utiliza-se do conceito de “pária” retirado da obra de Hannah Arendt, *A condição humana*, em referência aos segmentos populacionais submetidos a péssimas condições de vida e desprovidos de qualquer atendimento efetivo de seus direitos sociais básicos. Essa não é uma experiência limitada aos países pobres, pois de acordo com Zygmunt Bauman “ser pobre numa sociedade rica implica em ter o *status* de uma anomalia social e ser privado de controle sobre sua representação e identidade coletiva; a análise da mancha urbana do gueto norte-americano e da periferia urbana francesa [mostra] a *privação simbólica* que torna seus habitantes verdadeiros párias” (BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a*

Para Hannah Arendt²⁸⁶, somente no processo judicial criminal o apátrida poderia obter, mesmo que temporariamente, a condição de cidadão²⁸⁷. Por isso, a única maneira do apátrida estabelecer um vínculo apropriado com a ordem jurídica nacional era efetivamente cometer um crime. A realização de um pequeno furto, por exemplo, passa a ser uma forma paradoxal de recuperar certa igualdade humana, pois enquanto criminoso, num Estado de Direito, mesmo um apátrida se via tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições²⁸⁸. Em outras palavras, é freqüentando o Código Penal comum a todos que o apátrida se torna uma pessoa, um sujeito dotado de direitos e obrigações, recuperando dessa maneira a condição humana²⁸⁹. Com o crime torna-se pessoa respeitável²⁹⁰, é tratado com igualdade²⁹¹.

Porém, o reconhecimento do indivíduo a partir das regras jurídico-penais acaba por produzir a manutenção do apátrida como sujeito desprovido de voz no espaço público pela simples razão de que também aqui a incidência da ordem jurídica nacional continua sendo um acontecimento (favorável ou desfavorável em seus efeitos), ou seja, um fato sobre o qual o sujeito não exerce o menor controle. Em outras palavras, sua “cidadania” surge como algo

busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 108).

²⁸⁶ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. p. 320.

²⁸⁷ Marcelo Neves, da mesma forma que Roberto DaMatta (DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*, p. 61, 78), prefere qualificar de “sub-cidadãos” aqueles que não tendo acesso aos benefícios do ordenamento jurídico estatal experimentam apenas a submissão radical a suas estruturas punitivas; para o filósofo do direito aqueles sujeitos que “pertencem às camadas sociais ‘marginalizadas’ são integrados ao sistema jurídico, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 248, 249).

²⁸⁸ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. p. 320.

²⁸⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia. das Letras, 1999. p. 147.

²⁹⁰ ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. p. 320.

²⁹¹ Segundo a referida autora “como criminoso, mesmo um apátrida não será tratado pior que outro criminoso, isto é, será tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições.[...] Enquanto durem o julgamento e o pronunciamento da sua sentença, estará a salvo daquele domínio arbitrário da polícia” (ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. p. 320). No Brasil essa conclusão é questionável uma vez que a lei ao estabelecer prisão especial para certas categorias de pessoas (art. 295, Código de Processo Penal: Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva: I – os ministros de Estado; II – os governadores ou interventores de Estados ou Territórios, o prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários, os prefeitos municipais, os vereadores e os chefes de Polícia; III – os membros do Parlamento Nacional, do Conselho de Economia Nacional e das Assembléias Legislativas dos Estados; IV – os cidadãos inscritos no “Livro de Mérito”; V – os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; VI – os magistrados; VII – os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República; VIII – os ministros de confissão religiosa; IX – os ministros do Tribunal de Contas; X – os cidadãos que já tiverem exercido efetivamente a função de jurado, salvo quando excluídos da lista por motivo de incapacidade para o exercício daquela função; XI – os delegados de polícia e os guardas-civis dos Estados e Territórios, ativos e inativos), demonstra que nem no processo criminal há igualdade. Além disso, há que lembrar que a forma de tratamento dispensada pela polícia e pelos agentes penitenciários aos presos em nossas cadeias e penitenciárias é seletiva e arbitrária – vide a prática de tortura a presos comuns que ainda hoje acontece em nosso país.

independente de sua ação. O mesmo se diga em relação à proteção que, prestada como favor que se pode solicitar, mas não se pode exigir, faz com que o prolongamento da vida desse sujeito seja “devido à caridade e não ao direito”²⁹².

Ambas situações – “punição” e “proteção” – surgem como acontecimentos que se diferenciam apenas nos seus efeitos, desfavoráveis no primeiro caso e benéficos no segundo. Uma opção melhor para o apátrida seria se utilizar dessa ordem, como, por exemplo, requerendo a aplicação de uma reparação em seu benefício sob o argumento de que foi lesado; com isso a ordem jurídica deixa de atuar como um acontecimento, intervindo na vida do sujeito em razão do ato de vontade desse²⁹³.

A questão que surge, então, é como estabelecer, em dada sociedade, uma passagem de ordem sustentada pela caridade a outra perpassada pelo direito? Para responder essa pergunta é necessário, inicialmente, descobrir por que razão a referida sociedade opta pela caridade, e não pelo direito.

Ora, admitida como hipótese “a penetração econômica na teoria política”²⁹⁴ (isto é, a admissão de que as relações econômicas reais determinam o problema da melhor ordem política possível ou o problema da justiça²⁹⁵), acaba-se por concluir que essa influência varia conforme as relações de mercado estejam mais ou menos difundidas e estabelecidas na sociedade²⁹⁶. Assim sendo, pode-se conjecturar que uma das fontes dessas relações de dependência, dessa “submissão” ao favor e a caridade, no Brasil, é o peculiar desenvolvimento do sistema monetário brasileiro, ou melhor, a falta efetiva dessa

²⁹² ARENDT, Hannah, *As origens do totalitarismo*. p. 330; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 134-145.

²⁹³ Na perspectiva dos submetidos ao poder, os direitos humanos atuam como ponto de apoio para a reivindicação dos desprivilegiados. (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p.126). Aqui deve ser destacado que o fato de se conferir a indenização solicitada pelo sujeito lesado o retira de sua submissão às leis da natureza – já não é uma vítima do acaso – e o re-introduz na civilização, pois conforme anota com amarga ironia Primo Levi, em sua obra “A trégua”, “a natureza raramente concede indenizações, e tampouco a sociedade humana, que é lenta e tímida em afastar-se dos grandes esquemas da natureza; que conquista representa, na história do pensamento humano, chegar a ver na natureza não um modelo para seguir, senão um bloco por esculpir, ou um inimigo a quem opor-se”.

²⁹⁴ MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade no século XX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 138.

²⁹⁵ Sobre a relação entre teorias morais e economia ver também: HIRSCHMAN, Albert O. Suavidade, poder e fraqueza da sociedade de mercado: interpretações rivais, de Montesquieu a nossos dias. In: _____. *A economia como ciência moral e política*. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 11-48.

²⁹⁶ MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade no século XX*. p. 139

“monetização” perpassando as relações sociais, característica marcante de nossa sociedade desde o período colonial²⁹⁷. Explica-se:

O dinheiro é a forma de propriedade que com mais eficácia libera o indivíduo dos vínculos sociais de subordinação tão presentes nas demais formas²⁹⁸, pois tende a estabelecer um mundo de formas objetivas de ação social sobre um “mundo de personalidades”²⁹⁹. O dinheiro, dentro de uma crescente divisão do trabalho, torna possível a pluralidade de vínculos de dependência econômica. Ao mesmo tempo em que remove todo e qualquer elemento personalista das relações humanas por força de sua natureza objetiva³⁰⁰ torna possíveis relações entre indivíduos deixando suas personalidades desvinculadas³⁰¹, pois, enquanto exata medida dos resultados materiais da ação, é absolutamente inadequado para produzir uma relação na qual os agentes possam, por meio dele, discriminar elementos pessoais³⁰².

Além de prover maior liberdade³⁰³, a “monetização” das relações sociais também produz maior igualdade conforme resta demonstrado de forma lapidar em passagem da obra “A evolução do direito” de Rudolf Von Ihering:

O dinheiro é uma recomendação que a sociedade nunca deixa de considerar. A indiferença do comércio jurídico pelo que toca a personalidades equivale à igualdade absoluta de todos no comércio jurídico. Em parte alguma o princípio da igualdade se acha mais completamente realizado na prática. O dinheiro é o verdadeiro apóstolo da igualdade.³⁰⁴

A passagem transcrita acima resulta da compreensão da sociedade civil intimamente influenciada pela configuração que, gradativamente, assumirá o “mercado capitalista” – enquanto espaço de domínio do “valor de troca” determinado de forma heterônoma ao processo de escambo concreto – perspectiva que pode ser encontrada até mesmo em uma

²⁹⁷ CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista: ensaio sobre o Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 1999. p.72.

²⁹⁸ SIMMEL, Georg. *The philosophy of money*. 3.ed. Londres: Routledge, 2003. p. 354.

²⁹⁹ SIMMEL, Georg. *The philosophy of money*. p. 296. .

³⁰⁰ SIMMEL, Georg. *The philosophy of money*. p. 297.

³⁰¹ Para Henri Lefebvre o dinheiro em sua função de compra generalizada acabará por minar as antigas comunidades (LEFEBVRE, Henri. *A cidade do capital*. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 1999. p. 95)

³⁰² SIMMEL, Georg. *The philosophy of money*. p. 303.

³⁰³ O fato de permitir maior liberdade não significa que garanta aumento de bem-estar, conforme o próprio Georg Simmel conclui ao analisar a maior liberdade que possuem os empregados em relação ao empregador comparativamente aos escravos e seus senhores (SIMMEL, Georg. *The philosophy of money*. p. 300).

³⁰³ SIMMEL, Georg. *The philosophy of money*. p. 303

³⁰⁴ VON IHERING, Rudolf. *A evolução do direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, Aguiar e Souza Ltda., 1953. p.206.

teoria política do mercantilismo imbuída de idéias essencialmente capitalistas, constatação que não é absurda quando se percebe que, à época, isto é, no período de acumulação primária de capital, “o mercantilismo *era* o capitalismo e, como tal, o liberalismo nascente”³⁰⁵. Assim, no “Leviatã” de Thomas Hobbes³⁰⁶ encontramos a seguinte afirmação:

O *valor* de um homem, tal como o de todas as outras coisas, é seu preço; isto é, tanto quanto seria dado pelo uso de seu poder. Portanto não absoluto, mas algo que depende da necessidade e julgamento de outrem. Um hábil condutor de soldados é de alto preço em tempo de guerra presente ou iminente, mas não o é em tempo de paz. Um juiz douto e incorruptível é de grande valor em tempo de paz, mas não o é tanto em tempo de guerra. E tal como nas outras coisas, também no homem não é o vendedor, mas o comprador quem determina o preço. Porque mesmo que um homem (como muitos fazem) atribua a si mesmo o mais alto valor possível, apesar disso seu verdadeiro valor não será superior ao que lhe for atribuído pelos outros.³⁰⁷

Havia porém, no Brasil colônia, época da formação da nação brasileira, havia uma grande indisponibilidade de moeda tanto no plano externo (trocas entre a Metrópole e a Colônia), quanto no plano interno (trocas entre senhores de escravos e comerciantes, p. ex.). Assim, o “preço” não podia ser o monetário. Era necessário utilizar outra “moeda”, e essa veio concretizada pelo *favor*.

Com efeito, qualquer operação econômica tinha de se servir, para funcionar, da utilização constante de mecanismos de permuta que não exigissem ou exigissem o mínimo possível de

³⁰⁵ C. B. Macpherson reconhece que “o mercantilismo inglês do século XVII continha importantes elementos liberais, mas o mesmo se aplica à doutrina de Hobbes, com sua preferência pela concorrência em vez de monopólios, e sua suposição de que o soberano concederia liberdade ao mercado. E o expoente do liberalismo do século XVII, Locke, que era também mercantilista, reconhecia igualmente a necessidade de um Estado soberano, objetando apenas à restrição hobbesiana da perpetuação do soberano.” (MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade no século XX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 179). Na mesma esteira, Hannah Arendt atesta que “é difícil encontrar um único padrão moral burguês que não tenha sido previsto pela inigualável magnificiência da lógica de Hobbes. Ele pinta um quadro quase completo não do Homem, mas do homem burguês, uma análise que em trezentos anos não se tornou antiquada nem foi suplantada.” (ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. p. 169).

³⁰⁶ MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

³⁰⁷ A proposição de que os preços de todas as mercadorias são determinados pelo comprador e não pelo vendedor faz sentido se tomarmos como proposição acerca do preço da força de trabalho na sociedade na qual essa teoria foi escrita. Segundo C.B. Macpherson: “Hobbes viveu na Inglaterra entre a época elizabetana e começos da época dos Stuarts, quando havia no país grande excedente de mão-de-obra causado pelo cerceamento das terras comunitárias no século XVI e pela crescente deterioração dos direitos consuetudinários dos foreiros. Hobbes jamais conheceu outra sociedade. Logo, podia facilmente pressupor que quem determinava o preço era o comprador da força de trabalho.” (MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade no século XX*. p. 181)

valores monetários³⁰⁸. Para tanto, segundo Caldeira³⁰⁹, o mecanismo básico era o *favor*, já que a liquidação à vista dos valores trocados, na ausência de moedas, era substituída por relações de longo prazo que se organizavam em uma cadeia com desenvolvimento em todos os setores sociais – o que impedia o surgimento de uma divisão do trabalho entre indivíduos era substituído pelo estabelecimento de uma hierarquia social entre pessoas³¹⁰.

A igualdade entre os indivíduos, que é estabelecida pelo recurso às trocas monetárias, estava substituída pela desigualdade característica da mediação hierárquica, isto é, o mercado, ao invés de uma instituição do espaço público, era uma instituição da economia doméstica das famílias, do espaço privado³¹¹. À falta de moeda, a divisão do trabalho entre indivíduos iguais entre si foi substituída por uma hierarquia social de pessoas desiguais³¹², bem assinalando que, conforme Jorge Caldeira, o sistema econômico colonial funcionava com base na arquitetura assimétrica do favor, pois as trocas de equivalentes monetários se contaminavam pelas posições desiguais das trocas não-monetárias como, por exemplo, a presente na prática do *fiado* e do *escambo*³¹³.

Para o interior do sistema, armação, administração, parceria, contratos com agregados, baseavam-se numa delegação similar à da escravidão: quem recebia a mercadoria passava a ter uma dívida com o fornecedor (sendo a maior a escravidão, a ‘dívida que nunca se paga’, na definição de Nabuco), saldada com a entrega de outras mercadorias. Mas também nas áreas de comércio monetário buscavam-se para os tratos as relações pessoais, com o fornecedor do crédito sendo considerado alguém com quem se tem uma dívida moral. A necessidade desse tipo de relacionamento expressava-se ainda numa série de rituais, nos quais se configuravam os papéis básicos de protetor (fornecedor do crédito) e protegido (recebedor). Desse modo, em todo o âmbito colonial, a circulação de mercadorias, longe de ser troca de equivalentes, envolvia sobretudo o reconhecimento de desigualdades.³¹⁴

As trocas monetárias, que se caracterizam pela extinção de ligações pessoais em razão da entrega de dinheiro, desempenhavam um papel residual na sociedade brasileira da época,

³⁰⁸ CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 57-73, 79, 81.

³⁰⁹ CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 87-88.

³¹⁰ Essas relações hierarquizadas que se constroem sobre uma base econômica sem a ela se reduzir acabam por produzir relações de violência extra-econômicas uma vez que diante da ausência de mecanismos econômicos para extrair do trabalho um sobreproduto é necessário recorrer ao emprego de pressão direta sobre o trabalho. Segundo Henri Lefebvre, as relações surgidas nessas sociedades – como, por exemplo, a sociedade medieval européia – se definem como relações pessoais e imediatas de caráter elementar e violento (LEFEBVRE, Henri. *A cidade do capital*. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 1999. p. 111).

³¹¹ CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 79.

³¹² CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 88-89.

³¹³ CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 90.

³¹⁴ CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 91.

sendo somente utilizadas no topo da hierarquia social, pelos privilegiados que se encontravam na “sociedade”³¹⁵, que compunham o espaço público. Assim, a idéia de cidadania não surge como uma “identidade social de caráter nivelador e igualitário”³¹⁶ que abre caminhos para liquidar com os particularismos e privilégios, pois um de seus mais importantes pressupostos – a possibilidade de participar de trocas monetárias – é, em si, um privilégio reservado a poucos.

Conforme Oliveira Viana, a forma como nossa sociedade se organizou no período colonial – a começar pelo sistema de povoamento e de distribuição de terra – impelia a um centrifugismo em oposição a uma aglomeração comunal³¹⁷. Os engenhos e fazendas, funcionando como verdadeiras “autarquias econômicas” auto-suficientes, permitiam e facilitavam o isolamento³¹⁸; assim, cada “clã parental”³¹⁹ desenvolvia-se sem a necessidade de estabelecer laço social algum, daí porque é claro que “os laços de solidariedade social, os hábitos de cooperação destas famílias na obra do bem público local não podiam formar-se”³²⁰. A formação da sociedade brasileira ocorre, assim, dentro “do mais extremado individualismo familiar”³²¹, semelhante ao identificado por Tocqueville quando de sua estada nos Estados Unidos da América³²².

³¹⁵ Escravos, índios, libertos, agregados faziam parte da hierarquia social, mas não da sociedade, ou seja, embora participassem do sistema privado de produção e acumulação da riqueza, não participavam do processo público de transformação dessa riqueza em poder (CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 39, 55, 91). Essa distinção entre a “sociedade” e o “social” já foi por nós abordada anteriormente a partir das idéias de Renato Janine Ribeiro.

³¹⁶ DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 59.

³¹⁷ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília. Senado Federal, 1999. p. 131.

³¹⁸ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 133, 139.

³¹⁹ Expressão utilizada no sentido que lhe dá Oliveira Viana: a família estendida composta do patriarca, dos parentes sanguíneos (filhos e netos), os parentes colaterais (irmãos, tios e sobrinhos), os parentes por afinidade civil (genros e cunhados), os parentes por afinidade religiosa (compadres e afilhados), os parentes por adoção (“crias” da casa senhorial os “moleques mimosos”) além dos empregados escravos ou libertos agregados (VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 226, 237).

³²⁰ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 140.

³²¹ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p.141..

³²² É interessante observar que Alexis de Tocqueville (TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie em Amérique*. 13. ed. 1840. v. 2, pt. 2, Cap.2.) identifica em sua análise da organização social norteamericana a formação de uma “idéia nova” que denomina como individualismo e caracteriza-se por ser um “sentimento refletido e calmo que dispõe cada cidadão a isolar-se, junto com sua família e amigos, da massa dos outros como ele, para com isso – criando um sociedade para seu próprio uso – abandonar a sociedade a si mesma” (TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie em Amérique*. p. 108). Ocorre que, para Tocqueville, esse individualismo possui origem democrática e através do seu desenvolvimento ameaça as virtudes públicas, uma vez que, embora as classes se aproximem e se misturem, seus membros restam indiferentes entre si atuando como estranhos uns para os outros. Segundo ele, enquanto a aristocracia fez de todos os cidadãos uma longa corrente que ia do camponês ao rei, a democracia rompeu a corrente e deixou cada elo separado (TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie em Amérique*. p. 109). Assim, a democracia não só faz o homem esquecer-se de seus antepassados como esconde seus descendentes e separa-o de seus contemporâneos (TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie em Amérique*. p. 109-110). Daí porque a necessidade de existirem contrapesos institucionais ao

A estrutura insular dos “clãs parentais”, sua vida autárquica, faz com que os pequenos traços de solidariedade se limitem ao campo das relações internas à família. É entre os membros do referido clã que se estabelecem os recíprocos “deveres públicos de solidariedade parental”³²³, deveres de assistência material e de proteção³²⁴.

Nas relações externas entre as famílias também era possível encontrar tênues laços de solidariedade. Porém esse recurso ao auxílio de outras famílias era visto como revelador de um estado subalterno, como situação de carência. Assim, por exemplo, os mutirões – realidade que persistiu em nossos centros urbanos, por exemplo, na construção das moradias entre as classes menos favorecidas³²⁵ – consistiam em uma prática realizada pelos necessitados, não sendo praticados “pelos que dispõem de recursos, ou que se podem valer por si mesmos, recusando-se mesmo nestes casos os vizinhos a contribuir” senão como ato de caridade³²⁶.

Tem-se uma organização social em “que cada família vem a ser uma república”³²⁷ e que, por essa mesma razão, leva ao fato de que “nenhum homem nesta terra é repúblico”³²⁸. Já Frei Vicente de Salvador concluía que “nesta terra andam as cousas trocadas, porque ela não é república, sendo-o cada casa”³²⁹. O resultado disso tudo é que não há no Brasil, à época, sociedade política, não há cidadãos. Os indivíduos não ultrapassavam a “solidariedade familiar”, a “solidariedade de clã”³³⁰. Não havia como surgir, portanto, uma verdadeira consciência coletiva, gremial³³¹.

individualismo que Tocqueville identificará em certas estruturas sociais desenvolvidas em solo norteamericano; aliás, um dos problemas atuais dos Estados Unidos diz respeito exatamente a rarefação desse contrapeso institucional (SENNETT, Richard *Respeito*. São Paulo: Record, 2004. p. 226-230). Já no caso brasileiro as questões parecem ser o fato de que tal individualismo se forma antes do implemento da democracia em nosso solo e a ausência, desde sempre, de contrapesos institucionais a esse mesmo individualismo familiar.

³²³ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 226.

³²⁴ São os deveres de proteção decorrentes do vínculo familiar que instituirão a responsabilidade coletiva exercida por meio da vingança privada.

³²⁵ Segundo Lúcio Kowarick, até a década de 80 estimava-se que 63% das moradias populares na Grande São Paulo haviam sido produzidas por meio de autoconstrução, na maior parte dos casos a cargo da própria família (KOWARICK, Lúcio. *Escritos urbanos*. São Paulo: Editora 34, 2000., p. 29).

³²⁶ GALVÃO, Hélio. Mutirão e adjunto. *Boletim Geográfico*, n. 29. p. 237, 1945 apud VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 525.

³²⁷ LISBOA, João Francisco. *Obras completas*: vol. II. Rio de Janeiro: Anuário do Brasil. p. 204 apud VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 140.

³²⁸ VASCONCELOS, Simão. *História da Província de Santa Cruz* apud VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 141.

³²⁹ SALVADOR, Frei Vicente. *História do Brasil: 1500-1627*. São Paulo: Melhoramentos, 1965. p. 17.

³³⁰ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 293.

³³¹ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 311.

Essas conformações originais do sistema econômico colonial, a “economia do favor”³³² e o “insolidarismo”³³³, irão sobreviver ainda no Império³³⁴ e produzir efeitos na estruturação da sociedade como um todo³³⁵, efeitos que ainda hoje se apresentam “como algo próprio, que acaba sendo característica mais tarde brasileira – e brasileira por diferença”³³⁶, sendo o principal desses efeitos a expansão e disseminação por todo tecido social da violência presente na produção escravista convertida em “dominação pessoal”³³⁷.

A organização do sistema econômico escravagista em moldes rígidos de dominação acabou por estruturar, ao seu redor, todos os outros campos sociais³³⁸, e persistiu influenciando na dinâmica social, inclusive após a abolição da escravatura³³⁹, mesmo porque, anotara Sylvio Romero³⁴⁰, as formas de dominação eram, foram-no por todo o século XIX, basicamente remanescentes das primeiras existentes no país: simples, personalistas³⁴¹, parecidas com a figura que, com base em experiências outras que a nossa, se inclui na tipologia weberiana como ‘dominação tradicional’³⁴².

Mostra disso encontra-se na relação doméstica entre patrões e empregados. Sandra Lauderdale Graham³⁴³, ao analisar o convívio entre patrões e criadas no período entre 1860 e

³³² Segundo Raymundo Faoro, a vida econômica do Império está entregue ao “regime do privilégio” – o que faz com que a atividade empresarial privada acabe completamente dependente do governo; produz-se, assim, um “liberalismo *sui generis*, com a liberdade assentada na rede oficial de favores.” (FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Publifolha, Globo, 2000. p. 39). Ver, acerca da persistência, no Império, de um “individualismo sentimental” enquanto “herança colonial” DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional: contribuição à sociologia política brasileira*. 2.ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 109.

³³³ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 310.

³³⁴ Nas eleições, por exemplo, o votante não agia como cidadão, como parte de uma sociedade política, mas como pessoa submetida ao um potentado local; assim o voto “era um ato de obediência forçada ou, na melhor das hipóteses, um ato de lealdade e de gratidão” (CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 35).

³³⁵ O recurso ao favor não foi eliminado com a presença e utilização do ouro como moeda, nem restou superado com o fim da escravidão (CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 199, 353).

³³⁶ CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 178.

³³⁷ CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 312, 322.

³³⁸ CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil*. p. 20.

³³⁹ “Já houve quem dissesse que a única coisa organizada em nossa sociedade colonial foi a escravidão. Ressalvado o exagero, permanece a validade dos restantes e devidos encaixes da frase; o organizado, naquela sociedade, se ligava às estruturas rígidas de dominação. E assim continuou a coisa, pelo século XIX a dentro [...]” (SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 141).

³⁴⁰ ROMERO, Sílvio. A festa do trabalho. In: _____. *Obra filosófica*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969. p. 698-701.

³⁴¹ “Em nossa República, que ainda não saiu do período fetichista dos *nomes próprio*[...]” (ROMERO, Sílvio. A festa do trabalho. In: _____. *Obra filosófica*. p. 700).

³⁴² SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 142.

³⁴³ GRAHAM, Sandra Lauderdale. *Proteção e obediência: criadas e seus patrões no Rio de Janeiro, 1860-1910*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

1910, percebeu que, para que tais relações se desenvolvessem, era necessária alguma acomodação entre as diferenças existentes entre ambos. Segundo a sua análise “a vida doméstica girava em torno de uma série de expectativas – articuladas em atos e algumas vezes explicitadas – que exprimiam as distintas obrigações de cada parte”³⁴⁴. Tais expectativas se resumiam a “permutar responsabilidade por serviço, proteção por obediência”³⁴⁵.

Essa realidade revela-se, por exemplo, no caso ocorrido em 1868 em que uma escrava que viajava em uma carruagem pública e sofrera um acidente teve seu tratamento custeado pelo patrão, e não pelo proprietário da carruagem. Destaca Sandra Lauderdale Graham que “tomar a sério as doenças dos dependentes, fornecendo remédios e médicos, era para os patrões uma responsabilidade essencial que nenhum podia negligenciar. No entanto, cuidados mínimos dispensados apressadamente não perfaziam seu dever. O que contava era a zelosa demonstração de atenção preocupada.”³⁴⁶. Tal dever se realizava muito mais como demonstração de poder frente aos demais patrões do que como cumprimento de um direito do empregado. Daí porque “para ser convincente, o cuidado com os dependentes precisava ser testemunhado por todos os que levavam a sério o papel de protetor”³⁴⁷. O dever de cuidado não era uma forma de igualar as relações, pelo contrário, “os cuidados, que proporcionavam às mulheres pobres a proteção da qual necessitavam também serviam para reforçar as desigualdades, perpetuando um inalterável ciclo de dependência”³⁴⁸.

Essas relações sociais organizadas sob uma concepção patriarcal de mando e autoridade (isto é, concepção que “traduz diferenças e desigualdades no registro de hierarquias que criam a figura do inferior que tem o dever da obediência, que merece o favor e proteção, mas jamais os direitos”³⁴⁹), não desapareceram com o ingresso da sociedade brasileira na modernidade. Pelo contrário, foram adaptadas e atualizadas na República³⁵⁰ como, por exemplo, o nepotismo³⁵¹. Para Oliveira Viana isso ocorre porque “a reposição de hierarquias e diferenças

³⁴⁴ GRAHAM, Sandra Lauderdale. *Proteção e obediência*. p. 108.

³⁴⁵ GRAHAM, Sandra Lauderdale. *Proteção e obediência*. p. 109.

³⁴⁶ GRAHAM, Sandra Lauderdale. *Proteção e obediência*. p. 111.

³⁴⁷ GRAHAM, Sandra Lauderdale. *Proteção e obediência*. p. 112.

³⁴⁸ GRAHAM, Sandra Lauderdale. *Proteção e obediência*. p. 112..

³⁴⁹ TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p.88.

³⁵⁰ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 188, 310.

³⁵¹ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 189.

no solo social tem a ver com o modo mesmo como direitos, leis e justiça social montaram os termos da cidadania brasileira e teceram as figuras do Brasil moderno”³⁵².

O que ocorre é que, com a modernização, as tradicionais oposições pessoais “senhor/escravo”, “coronel/dependente” são atualizadas em formas impessoais tais como “doutor/analfabeto”, “trabalhador/malandro”, “trabalhador qualificado/trabalhador desqualificado”, “morador de bairro burguês/morador de favela”, “proprietário de veículo/usuário de transporte público”. Assim, o que antes surgia como vínculo de subordinação decorrente de uma relação entre pessoas se apresenta agora como resultante de mecanismos impessoais tornados operantes pelos “valores inscritos dentro da lógica de funcionamento das instituições fundamentais do mundo moderno, especialmente do mercado capitalista”³⁵³.

Uma das vias de atualização, através dos tempos, das formas tradicionais de dominação se deu através da atuação de nosso sistema jurídico. Conforme Clóvis Beviláqua³⁵⁴, “a tradição, ligando entre si os diversos estadios do direito, representando uma aplicação da hereditariedade a esse phenomeno de ordem social, é um principio organico da vida jurídica”.

O direito brasileiro, mais especificamente o direito privado, se desenvolveu tentando conciliar premissas senhoriais e capitalistas³⁵⁵. Ao se perguntar o que é que caracterizava o direito brasileiro, Pontes de Miranda concluía que era “a tolerância, a afetividade, cercadas, porém, de sugestões patriarcais e capitalistas”, características essas que “têm um lado bom, que é o de

³⁵² TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* p. 89. José Murilo de Carvalho, ao analisar a legislação social brasileira do período que se estende de 1930 à 1945, irá notar que o fato da mesma ter surgido antes da expansão dos direitos políticos fez com que os direitos sociais aparecessem aos olhos de seus destinatários “como um favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade”, não sendo o resultado de uma luta política travada de forma independente tal legislação estimulava a perpetuação de um “cidadania passiva e receptora” e não o desenvolvimento de uma “cidadania ativa e reivindicadora” (CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil*. p. 124 e 126). Isso se manifesta ainda hoje quando o direito social à assistência social, previsto na CF/88 em seu art. 203, é assumido pelo Estado como “benesse”, “ajuda” que pode ser cumprido ou descumprido em razão de sua pura discricionariedade (TELLES, Vera da Silva. A “nova questão social” brasileira: ou como as figuras de nosso atraso viraram símbolo de modernidade. In: _____. *Pobreza e Cidadania*. São Paulo: Editora 34, 2001. p. 146; SPOSATI, Aladaiza. A assistência social e a trivialização dos padrões de reprodução social. In: OS DIREITOS (dos desassistidos) sociais”. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 19; FALCÃO, Maria do Carmo. A seguridade na travessia do estado assistencial brasileiro. In: OS DIREITOS (dos desassistidos) sociais”. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p.122).

³⁵³ SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora UnB, 2000. p. 261, 267.

³⁵⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projeto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1906. p. 27.

³⁵⁵ MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora: contribuição ao estudo da formação brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972. p. 172.

maior adaptação humana, menor despotismo, e outro mau, que é o não resistir a elementos perniciosos e ser demasiado absolvente, às vezes indiferente aos próprios direitos. Dois efeitos distintos, como distintas as causas; formação americana do sentimento, livre da violência peninsular; restos do indiferentismo jurídico da economia escrava.”³⁵⁶.

Tal desenvolvimento³⁵⁷ faz com que o nosso direito seja “um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os círculos sociais da nação, das classes³⁵⁸. Quando cogita de classes, é com certo capitalismo indisfarçado, porém ingenuamente convencido da sua função de consolidação e justiça social”³⁵⁹. Também o autor do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, admite essa característica. Prova disso se encontra no frontispício de seus comentários ao Código Civil, onde pode ser lida a seguinte declaração:

Se o interesse geral da sociedade domina as relações do direito civil, mais intensa é nelle a influencia da familia. No Codigo Civil, occupa longo espaço o pensamento da familia; neste livro, o affecto do lar foi luz inspiradora, de irradiação suave, mas persistente.³⁶⁰

Outra prova, agora no campo da responsabilidade civil, dessa característica ético-afetiva do CC brasileiro de 1916, é o seu art. 1524³⁶¹ que estabelecia a impossibilidade da ação de regresso de ascendente contra descendente³⁶². Para Clóvis Beviláqua essa regra “é uma particularidade do nosso Codigo, que se justifica, perfeitamente, por considerações de ordem moral, e pela organização econômica da familia”³⁶³.

³⁵⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 441-442. A primeira edição é de 1928.

³⁵⁷ Segundo Clóvis do Couto e Silva (SILVA, Clóvis do Couto e. O direito brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, 1987. p. 129) o que caracteriza o direito civil brasileiro é o seu desenvolvimento orgânico, contínuo, sem grandes alterações, desde as ordenações do reino até os dias atuais.

³⁵⁸ Essa “organização econômica da família” de que nos fala Clóvis é também mais um indício da persistência de certos modelos coloniais já em fins do século XIX, início do XX: “Nas zonas canavieiras, criou-se uma sociedade em que diferenciações profissionais miúdas se faziam, embora ainda em torno da casa-grande e do engenho – pólos de uma estabilidade rotinizante, conformista, e marcos de um privatismo entranhado, de um ‘familismo’ acentuado.” (SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 53).

³⁵⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. p. 443.

³⁶⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio e Faculdade Estácio de Sá, [s.d]. p. 07. Edição histórica.

³⁶¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. p. 449.

³⁶² “O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago”. Essa regra foi mantida com pequena alteração no art. 934 do atual Código Civil: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

³⁶³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. p. 672.

Por tudo isso há quem considere o direito civil brasileiro, já antes do advento do Código Civil de 1916³⁶⁴, “um ‘direito affectivo’ – porque muitas de suas disposições mais características foram tomadas por motivos de sentimento”³⁶⁵.

Nosso Código Civil de 1916, para não fugir à tradição, “não é individualista nem socialista. Procura conciliar a liberdade, a iniciativa, a expansão do individuo, com as necessidades sociaes, num justo equilíbrio de energias, que se harmonizam para a consecução dos fins culturaes humanos.”³⁶⁶. Segundo Beviláqua:

³⁶⁴ Uma prova, para Beviláqua, dessa característica do direito nacional, da “benevolência equitativa” de nosso “direito affectivo”, seria a Carta Régia de 1745 de Alexandre de Gusmão ao Corregedor de Crime na Côrte: “Sua Majestade me manda advertir a Vossa Mercê que as leis costumam ser feitas com muito vagar e sossego, e nunca devem ser executadas com aceleração, e que nos casos crimes, sempre ameaçam mais do que na realidade mandam, devendo os ministros executores dellas modificá-las em tudo que fôr possível, porque o legislador é mais empenhado na conservação dos vassallos do que nos castigos de justiça, e não quer que os ministros procurem achar nas leis mais rigor do que ellas impõem.” (CARTA Régia de 1745 apud BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. p. 203). Para Clóvis esse diploma é “um documento interessantíssimo, por mostrar, de modo apreciável, a influência da psychologia brasileira na legislação portuguesa, no sentido do liberalismo, da tolerância, e da benevolência equitativa.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua*. p. 203). Crítica interessante a essa “benevolência jurídica” é a realizada por Pontes de Miranda. Segundo ele, “a benevolência jurídica, o exagerado afetivismo, que Clóvis Beviláqua depois reconheceu como característica, e cercou de elogios, constitui defeito de energia, resulta do elemento negro mesclado à população, e disto já se persuadira o próprio Clóvis Beviláqua, em 1894, quando escreveu, na *Revista Contemporânea*, que dela vinha a ‘benignidade jurídica’. Vamos além: o negro, sem direitos, coisa, não reivindicava privilégios, não podia reclamar direitos, pois que os não tinha; esta *inação jurídica* atuou no direito brasileiro, e devíamos combatê-la, para que se apressasse a eliminação social deste afetivismo, desta incombatividade, deste conformar-se servil, que provém da massa de homens sem posses, sem personalidade, da massa de homens ‘possuídos’, dos homens-coisas, que as leis biológicas e a hereditariedade social ainda reproduzem depois da abolição da escravatura. “Por isto mesmo que *sem direitos*, o negro não alterou, não modificou o nosso direito civil: a ação dele foi meramente passiva. No que concerne às relações de criadagem, podemos caracterizar a influência dele pelo retardamento da evolução deste direito: o criado brasileiro não reivindicava, – como que continuou a servir, *liberto*, ao antigo senhor; as tentativas de modernizar a locação de serviços eram infrutíferas, porque esbarravam na dupla indiferença, do patrão e do empregado doméstico.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. p. 445-446). Se quanto ao efeito produzido por essa “benevolência jurídica”, Pontes parece ter acertado, o mesmo não se pode dizer com relação à causa do fenômeno, pois, ao que tudo indica, isso que denominou “inação jurídica” não ocorreu, não sendo senão a opção, justificada, da população negra brasileira pela adoção de outras vias de luta além da via jurisdicional, pois o sistema jurídico nacional nem sempre oferecia respostas eficazes às pretensões dessa parcela populacional, bem como à das demais parcelas desprivilegiadas. Sobre o assunto ver: GRINGBERG, Keila. *Liberata, a lei da ambigüidade*: as ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994. p.99; MATTOS, Hebe Maria. *Escravidão e cidadania no Brasil Monárquico*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 35-53; PENA, Eduardo Spiller. *Pajens da Casa Imperial*: juriconsultos, escravidão e a lei de 1871. Campinas: Editora da Unicamp, 2000. p. 361-362; NEQUETE, Lenine. *O escravo na jurisprudência brasileira*: Magistratura e ideologia no 2º Reinado. Porto Alegre: Edição da Diretoria da Revista de Jurisprudência e outros impressos do Tribunal de Justiça, 1988

³⁶⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930. p. 200.

³⁶⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Linhas e perfis jurídicos*. p. 211.

[...] o nosso liberalismo, a nossa tendência a atenuar, pela equidade, que é uma forma da bondade, os rigores da justiça, as nossas preocupações moraes, o nosso zelo pela família, transparecem no Código Civil, iluminando-lhe os dispositivos, animando-os, flexionando-os, de modo a torna-los expressão real de nossa consciência jurídica, da alma brasileira afeiçãoada pela civilização.”³⁶⁷

Em resumo, nosso direito em sendo a “expressão da alma do povo”, é como ele: “afetivo, liberal e idealista.”³⁶⁸

Também, Orlando Gomes³⁶⁹ sublinha estarem inúmeros preceitos do Código Civil de 1916 impregnados de um “sentimentalismo próprio do temperamento brasileiro”, produzindo, com isso, um abrandamento da dureza de determinadas regras. Tal sentimentalismo decorreria daquele “privatismo doméstico que tem marcada influência na organização social do Brasil”³⁷⁰. Esse “privatismo doméstico” (isto é, a preponderância do espaço privado sobre o espaço público) seria resultante da influência da organização social do Brasil colônia que se fez sentir até os primeiros anos do século XX (em verdade, até hoje): “Esse predomínio viera da sociedade colonial, ‘dispersa, incoesa e de estrutura aristocrática’, que criara uma forma de organização social infensa à politização”³⁷¹.

Note-se que mesmo a chamada “Constituição cidadã”³⁷² irá manter desigualdades formais injustificadas. Se, logo após a entrada em vigor da referida Carta Constitucional de 1988, ocorresse um fato semelhante àquele acontecido em 1868 (narrado acima) – por exemplo, uma empregada doméstica sofresse um acidente no ônibus que a levasse para a casa de seu patrão – essa não poderia ser indenizada em vista do direito acidentário (previdenciário), isto é, não poderia solicitar a incidência da lei dos acidentes de trabalho como qualquer outro trabalhador brasileiro³⁷³, pois não possuía esse direito social³⁷⁴. Assim chama a atenção uma lei que, ao proclamar e garantir direitos sociais, sacramenta hierarquias e estabelece desigualdades entre os próprios titulares dos direitos sociais³⁷⁵. Com isso temos que “Lógica

³⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Linhas e perfis jurídicos*. p. 221.

³⁶⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Linhas e perfis jurídicos*. p. 234.

³⁶⁹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 14.

³⁷⁰ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. p. 14.

³⁷¹ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. p. 18.

³⁷² Discurso à Assembléia Nacional Constituinte pronunciado por Ulisses Guimarães no Congresso Nacional, em Brasília, em 05.10.1988 (informação verbal).

³⁷³ CF/88, art. 7º, XXVIII.

³⁷⁴ CF/88, art. 7º, parágrafo único.

³⁷⁵ Já Francisco de Oliveira, ao analisar a legislação trabalhista instaurada a partir da década de 40,

das discriminações opera no modo mesmo como a legalidade se institui na sociedade brasileira³⁷⁶.

Se poderia argumentar com o Código de Defesa do Consumidor (lei 8078/90). É interessante observar que, em tese, o direito do consumidor pode atuar como instrumento eficaz de tutela em casos similares ao acima aventado por meio da regra presente no art. 14, caput, da lei 8078/90³⁷⁷. Cabe lembrar, porém, que até bem pouco tempo atrás o Brasil não havia entrado na “era dos direitos do consumidor”. Mesmo hoje esses direitos se encontram relativamente pouco universalizados no tecido social brasileiro, não existindo o desenvolvimento de uma larga consciência da importância do ato de consumo e da situação de consumidor. Muitos indivíduos³⁷⁸ expostos a serviços de baixíssima qualidade – em sua maioria serviços públicos prestados tanto pela iniciativa privada quanto pelo poder público – se vêem impotentes diante do descaso com que tais serviços são prestados³⁷⁸. Há uma atitude de resignação que é

observava a instauração de um tratamento diferenciado dado aos trabalhadores rurais em relação aos urbanos que tinha por objetivo viabilizar a manutenção de baixíssimos padrões do custo de reprodução da força de trabalho urbano através de uma alta taxa de exploração do trabalho rural. (OLIVEIRA, Francisco. Crítica à razão dualista. In: _____. *Crítica da razão dualista: o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. p. 45-46). Temos aqui um exemplo do que Wanderley Guilherme dos Santos define como cidadania dependente da posição ocupacional (SANTOS, Wanderley Guilherme. A práxis liberal e a cidadania regulada. In: _____. *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998. p. 72). É essa a característica do que denomina “cidadania regulada” compreendida como aquela “cujas raízes encontram-se não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional” e na qual se inserem apenas os membros da sociedade que desempenham atividades profissionais reconhecidas e reguladas pelo Estado (SANTOS, Wanderley Guilherme. A práxis liberal e a cidadania regulada. In: _____. *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. p. 103). As regras relativas ao acidente de trabalho valorizam mais a “dignidade do trabalho” do que a “dignidade do corpo”, pois incidem em razão do especial vínculo de trabalho que vítima possui com a sociedade, e não em razão dos danos que sofre em seu corpo; poderíamos, assim, afirmar que a instituição do sistema securitário nessas bases é em si excludente uma vez que, se “a dignidade do corpo é um valor que todos podem compartilhar; a dignidade do trabalho somente pode ser alcançada por uns poucos” (SENNETT, Richard. *Respeito*. São Paulo: Record, 2004. p. 77), isto é, essa última só pode ser alcançada por aqueles sujeitos cuja atividade profissional é reconhecida pelo Estado.

³⁷⁶ TELLES, Vera da Silva. A “nova questão social” brasileira: ou como as figuras de nosso atraso viraram símbolo de modernidade. p. 100.

³⁷⁷ Art. 14, caput, da lei 8078/90: “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.”

³⁷⁸ Segundo Albert O. Hirschman, uma das causas da insatisfação dos consumidores em relação à qualidade dos serviços prestados pode estar relacionada com a própria expansão desses serviços, pois, quando há um esforço no sentido de rapidamente ampliar a oferta para abranger um número maior de usuários, a qualidade média tende a cair substancialmente (HIRSCHMAN, Albert O. *De consumidor a cidadão: atividade privada e participação na vida pública*. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 46). No caso brasileiro, além dessa causa teríamos de adicionar o “descaso” que certos setores empresariais brasileiros nutrem pelo público consumidor; exemplo disso encontramos no caso dos serviços de fornecimento de energia elétrica após as privatizações da década de 90: em junho de 2000 o IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) apontava que 49% das famílias de São Paulo não estavam conseguindo pagar suas contas de energia elétrica em razão da extinção das tarifas mais baratas que eram cobradas, anteriormente à privatização, das famílias que apresentavam consumo reduzido, além disso, no mesmo período, era cada vez mais comum que famílias de poucos recursos recebessem contas erradas que, por não conseguirem ser

reforçada pelo “custo”³⁷⁹ de uma reclamação surge assim um consumidor “mais-que-perfeito”³⁸⁰, pois submetido às regras impostas pelos agentes do mercado³⁸¹. Em inúmeras situações o “usuário” se vê obrigado a desempenhar o papel de “consumidor” como se esse fosse o oposto do *status* de “cidadão”³⁸².

Se é inequívoco que a partir da introdução do Código de Defesa do Consumidor, na década de 90, esse cenário é gradualmente alterado, também é verdade que há um número muito grande de consumidores que, por sua situação econômico-social, ainda não está em condições de reclamar, ou melhor, de pagar o “custo” de um envolvimento maior nessas questões³⁸³. Além disso, o âmbito do mercado como espaço oposto ao âmbito doméstico ainda é uma realidade em consolidação na sociedade brasileira. Muitos dos serviços consumidos o são fora do âmbito do mercado, entendido em termos estritamente capitalistas, pois são prestados de forma estritamente pessoal, de forma direta dentro das famílias. A explicação plausível desse

objeto de revisão juntos às empresas (em razão da deficiência do sistema de atendimento ao cliente), levavam-nas a enfrentar o corte de fornecimento em razão da sua impossibilidade de saldá-las. (A SUA CASA, sem luz... *Diário Popular*, 15 jun. 2000. In: BIONDI, Aloysio. *O Brasil privatizado*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 135).

³⁷⁹ Albert O. Hirschman aponta o tempo despendido em atividades públicas, como a reclamação pela falta de qualidade de um serviço prestado, como um dos problemas para a prática da cidadania (HIRSCHMAN, Albert O. *De consumidor a cidadão*. p. 105).

³⁸⁰ SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 5. ed. São Paulo: Nobel, 2000. p. 41.

³⁸¹ SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. p. 40-41.

³⁸² SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. p. 13. Albert O. Hirschman afirma que a frustração com a qualidade dos bens oferecidos ao consumo pode levar os sujeitos a reagir e exigir, através de ações públicas, desde o atendimento de seu interesse particular até a melhoria ou a reforma do sistema de fornecimento desses bens (HIRSCHMAN, Albert O. *De consumidor a cidadão*. p. 71). Contudo, destaca que isso somente ocorre quando tais sujeitos “sejam consumidores conscientes de serem cidadãos e que vivem em uma cultura onde privado e público são importantes categorias dicotômicas que estão em permanente competição pelas atenções e tempo do ‘cidadão-consumidor’”(HIRSCHMAN, Albert O. *De consumidor a cidadão*. p. 69). É possível nutrir sérias dúvidas de se esse é o caso brasileiro, uma vez que diante dos resultados de pesquisa realizada pelo IBGE (IBGE. Participação político-social: educação, meios de transporte, cadastro e associativismo. Rio de Janeiro, 1988. v.2.) é dado a conhecer que do total de brasileiros envolvidos em algum problema jurídico uma porcentagem de 67% optava por não reclamar junto ao judiciário apresentando entre suas justificativas o fato de não saberem ao certo qual era seu direito, temerem represálias da outra parte envolvida ou mesmo porque tinha obtido auxílio de terceiros na solução da questão. Wanderley Guilherme dos Santos analisando esses dados concluía existir em nosso país um enorme contingente populacional que desconhece ou não usufrui do conjunto de regras e instituições criadas com a finalidade de os proteger enquanto cidadãos; segundo o autor, desse comportamento surge uma situação social onde o espaço privado se impõe ao público fazendo com que os laços de solidariedade se diluam e os indivíduos voltem-se para si próprios (SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Fronteira do Estado mínimo*. In: _____. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993. p. 104, 109).

³⁸³ Conforme Albert O. Hirschman, quanto menos as pessoas são dotadas de recursos econômicos ou de outra natureza, maior a tendência de não participarem ativamente na defesa de seus interesses ou dos interesses gerais, pois na medida em que a atividade de participação é realizada à custa de um tempo que, de outra forma, seria normalmente dedicado à obtenção de renda, seu custo se torna insuportável para esses sujeitos (HIRSCHMAN, Albert O. *De consumidor a cidadão*. p. 81, 105). Com isso temos que a própria capacidade que os sujeitos têm de influenciar a corrente dos acontecimentos pode se apresentar mal distribuída.

fenômeno não se resume a constatação da sobrevivência de modelos arcaicos de exploração de mão-de-obra, mas parte da premissa de que a originalidade da expansão do capitalismo no Brasil se dá com a introdução de relações novas em um modelo arcaico e com a reprodução de relações arcaicas no modelo novo³⁸⁴. Assim esses serviços prestados no interior da família estão inseridos dentro da lógica da acumulação capitalista brasileira:

Serviços que, para serem prestados fora das famílias, exigiriam uma infraestrutura de que as cidades não dispõem e, evidentemente, uma base de acumulação capitalística que não existe. A lavagem de roupas em casa somente pode ser substituída *em termos de custos* por lavagem industrial que compita com os baixos salários pagos às empregadas domésticas; motorista particular que leva as crianças à escola somente pode ser substituído por um eficiente sistema de transportes coletivos que não existe.³⁸⁵

A isso se soma, como entrave à introdução e ao desenvolvimento desse paradigma relativo ao direito do consumidor o “velho traço de individualismo anárquico, que tão fundamente marcou a vida dos povos ibéricos, e que sem dúvida herdamos da colonização lusitana”. Esse traço perverso tornaria “praticamente impossível o espírito associativo e a experiência de uma organização social vinda de baixo para cima”, uma organização que seria “largamente fundada no consenso dos indivíduos, e não comandada artificialmente pelo Estado”³⁸⁶.

Uma das explicações plausíveis para este traço parece ser que a solidariedade que se manifesta “espontaneamente em nossa gente é de cunho afetivo e emocional, nunca de conteúdo voluntarista ou racional”. Como melhor explicita Comparato: ela “medra no âmbito familiar e entre os amigos, dificilmente nas relações de interesse”³⁸⁷, sendo a superação desse obstáculo “um teste para a criação dos pressupostos de admissibilidade do regime democrático entre nós.”³⁸⁸

Esses laços afetivos, familiares, são, com efeito, um obstáculo não apenas à realização do sistema democrático antes influenciando a própria confirmação do Estado-providência. Segundo Pierre Rosanvallon, o que surge com o Estado-providência é um novo

³⁸⁴ OLIVEIRA, Francisco. Crítica à razão dualista. In: _____. *Crítica da razão dualista: o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. p. 60.

³⁸⁵ OLIVEIRA, Francisco. *Crítica à razão dualista*. p. 58.

³⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 498.

³⁸⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. p. 498.

³⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. p. 499.

posicionamento da questão do “viver junto” em vista da “razão democrática”, “pois já não se sabe, na verdade, malgrado as aparências e as evidências, a quem deve *finalmente* servir” [esse Estado], cabendo-nos, então perguntar “até onde” deve sua estrutura se estender, uma vez que disso depende a configuração dos vínculos sociais presentes nessa sociedade. Estabelecer essa estrutura “é ter um projeto para o futuro, ou, talvez mais profundamente, um método para tratar de seu futuro, isto é, das relações que os indivíduos e os grupos vão poder e querer desenvolver entre si”³⁸⁹. Segundo esse autor, dessa constatação decorrem duas questões fundamentais: “Sabemos entrar na era da lucidez democrática? Que normas de solidariedade a sociedade assume?”³⁹⁰.

As perguntas são pertinentes pois o Estado-providência nada mais faz do que desenvolver e ampliar o movimento de libertação do indivíduo das relações familiares ampliadas, baseadas na troca e no favor. O seu objetivo é consolidar o indivíduo como figura central do social por meio do desfazimento das “redes de solidariedade constrangedoras e aleatórias, nas quais ainda se insere”. Nessa medida, “o Estado-providência quer libertar o indivíduo simplificando o social”, almejando a destruição do “conjunto de estruturas, profissionais e sociais, que limitam a autonomia do indivíduo” de modo que aí “a liberdade é concebida como exaltação do indivíduo integral”³⁹¹.

A família já foi a unidade econômica, de produção e consumo por excelência. Em Roma³⁹², por exemplo, o cuidado com os velhos e com os doentes e a educação dos jovens pertenciam à esfera da família. Porém, com a formação e consolidação do Estado-protetor moderno, a casa, a família, deixaram de ser uma unidade universal de consumo³⁹³. As escolas, os asilos assumiram parte de suas tarefas. Além disso o surgimento de todo um conjunto de leis de cunho social (como, por exemplo, a legislação de seguridade social, a legislação educacional e outros serviços sociais) acabou por consagrar a diminuição da importância social da unidade familiar tanto como unidade de produção como de consumo³⁹⁴, sendo correto pensar que “a história dos serviços sociais é, em certa medida, a história da gradual socialização do

³⁸⁹ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Goiânia: Universidade Federal de Goiás; Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 32.

³⁹⁰ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 32.

³⁹¹ ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 35.

³⁹² KHAN-FREUND, O. Introdução à obra de Karl Renner. In : RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. London : Routledge & Kegan Paul, 1976. p. 26.

³⁹³ KHAN-FREUND, O. Introdução à obra de Karl Renner. p. 27.

³⁹⁴ KHAN-FREUND, O. Introdução à obra de Karl Renner. p. 31.

consumo”³⁹⁵. Porém, tais serviços, tais criações legislativas, são mais do que simples aparatos culturais complementares ao espaço da família, sendo em verdade a ele opostas. Segundo Sérgio Buarque de Holanda: “não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes uma descontinuidade e até uma oposição”. O Estado somente nasce e se consolida com a transgressão da ordem doméstica e familiar. É por intermédio dessa transgressão que, principalmente a partir do século XVIII, “o simples indivíduo se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável”³⁹⁶.

Na mesma esteira, Oliveira Viana³⁹⁷ afirmava que as normas sociais impostas pelo Estado tendem sempre a contrariar as tendências presentes nos indivíduos, pois ao mesmo tempo que revelam a solidariedade existente no grupo têm a pretensão de completá-la, desenvolvê-la. Assim também Nestor Duarte asseverava que a família:

[...] como conjunto de interesse, sentimento e espírito privado não é base e fundamento do Estado, considerado êste como a organização, a ordem do fenômeno político diferenciado. A família é antes um grupo hostil ao grupo político, refratário, enfim, ao espírito que domina a organização estatal.³⁹⁸

O problema é que no Brasil, desde sua formação, tendo em vista a estruturação do sistema econômico colonial, predominou na vida social, a entidade familiar à entidade pública. A família, essa “organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades”³⁹⁹. O resultado foi o predomínio, em nossa sociedade, de “sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família”⁴⁰⁰. O coroamento desse predomínio está no fato de, em nossa sociedade, a solidariedade existir “somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse – no recinto doméstico ou entre amigos”, espaço esse que produz “círculos forçosamente restritos, particularistas e antes inimigos que favorecedores das associações estabelecidas sobre o plano mais vasto, gremial ou nacional”⁴⁰¹.

³⁹⁵ KHAN-FREUND, O. Introdução à obra de Karl Renner. p. 31.

³⁹⁶ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. p. 141.

³⁹⁷ VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 74.

³⁹⁸ DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional: contribuição à sociologia política brasileira*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 13.

³⁹⁹ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. p. 82.

⁴⁰⁰ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. p. 82.

⁴⁰¹ HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. p. 39.

Essa “frouxidão da estrutura social”, essa falta de “hierarquia organizada” fez com que, aqui, os “elementos anárquicos” sempre frutificassem facilmente com a “cumplicidade ou a indolência displicente das instituições e costumes”. Daí porque, inexistentes vínculos de solidariedade social consolidados, “os decretos dos governos nasceram em primeiro lugar da necessidade de se conterem e de se refrearem as paixões particulares momentâneas, só raras vezes da pretensão de se associarem permanentemente as forças ativas”⁴⁰². De tudo resulta a constatação de uma preocupação histórica de impor limites (obrigações negativas) e um descaso histórico com a construção de solidariedades (obrigações positivas).

Nessas origens pode ser localizada a fonte de nossa desordem social, de nossa constante incapacidade para resolver conflitos. É o que atesta Roberto DaMatta⁴⁰³, para quem o Brasil se caracteriza por ser uma sociedade que não concebe o conflito como um indicador de algo a ser corrigido, mas sim como “sinal de catástrofe”, como uma fraqueza, portanto algo que não deve ser admitido, mas sim reprimido, muitos dos conflitos sociais vindo à tona por meio da violência. Em outras palavras: o conflito assumirá formas violentas, pois sua expressão política está impossibilitada ou resta ineficaz, ou seja, não possui visibilidade própria no espaço público – a violência resultando, exatamente, dessa impotência⁴⁰⁴.

Embora toda sociedade democrática seja obrigada a aceitar certo nível de conflito, esse nível não é sempre o mesmo, não se manifestando, necessariamente, pelo recurso à violência. Quanto maior a capacidade de uma coletividade em reconhecer a importância da cooperação para agir sobre si mesma, quanto maior sua capacidade em vincular o interesse individual e o

⁴⁰² HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. p. 33.

⁴⁰³ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997. p. 183.

⁴⁰⁴ Hannah Arendt (ARENDR. Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994) opõe “violência” ao “poder”, pois entende o poder enquanto fenômeno eminentemente político que “emerge onde quer que as pessoas se unam e ajam em concerto”, tem um fim em si mesmo não carecendo de justificação, mas de legitimidade que deriva de um apelo ao passado, de um pacto inicial; já a violência resulta da falta ou da perda de poder, daí porque “a violência sempre pode destruir o poder; do cano de uma arma emerge o comando mais efetivo, resultando na mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca emergirá daí é o poder”, segundo ela “tem sido bastante afirmado que a impotência gera violência e, psicologicamente, isto é verdadeiro”, porém “politicamente, o ponto é o de que com a perda do poder torna-se uma tentação substituí-lo pela violência [...], e esta violência por si mesma resulta em impotência.” (ARENDR. Hannah. *Sobre a violência*. p. 42-43). Para Hannah Arendt, a “violência pode ser justificável, mas nunca será legítima”, ou seja, enquanto fenômeno justificável depende da demonstração de um fim, de um objetivo que se encontra no futuro, “sua justificação perde em plausibilidade quanto mais o fim almejado distancia-se no futuro.” (ARENDR. Hannah. *Sobre a violência*. p. 41).

coletivo – em outras palavras quanto maior a “solidariedade social” – “menores são as chances de que ela se veja a braços com violências extremas”⁴⁰⁵.

É precisamente o oposto da tendência indicada pela história brasileira. Sempre nos caracterizamos pela pouca capacidade em vincular interesse individual, solidariedade social e consciência nacional⁴⁰⁶. O recurso ao favor, a práticas sociais assimétricas e plenas em arbitrariedades, ao que tudo indica, foi resultado de uma ineficiência do espaço público brasileiro em estabelecer formas de mediação sociais eficazes e justas; assim, ao invés do recurso à solidariedade social consolidou-se o recurso à solidariedade familiar⁴⁰⁷.

É justamente essa “solidariedade familiar” que irá transformar as questões relativas à segurança do indivíduo em objetos, de tão fundas raízes, da caridade, e não do direito⁴⁰⁸.

Como consequência, temos uma solidariedade dependente da identificação e da aprovação dos sujeitos envolvidos, isto é, há na base dessa solidariedade familiar uma “amizade” que surge da intimidade /ou da proximidade, enfim, do amor⁴⁰⁹, disso decorrendo uma “pessoalização” do problema. A ação é motivada pelo sentimento – *in casu*, a piedade, o amor pelo fraco –, o que faz com que tal solidariedade seja absolutamente instável, reproduzindo a dependência do indivíduo fraco e não estimulando a obtenção de sua autonomia. É nessa perspectiva que Richard Sennett observa que “a caridade em si tem o poder de ferir; a piedade pode gerar desprezo; a compaixão pode ser intimamente relacionada com a desigualdade”⁴¹⁰.

Essa “solidariedade familiar” é fruto do que já foi diagnosticado como “privatismo totalitário”⁴¹¹ no qual toda solidariedade é uma “solidariedade privada”⁴¹² que rejeita outra

⁴⁰⁵ PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*. p. 21.

⁴⁰⁶ PERALVA, Angelina. *Violência e democracia* p. 124.

⁴⁰⁷ Exemplo disso nos dá a estratégia dos escravos na busca por proteção: “A formação de famílias significou a construção de laços de solidariedade entre os escravos. Ajuda mútua, suporte material e espiritual.” (PAIVA, Eduardo França. *Escravos e libertos nas Minas Gerais do século XVIII: estratégias de resistência através dos testamentos*. São Paulo: Anna-Blume, 1995. p. 132, apud CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista: ensaio sobre o Brasil*. p. 222).

⁴⁰⁸ Aqui parece surgir uma intersecção entre o espaço da família e o círculo religioso, uma vez que, segundo Fustel de Coulanges, o cristianismo é responsável pela exaltação das virtudes privadas e rebaixamento das virtudes públicas, isto é, por colocar “Deus, a família, a pessoa humana, acima da pátria; o próximo acima do cidadão” (COULANGES, Fustel de, apud DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. p. 16.).

⁴⁰⁹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 221.

⁴¹⁰ SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 35.

⁴¹¹ DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. p. 73.

⁴¹² DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. p. 73.

ordem, outro centro de convergência de atividades⁴¹³ que não a família, onde tudo se reduz à “domesticidade”⁴¹⁴. Cria-se, assim, uma sociedade na qual o indivíduo isolado e desprovido de vínculos familiares é visto como um ser humano solitário e marginal em relação ao restante da comunidade⁴¹⁵. A “descontinuidade social”⁴¹⁶ cria “a inexistência das formas de acomodação e atividade social que impliquem sociabilidade”. Não há vida social compreendida como um sistema de relações não-familiares entre indivíduos, numa dada sociedade “nada que induza vínculos intensos e sobretudo gerais de associação é normal”⁴¹⁷.

Esse “privatismo totalitário”, essa hiper-expansão do círculo familiar impede a formação e o desenvolvimento da comunidade política, não permitindo que o ser humano se configure como cidadão, isto é, impedindo que obtenha a “condição política na luta do seu tempo e a personalidade legal que transforma num todo consistente as suas ações e uma parte do seu destino”. Restam ao ser humano apenas “aquelas qualidades que geralmente só se podem expressar no âmbito da vida privada, e que necessariamente permanecerão ineptas, simples existência, em qualquer assunto de interesse público.”⁴¹⁸. Bloqueada a possibilidade do discurso dos direitos se firmar como regulador da vida em sociedade, do espaço público, resta assim, para o sujeito, a dependência em relação a tudo que lhe é dado e concedido, desde o “acaso imprevisível da amizade e simpatia” até a “graça do amor”⁴¹⁹.

Se a *casa* e a *rua*, enquanto “oposição básica da gramática social brasileira”⁴²⁰, constituem um par estrutural que só pode ser compreendido na dinâmica de sua interação⁴²¹, o mesmo ocorre com suas manifestações no campo axiológico, a “solidariedade familiar” e a “solidariedade social”.

Em realidade, a expansão e consolidação da “solidariedade familiar” são constantes obstáculos à formação e desenvolvimento da “solidariedade social”, pela simples razão de que “toda esfera do que é meramente dado, relegado à vida privada na sociedade civilizada, é uma

⁴¹³ DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. p. 73.

⁴¹⁴ DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. p. 75.

⁴¹⁵ DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 65.

⁴¹⁶ DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. p. 43.

⁴¹⁷ DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. p. 43.

⁴¹⁸ ARENDT, Hannah. *A origem do totalitarismo*. p. 334.

⁴¹⁹ ARENDT, Hannah. *A origem do totalitarismo*. p. 334

⁴²⁰ DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 13.

⁴²¹ De acordo com Roberto DaMatta, para a compreensão dos fenômenos sociais brasileiros “mais importante do que os elementos em oposição, é a sua conexão, a sua relação, os elos que conjugam” (DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 20).

permanente ameaça à esfera pública”. A igualdade, enquanto valor fundamental da sociedade moderna, está “em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência”⁴²², pois “não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça”⁴²³. Em síntese: “Não nascemos iguais; tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força de nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais.”⁴²⁴.

Essa igualdade somente pode ser produzida através da organização política, através do direito⁴²⁵; o mesmo se diga da autonomia individual, pois também ela somente pode ser gerada pela “solidariedade social”, na medida em que diferentemente da “solidariedade familiar” – é pautada por uma preocupação, uma consideração pelo outro “nutrida à distância que o espaço do mundo coloca entre nós, consideração que independe das qualidades que possamos admirar ou das realizações que possamos ter em alta conta”⁴²⁶. Seu fundamento é o respeito entendido não mais apenas como uma justificativa para a omissão, mas como fundamento de ações; respeito que se configura como uma amizade que não necessita para a sua existência da intimidade ou da proximidade⁴²⁷. Assim, a “solidariedade” que surge – embora se comparada à produzida pela piedade possa parecer fria e abstrata, pois fundada em idéias e não em sentimentos⁴²⁸, em direitos e não em favores – tem como base juízos racionais, sendo mais estável – portanto, possui maior capacidade de gerar um espaço público, espaço de cidadania, no qual, efetivamente, se realize o indivíduo.

Incapaz de gerar este espaço, o nosso projeto nacional se solidarizou com certa margem de “exclusão controlada” que não se resume à convivência com a escravidão⁴²⁹, mas que pode ser encontrada também, por exemplo, no modelo de cidadania implantado, principalmente a

⁴²² DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 335.

⁴²³ DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 335.

⁴²⁴ DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 335.

⁴²⁵ Segundo Celso Lafer “é justamente para garantir que o dado da existência seja reconhecido e não resulte apenas do imponderável da amizade, da simpatia ou do amor no estado de natureza, que os direitos são necessários.” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 153). Também no Brasil foi o direito, muitas vezes, um instrumento de construção de uma solidariedade socialmente inexistente (DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional*. p. 117-118, 120).

⁴²⁶ ARENDT, Hannah. *A condição humana* p. 85 apud LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p.221.

⁴²⁷ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 221.

⁴²⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 271.

⁴²⁹ A escravidão estava tão arraigada na sociedade brasileira que mesmo os escravos que lutavam pela sua liberdade, uma vez libertados, não pensavam duas vezes antes de adquirir escravos (CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil*. p. 48-49). Sobre a aquisição de escravos libertos ver MATTOSO, Kátia de Queirós. *Ser escravo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

partir da década de 30, vinculado que estava ao pertencimento corporativo⁴³⁰. Esse modelo produziu uma desigualdade na distribuição de benefícios previdenciários⁴³¹, além de estar presente na forma desigual como se repartem os riscos ligados à violência nos diferentes estratos da população, uma vez que não dispõem de recursos equivalentes para enfrentá-los⁴³².

Se um dos principais conflitos do Estado moderno, no período imediatamente posterior à revolução industrial, era o que envolvia a “repartição dos bens”, hoje há, também, conflito no que diz respeito à “alocação dos riscos”. Essa a razão de porque, contemporaneamente, no que alguns denominam “sociedade do risco”⁴³³, ao contrário do que ocorria na “sociedade industrial” – em que os conflitos giravam basicamente em torno da repartição dos “bens sociais”, como distribuição de renda, salários e condições de trabalho –, os conflitos “são travados a partir dos esforços de neutralização e das estratégias de dispersão dos riscos nas mais variadas áreas da vida sócio-econômica contemporânea”⁴³⁴.

O transporte público é, nesse sentido, um dos lugares privilegiados para a irrupção dos riscos derivados da violência, já que é como ‘passageiro’ ou ‘transeunte’ – isto é, como um personagem desgarrado e individualizado do grupo primário – que somos mais suscetíveis ao uso da violência contra o sistema. É nessa situação que experimentamos a maior sujeição a regras impessoais e igualitárias⁴³⁵ que, de fato, salientam a falta de respeito e consideração do sistema para com todos que ocupam, por força das circunstâncias ou não, um papel generalizado, aqueles anônimos que, ao receberem a lei de forma automática, sem mediação que a flexibilize, restam como “desgarrados, indigentes e párias sociais”⁴³⁶.

⁴³⁰ Segundo Wanderley Guilherme dos Santos, a partir da década de 30 podemos perceber a formação de um sistema jurídico no qual a extensão da cidadania se faz via reconhecimento e regulamentação de profissões e/ou ocupações, ou seja, o cidadão não tem identidade e figura próprias enquanto indivíduo, mas somente em vista do lugar que ocupa no processo produtivo. A essa noção de cidadania vinculada ao sistema de estratificação ocupacional reconhecido e definido legalmente, Wanderley denominou “cidadania regulada” (SANTOS, Wanderley Guilherme. *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998. p. 103). Aqui a verdadeira figura da cidadania é, pois, o sindicato; é a essa instituição que o sistema jurídico brasileiro conferia a titularidade de direitos, sendo que é através dele que o trabalhador – reconhecido pelo seu vínculo legal à corporação profissional – pode ter acesso aos benefícios sociais garantidos pelo Estado (TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* p. 90).

⁴³¹ SANTOS, Wanderley Guilherme. *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. p. 105.

⁴³² PERALVA, Angelina. *Violência e democracia*. p. 126.

⁴³³ BECK, Ulrich. *Risk Society: towards a new modernity*. London: Sage, 1992.

⁴³⁴ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. p. 257.

⁴³⁵ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. p. 243.

⁴³⁶ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. p. 236.

O desafio à democracia apresentado pelos problemas do transporte coletivo está no fato de que toda essa “desordem”⁴³⁷ (acidentes, desconfortos, maus-tratos, agressões e desrespeitos) a que estão submetidos os passageiros dos transportes coletivos no Brasil acaba por produzir outras “desordens” perceptíveis, por exemplo, no surfe ferroviário, nos incêndios, depredações e quebra-quebras ocorridos em transportes coletivos⁴³⁸.

Esses atos instauradores de desordem surgem como “resposta” às condições de vida que são dadas a esses cidadãos, constituindo a sua forma de protesto⁴³⁹. Ainda hoje os incêndios de ônibus pela população estão ligados a uma necessidade de retrucar algo⁴⁴⁰ que é entendido como uma agressão ilegítima por parte, por exemplo, dos órgãos do estado: recentemente, no Rio de Janeiro, ônibus foram queimados em protesto contra o homicídio de inocentes que supostamente teriam sido mortos por policiais⁴⁴¹.

⁴³⁷ Convém esclarecer que por “desordem” não entendemos acontecimentos “extraordinários”, “imprevisíveis”, mas normais e ordinários. Aqui cabe lembrar o que Durkheim afirma, ao tratar da normalidade da dor, que “só é fato normal sob a condição de não ser querida” (DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960. p. XIV). Assim, os acidentes e as violências vividos pelos passageiros nos transportes são cotidianos, e é essa “regularidade” que permite visualizá-los como “acidentes modernos” no sentido que François Ewald dá a essa expressão (EWALD, François. *L’Etat providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986. p. 17).

⁴³⁸ MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou.
⁴³⁹ Com Jessé Souza, podemos afirmar que o fato do sentimento de injustiça não poder ser adequadamente articulado, permanecendo como um sentimento indeterminado, um mal-estar difuso, pode “resultar em protestos pré-políticos de extraordinária violência como quebraadeiras, arrastões ou a pura e simples violência criminosa” (SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora UnB, 2000. p. 267). O recurso das camadas mais pobres à violência como forma de mediação não é um fenômeno recente: J. B. Given, por exemplo, ao analisar as taxas de homicídio da Inglaterra do século XIII concluiu que “a violência era um instrumento dos pobres e fracos”, constituindo um modo amplamente difundido dos camponeses resolverem conflitos entre si ou com aqueles situados em estratos sociais superiores, enquanto que, no essencial, os ricos e os poderosos “abstínham-se das violências físicas diretas entre si”, já que por meio das cortes de justiça “dispunham de um meio eficaz para solucionar suas disputas.” (GIVEN, J. B. *Society and homicide in thirteen century England*. Stanford: Stanford University Press, 1977. p. 90, apud MICHAUD, Yves. *A violência*. São Paulo: Ática, 2001. p. 36-37).

⁴⁴⁰ Segundo DaMatta o quebra-quebra é um grito, sendo seu objetivo a “obtenção de um reconhecimento naquele momento e naquela capacidade (como usuário e cidadão que também tem direitos). Se é o trem ou o ônibus que permite a ligação entre a casa e o trabalho (situado na rua), é nesta zona intermediária que as pessoas são capazes de uma reação violenta.”(DAMATTA, Roberto. *As raízes da violência no Brasil*. p. 40-41).

⁴⁴¹ Entre os casos mais recentes estão os incêndios de um ônibus na vila Joazina, Ilha do Governador (zona norte do Rio de Janeiro), em protesto contra a morte de um pedreiro de 21 anos, em 04 de novembro de 2005 e o ocorrido no Leblon (zona sul do rio), cometido por moradores do conjunto habitacional Cruzada São Sebastião, seguido da depredação de outro veículo na Av. Borges de Medeiros, em protesto contra a morte de um jovem supostamente por policiais, em 28 de junho de 2005. Segundo a Rio Ônibus (associação das empresas de ônibus municipais do Rio de Janeiro), somente em 2005, um total de 73 veículos foi alvo de depredações e incêndios criminosos (FOLHA DE SÃO PAULO, São Paulo, 01 dez. 2005. p. C3).

Para José Álvaro Moisés e Verena Martinez-Alier, a onda de quebra-quebras que irrompeu no Rio de Janeiro e São Paulo entre os anos de 1974 e 1976⁴⁴² se apresentava como um ritual de protesto “destinado a expiar os freqüentes atrasos dos trens, os acidentes mortais, a falta de segurança e a falta de lugares para todos”, além das “tentativas de elevação dos preços das passagens dos serviços de transporte”⁴⁴³.

Nesses momentos de “revide coletivo” surge um sentimento de identificação, em razão da unidade de condições (precariedades, perigos e frustrações comuns) e de propósitos (reivindicações e destinatários idênticos). Esse sentimento, gerado pela “identidade da penúria”, se manifesta em formas diversas de solidariedade⁴⁴⁴: “As pessoas do trem caíram aqui, os outros ficaram com dó, com raiva, quebraram e incendiaram tudo”, explica uma passageira⁴⁴⁵. Há uma “explosão de solidariedade”⁴⁴⁶ que leva a uma ação vindicativa⁴⁴⁷, mas não reivindicatória, que produz uma ação direta e espontânea que produz uma reação das forças de repressão, o que por si só “constitui o ponto de partida para novas ações do mesmo tipo”⁴⁴⁸.

Em realidade, a ação direta da massa exige do Estado uma dupla resposta: as autoridades encarregadas de gerir os serviços públicos que estão na raiz da revolta se vêm obrigadas a dar solução aos problemas mais candentes, o que sempre resta dificultado pela necessidade de realocar recursos para concretizar tais mudanças – o que implica uma alteração da política de investimentos públicos (a preferência, no período em questão, pela construção da linha Norte-

⁴⁴² Em 1975 um choque, causado por falha na sinalização, de um trem repleto de passageiros com uma composição parada na estação de Deodoro levou à morte de um passageiro, feriu gravemente o maquinista e causou lesões em mais de 200 dos 1800 ocupantes do trem, e produziu a depredação da estação e da cabine de controle de tráfego (MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou. p. 32.).

⁴⁴³ MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou. p.16.

⁴⁴⁴ MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou. p.41.

⁴⁴⁵ MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou. p.42.

⁴⁴⁶ MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou. p.42.

⁴⁴⁷ O grande problema é que todas essas “agressões” sofridas pelos usuários geram, necessariamente, um sentimento de revide – segundo Sennett, a condição de “não ser visto”, de ser desrespeitado produz um desejo de vingança (SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 64) – e atos que o concretizam que, além de não contribuir para a extinção daquelas, as multiplicam, pois “não há nítida diferença entre o ato que a vingança pune e a própria vingança. Ela é concebida como uma represália, e cada represália invoca uma outra.[...] A vingança constitui portanto um processo infinito, interminável” (GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 27).

⁴⁴⁸ MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou. p.55.

Sul do metrô de São Paulo, em detrimento da Leste-Oeste, que serviria à população mais numerosa e de baixa renda, ilustra bem esse ponto); já as autoridades encarregadas de manter a lei e a ordem têm de responder de forma repressiva a essas revoltas com a finalidade de coibir o ocorrido e impedir sua expansão o que, como dito acima, gera mais revolta⁴⁴⁹.

Conforme René Girard⁴⁵⁰, há três métodos empregados pelas sociedades para lidar com a vingança, isto é, com a reprodução da violência: há medidas preventivas estabelecidas por rituais de sacrifício em que o ânimo de vingança é desviado para canais substitutos; há medidas compensatórias, como duelos, cuja eficácia é reduzida; e há medidas judiciais que transformam a vingança privada em questão pública – daí porque ser o mais eficiente dos três métodos. O sistema jurídico não elimina a vingança; em vez disso, limita-a a um simples ato de represália – decretado por uma instituição especializada nessa função particular – que se apresenta, portanto, como o ponto final da discussão acerca da vingança⁴⁵¹. Há, assim, a substituição de uma vingança “privada” por uma vingança “pública”.

Essa sanção, que por vezes assume uma função reparadora, outras vezes punitiva e expiadora, tem por objetivo pôr fim a algo que, sem sua interferência, prosseguiria indefinidamente: o ciclo de ações individuais de revide. Ora, se é correto afirmar que a toda ação corresponde uma reação, também o é concluir que toda ação gera uma cadeia irreversível de feitos e acontecimentos. Assim, a aplicação das normas jurídicas, pelo Poder Judiciário, tem a função de encerrar a ação através de uma decisão⁴⁵².

Segundo Georges Balandier, a modernidade pode ser definida como “movimento mais incerteza”, ou melhor, como a tomada de consciência, por parte de um *saber social*, de que a sociedade não se estabelece mais a partir da unidade e da permanência, com a compreensão de que “a desordem pode se *traduzir em ordem* por meio do imaginário, da simbólica e das práticas ritualizadas.”⁴⁵³.

Ora, uma dessas práticas é, obviamente, o direito na qual a “reconciliação é obtida através das sentenças do Judiciário, que representam a maneira como os homens, coletiva e publicamente,

⁴⁴⁹ MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou. p.56.

⁴⁵⁰ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. p. 34.

⁴⁵¹ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. p. 28.

⁴⁵² ARENDT, Hannah. *A condição humana*. p. 253.

⁴⁵³ BALANDIER, Georges. *A desordem: elogio do movimento*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997. p. 11-12.

chegam a um acordo com as controvérsias do seu passado e preparam o caminho para o seu futuro”⁴⁵⁴. O desenvolvimento tecnológico, com seus acidentes anônimos, e o crescimento urbano, com sua criminalidade violenta endêmica, produzem agressões e lesões aos indivíduos, gerando algumas das desordens situadas na convergência entre exigências relativas aos direitos de primeira geração (direito à inviolabilidade pessoal) e de segunda geração (direito à segurança social)⁴⁵⁵. São essas desordens que a “prática ritualizada” do direito deve buscar conformar e ordenar.

É nesse sentido que José Eduardo Faria afirma que:

[...] no que se refere especificamente às demandas por *ordem e disciplina* e por *prevenção e segurança* surgidas em meio tanto a um clamor difuso por maior severidade judicial e rigor policial contra o aumento da violência urbana quanto a uma drástica expansão dos investimentos em vigilância e seguranças privadas, as discussões partem da premissa de que a trivialização de toda espécie de ilicitude e de não responsabilização civil e/ou penal de seus autores provocaria uma corrosiva degradação das instituições-chave do controle social.⁴⁵⁶

Embora não haja uma diferença de princípio entre vingança pessoal e pública, essa diferença é enorme no plano social. Ao que tudo indica essa diferença seria o resultado da percepção pelos atores sociais de que essa vingança é aplicada por um terceiro excluído, isto é, não envolvido no jogo de interesses particulares⁴⁵⁷. Porém, se esse agente independente – que, no interesse da sociedade e detendo a exclusividade da vingança, atua em substituição da parte lesada – estiver ausente “o perigo de escalada vai subsistir”⁴⁵⁸.

Ao que parece, o pensamento de Girard vai na esteira das idéias de outro pensador francês, Jean Carbonier⁴⁵⁹, para quem o que melhor caracterizaria o espaço do jurídico seria o critério por ele chamado de “pôr em causa”. Para esse último o que interessa é a intervenção,

⁴⁵⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 221.

⁴⁵⁵ E, segundo Celso Lafer, é “da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens, e é por essa razão que entendo que esta desarmonia em relação ao papel do Estado na sociedade, na passagem da primeira para a segunda geração de direitos, obedece, como foi dito, na perspectiva *ex parte populi*, a uma dialética que subordina a contradição à complementaridade, pois as duas gerações de direitos baseiam-se na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios.” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 130)

⁴⁵⁶ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. p. 262.

⁴⁵⁷ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. p. 262.

⁴⁵⁸ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. p. 30.

⁴⁵⁹ CARBONIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 201.

socialmente organizada, de um terceiro personagem (árbitro privado, funcionário do Estado, indiferentemente) posto à parte dos envolvidos no conflito, com possibilidade de criticar o contraditório desses – suas posições jurídicas – e, finalmente, para extinguir a dúvida (estabelecer o equilíbrio) com uma decisão⁴⁶⁰. Nas palavras de Carbonier: “Desde que uma relação entre duas pessoas possa constituir o objecto de um debate perante um terceiro que vai decidir, deve concluir-se que já não pertence ao domínio dos costumes, tendo entrado no reino incerto do direito.”⁴⁶¹.

Acreditamos seja necessário que essa construção teórica seja complementada com a contribuição teórica oferecida por Castanheira Neves⁴⁶². Ao argumentar acerca do valor da Justiça, afirma que o nosso mundo está, desde sempre, embebido em polêmica e conflito. Sublinha, porém, que ambos (polêmica e conflito) pressupõem, de certa forma, a existência de uma **comunicação integrante**, pois se assim não o fosse estaríamos perante uma ruptura absoluta do tecido social, o que por si só excluiria a própria polêmica e o conflito, já que para que existam é necessário o contato social.

Por isso, afirma o autor português, tanto a polêmica quanto o conflito, desde que estejam mediatizados, articulados pela palavra e invoquem argumentos racionais, constituem, ainda formas de diálogo, de debate. Mas não há diálogo (comunicação) sem uma língua comum, sem **termos comuns** que permitam a mútua compreensão, ainda que conflitiva⁴⁶³. Dessa forma, a composição do conflito tem de sempre ser identificada com a busca do estabelecimento de um ponto comum, estabilizador do diálogo, ou seja, de um ponto que equilibre os termos do debate e da relação social a ele subjacente⁴⁶⁴.

No caso de sociedades em que existem desigualdades sociais e econômicas entre seus membros, é necessário que em relação aos conflitos decorrentes dessas desigualdades os “termos comuns”, de que fala Castanheira Neves, não sejam tomados como equivalentes,

⁴⁶⁰ CARBONIER, Jean. *Sociologia jurídica*. p. 201.

⁴⁶¹ CARBONIER, Jean. *Sociologia jurídica*. p. 201.

⁴⁶² NEVES, António Castanheira. *Justiça e Direito*, Coimbra, n. especial, 1979. p. 255. Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Teixeira Ribeiro, Jurídica II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁴⁶³ NEVES, António Castanheira. *Justiça e Direito*. p. 255.

⁴⁶⁴ Será sobre a noção de termo comum que o referido filósofo irá construir a identidade do valor “justiça” (NEVES, António Castanheira. *Justiça e Direito*. p. 255). Consoante argumenta F. Perroux, o diálogo “*ne met pas en cause deux sujets seulement, il suppose toujours un troisième terme: une valeur supra-historique, la vérité ou la justice, par exemple.*” (PERROUX, F. apud NEVES, António Castanheira. *Justiça e Direito*. p. 255).

pois, nessas hipóteses, cabe às formulações de justiça social⁴⁶⁵ determinarem qual a adequada distribuição dos bens em questão, bastando, para que essa se instaure, que atue o critério de reciprocidade, que não significa equivalência. A distinção entre ambos critérios já estava, presente no comentário feito por Marcel Mauss, já nos anos iniciais do século XX, sobre a então nascente legislação previdenciária:

[...] o trabalhador deu sua vida e seu trabalho à coletividade, de um lado, a seus patrões, de outro, e, se ele deve colaborar na obra da previdência, os que se beneficiaram de seus serviços não estão quites em relação a ele com o pagamento do salário, o próprio Estado, que representa a comunidade, devendo-lhe, com a retribuição dos patrões e dele mesmo, uma certa seguridade de vida, contra o desemprego, a doença, a velhice e a morte.⁴⁶⁶

Há para Mauss uma troca desigual, assimétrica entre o bem-estar providenciado pelo Estado e a atividade desempenhada pelos trabalhadores. A assimetria deriva do fato de o custeio da seguridade do trabalhador implicar um “acréscimo” nas obrigações dos patrões – portanto, algo que excedia em termos de equivalência monetária o valor do trabalho despendido pelo empregado – corporificava, todavia, o cumprimento de um dever de reciprocidade a cargo daqueles que estavam em melhor posição social. Em termos gerais, essa obrigação acrescida era decorrência de um preceito moral: o de que os ricos, por vontade própria ou por imposição da sociedade, deveriam ser tomados como “tesoureiros de seus concidadãos”⁴⁶⁷. Assim, não há equivalência, mas há reciprocidade, uma vez que, embora a seguridade social não surja

⁴⁶⁵ O conceito de justiça social é utilizado neste trabalho como sinônimo de justiça distributiva. Segundo David Miller (MILLER, David. *Principles of social justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 2003. p. 2-3), muitos dos escritos de filosofia política contemporânea tomam os termos “justiça social” e “justiça distributiva” por sinônimos; entre esses encontra-se John Rawls que, em sua “Teoria da Justiça” (RAWLS, John. *Teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 285-286, 303, 358), as utiliza de forma indiscriminada. Embora a primeira expressão tenha como origem o pensamento de filósofos liberais britânicos, tais como John Stuart Mill (*Sobre a liberdade*), e dos filósofos católicos da Europa continental de fins do século XIX, sendo que a segunda tem uma origem mais remota que parte de Aristóteles (*Ética a Nicômaco*) e chega à Santo Tomás de Aquino (*Summa Theologica*). Para David Miller, a idéia de “justiça social” é uma versão estendida da idéia de “justiça distributiva” presente nos autores mais antigos, pois diz respeito a um leque mais amplo de benefícios a serem distribuídos. Essa parece, inclusive, ser a orientação adotada pela Constituição Federal de 1988, como apontam vários autores; dentre eles, Eros Roberto Grau identifica a justiça social com a superação das injustiças na repartição (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 245) e José Eduardo Faria com redução das desigualdades sócio-econômicas (FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 97). Essa identificação da justiça social com a justiça distributiva também está em José Fernando de Castro Farias (FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 131 e ss).

⁴⁶⁶ MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: _____. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003. p. 296.

⁴⁶⁷ MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. p. 298.

como retribuição à contribuição monetária do trabalhador, surge como retorno à contribuição do trabalho prestado pelo indivíduo à sociedade como um todo.⁴⁶⁸

Mais recentemente defende, também, Richard Sennett que embora não exista, nas prestações a cargo da sociedade em benefício dos indivíduos e vice-versa, equivalência em termos econômicos, há sempre reciprocidade, pois nessas relações sociais não há “doação desinteressada”:

Pode parecer que este preceito exclui o doador de sangue ou leite materno que não conhece o receptor, ou o voluntário que apenas manda um cheque a uma organização; eles parecem estar fazendo uma doação desinteressada. Mas há uma transação envolvida, embora impessoal ou definida na mente do doador: ele está *devolvendo* alguma coisa à sociedade. [...] Embora um contador possa jamais ser capaz de calcular o que o doador de sangue “deve” à sociedade, ainda assim o doador inventará a dívida, e fará a doação.⁴⁶⁹

No caso brasileiro estamos diante de uma assimetria ainda maior, já que as enormes distâncias sociais presentes em nossa sociedade podem impedir a formação e a intervenção de uma medida comum que permita que a questão da justiça se coloque como problema e critério de julgamento nas relações sociais⁴⁷⁰, de modo a “regular-se” todo o conflito pela intervenção da compaixão concretizada precariamente na caridade, e não da solidariedade construída através das garantias fornecidas pelo direito.

Se Susan Sontang está correta quando afirma ser a compaixão uma “emoção instável” que define, se não traduzida em ação⁴⁷¹, tem-se que para transformá-la em uma prática efetiva é necessário reduzir o sentimento e lidar friamente com os outros⁴⁷². Essa frieza – garantia de que a atuação não corre o risco de deixar de existir em razão da volatilidade da compaixão – só é possível por intermédio de uma atuação institucional. Uma vez que se pretenda levar a sério a necessidade dos outros, há que se criar espaço para que as pessoas reajam à dor daqueles que não conhecem. Assim o vínculo não se estabelecerá em razão das “personalidades” envolvidas, mas do “caráter”, tomando-se essa palavra como indicativa da “comunicação de uma pessoa com os outros por meio de ‘instrumentos sociais’

⁴⁶⁸ MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. p. 296.

⁴⁶⁹ SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 249-250.

⁴⁷⁰ TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999. p. 145.

⁴⁷¹ SONTANG, Susan. *Diante da dor dos outros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 85.

⁴⁷² SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 35.

compartilhados⁴⁷³. Um desses instrumentos sociais é, precisamente, a troca compreendida como retribuição à comunidade⁴⁷⁴.

Com efeito, há que se cuidar para que a compaixão “que subjaz ao desejo de retribuir” não seja deturpada em “piedade pelos fracos, piedade sentida pelo receptor como desdém”⁴⁷⁵, na medida em que dar aos outros pode ser uma maneira de buscar manipulá-los, assim como pode servir mais à necessidade pessoal de auto-afirmação do doador⁴⁷⁶, que é o que ocorre no funcionamento das ações de caridade⁴⁷⁷.

Para evitar esse perigo é necessária a criação de instrumentos sociais, sendo o direito um deles. É através do sistema jurídico que se “inventam” novas formas de solidariedade social⁴⁷⁸. Assim ocorreu quando, por exemplo, a vítima do acidente de trabalho deixou de ser

⁴⁷³ SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 70.

⁴⁷⁴ SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 82.

⁴⁷⁵ SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 82.

⁴⁷⁶ SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 160.

⁴⁷⁷ Segundo Richard Sennet, “na história da caridade ocidental, o dar como forma de manipulação recai na categoria de largueza, no sentido de dádiva; a forma mais pessoal e reflexiva de dar está na categoria cristã de caridade” (SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 160); assim, para alguns teóricos cristãos – como Santo Agostinho –, tanto o valor da doação como o fato de que se fez bem ao donatário é irrelevante, pois o valor do ato de caridade está voltado para o íntimo do doador (SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 162). Há, assim, a defesa de uma atitude cristã onde o que é amado em seu amor ao próximo não é o outro, é o próprio amor, sendo o outro um meio de alcançar o amor divino: “Pode ele amar o seu irmão sem amar o amor? Necessariamente ele ama o amor... Amando o amor, ama Deus” (Santo Agostinho, *Civ. Dei* XI, XXVII). Hannah Arendt criticava essa postura porque nessa a importância do outro enquanto tal é suprimida, o simples fato de constituir-se um ser humano não o torna digno do amor, sendo toda relação com o próximo valiosa apenas como meio de amar a Deus (ARENDR, Hannah. *O conceito de amor em Santo Agostinho*. Lisboa: Instituto Piaget, p. 117, 168). Segundo Richard Sennett, o que Hannah Arendt quer pontuar é que nenhum arranjo social de proteção e auxílio aos indivíduos deve funcionar com base em princípios cristãos desse tipo; devendo a prestação social estar desacompanhada da compaixão (SENNETT, Richard. *Respeito* p. 164-165), há que respeitar o beneficiário, não amá-lo (SENNETT, Richard. *Respeito* p.171). Com isso, segundo Richard Sennett, impõe-se uma “solidariedade entre estranhos” (SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 170), que, por essa razão, encontra-se protegida contra a “fadiga da compaixão” (SENNETT, Richard. *Respeito*. p. 171). Essa intenção de conciliar auxílio e respeito está na origem do *Welfare State* – assim, John Maynard Keynes, em 1939 no “The new statesman”, asseverava que a questão fundamental era se a sociedade estava preparada para adotar “um sistema em que possamos agir como uma comunidade organizada de propósitos comuns e promover a justiça social e econômica enquanto se respeita e se protege o indivíduo – sua liberdade de opções, sua fé, sua mentalidade e sua expressão, sua iniciativa e sua propriedade” (MOGGRIDGE, D. E. *Keynes*. Londres: Macmillan Press, 1976. p. 45).

⁴⁷⁸ Para Richard Rorty, “a solidariedade não é descoberta pela reflexão, mas sim criada”; tal criação ocorre através do “aumento da nossa sensibilidade aos pormenores específicos da dor e da humilhação de outros tipos, não familiares, de pessoas” (RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Lisboa: Presença, 1994. p. 18-19). Segundo Rorty, a solidariedade humana está calcada no fato de que a definição moral de pessoa é a de “algo que pode ser humilhado”, daí porque o sentido dessa solidariedade está em diminuir a possibilidade de sofrimento – está em cada vez mais ver as diferenças tradicionais (de religião, raça, sexo, idade, posses, etc.) como não importantes diante da semelhança no que respeita à dor e à humilhação. A solidariedade é, enfim, a capacidade do sujeito de pensar em pessoas dele diferentes, mas incluí-las na esfera do “nós” (RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. p. 120, 124, 126, 239).

entendida como uma “vítima da sorte” que merecia compaixão, para ser vista como vítima de um “risco social” pelo qual a sociedade como um todo se responsabilizava, sendo a ela reconhecido um direito⁴⁷⁹.

Cabe então perguntar se hoje, em nosso país, o espaço público e, mais especificamente, o discurso jurídico têm conseguido dar respostas satisfatórias às aludidas “desordens no transporte coletivo” – mormente às relativas à criminalidade violenta – enfrentadas por grande parte das camadas desprivilegiadas ou se o campo social onde ocorrem esses eventos tem sido compreendido como espaço que escapa à ação jurídica e politicamente responsável. Em outras palavras, devemos averiguar se nesse espaço estão ou não ausentes arranjos institucionais de solidariedade social. Há instrumentos oferecidos pela legislação e construídos pela jurisprudência e dogmática brasileira – mormente no campo da responsabilidade civil – capazes de articular pela palavra o problema da violência sofrida pelos usuários de transporte público? O conflito não pode ser formulado na linguagem dos direitos, pois esses não têm, aqui, como ser formulados e/ou reivindicados? Essas são as perguntas que serão enfrentadas a seguir.

⁴⁷⁹ Ao se estabelecer que a questão é uma questão de direito, se estabelece que o assunto não mais está limitado a um problema de consciência moral, mas, sim, diz respeito a políticas públicas de segurança social. Sobre o problema do direito das vítimas como tema de política pública, ver: BUENO, Tomás Valladolid. Los derechos de las víctimas. In: MARDONES, José M.; REYES, Mates (ed.). *La ética ante las víctimas*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2003. p. 155-173.

PARTE II

A GENEALOGIA DO DISCURSO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL

3 FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE SOCIAL: AS TENTATIVAS DE INCORPORAÇÃO DO VALOR DA SOLIDARIEDADE PELO PENSAMENTO JUS-FILOSÓFICO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO EUROPEU

“[...] very often, the effect of history is to make the path of logic clear.”⁴⁸⁰

Este capítulo pretende demonstrar que as idéias relativas à responsabilidade objetiva, tendo nascido no momento histórico imediatamente anterior ao da emergência do estado de bem estar social, podem ser compreendidas desde um cenário de transformação dos deveres morais de beneficência em deveres jurídicos de segurança. Além disso, intenta-se mostrar como essa vinculação entre a ampliação das obrigações jurídicas positivas (decorrente das exigências surgidas na pré-história do Estado de Bem Estar social⁴⁸¹) e as regras jurídicas relativas à responsabilidade objetiva foi trabalhada por certos teóricos do direito em cenários distintos⁴⁸².

⁴⁸⁰ CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921. p. 51.
⁴⁸¹ Segundo Gosta Esping-Andersen (ESPING-ANDERSEN. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1998. p. 3.) há três tipos de regimes de “capitalismo de bem estar”: liberal, conservador e social-democrata (no original: *welfare capitalism*). Cada um desses regimes está identificado, em maior ou menor grau, a determinados países. O regime “liberal” pode ser identificado com a Inglaterra, a Austrália, o Canadá e os Estados Unidos e se caracteriza por benefícios sociais universalizados, porém modestos, o que leva a uma preponderância do mercado sobre o estado (ESPING-ANDERSEN. *The three worlds of welfare capitalism*. p. 26.); já o regime “conservador” ou “corporativo” está associado com países como França, Itália, Alemanha e Áustria, e se caracteriza por uma concessão de benefícios vinculados à titularidade de status corporativos e por um forte comprometimento na preservação dos laços familiares (ESPING-ANDERSEN. *The three worlds of welfare capitalism*. p. 27.); por fim, o regime “social-democrata” de países como a Dinamarca, Suécia e Noruega que se caracteriza por uma ampla distribuição de benefícios de alto padrão (ESPING-ANDERSEN. *The three worlds of welfare capitalism*. p. 27).

Tendo presente a observação feita por Peter von Oertzen de que “ao analisar-se o Estado de bem estar social, ignora-se às vezes que, para seu funcionamento, além das condições econômicas, sociais e políticas, são igualmente de grande importância as instituições sociais e culturais” (VON OERTZEN, Peter. O Estado de Bem-Estar e a Sociedade: o caso da Alemanha. In: SEMINÁRIO UnB, Brasília, 14-16 nov. 1980. *A social-Democracia Alemã e o Trabalhismo Inglês*. Brasília: Instituto Teotônio Vilella, 1997. p. 70), o foco da análise será direcionado à determinada produção teórica do pensamento jurídico europeu, mais especificamente, àquela que se localiza entre o fim do século XIX e início do século XX, nos momentos iniciais de reforma do Estado liberal clássico a partir da crítica ao modelo então vigente e que lança as bases de formação, tempos depois, do Estado Social e o ajudará a se estabelecer. Entre os valores que compõem o substrato do Estado de Bem-Estar Social, Peter von Oertzen identifica a “solidariedade” (VON OERTZEN, Peter. O Estado de Bem-Estar e a Sociedade: o caso da Alemanha. In: SEMINÁRIO UnB, Brasília, 14-16 nov. 1980. *A social-Democracia Alemã e o Trabalhismo Inglês*. Brasília: Instituto Teotônio Vilella, 1997. p. 70).

⁴⁸² Segundo José Fernando de Castro Farias, a questão da “responsabilidade”, no fim do século XIX e início do XX, “desempenha um papel essencial na construção de novos mecanismos jurídicos de gestão social”

De acordo com certos pensadores o processo histórico produz determinadas estruturas culturais⁴⁸³ – como, por exemplo, os direitos do homem, os direitos sociais, a democracia, o Estado Constitucional, etc. – que, por garantirem padrões básicos de convivência social, devem ser consideradas cristalizadas. Dessa forma, tais aquisições culturais seriam simultaneamente base e horizonte de uma sociedade, “legado cultural e fundamento de suas esperanças”⁴⁸⁴ a construir a base valorativa, a partir da qual devem ser pensadas as futuras alterações do sistema jurídico⁴⁸⁵.

Entre as estruturas componentes do universo cultural estão os valores⁴⁸⁶ entendidos como “a perspectiva humana do ser no horizonte do conhecimento possível”⁴⁸⁷, como a objetivação

(FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 134).

⁴⁸³ Adota-se aqui não o conceito lógico-formal de estrutura presente no pensamento antropológico, como por exemplo, no de Lévi-Strauss, como algo impermeável ao tempo, mas, sim, um conceito concreto no sentido que é dado por certa historiografia, como, por exemplo, a de Fernand Braudel “para quem a estrutura pode ser descrita exatamente por ter existência histórica” tendo sua dimensão temporal vinculação com o que denominava *longa duração*. (BRAUDEL, Fernand. *A longa duração*. In: _____. *História e Ciências Sociais*. 2.ed. Lisboa: Presença, 1976. p. 7-70). Nesse texto ele apresenta a idéia de “tempo longo” como o “tempo das estruturas”, tempo quase imóvel da relação entre homem e natureza, sendo o “tempo médio” a expressão da história mutante das conjunturas econômicas, sociais e políticas; porém, irá admitir que há realidades culturais que se aproximam mais do tempo longo do que do tempo médio – assim, por exemplo, as “estruturas mentais”, que mudam mais lentamente do que as “estruturas econômicas”. Sobre esse tema ver também: SANTAMARIA, Ulysses; BAILEY, Anne M. A note on Braudel’s structure as duration. *History and Theory*, v. 23, n. 01, fev. 1984. p. 78; CARDOSO, Ciro Flamarion. História e paradigmas rivais. In: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (orgs.). *Domínios da História: ensaios de teoria e metodologia*. 13.ed. São Paulo: Campus, 1997. p.8; FALCON, Franciso. História e Poder. In: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo (orgs.) *Domínios da História: Ensaios de teoria e metodologia*. 13.ed. São Paulo: Campus, 1997. p. 73; VAINFAS, Ronaldo. História das mentalidades e história cultural. In: CARDOSO, Ciro Flamarion; VAINFAS, Ronaldo. (orgs.) *Domínios da História: Ensaios de teoria e metodologia*. 13.ed. São Paulo: Campus, 1997. p. 134.

⁴⁸⁴ HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998. p. 46.

⁴⁸⁵ Haberle reflete sobre o papel dos textos constitucionais afirmando que “los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquiee), así como la democracia (gracias a Rosseau y al Federalista) conforman barreas culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro.” (HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. p. 88). No mesmo sentido, Miguel Reale (REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 5) afirma que os direitos humanos consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem deveriam ser compreendidos como “invariantes axiológicas”, isto é, “aquisições perenes do processo histórico”. A assunção da importância das referidas estruturas culturais para a compreensão do texto constitucional faz com que Oliveira Viana afirme que os problemas de hermenêutica constitucional se transformem em um problema de “culturologia aplicada” (VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 61), entendida a expressão “culturologia” como sinônima de “antropologia social” (VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 51).

⁴⁸⁶ REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. XXXIX, n. 167, jul.-set. 1992. p. 234.

⁴⁸⁷ REALE, Miguel. *Experiência e cultura: para a fundamentação de uma teoria geral da experiência*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977. p. 172.

histórica da consciência intencional⁴⁸⁸, objetivação histórica dos olhares humanos⁴⁸⁹. Daí porque, uma vez tornados realidade objetiva, permanecem para sempre no contexto cultural⁴⁹⁰, tais como fatos historicamente ocorridos⁴⁹¹.

Ora, essa cristalização se dá, em grande parte, pela interferência do sistema jurídico no processo histórico⁴⁹², uma vez que é a experiência jurídica uma das práticas sociais responsável pela manutenção da memória coletiva de determinada sociedade⁴⁹³.

O presente capítulo pretende, portanto, investigar como se concretizou em nosso país uma específica mentalidade relativa ao valor da solidariedade. Parte-se aqui da premissa de que tal investigação deve submeter os textos jurídicos (leis, decisões e opiniões dogmáticas) a uma análise “através da qual seja estabelecido o quadro de variáveis que estão presentes na sustentação mesma do texto, apoiado num eixo (o foco discursivo) central. Eixo em torno do qual se organiza uma *história*”⁴⁹⁴.

O discurso jurídico relativo ao valor da solidariedade que interessa analisar aqui é aquele que pretendia responder e/ou absorver as conseqüências revolucionárias advindas da industrialização⁴⁹⁵, pois nesse momento se percebe tanto o surgimento da demanda por

⁴⁸⁸ REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. p. 233.

⁴⁸⁹ Ludwig Wittgenstein afirma que “o olhar humano confere valor às coisas” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Cultura e valor*. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 13).

⁴⁹⁰ Para Miguel Reale a cultura é o “complexo autônomo de fatos e atos ordenados em função de determinados valores entre si dialeticamente implicados.” (REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 8).

⁴⁹¹ Com isso conclui-se que não podem os valores ser inferidos *in abstracto*, mas somente *in concreto*, no processo histórico (REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. p. 236), pois ao “sentido axiológico da história” (REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. p. 54) deve corresponder o sentido histórico da axiologia, já que “o que *deve ser* não pode deixar de converter-se em algum momento da história, em algo atualizável ou realizável” (REALE, Miguel. *O direito como experiência*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. XV). Assim também Oliveira Viana, para quem a cultura constituía-se de um “complicado e delicado mecanismo que as sociedades humanas constroem – sob o condicionamento do Meio e da História – para selecionar, distribuir e classificar os valores humanos” (VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. p. 91).

⁴⁹² Segundo René Savatier “na transformação da vida em direito, certas forças temperam a aceleração da história” (SAVATIER, René. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui*. 2.ed. Paris: Librairie Dalloz, 1952. p. 13). Sobre o assunto ver também REALE, Miguel. *O direito como experiência*. p. 134.

⁴⁹³ EWALD, François. *Foucault: a norma e o direito*. Lisboa: Vega, 1993. p. 164. Segundo François Ewald “a idéia de experiência jurídica conduz a filosofia do direito a tomar consciência da conjuntura na qual ela mesma se inscreve e a pensar que, em um campo como o direito, não há objetivo de conhecimento que não seja estratégia.” (EWALD, François. *L’Etat providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986. p. 32).

⁴⁹⁴ Carlos Guilherme Mota, ao analisar a maneira pela qual Antonio Candido formula uma história da cultura, sublinha que mais do que uma história o crítico paulista formula uma teoria da história. (MOTA, Carlos Guilherme. *Ideologia da cultura brasileira: 1933-1974*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1994. p. 252).

⁴⁹⁵ HARVIE, Christopher. Revolution and the rule of law. In: LANGFORD, Paul; HARVIE, Christopher (org.).

direitos sociais, quanto que a mesma torna-se tanto mais necessária quanto mais rápidas e profundas apresentam-se as transformações da sociedade decorrentes dessa “revolução tecno-industrial”, sendo que “são precisamente certas transformações sociais e certas inovações técnicas que fazem surgir novas exigências, imprevisíveis e inexeqüíveis antes que essas transformações e inovações tivessem ocorrido”⁴⁹⁶.

Diante disso, caberia perguntar acerca da experiência jurídica referente a um direito social à segurança tendo em vista sua íntima relação com o surgimento e o evoluir da denominada civilização industrial resultante do desenvolvimento do capitalismo que, exatamente por propiciar ao homem um domínio significativo sobre as forças naturais, acarretou um aumento igualmente significativo de perturbações sociais decorrentes de desarranjos econômicos (períodos de desemprego em massa, por exemplo) e tecnológicos (acidentes anônimos e desastres ambientais)⁴⁹⁷.

The eighteenth century and the age of industry. New York: Oxford University Press, 1992. p. 75.

⁴⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 76. Segundo Bobbio, “a conexão entre mudança social e mudança na teoria e na prática dos direitos fundamentais sempre existiu; o nascimento dos direitos sociais apenas tornou essa conexão evidente” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 77)

⁴⁹⁷ Segundo Jean Vial, a necessidade de segurança é uma das características da mentalidade coletiva das democracias industrializadas, tendo em vista a inerente instabilidade do processo de desenvolvimento e introdução de inovações tecnológicas (VIAL, Jean. *O advento da civilização industrial: de 1815 aos nossos dias*. Lisboa: Livraria Bertrand, 1976. p. 254-255). Para Niklas Luhman, “o fato de que o assunto ‘risco’ tenha atraído tanta atenção hoje em dia – a ponto da sociedade descrever a si própria como uma sociedade do risco – é em grande parte atribuído ao rápido desenvolvimento tecnológico em campos que sofrem aplicação intensiva de ciências como a física, química e biologia. Mais que qualquer outro fator isolado, a imensa expansão das possibilidades tecnológicas tem contribuído para chamar a atenção do público para os riscos que essas carregam.” (LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York: Aldine de Gruyter, 1993. p.83). Embora nos períodos históricos anteriores à revolução industrial existisse a percepção da perda, do dano, do problema futuro, tal era compreendido como “possibilidade do mal”, como “força da natureza”, “desígnio da Providência Divina”, ou seja, como um perigo originado independentemente de qualquer decisão humana (MONZÓ, Josep Ochoa. *Riesgos mayores y protección civil*. Madrid: MacGraw-Hill, 1996. p. 9). É somente com a intensificação dos processos científicos, com o aumento e difusão da informação que esse fenômeno passa a ser associado com o processo social de tomada de decisões, passa a ser compreendido como risco (LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. p. 09, 21, 48). O crescimento tecnológico leva-nos então a uma situação paradoxal: quanto maior o desenvolvimento científico, mais complexa é a tecnologia, maior o número de informações necessárias para dominá-la, maior a possibilidade de erro na tomada de decisão, pois “os sistemas são por demais complexos para um prognóstico científico” (LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. p. 94). No mesmo sentido, Georges Balandier assevera que: “os sistemas nascidos de tecnologias avançadas, integrados, automatizados, dirigidos por programas informáticos de crescente complexidade se tornam cada vez mais vulneráveis.[...] Os fatos são incontestáveis; acentuam a imagem da sociedade frágil, vulnerável, ainda que formada segundo uma ordem lógico-experimental forte e em vias de generalização. Quanto mais esta ordem progride, tanto mais parece se desenvolver uma civilização da pane.” (BALANDIER, Georges. *A desordem: elogio do movimento*. p. 161-162). Em sentido contrário, François Ewald, para quem a associação entre acidentes e mecanização é muito mais uma associação ideológica do que expressão de uma realidade constatável; pelo contrário, as estatísticas tendem a demonstrar uma relação inversa entre acidentes e mecanização. A característica do acidente moderno seria a identificação, através das leis da estatística, de sua regularidade e normalidade (EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 17). Porém, concorda com Luhmann no que diz respeito ao fato de que o acidente moderno é entendido não como catástrofe natural, como evento natural fortuito, mas como fenômeno socialmente produzido

Ocorre que essa necessidade social de segurança⁴⁹⁸ não se constituiu enquanto direito social à segurança nos países ocidentais senão após um longo caminho. Embora algumas “necessidades sociais” já houvessem obtido reconhecimento antes da formação do Estado Social⁴⁹⁹ (como, por exemplo, nas Constituições Francesas de 1791 e 1848), nesses diplomas há apenas o estabelecimento de “deveres sociais do Estado” que não foi acompanhado de um reconhecimento dos correlativos “direitos sociais dos cidadãos”. Tal somente irá ocorrer a partir dos textos constitucionais do século XX, como, por exemplo, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919⁵⁰⁰.

Segundo Boris Mirkine-Guetzévitch, enquanto no século XIX apenas através da legislação ordinária se regulavam os problemas sociais, após 1918 propaga-se a convicção de que o

(LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. p. 18). O acidente moderno “não pode ser reconduzido à Deus, nem à sua providência; não pode ser reenviado nem à culpa de uns ou de outros. Ele é o resultado da ocorrência normal, regular das atividades.” (LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. p. 19). Sobre o assunto ver também: BECK, Ulrich. *Risk Society: towards a new modernity*. Londres: Sage, 1992.

⁴⁹⁸ O problema básico do Estado de Bem-Estar Social não é a regulação da propriedade, da posse, mas sim a regulação da escassez, da necessidade: “Nesse campo há um mínimo de propriedade privada e, freqüentemente, ela é inexistente; é por isso que o sistema existe, Há, basicamente, somente necessidade – necessidade de dinheiro, de habitação, de assistência médica, de educação, de auxílio; não interessa a origem dessas necessidades, o que interessa é o fato de elas existirem.[...] E a posição do Estado mudou fundamentalmente. Ele agora fornece o dinheiro e a administração para ir ao encontro das necessidades. O dinheiro e o apoio administrativo são, caso seja estabelecida a qualificação, um **direito do cidadão**, uma obrigação que o Estado lhe deve.” (SCARMAN, Leslie. *O Direito inglês: a nova dimensão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1978 p. 53). Conforme Raffaele de Giorgi “se é plausível pensar que o Estado de bem-estar era sustentado pela indefinida capacidade de endividamento público, então também é plausível afirmar que a política não tinha a função de distribuição de recursos, mas sim dos danos ou, se quiserem, riscos.” (GIORGI, Raffaele de. Democracia, parlamento e opinião pública. In: _____. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 40). Conforme Pierre Rosanvallon, a dinâmica do Estado-providência estrutura-se por sobre um programa político e econômico que busca “libertar a sociedade da necessidade e do risco.” (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Goiânia: Universidade Federal de Goiás; Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 27).

⁴⁹⁹ Segundo Vital Moreira (MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa: Editorial Caminho, 1987.p. 92), “o Estado social é o Estado característico da ‘sociedade industrial’”. O Estado Social – que começa a se desenhar a partir da Primeira Guerra – marca o momento de inauguração “uma nova etapa na ordem econômica, caracterizada por um novo estatuto das relações entre o sistema político (político-jurídico) e o sistema econômico, adequado a uma nova forma de sistema social do capitalismo industrial.” (MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. p. 99). Sobre o conceito de “Estado Social” e conceitos afins como “Estado-Providência” e “Estado de Bem-Estar Social”, ver por todos: NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987. p. 198-203.

⁵⁰⁰ Já na experiência jurídica brasileira o reconhecimento somente ocorrerá com a Constituição de 1934, conforme Celso Lafer (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 127-128). De acordo com Jorge Reis Novais “a consagração constitucional dos chamados direitos sociais não é uma *descoberta* do século XX, na medida em que já as Declarações de Direitos da Revolução Francesa estabeleciam obrigações positivas do Estado nos domínios do ensino e da assistência social, o que viria a ser aprofundado nas Constituições do século XIX.” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987. p. 190).

Estado já não se podia mais contentar com o mero reconhecimento da independência jurídica do indivíduo. A partir de então, afirma: “o direito constitucional democrático reconhecia os novos direitos sociais, que não se apresentam mais como sinal exclusivo de uma filosofia política determinada.”⁵⁰¹

É da necessidade de intervenção ativa do Estado na proteção e implementação dos direitos sociais, produzindo uma organização dos serviços públicos, que nasce o Estado Social⁵⁰², assim como é da consagração da noção de direitos sociais que resta superada a velha idéia de que existem obrigações sem direitos correspondentes, como as obrigações de beneficência. Essa idéia derivava, diz Bobbio, da negação de que o beneficiário fosse titular de um direito, o que “não anulava o fato de que a obrigação da beneficência fosse uma obrigação para com Deus ou para com a própria consciência, que eram – e não o beneficiário – os verdadeiros e únicos titulares de um direito em face do benfeitor.”⁵⁰³

No exame da construção dessa intervenção ativa do Estado, nossa atenção está direcionada a um conjunto de idéias – denominado por José Guilherme Merquior de “liberalismo social”⁵⁰⁴, por Miguel Reale de “liberal socialismo”⁵⁰⁵ e que José Fernando de Castro Farias chama, mais especificamente, de “solidarismo”⁵⁰⁶. Essas idéias foram cunhadas no período de estertor do “longo século XIX” e seus desdobramentos jurídico-institucionais ao longo do “breve século XX”⁵⁰⁷. O objetivo não será estabelecer o sentido essencial do valor da “solidariedade”, mas, sim, identificar o uso que a essa e a outras noções a ela referidas, seja por aproximação ou afastamento, tais como caridade, benevolência, fraternidade, socialidade, proteção, respeito, é dado dentro dos discursos jurídicos que se enfrentam quando dos debates acerca da configuração dos instrumentos jurídicos do Estado de Bem-Estar Social⁵⁰⁸.

⁵⁰¹ MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *L'ONU et la doctrine moderne des droits d l'homme*. Paris: A. Pedone, 1951. p. 194-195.

⁵⁰² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 72.

⁵⁰³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 80.

⁵⁰⁴ MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p.151 e ss.

⁵⁰⁵ REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 118.

⁵⁰⁶ FARIAS, José Fernando de Castro. *As origens do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.196 e ss.

⁵⁰⁷ As expressões “longo século XIX” e “breve século XX” são de Eric Hobsbawm (HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX – 1914/1991*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 13, 22).

⁵⁰⁸ Busca-se, aqui, incorporar o alerta de Quentin Skinner para quem “não há nenhuma história das idéias por ser escrita, mas somente a história necessariamente focada sobre os vários agentes que se utilizaram da idéia, e das várias situações onde foi usada das intenções em usá-la” (SKINER, Quentin. *Meaning and understanding in the history of ideas*. *History and Theory*, v. 08, n. 01, 1969. p. 38).

A preocupação com o pensamento jurídico originário do continente europeu se concentrará em três países: Alemanha, Inglaterra e França, tanto por sua importância no estabelecimento das bases teóricas e institucionais do Estado de Bem Estar que floresceu no mundo ocidental no século XX⁵⁰⁹, bem como pela influência que as teorias produzidas nesses países desempenharam entre os nossos juristas ao longo da história, mesmo em momentos anteriores às tentativas de estabelecimento de desse modelo de estado em terras brasileiras⁵¹⁰: nesse sentido, dar-se-á atenção ao pensamento filosófico no mundo bretão que irá influenciar pensadores brasileiros do porte de Visconde de Cairu – no Primeiro Reinado – e Sílvio Romero – no Segundo Reinado, às idéias produzidas pela cultura germânica, que podem ser encontradas tanto na obra de Teixeira de Freitas como na de Tobias Barreto, e, por fim, às reflexões dos pensadores franceses que foram uma presença marcante sobre uma dogmática jus-privatista preocupada em desenvolver e adaptar os institutos clássicos do direito privado às realidades recém surgidas, mormente àquela que se debruçava sobre o tema da responsabilidade civil, entre esses estão Alvin Lima e San Tiago Dantas.

3.1 Alemanha: o pioneirismo no sistema de seguridade social

Mientras que en la sociedad no se dá más que um frio e indiferente contacto, la comunidad se caracteriza por una convivencia y ayuda más cordiales. [...] Fácilmente se comprende que los dos ‘conceptos orientadores’ brevemente

⁵⁰⁹ Segundo Michel Albert, se tomarmos o fenômeno securitário como ponto de análise (o que para nós interessa em muito já que estamos tratando de formas de solidariedade social, sendo o seguro uma das mais representativas), seria possível identificar dois grandes sistemas que corresponderiam às duas origens do seguro: o alpino, que atua através da mutualização dos riscos; e o marítimo, que atua através de uma gestão especulativa dos riscos. (ALBERT, Michel. *Capitalismo x Capitalismo*. São Paulo: Fundação Fides, Edições Loyola, 1992. p.107-108). Cada um desses modelos produziu um tipo de capitalismo: o primeiro identifica-se com o “capitalismo renano”, desenvolvido na Alemanha, e o segundo está associado ao “capitalismo anglo-saxão”, que floresceu na Inglaterra (ALBERT, Michel. *Capitalismo x Capitalismo*. p. 108). Na França desenvolveu-se um sistema misto (ALBERT, Michel. *Capitalismo x Capitalismo*. p. 120).

⁵¹⁰ Para uma perspectiva geral da influência do pensamento europeu sobre o brasileiro ver SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. Para uma breve exposição sobre essa influência no campo específico do pensamento jurídico brasileiro, ver REALE, Miguel. O pensamento jurídico europeu no Brasil In: _____. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 218-225; onde afirma-se que “não houve movimento filosófico-jurídico na Europa que desde logo não repercutisse no meio brasileiro”, o que não significa dizer que em sua recepção as idéias européias não tenham sofrido em nosso solo intensa transformação por força de sua adaptação para o desempenho de função, “às vezes original e imprevista”, disso resultando “soluções ecléticas” (REALE, Miguel. O pensamento jurídico europeu no Brasil In: _____. *Nova fase do direito moderno*. p. 219-220, 221).

descritos no aparecem nunca en la realidad, em estado puro, sino siempre mezclados.⁵¹¹

A Alemanha é a pioneira no sistema de seguridade social, sendo possível detectar a presença de esboços desse sistema já na política social da monarquia alemã sob o domínio de Bismarck⁵¹². Sublinhe-se que coube a Otto von Bismarck, feito primeiro ministro por Guilherme I em 1862, a primazia da iniciativa de projetos do qual resultaram, entre outros, a Lei do Seguro-Doença de 1883⁵¹³, a Lei do Seguro de Acidentes de 1884⁵¹⁴ e a Lei do Seguro de Invalidez e Velhice de 1889⁵¹⁵, todas de caráter contributivo, isto é, o benefício somente era conferido a quem contribuía com o sistema.

Antes da edição das leis que dariam tratamento à “questão social” o Imperador Guilherme I, em 17 de novembro de 1881, numa Mensagem Imperial encaminhada ao Parlamento alemão, anunciou o início de uma política social. E o faz destacando que a solução dos problemas sociais não deve ser procurada pela via da repressão dos excessos sociais-democratas, “mas pela via mais correta de **promoção positiva** do bem-estar dos trabalhadores” conferindo aos “necessitados uma maior segurança e atividade da assistência a qual têm **direito**”⁵¹⁶.

Embora embaladas por esse discurso, em realidade as novas leis tinham por verdadeiro objetivo promover, através de pontuais concessões ao operariado, um equilíbrio político que beneficiasse a manutenção do poder imperial e possibilitasse o crescimento econômico das classes industriais e, por conseqüência, permitisse a inserção da Alemanha no cenário

⁵¹¹ HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 106.

⁵¹² Segundo O. Khan-Freund, a introdução, a partir de 1880, por Bismarck, de sua legislação relativa ao seguro social em razão de acidentes, doenças e velhice, tem de ser compreendida tendo como pano de fundo a Lei Anti-Socialista de 1878, ou seja, tem de ser vista dentro do conjunto de seus esforços para “retirar o vento das velas da social democracia” (KHAN-FREUND, O. Introdução à obra de Karl Renner. In: RENNEN, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. London: Routledge & Kegan Paul, 1976. p.238). Da mesma opinião é Gaston V. Rimlinger, para quem Bismarck desenvolveu seu programa de seguros sociais para que servisse como uma barreira à democratização (RIMLINGER, Gaston V. Social change and social security in German. *The Journal of Human Resources*, v. 3, n. 4, 1968. p. 410).

⁵¹³ Tinha sua incidência limitada apenas às doenças que acometiam trabalhadores das grandes indústrias e das manufaturas e em certos âmbitos locais (não teve aplicação nacional).

⁵¹⁴ Originalmente as pensões por acidentes eram pagas aos trabalhadores que em razão do evento restassem inválidos, bem como, no caso de morte, às viúvas e aos órfãos. Em 1971, a proteção conferida pelo seguro contra acidentes foi estendida para as crianças que estão nos jardins de infância e para demais alunos inseridos no sistema geral de educação (SUND, Olav. O Estado de Bem-Estar Alemão: propósitos, realizações e deficiências. In: SEMINÁRIO UnB, Brasília, 14-16 nov. 1980. *A Social-Democracia Alemã e o Trabalhismo Inglês*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1997. p. 172).

⁵¹⁵ Aplicava-se aos trabalhadores com mais de 70 anos e era financiado por três contribuições, em partes iguais, a cargo do Estado, do patrão e do empregado (EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 397; STEPHANES, Reinhold. *Previdência Social: uma solução gerencial e estrutural*. Porto Alegre: Síntese, 1993. p. 91; ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 127-131).

⁵¹⁶ GUILHERME I apud ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 131. Grifo nosso.

econômico internacional.

De acordo com Hans Hattenhauer, a introdução, em 1870, do direito à seguridade social somente se completou em 1911 com o surgimento do Estatuto Imperial de Seguros, logo alçado a modelo mundial⁵¹⁷. Por conta desse Estatuto, o Direito privado – antes a única fonte de regulação dessa instituição social e jurídica (contrato de seguro) – via-se complementado por regras jurídicas de claro enfoque social.⁵¹⁸

É também durante o império de Bismarck que se formam a primeira (1881) e a segunda (1890) comissão para elaboração dos projetos de lei que resultarão, mais adiante (1900), no Código Civil Alemão⁵¹⁹. Assim, em relação à história alemã, é possível afirmar que o germe do Estado Social se instala no momento mesmo da codificação civil. Disso resulta um certo confronto entre as perspectivas tradicionalmente caras ao direito privado e expressas no projeto de código civil e as concepções que informam a legislação social nascente. Muitas das críticas ao então projeto de código civil se explicam a partir desse quadro.

As críticas têm como alvo o individualismo presente na regulação, dada pelo projeto do Código Civil, aos institutos do direito civil⁵²⁰, desdobrando-se em duas vertentes principais: uma restitutionista⁵²¹ e outra socialista.

⁵¹⁷ A Inglaterra editará no mesmo ano o “British National Insurance Act”.

⁵¹⁸ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 122.

⁵¹⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.536 e ss.

⁵²⁰ Destaque-se que as concepções clássicas do direito civil já vinham sendo ameaçadas pela edição de leis que regulavam setores tidos, à época, por novos, assim a lei de 07 de junho de 1871 sobre responsabilidade em caso de acidentes em matéria de empresas ferroviárias e outras determinadas indústrias estabelecia verdadeira responsabilidade objetiva travestida de responsabilidade fundada em culpa presumida, pois, ao dispor, em seu § 2º, que o “chefe” da empresa era sempre responsável pelos danos pessoais resultantes da culpa de seus funcionários, não admitia prova em contrário. Segundo Saleilles, essa lei trazia um exemplo de “seguro legal por riscos eventuais”, uma responsabilidade fundada no risco decorrente do “fato da exploração”. (SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. 3.ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. p. 357, 440). Antes da lei de 1871 estender essas regras a todo império alemão, havia na Prússia uma lei promulgada em 03 de novembro de 1838, cujas regras aplicáveis somente às ferrovias também permitiam falar-se em responsabilidade objetiva (SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 409).

⁵²¹ O termo “restitutionista” foi utilizado no texto tendo em vista o sentido que lhe foi dado por Michael Löwy e Robert Sayre. Esses autores, ao analisarem o “romantismo” enquanto “*Weltanschauung*” ou visão de mundo, ou seja, como estrutura mental coletiva específica a certos grupos sociais” (LÖWY, Michael ; SAYRE, Robert. Figuras do romantismo anticapitalista. In: _____. *Romantismo e política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993, p. 17), definem-no como uma “idealização do passado” com vistas à oposição ao capitalismo: “A visão romântica toma um momento do passado real em que não havia características negativas do capitalismo, ou estas eram atenuadas, quando características humanas sufocadas pelo

Das obras de críticas ao primeiro projeto do Código Civil Alemão – apresentado em 1887 com cinco volumes de “motivos” – destaca-se a de Von Gierke, “Projeto de um Código Civil e o direito alemão” (*Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht*), realizada em 1888/89 e representando a perspectiva restitucionista.

Nessa obra, destaca Georges Gurvitch, ressoam os resultados mais importantes acerca do direito social obtidos pelos esforços do pensamento alemão durante o século XIX, que nela se concentram e são sintetizados⁵²². Wieacker ressalta, porém, que aí aparecerem estranhamente sobrepostos pontos de vista, com enorme curso futuro, sobre as tarefas sociais da ordem jurídica e mesmo sobre a constituição da sociedade, juntamente com pontos de vista “provenientes da herança romântica e histórico-filosófica, e outros do arrebatamento nacionalista e democrático”⁵²³.

A chave para a compreensão da crítica de Von Gierke, tanto à plenitude do Estado moderno, “preparado pelo Estado absoluto e realizado pela revolução francesa”, quanto à expansão do individualismo liberal, “preparado pelo iluminismo e realizado pela sociedade burguesa da revolução industrial”, está na sua defesa de uma unidade originária das comunidades⁵²⁴.

Em Von Gierke, a comunidade enquanto unidade orgânica se apresenta como o espaço onde “a oposição entre Estado e cidadão, sociedade e indivíduo, direito público e direito privado, é suprimida pela tríade ‘direito privado, direito social e direito público’”⁵²⁵. Sustentara o autor que o ordenamento jurídico capaz de realizar tal conciliação seria “o restaurado Direito alemão, despertado de mortal sono”, cujo conteúdo imortal “que repellido pelo direito estrangeiro [o direito romano] não pode, sem embargo, ser afogado” É esse direito que desde

capitalismo ainda existiam, e o *transforma em utopia*, molda-o como encarnação das aspirações e das esperanças românticas. Com isso se explica o paradoxo aparente de que o *passadismo* romântico pode ser – e, genericamente, de certa maneira, ele o é – também um olhar para o futuro; pois a imagem de um futuro sonhado para além do capitalismo se inscreve numa visão nostálgica de uma era pré-capitalista.” (LÖWY, Michael ; SAYRE, Robert. Figuras do romantismo anticapitalista. In: _____. *Romantismo e política*. p. 23). Um dos principais exemplos do “romantismo anticapitalista” é o “restitucionista”, tendo sido a Alemanha um dos seus focos principais: “Nem resignado por realismo ao presente degradado, nem orientado para o futuro, para um transcendência, a um só tempo do passado e do presente, o restitucionismo visa, de modo explícito, *restabelecer* normas sociais e culturais pré-capitalistas desaparecidas (geralmente medievais).” (LÖWY, Michael ; SAYRE, Robert. Figuras do romantismo anticapitalista. In: _____. *Romantismo e política*. p. 29).

⁵²² GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social : notion et système du Droit Social: Histoire doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*. Paris : Recueil Sirey, 1932. p. 535.

⁵²³ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 518-519.

⁵²⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 520.

⁵²⁵ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 520.

muito tempo estaria imprimindo, de forma constante, a direção de toda “nova forma”⁵²⁶. Resta clara assim a presença de uma visão romântica que ampara o direito futuro por meio da restauração da glória passada do direito nacional⁵²⁷.

Von Gierke, em discurso intitulado “A função social do direito privado”⁵²⁸, proferido em 05 de abril de 1899 na Associação de Jurisconsultos de Viena, afirma a indissolubilidade entre indivíduo e comunidade, pois entende que ambos correspondem a “necessárias abstrações ideais de nossa razão deficiente para abarcar a totalidade do homem histórico”⁵²⁹. A consequência dessa indissolubilidade seria a impropriedade da divisão rígida entre direito público e privado:

Assim também, quando a regra jurídica se desdobra em Direito privado e Direito público, bem pode prescindir por um momento de que o indivíduo existe para o todo, e o todo para o indivíduo. Porém, não deve esquecer a unidade do fim, no Direito privado onde essa, preocupada, em primeiro lugar, com os interesses do indivíduo, deve esforçar-se em obter o bem público; e no Direito público onde antes de tudo tem que se ater ao todo, porém tendo em conta o indivíduo isolado.⁵³⁰

Na linha desse raciocínio, Von Gierke resumia sua opinião asseverando que, enquanto o “Direito público deve estar arejado por um sopro do ideal jurídico natural de liberdade”, o “Direito privado tem de estar impregnado de uma gota de socialismo”⁵³¹.

Essa parcela de socialismo era necessária, pois, para ele, uma legislação de direito privado que tenha presente sua missão social não deve deixar de se preocupar com o estabelecimento de um conjunto de regras de proteção material às camadas sociais tornadas vulneráveis pela forma assumida pela liberdade nos contratos diante do influxo da prepotência econômica⁵³²; além disso, deve cuidar de prever hipóteses de responsabilidade sem culpa, pois “se bem é

⁵²⁶ VON GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904, p. 25-26

⁵²⁷ Segundo Wieacker, a teoria defendida por Gierke, na tradição da metafísica social romântica (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 521), é, simultaneamente, tradicionalista e reformista (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 520). De acordo com Hans Hattenhauer, Gierke “proclamou uma *Organische Rechtslehre* (teoria organicista do Direito) segundo a qual havia que superar o individualismo comunitariamente danoso do Direito romano, substituindo-o por um projeto social.” (HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. p. 204).

⁵²⁸ VON GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

⁵²⁹ VON GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. p. 16.

⁵³⁰ VON GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. p. 16.

⁵³¹ VON GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. p. 24.

⁵³² VON GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. p. 41-42.

certo que o autor da violação jurídica pode não incorrer em verdadeira culpa, o prejudicado é mais inocente ainda”⁵³³, concluindo que “nada infunde idéias mais antisociais do que a permissão do disfrute de todas as vantagens a uma propriedade perigosa ao próximo sem o estabelecimento da obrigação de suportar o risco correspondente”⁵³⁴.

Todas essas medidas – compreendidas como exigências de uma “justiça compensadora” a impor “a nivelção (Ueberwälzung) dos resultados, enquanto isso seja possível e não conduza, de forma oposta, a iníquas severidades”⁵³⁵ – eram, para Von Gierke, mais que necessárias, fundamentais, pois compreendia que ou o direito privado “será *social ou não será*”⁵³⁶.

Corolário disso tudo é sua defesa de que sobre o direito privado se abre um vasto domínio que denomina “direito privado social”, a partir do momento que sofre a inflexão do direito social⁵³⁷, e cuja estrutura interna se aproxima do direito público, embora mantenha-se no mesmo nível valorativo que o campo relativo aos direitos individuais⁵³⁸.

Aliás, sua crítica ao CC alemão estava concentrada exatamente no que lhe parecia ser a ausência do elemento social. O Essa “gota” estaria ausente do CC alemão cujo “erro fatal do projeto” estava, para Von Gierke, em abandonar a obra social à *legislação especial*, para dar forma individualística pura ao Direito privado comum”⁵³⁹. Tal erro produziria um regulação socialmente insatisfatória das relações patrimoniais individuais, porquanto em um ordenamento jurídico de caráter individualista “os deveres sociais mais elevados que a riqueza impõe, cairão sempre na esfera dos mandatos não-coativos impostos pela moral”. Ocorre, porém, que “aquilo absolutamente exigido pelo todo social é necessário seja elevado à preceito jurídico”. Daí concluir que **“a construção dos deveres positivos que correspondem às faculdades, somente pode ter lugar mediante as particulares determinações produzidas por cada instituição jurídica”**⁵⁴⁰.

Nesse ponto se expressa a discordância de Von Gierke com a tese de que ao direito cabe

⁵³³ VON GIERKE, Otto von. *La funcion social del derecho privado*. p. 45.

⁵³⁴ VON GIERKE, Otto von. *La funcion social del derecho privado*. p. 46

⁵³⁵ VON GIERKE, Otto von. *La funcion social del derecho privado*. p. 45.

⁵³⁶ VON GIERKE, Otto von. *La funcion social del derecho privado*. p. 59.

⁵³⁷ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 551.

⁵³⁸ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 549.

⁵³⁹ VON GIERKE, Otto von. *La funcion social del derecho privado*. p. 26-27.

⁵⁴⁰ VON GIERKE, Otto von. *La funcion social del derecho privado*. p. 29. Grifo nosso.

apenas estabelecer deveres negativos, sendo os deveres positivos da alçada da moral, opinião comumente compartilhada por autores herdeiros do progressismo das Luzes⁵⁴¹, em séculos distintos e mesmo a partir de perspectivas distintas, como, por exemplo, vemos em Wilhelm von Humboldt (cuja preocupação essencialmente liberal é estabelecer os limites da ação do Estado⁵⁴²) e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (cuja compreensão do Estado como materialização do Espírito, como progresso da razão no curso da história, não era de todo compatível com o ideal liberal⁵⁴³) e ainda em outros pensadores como Fichte e Krause⁵⁴⁴.

Em seu ensaio de 1792 Von Humboldt, para responder “se o Estado deve limitar-se a velar pela segurança ou deve perseguir também o bem-estar físico e moral da nação em geral”⁵⁴⁵, retoma e aprofunda a distinção entre sociedade civil e Estado com a finalidade de demonstrar a necessidade da redução ao mínimo da esfera relativa a esse seu argumento; é que toda a intervenção estatal que se estabeleça com um objetivo distinto da simples garantia da segurança interna está fadada a produzir efeitos negativos. Para Von Humboldt, as leis deveriam ter como efeito, a longo prazo, estimular a força interior dos cidadãos ou, como diz

⁵⁴¹ Georges Gurvitch afirma que Von Gierke travou no campo do direito uma luta em duas frentes, tendo combatido o individualismo abstrato, manifestado nas tradições do direito romano e do direito natural atomista dos séculos XVII e XVIII, e o universalismo unilateral dos românticos e de Hegel, buscando mostrar como essas perspectivas extremas podiam, em certos pontos, se tocar (GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social* p. 537).

⁵⁴² Escrito por Von Humboldt em 1792 o “Ensaio para definir os limites da ação do Estado” irá, após sua segunda edição no ano de 1850, exercer uma grande influência sobre as idéias liberais tanto na Alemanha, como na Inglaterra (através de Stuart Mill) e mesmo na França (Benjamin Constant); (SCHAUB, Marianne. Wilhelm Von Humboldt (1767-1835): ensaio para definir os limites da ação do Estado (1792). In: CHATÉLET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER, Evelyne. (org.). *Dicionário das obras políticas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993. p. 510).

⁵⁴³ Se tanto para Hermann Heller quanto para François Châtelet é possível afirmar que Hegel pertence ao campo que se poderia chamar *liberal*; o primeiro porque acredita que Hegel estima a ordem social burguesa como definitiva (HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p.136), o segundo por entender que o compromisso político pessoal de Hegel revela seu desejo de que na Europa ocorra “o desenvolvimento e o sucesso das empresas que visam à instalação de Estados parlamentares sob a forma de monarquia constitucional, no seio da qual seja garantido o respeito a um direito público e privado estritamente estipulado” e “seja permitido e encorajado o livre desenvolvimento das produções do comércio, do artesanato e da indústria” (HEGEL. In: CHATÉLET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER, Evelyne. (org.). *Dicionário das obras políticas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993. p. 447). Para José Guilherme Merquior, pelo contrário, não pode ser considerado um liberal, pois, embora tenha aceito inteiramente a legitimação da sociedade burguesa, obra da Revolução Francesa, seu esforço, especificamente os “Princípios da Filosofia do Direito”, representa uma grande tentativa de inserir o individualismo burguês na estrutura de um Estado holista que ainda acomodaria as hierarquias tradicionais do antigo regime (MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo*. p. 82). Todavia, parece haver consenso de que a postura de Hegel não poderia ser classificada de reacionária. HEGEL. In: CHATÉLET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER, Evelyne. (org.). *Dicionário das obras políticas*. p. 448 ; MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo*. p. 82).

⁵⁴⁴ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 407.

⁵⁴⁵ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da ação do Estado*. Porto: Coleção Resjuridica, 1990. p. 16.

José Guilherme Merquior, produzir seu aperfeiçoamento pessoal⁵⁴⁶.

Segundo Von Humboldt, o fim atribuído ao Estado pode ser de dois tipos, um oposto em relação ao outro: fomentar a felicidade e evitar o mal. Ao primeiro corresponde a noção de segurança ou bem-estar negativo e, ao segundo, a de bem-estar positivo⁵⁴⁷. O fomento do bem-estar positivo está vinculado, através da atuação dos estabelecimentos de beneficência, com o financiamento de determinadas atividades econômicas e mesmo com as atividades de prevenção e reparação de danos causados pela natureza, da manutenção e fomento do que define como “bem-estar físico da nação”; a garantia da segurança está vinculada ao estímulo do “bem-estar moral”⁵⁴⁸.

A “educação moral” dos cidadãos deveria, para Von Humboldt, se processar de modo negativo, isto é, “mediante a liberdade que permite que surjam obstáculos, ao mesmo tempo que dá força e habilidade para eliminá-los”⁵⁴⁹. Caso contrário, ocorreria a debilitação da solidariedade e a paralisação do impulso de ajuda mútua, “pois a ajuda mútua actuará ao máximo quando mais vivo for o sentimento de que tudo depende dela”⁵⁵⁰, demonstrando a experiência que os cidadãos “abandonados pelo governo estão entre si duplamente unidos”⁵⁵¹. Assim, conclui, na medida em que a atuação do Estado no sentido de preservar ou estabelecer o bem-estar exterior e físico de seus cidadãos produz, no mínimo, como efeito negativo, o entorpecimento do desenvolvimento da individualidade, não haver razão para autorizar esse tipo de atuação senão quando absolutamente necessário⁵⁵².

Como resumo de sua argumentação, Von Humboldt apresenta o seguinte princípio: “Que o Estado se abstenha totalmente de velar pelo bem-estar positivo dos cidadãos e se limite estritamente a velar pela segurança entre eles próprios e frente aos inimigos do exterior, não restringindo a sua liberdade com vista a nenhum outro fim último”⁵⁵³.

⁵⁴⁶ Merquior afirma ser essa idéia de *Bildung* a “contribuição goethiana de Humboldt à filosofia moral”, que posteriormente exercerá influência sobre filósofos como Stuart Mill e Benjamin Constant (MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo*. p. 31).

⁵⁴⁷ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 25.

⁵⁴⁸ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 26.

⁵⁴⁹ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 28.

⁵⁵⁰ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 29-30.

⁵⁵¹ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 30.

⁵⁵² VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 36-37.

⁵⁵³ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 42.

Velar pela segurança, isto é, velar pelo bem-estar negativo é, para Von Humboldt, algo que “o homem não pode buscar por si próprio”, pois ao fazê-lo temos ofensa gerando outra ofensa em um ciclo ininterrupto de vingança⁵⁵⁴. Daí porque cabe ao Estado aplicar sanções quando alguém, violando o dever negativo de respeito, lesa outrem⁵⁵⁵. Dessa constatação decorre o princípio de que “a garantia da segurança, tanto frente ao inimigo exterior, como frente às tensões interiores, deve constituir o fim do Estado e o objecto da sua atividade”⁵⁵⁶, entendida a segurança como “a certeza da liberdade concedida pela lei”⁵⁵⁷. Seguindo esse raciocínio, conclui que “o Estado não deve velar pelo bem-estar dos cidadãos, e para manter a sua segurança não pode ser necessário o que eliminaria precisamente a liberdade, e com isso também a segurança”⁵⁵⁸.

É importante sublinhar esse ponto: a segurança se resume no estabelecimento de um dever negativo de não lesar os direitos de outrem e na aplicação de sanções punitivas ou reparatórias quando de sua violação:

A segurança vê-se perturbada por aqueles actos que, como tais, lesam os direitos alheios ou aqueles de cujas conseqüências se pode temer este resultado. O Estado deve, contudo, proibir e esforçar-se por impedir ambas as classes destes actos [...]. Quando se tenham produzido, terá que esforçar-se em compensar juridicamente os danos causados por eles, na medida que seja possível e terá que procurar, mediante o castigo, que sejam menos freqüentes no futuro.⁵⁵⁹

No campo que denominamos hoje responsabilidade civil, essa tese se desdobrava no acolhimento da culpa como fundamento da obrigação de reparar o dano. Nesse sentido, Von Humboldt asseverava:

[...] o Direito natural reprova todos os actos pelos quais alguém, por culpa sua, invade a esfera de outrem. Trata-se, portanto, de acções em que o dano se causa por omissão ou está sempre unido à acção ou num tão elevado grau de probabilidade que o agente está consciente disso ou, pelo menos, não pode passá-lo por alto sem que tal haja de atribuir-se-lhe a ele mesmo.⁵⁶⁰

A partir dessa afirmação, Von Humboldt cunha outro princípio que poderíamos chamar de

⁵⁵⁴ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 48.

⁵⁵⁵ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 48.

⁵⁵⁶ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 48.

⁵⁵⁷ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 97.

⁵⁵⁸ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 98.

⁵⁵⁹ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 98.

⁵⁶⁰ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 103. .

“limite à responsabilidade individual”. Para ele, o Estado, com vistas a garantir a segurança dos cidadãos, deveria proibir ou restringir todas e apenas as ações que se referissem, de maneira imediata, somente a quem as realiza e das quais resulte uma lesão dos direitos dos outros, isto é, aquelas ações que diminuem a liberdade ou a propriedade de alguém sem o seu consentimento ou de encontro a ele – ou em virtude das quais houvesse grande probabilidade de tal vir a ocorrer –, pois “qualquer restrição da liberdade privada que vá mais além ou que se imponha por outros motivos diferentes sai dos limites da ação do Estado”⁵⁶¹.

Se, em relação ao dever negativo (dever de respeito), Von Humboldt pensava ser exigível uma atuação do Estado, entendia, diversamente, que em relação ao dever positivo (dever de auxílio) não era recomendável a mesma atuação, considerando não ser bom que “o Estado obrigue um cidadão, contrariamente à sua vontade, a fazer algo em favor de outro, por mais compensador que possa vir a ser para ele”⁵⁶². Além do mais, essa ação positiva não seria necessária, pois, para garantir a segurança “não faz falta, em absoluto, recorrer a este tipo de instituições, que hão-de ser sempre uma exceção”, até porque “quanto menos feridos se sintam os cidadãos em seu amor próprio e na sua independência por um direito coactivo, melhor disposição terão para os outros e mais se ajudarão mutuamente”⁵⁶³.

Também Hegel, em seu “Princípios da filosofia do direito”, de 1821, parece concordar com a idéia de que os imperativos do direito manifestam-se, exclusivamente, pela forma negativa⁵⁶⁴:

Em relação à acção concreta e aos factos da moralidade subjectiva e objectiva, o direito abstracto apenas constitui uma possibilidade perante o conteúdo deles; a regra jurídica só é, portanto, uma faculdade ou permissão. A necessidade deste direito limita-se (sempre por causa de sua abstracção) a algo de negativo: não ofender a personalidade e tudo que lhe é conseqüente. Só há, portanto, interdições jurídicas e a forma positiva dos imperativos de direito funda-se, em última análise, numa interdição.⁵⁶⁵

Essa convicção se desdobra na afirmação de que não é possível impor, seja à classe rica, seja ao Estado, deveres de auxílio aos cidadãos desafortunados, pois

⁵⁶¹ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 104.

⁵⁶² VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 105.

⁵⁶³ VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. p. 105-106.

⁵⁶⁴ Conforme Gurvitch a concepção do direito de Hegel se apresenta como um limite exterior entre duas unidades distintas, desempenhando uma função puramente negativa (GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 436).

⁵⁶⁵ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães Editora, 1990. p.57.

[...] se se impuser à classe rica o encargo de directamente manter no nível vulgar de vida a classe reduzida à miséria, ou se, por uma qualquer forma de propriedade pública (ricos hospitais, fundações, mosteiros), directamente se fornecerem os meios, a subsistência ficará assegurada aos miseráveis sem que tenham de recorrer ao trabalho, o que é contrário ao princípio da sociedade civil e ao sentimento individual de independência e honra.⁵⁶⁶

Daí porque, para Hegel, o meio mais adequado de combater a pobreza, o desaparecimento da honra e do pudor, a preguiça e a dissipação está em “abandonar os pobres ao seu destino e entregá-los à mendicidade pública”⁵⁶⁷ ou em organizar o auxílio por meio da atuação de corporações económicas, já que nelas ele “perde o carácter contingente e, por conseguinte, injustamente humilhante”⁵⁶⁸.

É nessa segunda alternativa – a qual remete a uma intervenção de organismos sociais na mediação entre sociedade e indivíduo – que podemos encontrar um ponto de aproximação e, simultaneamente, de diferença entre as idéias de Hegel⁵⁶⁹ e de Gierke. Se é verdade que ambos referem a importância das corporações, diferem entre si na identificação desses organismos. Para Hegel essa expressão é utilizada para denotar a importância da empresa capitalista no desempenho dessas tarefas de auxílio. Já para Gierke⁵⁷⁰ a expressão identifica os sindicatos obreiros entendidos como associações de colaboração e, por essa razão, tomados como a fonte de solução do problema social moderno⁵⁷¹.

A presença, na obra de Gierke, de uma preocupação social que impõe ao sistema jurídico o desenvolvimento de uma função positiva pode ser entendida como o resultado da incorporação de uma tradição teórica alemã que remonta à Fichte⁵⁷², tendo em Krause um de

⁵⁶⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. p. 217.

⁵⁶⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. p. 218.

⁵⁶⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. p. 222.

⁵⁶⁹ De acordo com Denis Rosenfeld, a ajuda corporativa é defendida por Hegel, pois conservaria a ligação substancial entre trabalho e indivíduo; com isso, “a solidariedade das corporações em relação aos seus membros significa que estas se encarregam efetivamente da pobreza, recusando-se a tratar o indivíduo como objeto de mera doação” (ROSENFELD, Denis. *Política e liberdade em Hegel*. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 202-203). Em realidade, temos aqui a mesma perspectiva patriarcal e, de certa forma, feudal em que a proteção decorre de uma desigualdade entre patrão e empregado, que faz com que diante da obediência do último surja para o primeiro um dever de cuidado. A legislação social de Bismarck não foge muito desse padrão já que pretende fazer corresponder o dever de auxílio a cargo do sistema de seguros sociais à lealdade dos trabalhadores ao Estado (RIMLINGER, Gaston V. *Social change and social security in German*. p. 412-413)

⁵⁷⁰ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 560.

⁵⁷¹ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. Segundo Gurvitch em Von Gierke, a expressão “corporação” se opõe a de “estabelecimento”, essa identificada com a empresa capitalista (GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 560).

⁵⁷² Werner Sombart situa Fichte dentro da linhagem de representantes do que chamou de “socialismo

seus maiores representantes – e em Ahrens, um divulgador. Essa tradição é denominada de “transpersonalismo não estatista”⁵⁷³.

Para Fichte, a totalidade moral é uma totalidade não-hierárquica de modo que o valor do todo não é mais nem menos que o valor das partes, mas equivalente. Nessa perspectiva, a esfera moral se apresenta como espaço de integração solidária das consciências individuais que, por sua atuação recíproca, a engendram excluindo toda subordinação e hierarquia, e essa esfera não está contida no Estado, mas, pelo contrário, supera-o⁵⁷⁴. Essa esfera em Fichte é a Sociedade⁵⁷⁵, o “social”⁵⁷⁶.

É à Sociedade como totalidade orgânica que Fichte atribuirá deveres como o de prover os pobres e garantir sua existência⁵⁷⁷, além de que é em relação a ela que se estabelecem deveres aos indivíduos, tais como o dever de desempenhar uma atividade produtiva, de escolher uma profissão, como forma de retribuição ao que ela faz por seus membros⁵⁷⁸. Deveres que para ele serão mais que impostos pela Moral, impostos pelo Direito entendido como condição essencial, “meio absolutamente necessário e dado *a priori* para a realização da moral”⁵⁷⁹. É o Direito que torna racional a moral subordinando-a a necessidades lógicas⁵⁸⁰.

Essa visão de Fichte é compartilhada por um de seus discípulos, Karl Christian Krause, também influenciado por Schelling, tendo sido aluno de ambos na Universidade de Iena, onde algum tempo depois também foi professor⁵⁸¹ e que veio a desenvolver uma espécie de panteísmo idealista resultante da fusão entre germanismo e cristianismo⁵⁸². Na obra *O ideal da humanidade para a vida*⁵⁸³, expõe sua concepção do direito⁵⁸⁴ como a condição para a

nacional” (SOMBART, Werner. *Le socialisme allemande: une théorie nouvelle de la société*. Paris : Payot, 1938. p. 140).

⁵⁷³ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 407.

⁵⁷⁴ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 409-410.

⁵⁷⁵ Mais que de “Sociedade” Fichte fala de “Nação” (GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 416).

⁵⁷⁶ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 411.

⁵⁷⁷ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 413.

⁵⁷⁸ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 421.

⁵⁷⁹ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 424.

⁵⁸⁰ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 425.

⁵⁸¹ ENCICLOPÉDIA Universal Ilustrada Europeo-Americana. Barcelona: Hijos de J. Espasa Editores, 1926. Tomo XXVIII, 2ª parte. p. 3523.

⁵⁸² Sua filosofia, gestada no momento em que o romantismo alemão assume sua última forma, é uma nova modalidade da filosofia do absoluto ou da identidade entre sujeito e objeto, cujo pleno desenvolvimento se obtém mediante a utilização de dois métodos, a análise e a síntese: o primeiro parte do “eu” para chegar a Deus; o segundo decompõe a intuição do Ser em todos os momentos da realidade e do pensamento (ENCICLOPÉDIA Universal Ilustrada Europeo-Americana. p. 3523-3524).

⁵⁸³ KRAUSE, Karl Friedrich. *O ideal da humanidade para a vida*. Buenos Aires: Eduardo Perié Editor,

realização dos ideais morais, e é nessa esteira que denominará “sentimento do direito” à “condicionalidade recíproca exigível para o destino humano”⁵⁸⁵ e defenderá:

O direito quer que todos os homens dêem e recebam mutuamente e em forma social toda a condição para o cumprimento do seu destino individual e total. Assim, a idéia do direito ou das condições exigíveis e recíprocas entre os homens, é uma idéia geral, que tem por alvo a totalidade dos fins humanos e tem por fim a própria condicionalidade humana.⁵⁸⁶

Ao submeter a totalidade dos fins humanos à mediação do direito, Krause, como Fichte, irá estabelecer uma preponderância do fenômeno jurídico sobre os demais fenômenos sociais, na medida em que, para ele, o direito é “a forma explícita de cada vida em grupo, de toda harmonia social”⁵⁸⁷ que tem por função sustentar as manifestações positivas da liberdade. Assim, diferentemente do que pensavam os teóricos do individualismo – que resumiam o direito a uma função negativa de estabelecimento de limites através da prática de impedir e/ou permitir – Krause sustentará que ao direito caberá ajudar e criar formas de harmonia social⁵⁸⁸.

Essa função positiva do direito é também abordada por Heinrich Ahrens, professor de filosofia e de direito natural em Bruxelas e Gratz e discípulo de Krause. Em seu “Curso de Direito Natural”⁵⁸⁹ afirma que o direito, uma vez chamado a regular “as relações reciprocamente condicionadas entre todas as esferas da vida”⁵⁹⁰, deve exercer sua missão através de três direções principais. A terceira dessas condições consiste em estabelecer “as condições sobre as quais deve se operar a *ajuda* ou a *assistência* dos homens em

1884.

⁵⁸⁴ A concepção de direito expressa nessa obra pode ser hoje considerada expressão autêntica do pensamento de Krause, pois se durante muito tempo a historiografia filosófica espanhola entendeu que a referida obra seria de autoria de Julián Sanz del Rio, que a teria escrito sobre a forte influência das idéias de Krause adaptando-as ao cenário espanhol, atualmente porém, pesquisas recentes apontam que essa interpretação, estimulada por Sanz del Rio e seus discípulos, não corresponde à verdade. Segundo Enrique Menedez Ureña, a referida obra nada mais é do que a tradução literal e compilação de dois textos de Krause escritos sob inspiração das idéias filosófico-maçônicas e por ele publicados em 1811: “Aliança da Humanidade” e “Desenvolvimento e apresentação ideal da idéia de aliança da humanidade desde a perspectiva da vida” (sobre o assunto ver os seguintes trabalhos: UREÑA, Enrique Menedez. El fraude de Sanz del Rio o la verdad sobre su “Ideal de la Humanidad”. *Revista Pensamiento*, Madrid, v. 44, n. 173. p. 25-47, 1988; UREÑA, Enrique Menedez. *El Ideal de la Humanidad de Sanz del Rio y su original alemán: textos comparados con una introducción*. 2. ed. Madrid: Instituto Universitario de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería, Universidad Pontificia Comillas, 1997).

⁵⁸⁵ KRAUSE, Karl Friedrich. *O ideal da humanidade para a vida*. p. 64.

⁵⁸⁶ KRAUSE, Karl Friedrich. *O ideal da humanidade para a vida*. p. 64.

⁵⁸⁷ KRAUSE, Karl Friedrich. *O ideal da humanidade para a vida* apud GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 453.

⁵⁸⁸ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 454.

⁵⁸⁹ AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit completé dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques*. 7. ed. Leipzig: F. A. Brockhaus, 1875.

⁵⁹⁰ AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel ...* v. I. p. 139.

sociedade”⁵⁹¹. Ahrens critica o que considera ser uma opinião errônea – a seu ver compartilhada por um grupo grande de juristas –, a que pretenderia eliminar do domínio do direito todas as obrigações que levam a diversos gêneros de assistência e de lhes relegar ao domínio da moral⁵⁹². O equívoco dele está em que:

[...] os jurisconsultos geralmente não percebem que o direito privado, estando dominado pelo princípio da ação própria das pessoas, não consagrasse a assistência obrigatória a não ser nos casos mais urgentes; entretanto uma vez que cada povo avance culturalmente se vê obrigado a fornecer atendimento, pelo direito, às necessidades mais urgentes de assistência que tocam a todos aqueles que não podem se ajudar por si mesmos.⁵⁹³

Essa interferência do “social” sobre o privado produz conseqüências sobre a divisão tradicional entre direito privado e direito público. Entende Ahrens que a divisão formal e estrita não auxilia mais a compreensão dos fenômenos jurídicos⁵⁹⁴. Sendo assim, importa bem compreender as relações entre ambos sem descuidar que os princípios gerais de distinção entre essas duas áreas “sofrerão sempre certas modificações em razão do gênio particular e o grau de cultura de um povo”⁵⁹⁵, razão pela qual “a linha de demarcação não é inflexível, mas uma linha mais ou menos variável”⁵⁹⁶.

A prova da mutabilidade das fronteiras entre público e privado está, exatamente, no influxo do social sobre a forma como o direito privado regula o direito de propriedade⁵⁹⁷. Segundo Ahrens, se a organização jurídica da propriedade que então vigorava produzia o isolamento entre os homens, tal situação somente seria contornada pela disseminação de virtudes como a benevolência, a simpatia, a probidade, a fidelidade e o auto-domínio, que permitiriam a repartição dos bens adquiridos pela aplicação dos princípios da justiça e da equidade⁵⁹⁸. Para tal, seria necessário o estabelecimento de regras que reduzissem os extremos do individualismo e do socialismo, que conciliassem “os direitos da personalidade livre com os

⁵⁹¹ AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel* ... v. I. p. 143.

⁵⁹² AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel* ... v. I. p. 143.

⁵⁹³ AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel* ... v. I. p. 143.

⁵⁹⁴ AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel* ... v. I. p. 278-279.

⁵⁹⁵ AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel* ... v. I. p. 282.

⁵⁹⁶ AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel* ... v. I. p. 282.

⁵⁹⁷ Um dos meios pelos quais o direito, no desempenho de sua função positiva, criará essa harmonia se encontra na regulação da propriedade. A partir do momento em que o direito privado é perpassado pelo social, a propriedade passa a ser vista como instrumento para a realização da conciliação de interesses individuais e sociais (GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 464).

⁵⁹⁸ AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel* ... v. II. p. 203-204.

deveres que o bem comum impõe”⁵⁹⁹.

As idéias de Ahrens irão influenciar a formação de uma corrente econômica denominada “socialismo de cátedra” (*Kathedersocialismus*)⁶⁰⁰, corrente essa que influenciará, posteriormente, a formação da legislação social criada por Bismarck⁶⁰¹.

O “socialismo de cátedra” resulta da junção entre o projeto teórico da chamada Escola Histórica da Economia Nacional e a vontade de seus adeptos de intervir sobre a realidade social⁶⁰². O ponto de partida está na incorporação pela economia política da noção de sociedade como correspondente a um ente real distinto do indivíduo e mesmo do Estado, o que se opunha frontalmente à tradição do pensamento econômico da escola de Manchester,

⁵⁹⁹ AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel ...* v. II. p. 194.

⁶⁰⁰ Esse foi o nome que se deu ao grupo que se uniria em 1872 na Associação para a Política Social (*Verein für Sozialpolitik*), formando um importante meio acadêmico para a defesa da reforma social por contraposição ao então domínio da teoria econômica liberal nas universidades alemãs. Partidários do intervencionismo estatal na regulação e ordenação da atividade econômica advogavam a regulação estatutária dos contratos relevantes para a ordem econômica, bem como a proteção da liberdade sindical e o direito de greve. Deste grupo faziam parte pensadores como Wagner, Schomoller, Schäffle, Sombart, Brentano, Lange, von Scheel, Bauer, Vivante, dentre outros. A influência das idéias desse grupo sobre Anton Menger o levou à defesa de um “socialismo de estado”, no qual o aparato estatal surge como o elemento de integração e organização do sistema de classes. (PÉREZ, José Luis Monereo. Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España. In: MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. Granada: Editorial Comares, 1998. p. 47-48, 22). Sobre o “socialismo de cátedra” ver: ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 130-131 e VON MISES, Ludwig. *Uma crítica ao intervencionismo*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, Editorial Nórdica, 1987. p. 75 e ss.

⁶⁰¹ Essa influência tem no “Manifesto de Eisenach” seu documento mais importante. Em 1872 se reuniu nessa localidade um grupo de personalidades acadêmicas ligadas à economia e à sociologia para debater e propor um modelo ideal de Estado. Entre os presentes estavam Schmoller e Wagner, membros da então denominada “Nova Escola Histórica de Economia” alemã, que defendiam, ambos, a monarquia, pois, como Estado forte e organizado hierárquica e burocraticamente que paira acima dos interesses egoístas de classe, seria capaz de proteger os débeis e elevar as classes mais baixas. Para eles, o estado deveria se portar como uma grande instituição moral para a educação das gerações de homens. Sobre o assunto ver: SCHMIDT, Karl-Heinz. Schmoller’s contribution to the theory of the welfare state In: BACKHAUS, J. G. (Ed.). *Essays on social security and taxation: Gustav von Schmoller and Adolph Wagner reconsidered*. Marburgo: Metropoli, 1997. p. 217-237 e ZWEIG, Konrad. *The origins of the Germans Social Market Economy: the leading ideas and their intellectual roots*. Londres: Adam Smith Institute, 1980. p. 13.

⁶⁰² O objetivo do grupo de autores que se uniam sob a rubrica “socialismo de cátedra” era buscar soluções para o que à época se denominava a “questão social” (*Soziale Frage*), o problema relativo ao conflito entre patrões e empregados. Entre as formas de solucioná-lo, apontavam a melhora e a expansão da seguridade social vista por eles não como uma benevolência, mas como um direito. Comungava também dessa opinião Georg Simmel que, em 1908, afirmava que somente ao se assumir um “direito dos necessitados” é que se colocaria a salvo do arbítrio o funcionamento da assistência pública; porém, destacava que, com a evolução da sociedade de bem-estar, essa assistência passa a ser organizada pelo Estado e, ao mesmo tempo que deixa de ter seu foco sobre o sujeito que providenciava o auxílio, também se afasta da necessidade de fundamentá-lo sobre um direito do indivíduo que o recebia, passando a repousar sobre uma justificativa que remete a um interesse mais geral de “combate à pobreza” que hoje chamaríamos de “interesse difuso” (SIMMEL, Georg. The poor. In: _____. *On individuality and social forms*. Chicago: University of Chicago Press, 1971. p. 150, 154-157, 169). Para alguns desses teóricos era necessário uma redistribuição de renda obtida através de um sistema que estabelecesse o financiamento pelas camadas mais ricas de prestações sociais destinadas às camadas mais pobres.

para a qual o indivíduo é o sujeito único das relações econômicas e a sociedade é uma abstração, um conceito metafísico que os economistas devem desconsiderar⁶⁰³.

Segundo Ludwig Von Mises, embora o “socialismo de cátedra” ou “socialismo acadêmico”⁶⁰⁴ não possuísse uma ideologia homogênea⁶⁰⁵ convivendo em si, no mínimo duas correntes: uma que dava ênfase ao papel do Estado e outra que destacava a importância das corporações profissionais e sindicais⁶⁰⁶, havia uma indiscutível concordância: a rejeição ao ideal social defendido pelo liberalismo clássico, ou seja, “não importava o quanto diferissem um do outro, cerravam fileiras na luta contra o ‘manchesterismo’”⁶⁰⁷.

Tomada a sociedade como uma realidade distinta da mera soma aritmética de seus membros, tem-se que essa nova premissa teórica exige uma nova linha de estudos econômicos onde a “Economia social” (*Volkswirtschaft*), entendida como a organização da atividade econômica pela sociedade, não é vista como uma questão limitada à produção empresarial (que como atividade econômica privada (*Einzelwirtschaften*) está naquela inserida)⁶⁰⁸, mas como uma questão envolvendo a realização de interesses sociais, entendidos como distintos dos individuais⁶⁰⁹.

Essas premissas incorporadas pela economia política são obtidas pela influência da reflexão então realizada pela filosofia do direito, conforme fica claro na seguinte assertiva de Adolph Wagner:

[...] a economia política e a filosofia do direito deveriam ser consideradas ciências complementares uma da outra. A filosofia do direito é especialmente necessária em questões relativas à necessidade fundamental

⁶⁰³ DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. São Paulo: Landy Editora, 2003. p. 18.

⁶⁰⁴ Essa denominação aparece também na obra DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*.

⁶⁰⁵ VON MISES, Ludwig. *Uma crítica ao intervencionismo*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, Editorial Nórdica, 1987. p. 75.

⁶⁰⁶ Segundo Von Mises, a corrente sindicalista não compartilhava da opinião acerca da necessidade da intervenção do estado na economia (VON MISES, Ludwig. *Uma crítica ao intervencionismo*. p. 75), às vezes chamada de “liberalismo social”, havendo profundas divergências entre ambas, em questões como o trabalho de mulheres casadas ou a necessidade de proteção aos artesãos em relação às grandes empresas, etc. Segundo Von Mises, a expressão “liberalismo social” soa estranha “visto que socialismo e liberalismo são mutuamente excludentes. Mas estamos acostumados com essa terminologia. O socialismo e a democracia também são irreconciliáveis, em última análise e, não obstante, há o velho conceito de ‘Democracia social’, uma *contradiction in adjecto*.” (VON MISES, Ludwig. *Uma crítica ao intervencionismo*. p. 82).

⁶⁰⁷ VON MISES, Ludwig. *Uma crítica ao intervencionismo*. p. 102.

⁶⁰⁸ WAGNER, Adolph apud DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 20.

⁶⁰⁹ DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 20-21.

do Estado para a vida social, à sua competência, [...] à forma como o Estado organiza as leis relativas à propriedade, contrato e sucessão, à implementação do princípio da justiça distributiva na distribuição dos bens e serviços sociais e das obrigações comunitárias.⁶¹⁰

Essa mescla entre a economia política produzida pela escola histórica e a filosofia do direito de matiz “transpersonalista” (Fichte, Krause e Ahrens⁶¹¹) iria produzir um discurso reformador⁶¹².

Segundo Durkheim, o que caracterizava essa, então, nova escola econômica era sua crença na ligação íntima entre economia política e moral⁶¹³, ou melhor, sua defesa de que os fatos econômicos e morais, “apesar de inteiramente diferentes, são realmente de mesma natureza”⁶¹⁴. Daí porque devia-se perceber que “o problema da economia política é ético; seu objetivo moral”⁶¹⁵. Assim, o fundamental não é mais “saber como produzir tanto quanto seja possível, mas saber como vivem as pessoas, saber até que ponto a atividade econômica realiza os fins morais da vida, as exigências de justiça, humanidade e moralidade, que se impõem a toda sociedade humana”⁶¹⁶.

No campo das “políticas sociais” não bastaria a preocupação com a idéia de justiça baseada no “*suum cuique*”. Caberia a confrontação com outras idéias, dentre elas as de comunidade e benevolência: à primeira corresponderia a promoção dos interesses do todo em relação ao direito das partes, e, à segunda, a concessão ao pobre de benefícios para além do que teria direito de demandar⁶¹⁷.

Aqui surge uma distinção entre justiça e benevolência, embora com a finalidade de destacar a

⁶¹⁰ WAGNER, Adolph. *Lehrbuch der politischen Ökonomie*. Leipzig: s.n, 1879. v.1, . p. 290 apud DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 26. .

⁶¹¹ Segundo Eugen Von Philippovich, a obra de Adolph Wagner é a prova inquestionável da influência de Ahrens sobre essa escola do pensamento econômico (VON PHILIPPOVICH, Eugen. *The infusion of social-political ideas into the literature of german economics*. The American Journal of Sociology, Vol. 18, No. 2 (Sep., 1912), pp. 145-199. p. 167).

⁶¹² Gustav Schmoller, além de afirmar que o socialismo ao exigir uma justa distribuição de renda estava apenas retomando a grande tradição da filosofia social do idealismo, asseverava também que os períodos de maior progresso econômico estavam conectados com aqueles em que ocorria a reforma das instituições sociais. (SCHMOLLER, Gustav. The idea of justice in political economy. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. v. 04, p. 1893-1894. Disponível em: <<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3113/schmoller/justice>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

⁶¹³ DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 14.

⁶¹⁴ DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 17.

⁶¹⁵ DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 16.

⁶¹⁶ DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 16.

⁶¹⁷ DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 16-17.

necessidade de a primeira ser complementada pela segunda; é importante destacar que, diferentemente do que se expressa em certos discursos da época, aqui a benevolência não está associada à caridade privada, mas parece ser apontada como um elemento que forçaria, por sua integração e especificação, a ampliação do que, então, se entendia por juridicamente devido por meio da adoção do conceito de “justiça social”⁶¹⁸. Essa hipótese possui plausibilidade diante de passagens como esta:

A exigência da justiça que o empregador deva providenciar melhorias às condições de seus empregados se torna praticável quando demandamos, em forma específica e definida, que o empregador possui esta ou aquela responsabilidade diante de acidentes, que deva essa ou aquela contribuição ao fundo de benefícios, que deva aceitar o veredicto de árbitros em relação aos salários.⁶¹⁹

Nesse sentido, Gustav Schmoller, admitindo a aplicação do critério de justiça a problemas econômicos, afirmava que a média salarial do empregado comparada com a média de lucro do patrão poderia ser aumentada ou diminuída conforme mudanças na demanda e na oferta dentro de determinada economia e concluía que essa variação poderia ser considerada justa ou injusta⁶²⁰. Entendia que a aplicação de critérios de justiça a essa matéria era possível porque a questão relativa à distribuição de renda em dada sociedade não era um efeito de arranjos naturais, assim como não o era a diferença entre ricos e pobres, mas uma consequência de ações humanas⁶²¹, ou melhor, de instituições jurídicas, tais como o direito de propriedade, o direito de herança e o direito contratual⁶²².

Schmoller não acreditava que a história funcionasse como um processo natural, mas que os homens sobre ela atuavam através do estabelecimento de regras adequadas⁶²³, daí porque toda articulação da sociedade em relação à questão da divisão do trabalho deve ser compreendida, em Schmoller, como tendo por base um sistema de deveres, o que faz com que toda a vida econômica seja compreendida através da filosofia moral e da estrutura jurídica e, por fim, leva

⁶¹⁸ Segundo Peukert, o conceito de justiça social foi o ponto central do projeto ético-político de Schmoller (PEUKERT, Helge. *The Schmoller Renaissance. History of Political Economy*, v. 33, n.1, pp. 71-116, 2001. p. 76).

⁶¹⁹ DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 19.

⁶²⁰ SCHMOLLER, Gustav. *The idea of justice in political economy*. p. 8-9.

⁶²¹ SCHMOLLER, Gustav. *The idea of justice in political economy*. p. 11.

⁶²² SCHMOLLER, Gustav. *The idea of justice in political economy*. p. 13.

⁶²³ BALABKINS. *Not by theory... : the economics of Gustav von Schmoller and its legacy to America*. Berlim: Duncker and Humblot, 1988. p. 20 apud PEUKERT, Helge. *The Schmoller Renaissance*. p. 75.

a que toda parte seja julgada em conexão com o resto da sociedade e seus propósitos⁶²⁴. Além disso, cabe destacar que, ao exigir que os padrões assumam aquele tipo de obrigação, Schmoller expressa uma característica também presente no conjunto das idéias sócio-políticas do liberalismo social, qual seja o reconhecimento da necessidade e da impositividade de ações positivas à cargo tanto dos particulares como do Estado, dentro de um processo constante de moralização da sociedade⁶²⁵.

Como representante da crítica jurídica influenciada pelo “socialismo de cátedra” temos, conforme Wieacker⁶²⁶, o austríaco Anton Menger que, na obra *O Código Civil e as classes populares não proprietárias*⁶²⁷ (*Das bürgerliche Gesetzbuch und die besitzlosen Volksklassen*), datada de 1890/91⁶²⁸, criticou o primeiro projeto de Código Civil alemão a partir das premissas desenvolvidas por essa corrente econômica.

Sua crítica principal era a forma como o projeto tinha regulado o contrato de trabalho, deixando um amplo espaço para o exercício do arbítrio da parte mais forte sobre a parte mais fraca. Menger afirmava que nas relações que se estipulam normalmente entre pessoas muito fortes e muito débeis, era indispensável “a disposição de uma condição estável e fixa, assim como um mínimo de benevolência e de humanidade nas relações contratuais dos cidadãos”⁶²⁹. A condição “estável e fixa” sugerida por Menger era o dever legal de proteção aos bens pessoais (de personalidade), tais como vida, saúde, etc. E referindo o Regramento Industrial alemão, em seu parágrafo 120⁶³⁰, advogava a extensão desse dever a outras hipóteses⁶³¹: o

⁶²⁴ Ao não rechaçar a importância da liberdade individual (SCHMOLLER, Gustav. *The idea of justice in political economy*. p. 17) e pretender o desenvolvimento de um teorema de organização social que levasse em conta o conceito de simpatia de Adam Smith, Schmoller acabou por defender instituições que estimulassem de forma complementar individualidade e solidariedade; nessa linha de raciocínio destacou a importância do seguro, o qual, para ele, agregava interesses egoístas e preocupações com o bem-estar coletivo (PEUKERT, Helge. *The Schmoller Renaissance*. p. 91).

⁶²⁵ VON PHILIPPOVICH, Eugen von. *The infusion of social-political ideas into the literature of german economics*. p. 196-197).

⁶²⁶ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 522.

⁶²⁷ Usaremos a tradução para o espanhol feita por Adolfo Posada: “El derecho civil y los pobres”, Comares Editorial, Granada, 1998. José Luis Monereo Pérez observa que na edição espanhola a expressão “*besitzlosen volksklassen*”, que seria mais adequadamente traduzida como “classes populares despossuídas”, foi traduzida para “pobres”; segundo ele, isso se deve ao fato de que o primeiro tradutor dessa obra para o espanhol, Adolfo Posada, era grandemente influenciado pelo krausismo (PÉREZ, José Luis Monereo. *Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España*. In: MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. Granada: Editorial Comares, 1998. p. 10).

⁶²⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 538.

⁶²⁹ MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Granada: Comares Editorial, 1998. p. 267-268.

⁶³⁰ Regramento Industrial alemão, Parágrafo 120: “Os industriais estão obrigados a adotar todas aquelas medidas que com relação à natureza da indústria, e às condições em que se exerce, sejam necessárias para assegurar até onde possível, contra os perigos da vida e da saúde.” (MENGER, Anton. *El derecho civil y*

patrão, por exemplo, poderia, assim, usufruir das forças que estão à sua disposição em função do contrato de trabalho, somente na medida em que não prejudicasse os bens pessoais do trabalhador. Em sua opinião aquela regra representava uma máxima jurídica indicadora do “limite extremo ao qual deve aspirar, toda reforma do contrato de trabalho, inspirada em sentimentos de benevolência”⁶³².

Outra crítica de Menger é endereçada ao conceito de “diligente pai de família” (*ordentlichen Hausvaters*), expresso no parágrafo 146 do projeto de CC, ao qual opõe o de “homem honrado” (*wackeren oder den braven Menschen*):

Ao invés de diligente pai de família, que somente cuida dos seus e do seu, o homem honrado se coloca no ponto devido entre seus interesses e os alheios. [...] Em suma: atenderá não meramente a seu bem-estar, senão ao dos demais, adotando as medidas que um homem honrado deve adotar, segundo direito e seguindo o costume.⁶³³

Segundo José Luis Monereo Pérez, o que caracteriza o argumento de Menger é a postulação de uma forma de socialização do Direito privado que leve, ao fim e ao cabo, à sua transformação em Direito Social. Essa postulação vem embasada pela idéia de legislação social como direitos sociais *estendidos* ao sistema geral de Direito privado, o que evita a separação radical entre Direito público e Direito privado.⁶³⁴

Não obstante a constatação de que todas as produções teóricas expostas até aqui tenham formado o conjunto de idéias que acabará por influenciar toda uma geração de juristas, a qual a história destinou enfrentar o maior desafio da República de Weimar, qual seja a formulação de sua Constituição⁶³⁵, é fundamental destacar que é por força da obra de Otto von Gierke, em

los pobres. p.287-88).

⁶³¹ MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. p. 288.

⁶³² MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. p. 286.

⁶³³ MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. p. 319. Menger entende que, tendo em vista a forma pela qual, historicamente, se formou o sistema de direito privado, a ninguém deve admirar que em todas as questões fundamentais o direito civil tenha optado por soluções que têm como premissa o egoísmo individual (MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Granada: Comares Editorial, 1998. p. 120-121). Daí porque, para ele, a criação de um direito privado que seja capaz de distribuir os bens de forma mais eqüitativa entre os membros da sociedade é uma tarefa que caberia ao futuro (MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. p. 124). Conclui então que, se tivera de resumir com uma frase que remetesse à técnica jurídica as aspirações da reforma social de sua época, diria que se buscava por meio da coação educativa do Estado “transformar os diligentes pais de família em homens honrados” (MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*).

⁶³⁴ PÉREZ, José Luis Monereo. Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España. In: MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. p. 53.

⁶³⁵ A República de Weimar surgiu como uma tentativa de conciliar um componente social com o ideal liberal

razão do papel desempenhado por um discípulo seu, Hugo Preuss, que se dará a transmissão direta da tradição do pensamento romântico de Fichte, Krause e outros à Carta de Weimar⁶³⁶.

As idéias dos autores do "socialismo de cátedra", somadas às concepções de Von Gierke, foram o veículo para a transmissão direta da tradição de Fichte e Krause à Constituição de Weimar, cujo projeto se deve a Hugo Preuss, discípulo de Gierke.

Em texto de 1925, Preuss defendia que seria possível identificar o valor dado por uma Constituição à idéia de justiça social por meio da análise de sua estrutura e dispositivos⁶³⁷. No artigo 151⁶³⁸ da Constituição de Weimar estava disposto que "a vida econômica deve ser organizada conforme aos princípios da justiça e de forma a garantir uma existência digna a todos". Já no artigo 161 estabelecia-se que caberia ao Reich organizar, com o concurso adequado dos segurados, "um sistema de seguridade para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, a proteção da maternidade e a previdência contra as conseqüências econômicas da velhice, da invalidez e dos acidentes"⁶³⁹.

Em razão desses dispositivos se apresentava correta a afirmação de Ernest Forsthoff, feita em 1933, ano final da República de Weimar, de que "nesta fase do desenvolvimento, não podemos mais falar em responsabilidade individual pela subsistência", uma vez que "o indivíduo vê sua subsistência garantida somente dentro da solidariedade dos grupos sociais"⁶⁴⁰. Não é por coincidência que, durante a vigência da Constituição de Weimar, mais

burguês, daí o motivo da referida Constituição, promulgada em 14 de agosto de 1919, buscar promover o ajuste entre democracia formal e igualdade social; porém, apesar de Preuss, em 1925, ter afirmado que a idéia de democracia e a de república nada seriam se não estivessem estreitamente vinculadas com a idéia social de melhoria das classes trabalhadoras, a carta constitucional por ele projetada restou privada de sua força reformadora devido ao fraco projeto de conciliação e a falta de força política da supracitada república.

⁶³⁶ SCHOENBERGER, Christoph. Hugo Preuss. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (ed.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000. p. 110-114 ; GURVITCH, George. *L'idée du Droit Social*. p. 566.

⁶³⁷ PREUSS, Hugo. The significance of the democratic republic for the Idea of social justice. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (ed.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. California: University of California Press, 2000. p. 118-119.

⁶³⁸ Constituição de Weimar, artigo 151: "La vie économique doit être organisée conformément aux principes de la justice et en vue de garantir à tous une existence digne de l'homme." (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. Nova Iorque : Éditions de la Maison Française, 1944. p. 35).

⁶³⁹ Constituição de Weimar, artigo 161: "Le Reich organise, avec le concours adéquat des assurés, un système d'assurance pour la conservation de la santé et la capacité de travail, la protection de la maternité, et la prévoyance contre les conséquences économiques de la vieillesse, de l'invalidité et des accidents." (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. Nova Iorque : Éditions de la Maison Française, 1944. p. 35).

⁶⁴⁰ FORSTHOFF, Ernest. The administration as provider of services. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK,

especificamente em 1927, se estabelecerá um sistema em moldes amplos de amparo ao trabalhador desempregado cujo objetivo era proporcionar-lhes segurança financeira⁶⁴¹.

Percebe-se aqui que a perspectiva idealista de que o indivíduo e a comunidade não podem ser compreendidos como elementos isolados, mas como momentos da mesma relação dialética está nos pressupostos teológicos daquela Constituição. Assim apontam as obras de Rudolf Smend – para quem a adoção daquela perspectiva se impunha como uma necessidade para o desenvolvimento de uma teoria do estado e uma teoria da constituição que integrasse adequadamente o “ego na estrutura da realidade social”⁶⁴² – e Herman Heller. Este último afirma que o sujeito individual está no centro da realidade social, não como uma mônada sem comunicação com o ambiente exterior, mas em relação dialética com esse, de forma que não seria possível conceber o “eu” sem o correlato “tu”⁶⁴³, ambos em “recíproca motivação”⁶⁴⁴.

Essa tentativa de inserir o individual no comunitário, e vice-versa, levada a cabo pela Constituição de Weimar, se estendeu ao coração do direito privado. O artigo 153, que iria se tornar célebre, dispunha: “A propriedade é garantida pela Constituição. Seu conteúdo e seus limites são fixados pela lei. A propriedade produz obrigações. O uso da propriedade deve ser feito em vista do interesse geral”⁶⁴⁵.

Essa máxima tem uma de suas origens mais próximas nas idéias desenvolvidas pelo “socialismo de cátedra”, já tanto é possível identificar a máxima de que “a propriedade produz suas obrigações e seu uso deve servir o interesse geral” em Adolph Wagner⁶⁴⁶.

⁶⁴¹ Bernhard (Ed.) *Weimar: a jurisprudence of crisis*. California: University of California Press, 2000. SUND, Olav. O Estado de Bem-Estar Alemão: propósitos, realizações e deficiências. In: SEMINÁRIO UnB, Brasília, 14-16 nov. 1980. *A Social-Democracia Alemã e o Trabalhismo Inglês*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1997. p. 173.

⁶⁴² SMEND, Rudolf. Constitution and constitutional law. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Ed.) *Weimar: a jurisprudence of crisis*. California: University of California Press, 2000. p. 217. A edição alemã é de 1928.

⁶⁴³ Para Heller “o indivíduo não pode ser isolado em nenhum momento, nem pode ser considerado como uma substância, pois somente em intercâmbio com outros, desperto espiritualmente por sua chamada e despertando, a sua vez, para os demais, se faz indivíduo humano.” (HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p. 111).

⁶⁴⁴ HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p. 96.

⁶⁴⁵ Constituição de Weimar, artigo 153 : “La propriété est garantie par la Constitution. Son contenu et ses limites sont fixés par la loi. La propriété entraîne des obligations. L’usage doit en être fait dans l’intérêt général.” (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. Nova Iorque : Éditions de la Maison Française, 1944. p. 36).

⁶⁴⁶ O autor que a teria cunhado em discurso proferido, em 1871, no qual defende dentre outras coisas que o seguro aos trabalhadores em casos de doença, incapacidade, velhice e cuidado com viúvas e órfãos são deveres públicos (ZWEIG, Konrad. *The origins of the Germans Social Market Economy: the leadings ideas and their intellectual roots*. Londres: Adam Smith Institute, 1980. p. 13 ; VON PHILIPPOVICH,

Desse mesmo artigo 153, segundo Martin Wolf, podia-se retirar um princípio – que seria “uma fração do postulado revolucionário da fraternidade” – aplicável “para todo e qualquer direito subjetivo, e não apenas para o de propriedade”, do qual resultaria “uma dupla obrigação para o seu titular: o dever de exercer o direito, se for de interesse público que ele seja exercido e não fique paralisado; e o dever de exercer o direito de uma forma que satisfaça ao aludido interesse público”⁶⁴⁷.

Observe-se que, resultante de um “projeto conciliatório”, a Constituição de Weimar produzirá importantes modificações na relação entre Direito Constitucional e Direito Privado, acarretando, conseqüentemente, um influxo “socializante” nesse último. É por volta desse período que a Constituição ganha, na Alemanha, uma “função de guia”. Os direitos fundamentais começam a atuar como “princípios programáticos” que deveriam ser levados em consideração pelo legislador quando do estabelecimento da legislação ordinária⁶⁴⁸.

A Constituição também passa a atuar com uma “função de preservação”, ou seja, com a primazia da Constituição do *Reich* frente às leis dos *Länder* e do *Reich* resultava que os direitos fundamentais estavam garantidos frente a qualquer tentativa do legislador ordinário de extingui-los, embora pudessem ser, por essa via ordinária, limitados⁶⁴⁹.

Entretanto, se é verdade que a partir da Constituição de Weimar certas mudanças ocorrem no sistema jurídico alemão com a formação de um direito social, também é verdade que a alteração no padrão da racionalidade jurídica liberal oitocentista era, simultaneamente, uma espécie de retorno, de prova da sobrevivência das desigualdades e assimetrias feudais e

Eugen. *The infusion of social-political ideas into the literature of german economics*. p. 194); quanto, na opinião de Schmoller, de que o direito de propriedade não era absoluto, sendo seu valor sempre mais conseqüência social do que um mérito individual, pois, diante do volume tão intenso de obrigações que ele possui para com a sociedade e o estado, aquele direito não poderia ser concebível senão como meio de desempenho daquelas (SCHMOLLER apud VON PHILIPPOVICH, Eugen. *The infusion of social-political ideas into the literature of german economics*. p. 193).

⁶⁴⁷ WOLF, Martin apud SILVA, Clóvis do Couto e. O direito brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 40. p. 140.

⁶⁴⁸ Porém, até então, não eram diretamente vinculantes e não correspondiam a nenhum direito subjetivo dos possíveis beneficiários da futura legislação; da mesma forma, quanto à atividade dos tribunais, tais direitos fundamentais apresentavam-se, na medida em que as leis vigentes permitiam uma margem de apreciação dos mesmos, apenas como “diretrizes de interpretação” (HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 47-50.)

⁶⁴⁹ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 47-50. Embora a importância dos direitos fundamentais tenha sido por demais escassa em todo o período entre a Monarquia Constitucional até 1918 – não se permitindo com isso que tais direitos atuassem como limites ao legislador e fossem objeto da intervenção do julgador –, tais direitos já funcionavam como garantias frente à Administração Pública (HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p. 36-37).

estamentais⁶⁵⁰; assim sendo, tem-se que somente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial é que efetivamente começa a se introduzir e se desenvolver uma alteração significativa na forma de conceber as relações entre Estado e Sociedade.

Segundo Konrad Hesse⁶⁵¹, se é a partir da Primeira Grande Guerra que, através do surgimento de uma “ética social da responsabilidade solidária”, o Direito Privado alemão experimenta o avançar para o primeiro plano dos movimentos coletivos e sociais como forças determinantes da ordem jurídica⁶⁵², é por influência da Lei Fundamental de Bonn que essa ética se consolida e acaba por produzir a transformação na interpretação dos conceitos jurídico-privados.

É, mais ampla e intensamente, a partir da Lei Fundamental de Bonn de 1949 que surgirá no direito alemão uma forma de complementação ao princípio da liberdade individual de corte liberal clássico por meio da introdução e disseminação do “conceito ético do sujeito como membro da comunidade, vale dizer, o conceito de responsabilidade social”⁶⁵³, que acaba por provocar uma mudança substancial no conteúdo e no método do direito privado alemão⁶⁵⁴.

A idéia de “responsabilidade social” vai informar a ênfase que no sistema de previdência passará a ser dada ao princípio do “welfare” em lugar do princípio do seguro expressa pela defesa de um direito subjetivo à renda dinâmica, como direito de todo cidadão a estar incluído na Seguridade Social⁶⁵⁵. A mudança na ênfase produzirá a conseqüente expansão da rede de

⁶⁵⁰ Para Franz Wieacker “o novo direito social e econômico, que quebrou o predomínio do direito privado a partir da primeira Guerra Mundial e que haveria de dissolver a sua unidade interna, tinha sido preparado pelo facto de se ter mantido nos direitos particulares alemães do séc. XIX uma massa jurídica não liberal, proveniente, concretamente, das estruturas políticas feudais, do estado autoritário (ou estado-providência)” (WIEACKER, F. *História do Direito Privado moderno*. p. 630). Para o autor o conjunto de direitos particulares alemães do século XIX, entre eles o direito fundiário de fideicomissos e dos bens de raiz da nobreza, o de regulamentação do trabalho, da criadagem, do trabalho rural, o direito de proteção dos menores, o conjunto de direito público relativo ao solo, águas, caça e pesca, bem como o direito agrário relativo ao uso da terra, do crédito e das sucessões, tiveram sua passagem para a fase social sem nunca terem percorrido uma fase autenticamente liberal, constituindo assim o baluarte nunca conquistado da constituição econômica corporativa (WIEACKER, F. *História do Direito Privado moderno*. p. 511, 512, 630).

⁶⁵¹ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p. 70 e 72.

⁶⁵² Peter Häberle também destaca o papel tanto da legislação social que começa com Bismarck como da dogmática acerca do “Estado social de direito” que se desenvolve em Weimar como aportes fundamentais para a concretização da Lei Fundamental de 1949 (HÄBERLE, Peter. *Teoria de la constitución como ciencia de la cultura*. p 63).

⁶⁵³ RAISER, Ludwig. Il futuro del diritto privato. In: _____. *Il compito del diritto privato*. Milão: Giuffrè Editore, 1990. p. 217.

⁶⁵⁴ Em realidade, já em 1938, Werner Sombart afirmava que a característica essencial daquela época era o “sentimento exaltado da responsabilidade” em relação ao conjunto da sociedade e aos seus membros tomados isoladamente (SOMBART, Werner. *Le socialisme allemande*. p. 81).

⁶⁵⁵ HÄBERLE, Peter. *Teoria de la constitución como ciencia de la cultura*. p. 63.

segurança social. Enquanto o princípio do seguro estabelece uma vinculação entre benefício e subordinação a um vínculo de emprego (o que configura, de certa forma, a exigência de que o beneficiado comprove sua contribuição ativa para a vida da sociedade), o princípio do “welfare” está destinado a atuar como “um prolongamento da rede de segurança para todas aquelas pessoas não atingidas pelo sistema de seguro e previdência”, uma vez que “abandonar essas pessoas à própria sorte seria uma violação ‘inter alia’ do artigo 1º da Constituição, que estabelece que a dignidade dos homens é inviolável”⁶⁵⁶.

Outra consequência do princípio do welfare, informado pela idéia de “responsabilidade social”, é o sistema de equiparação de encargos que cobre, dentre outros, os custos decorrentes de danos materiais advindos não só de expulsões e destruições ocorridas durante a guerra e no período pós-conflito, mas também de outros atos de Estado como, por exemplo, os danos advindos da reforma monetária de 1948⁶⁵⁷ – em todos esses casos as compensações são “concedidas conforme os princípios de justiça social, na medida em que o permitia a situação financeira”⁶⁵⁸.

Incorporada, assim, a ética solidarista à Lei Fundamental, houve quem atribuísse a ela uma atuação limitada à função de cânone de interpretação da Constituição no âmbito judicial e de cânones de inspiração no âmbito da legislação ordinária. O expoente maior desse entendimento foi Ernst Forsthoff⁶⁵⁹. Sua argumentação – com base na compreensão de que existe uma antinomia insolúvel entre “Estado de Direito” e “Estado Social”⁶⁶⁰ – pode ser resumida da seguinte forma: enquanto o paradigma de Estado de Direito está ligado a garantias individuais presentes na Constituição e aos direitos individuais que caracterizam o direito privado moderno, o paradigma de Estado Social está vinculado a direitos sociais vinculados à legislação ordinária (direito do trabalho, direito econômico) e implementados, preponderantemente, por ação da Administração Pública⁶⁶¹. Do exposto resultaria a

⁶⁵⁶ SUND, Olav. O Estado de Bem-Estar Alemão. p. 174.

⁶⁵⁷ Tal reforma se fez necessária em razão da política de combate à inflação monetária que já assolava a Alemanha desde 1933.

⁶⁵⁸ SUND, Olav. O Estado de Bem-Estar Alemão. p. 175.

⁶⁵⁹ Sua opinião acerca do assunto está sintetizada no ensaio de 1953, “*Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*” aqui consultado em sua tradução italiana: FORSTHOFF, Ernst. *Concetto e natura dello stato sociale di diritto* In: _____. *Stato di diritto in trasformazione*. Milão: Giuffrè Editore, 1973.

⁶⁶⁰ Para um breve panorama acerca dos debates doutrinários envolvendo a antinomia “Estado de direito”/ “Estado social”, ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. p.390-393, 395.

⁶⁶¹ FORSTHOFF, Ernst. *Concetto e natura dello stato sociale di diritto* In: _____. *Stato di diritto in trasformazione*. Milão: Giuffrè Editore, 1973. p. 68.

impossibilidade de compreender a expressão “Estado Social de Direito” como um conceito jurídico no sentido de um conceito determinado “por características institucionais próprias e um específico conteúdo material”, dessa fórmula, então, não se poderia, diretamente, “derivar nem direitos, nem deveres, nem instituições”⁶⁶².

O entendimento de Forsthoff leva à conclusão de que os direitos sociais e os deveres de solidariedade decorrentes do “novo princípio de socialidade”⁶⁶³ incorporado às constituições surgidas no século XX se encaminhariam, primordialmente, ao Estado, sendo concretizados somente por via de legislação ordinária, mormente, através da legislação ordinária.

A influência dessa idéia pode ser vista em Natalino Irti⁶⁶⁴, que ao observar a Constituição da República italiana de 1948 afirma que o novo regime constitucional está destinado a desenvolver seu conteúdo por meio da forma da legislação ordinária, e, ao comentar dispositivo presente, na referida Carta⁶⁶⁵, assevera que “os deveres constitucionais de solidariedade exigem a *mediação da lei ordinária e do ato administrativo*”, pois “a solidariedade não é concebível fora de uma *situação pessoal*, de um ser ou encontrar-se diante de um dado sujeito”; assim, “a Constituição tem necessidade da lei ordinária; e a lei ordinária, por sua vez, do ato administrativo (ou seja, de atos realizadores da solidariedade no confronto de sujeitos determinados e diante de situações determinadas)”⁶⁶⁶. Em resumo, afirma que “*a solidariedade surge sempre contextualizada*”⁶⁶⁷.

Partindo-se da idéia de que a ética solidarista apenas se insere no sistema jurídico através da legislação ordinária, isto é, através da criação de “microssistemas”⁶⁶⁸, como no caso do direito do trabalho, direito previdenciário e direito da concorrência, direito do consumidor, poder-se-ia concluir que a ética solidarista não joga um papel relevante no direito privado, ou seja, no

⁶⁶² FORSTHOFF, Ernst. *Concetto e natura dello stato sociale di diritto*. p. 57.

⁶⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987. p. 204, 208, 210.

⁶⁶⁴ IRTI, Natalino. *L'Età della decodificazione*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1979. p.13-14. Sobre a opinião de que a Constituição se concretizaria pela via preferencial das “leis especiais”, ver do mesmo autor: IRTI, Natalino. *L'Età della decodificazione*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1979. p. 116 e ss.

⁶⁶⁵ Art. 2º da Constituição da República italiana de 1º de janeiro de 1948.

⁶⁶⁶ IRTI, Natalino. *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*. In: _____. *L'ordine giuridico del mercato*. 3.ed. Roma: Editori Laterza, 1998. p. 87.

⁶⁶⁷ IRTI, Natalino. *Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà*. p. 87. Grifo do autor

⁶⁶⁸ Expressão utilizada por Natalino Irti no ensaio “L’età della decodificazione” (IRTI, Natalino. *L'Età della decodificazione*. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1979. p. 25, 34 e 35) para indicar o surgimento, no século XX, de novos âmbitos jurídicos com princípios e lógica autônomos em relação aos presentes nas codificações oitocentistas.

direito civil. Porém uma análise mais detida do pensamento de autores como Ludwig Raiser, Konrad Hesse e Franz Wieacker pode oferecer luzes para demonstrar o equívoco dessa conclusão.

Hesse⁶⁶⁹ assevera que essa ética solidarista, primeiramente, teria levado à formação de novos âmbitos jurídicos que se configurariam através de legislação ordinária, e que capturariam matérias e institutos antes tidos por, essencialmente, como pertencentes ao âmbito do direito privado e os transformariam pela influência da referida ética – e aqui temos o exemplo clássico do Direito do Trabalho⁶⁷⁰ –; e, posteriormente, atuando como diretriz hermenêutica operante através da intervenção judicial realizada em litígios envolvendo os institutos clássicos, isto é, de origem liberal individual do direito privado⁶⁷¹, teria alterado a própria compreensão acerca desses institutos. Disso tudo resultaria uma nova configuração do direito privado.

Para Hesse, o direito privado contemporâneo já não se ocuparia somente dos princípios relacionados à autodeterminação individual, senão também dos atinentes à justiça social. Tal fato conduz, portanto, a “uma ordenação de ambos princípios de forma a transformar amplamente a qualidade do Direito Privado, que passa a ser mais que antes um Direito tutelar, delimitador”⁶⁷².

Já Raiser, ao se perguntar qual o papel do direito privado no Estado democrático e social da sociedade industrial⁶⁷³, responde que o futuro do direito privado como parte vital do sistema jurídico dependeria da “força persuasiva” de suas idéias-base, liberdade, autodeterminação e responsabilidade do indivíduo, bem como de sua “adaptabilidade” frente às exigências da sociedade industrial⁶⁷⁴. Essa “adaptação” se daria não através de uma transformação completa dos institutos de direito privado, mas por meio de um “ajuste de sintonia” quando de sua

⁶⁶⁹ HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p. 72

⁶⁷⁰ Também entendendo que o reconhecimento dos direitos sociais e a formação de novos âmbitos jurídicos produziram, junto a outras causas, a dissolução da pretensão de unidade sistemática do direito privado Franz Wieacker afirma que: “no direito do trabalho do começo do século, no direito de emergência da primeira guerra mundial e no pluralismo político e econômico da democracia de Weimar, esta aspiração era finalmente abandonada” (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 628).

⁶⁷¹ “Se aprecia además en las transformaciones que afectan incluso a la concepción y la dogmática del Derecho Privado, así como en el cambio de la interpretación de los preceptos jurídico-privados” (HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p. 72-73).

⁶⁷² HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. p. 73.

⁶⁷³ RAISER, Ludwig. *Il futuro del diritto privato*. p. 215.

⁶⁷⁴ RAISER, Ludwig. *Il futuro del diritto privato*. p. 228, 230.

utilização, ajuste a ser feito tendo em vista os interesses mais relevantes na disputa, os papéis sociais desempenhados pelos sujeitos na situação concreta, pois “a sociedade atual é rica em matizes, daí porque uma teoria adequada não deveria negar as gradações e as formas intermediárias, mas procurar destacar o diverso grau de relevância pública das várias situações típicas”⁶⁷⁵.

A proposta de Raiser é que – compreendido o direito privado como se dividido em diversos setores funcionais correspondendo, cada um desses setores, a relações sociais típicas diferenciadas entre si em vista do seu grau de relevância pública e privada –, quanto maior o grau de relevância pública, maior a influência dos princípios derivados do conceito de “responsabilidade social” quando da aplicação das normas de direito privado⁶⁷⁶. Exemplo dessa aplicação seria a uniformização das relações contratuais referentes à prestação de serviços de transporte e o sistema de responsabilidade civil⁶⁷⁷.

Dessa forma, para Raiser, os institutos fundamentais do direito privado, como o contrato, a propriedade e a responsabilidade, poderiam permanecer os mesmos, mas sua função e seu valor jurídico transformar-se-iam, através da interpretação, conforme o setor em que atuariam e o conteúdo de “relevância pública” envolvido na situação típica⁶⁷⁸.

Ocorre, porém que, como o próprio Raiser percebe:

[...] as novas estruturas de poder e as tensões internas da sociedade, a pretensão dos cidadãos de **participar, de modo democrático, nas decisões políticas e econômicas**, assim como **do bem estar e da segurança individual e social** que o Estado garante através de seus múltiplos serviços, acabaram por atribuir ao ordenamento jurídico uma grande quantidade de tarefas novas.⁶⁷⁹

Diante disso caberia, então, complementar a pergunta anteriormente feita por Raiser: os institutos de direito privado somente modificados pela interpretação podem ser instrumentos eficazes para desempenhar essas novas funções que lhe são impostas por um Estado Democrático e Social?⁶⁸⁰ Não surgirá um momento em que o aumento da demanda por justiça

⁶⁷⁵ RAISER, Ludwig. Il futuro del diritto privato. p. 231.

⁶⁷⁶ RAISER, Ludwig. Il futuro del diritto privato. p. 232.

⁶⁷⁷ RAISER, Ludwig. Il futuro del diritto privato. p. 234.

⁶⁷⁸ RAISER, Ludwig. Il futuro del diritto privato. p. 232.

⁶⁷⁹ RAISER, Ludwig. Il futuro del diritto privato. p. 224. Grifo nosso.

⁶⁸⁰ Há que se concordar com Miguel Reale quando afirma que existem limites objetivos do processo

social decorrente da ampliação da participação democrática dos cidadãos nas decisões políticas e econômicas acabará por solicitar uma transformação na estrutura dos institutos do direito privado moderno?⁶⁸¹

Nesse sentido, pode-se conjecturar que o direito privado sobreviverá enquanto um sistema normativo útil e eficaz se for capaz de agregar a uma problemática baseada na responsabilidade individual uma outra baseada na solidariedade social⁶⁸².

Conforme Wieacker, a “ambígua fórmula programática da Lei Fundamental”⁶⁸³ levou o direito privado a um “utilitarismo social” fundado em uma ética social de responsabilidade solidária, o que significa que não só o Estado, mas a sociedade como um todo e cada um de seus membros isolados são responsáveis pela existência social e pelo bem-estar de cada um dos demais membros da sociedade⁶⁸⁴, contudo “na medida em que a solidariedade social mútua dos partícipes do direito só pode ser fundada no plano da ética social, esta solidariedade liga-se com tendências morais”⁶⁸⁵.

hermenêutico; essa a razão pela qual “nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar a estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos.” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 111).

⁶⁸¹ Uma alteração de funções não implicará, muitas vezes, em uma alteração de estrutura? Diante de uma compreensão dos institutos jurídicos enquanto “estruturas normativas”, isto é, enquanto “modelos jurídicos”, só é possível responder afirmativamente à pergunta acima. Nesse sentido, Miguel Reale assevera que “tôda (sic) estrutura normativa, enquanto unidade integrante e superadora de uma tensão fático-axiológica, é forjada na experiência e vive em função dela”, disso decorre a necessidade de entender a concreção dos modelos “em termos (sic) de correlação dos elementos na *unidade funcional da estrutura*.” (REALE, Miguel. *Estruturas e modelos da experiência jurídica: o problema das fontes do direito*. In: _____. *O direito como experiência*. 2ª ed. fac-similar. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 166). Ver também do mesmo autor, sobre o mesmo assunto o já citado “Fontes e modelos do direito – Para um novo paradigma hermenêutico”, p. 5-7 e 37-48. Assemelha-se à opinião de Miguel Reale o pensamento de Natalino Irti quando argumenta que “[...] gli ‘strumenti’ del diritto non possono considerarsi come utensili neutri, suscetibili di essere adoperati, nella loro fisionomia costante, da soggetti diversi e per fini diversi: mutando il fine ed il soggetto, suole intervenire una disciplina particolare, sicché lo ‘strumento’ non è più uguale a se stesso e si fa nuovo e diverso. L’identità del *nomem juris* – come, ad esempio, l’uso di parole tecniche note al codice civile (locazione, muttuo, affitto, ecc.) – non deve trarre in inganno, perché decisivo resta il *contenuto della disciplina* e la sua capacità di esprimere principi, [...]” (IRTI, Natalino. *L’Età della decodificazione*. p. 31).

⁶⁸² EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 16.

⁶⁸³ Alusão à expressão “Estado social de direito” (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p.623).

⁶⁸⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 624.

⁶⁸⁵ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 625.

Um dos campos jurídicos onde se pode perceber de maneira mais flagrante os efeitos dessas tendências morais é o campo da responsabilidade civil, no qual passa a se destacar a idéia de responsabilização social mútua⁶⁸⁶.

Segundo Wieacker, esse avanço da “moral utilitarista” se manifesta, nas décadas de 50 e 60, nos projetos de uma reforma geral do direito da indenização, isto é, com a consolidação de uma concepção nova do nexa causal compreendido agora não mais como uma qualquer relação física causa-conseqüência-relação, mas como um problema de liquidação justa de danos – assim como com o desenvolvimento do princípio da inadmissibilidade da desoneração do causador do dano⁶⁸⁷.

Nesse período, percebe-se a existência de um embate entre uma concepção pedagógico-moralista expressa no “ressurgimento” no direito privado da idéia de pena privada e uma concepção que aponta para uma crescente racionalização da indenização do dano através do recurso ao sistema securitário privado e de segurança social acompanhada de uma objetivação do direito relativo a danos que atribuiria menor significado a pontos de vista relativos à moral individual⁶⁸⁸.

Mais recentemente, Claus Wilhelm Canaris, destacando o papel dos direitos fundamentais como imperativo de tutela e ressaltando que essa tutela carece de complementação pelo direito ordinário, admite que, em relação às situações de perigo típicas que ameaçam o cidadão, são as regras relativas à responsabilidade fundada no risco que, junto às regras relativas aos deveres do tráfico, devem concretizar um sistema de proteção eficiente a ser complementado, se necessário, por outras soluções que adotem os moldes securitários⁶⁸⁹. O recurso a esses modelos se justifica, segundo Karl Larenz, por força do princípio da “nivelção social” que reclama ações solidárias daqueles estratos populacionais mais bem situados econômica e socialmente, em benefício daqueles que se encontram em situações mais débeis e vulneráveis em razão de certas circunstâncias históricas, pois é justo que aqueles que “escapam sem maiores danos dêem algo aos que experimentam os danos mais intensos”⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 611.

⁶⁸⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 610-611, 624-625.

⁶⁸⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 611-612.

⁶⁸⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 110, 115, 116, 118.

⁶⁹⁰ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993. p. 147.

Com efeito, se faz imperioso afastar qualquer concepção que, na linha de Forsthoff e Irti, acarretem uma compreensão limitada dos direitos sociais e reduza sua possibilidade de concretização, pois na medida em que se assume que esses direitos e deveres decorrentes do princípio da solidariedade social, mais do que aspirações que se espera e deseja um dia venham a ser atendidas, constituem verdadeiras exigências ou pretensões efetivamente protegidas⁶⁹¹, passa-se a apontar como necessária não só sua positivação constitucional, mas, igualmente, sua efetivação na prática jurídica.

Limitados os direitos sociais a uma mera enunciação de intenções, teríamos a formação de um solidarismo, enquanto uma via entre liberalismo e socialismo⁶⁹², como “uma dessas vãs tentativas de conciliar os contrários, à maneira pela qual a burguesia da Belle Époque buscava se salvar do perigo obreiro”; entretanto, mais do que uma doutrina social ou política, surgiria como uma doutrina moral nos moldes daquelas existentes no século XIX, pois ainda ali era em termos morais que se refletia a questão da solidariedade e das obrigações dela decorrentes⁶⁹³, sendo o problema reduzido a “formular as regras de uma moral laica, definitivamente secularizada, que permita, em particular, de justificar a enunciação de obrigações positivas em relação ao outro”⁶⁹⁴.

Aliás, é sempre importante “recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não

⁶⁹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 79.

⁶⁹² De acordo com Norberto Bobbio, “o ecletismo, ou filosofia do ‘justo meio’, que teve o seu breve momento de celebridade como filosofia da restauração” ressurge hoje “nas várias propostas de ‘terceira via’, entre liberalismo e socialismo, entre mundo ocidental e mundo oriental, entre capitalismo e coletivismo”. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 210)

⁶⁹³ A idéia de solidariedade foi usada igualmente por Léon Bourgeois para a formação de um “catecismo laico” (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. 3.ed. Paris : Librairie Armand Colin, 1902). Para Georges Ripert a idéia “nova” de solidariedade tornava laica a idéia moral da caridade cristã (RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. 4.ed. Paris : LGDJ, 1949. p. 275). Já Léon Duguit, “constatando os efeitos da solidariedade, conclui que era preciso trabalhar para a realização (sic) desta solidariedade, passando dêste (sic) modo do indicativo ao imperativo” (RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 64); daí porque busca fazer daquela idéia uma “doutrina jurídica” (DUGUIT, Leon. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l’État*. 3.ed. Paris : F. Alcan, 1922. ; DUGUIT, Leon. *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoelon*. 2. ed. Paris : F. Alacan, 1920). No mesmo caminho foram : HAURIOU, Maurice. *Leçons sur le mouvement social*. Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1899 ; HAURIOU, Maurice. *Aux sources du droit, le pouvoir, l’ordre et la liberté*. Paris : Librairie Bloud & Gay, 1933 ; LE FUR, Louis. *Droit individuel et droit social*. In : LE FUR, Louis. *Les grands problèmes du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1937 ; GURVITCH, Georges. *L’idée du Droit Social: notion et systhème du droit social, histoire doctrinal du XVII siècle jusquá la fin du XIX siècle*. Paris : Sirey, 1932.

⁶⁹⁴ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 358.

é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade”⁶⁹⁵, pois se a enunciação ocorre sem obstáculos a implementação e proteção sempre são acompanhadas de reservas e oposições⁶⁹⁶.

Assim que é sempre positivo o esforço teórico ou prático para que deixem de ser meras esperanças e tolerâncias garantidas através da benevolência e a cada momento revogáveis e passem a ser reconhecidos como limites obrigatórios ao exercício de poder, sendo parte obrigatória da ordem jurídica de um Estado Democrático Constitucional.

3.2 Inglaterra: A solidariedade possível

It is not love that one wants from the great mass of mankind, but respect and justice.⁶⁹⁷

No século XIX, a Grã-Bretanha, influenciada pelo cenário que se percebia na Alemanha a partir das leis implementadas por Bismarck, também começa a editar um conjunto de medidas visando o enfrentamento da “questão social” por intermédio, dentre outras coisas, da implementação de um sistema de seguridade social que permitisse a sobrevivência da economia capitalista. Assim, já antes da legislação que começará a despontar nos anos iniciais do século XX, a Grã-Bretanha havia editado leis que se debruçavam sobre a questão social, especificamente sobre o problema da pobreza.

Tal legislação, porém, não pretendia estabelecer uma abordagem sistêmica e havia sido produzida sob o influxo de um conjunto distinto de premissas teóricas. Por exemplo, entre 1759 e 1850 (período no qual a primeira revolução industrial ocorreu e o moderno crescimento econômico realmente começou⁶⁹⁸), a legislação social estava marcada por um profundo assistencialismo: assim, já nos *acts* acerca da proteção à saúde e a moral dos aprendizes e das crianças pobres e livres (1802 e 1819, respectivamente) é possível identificar

⁶⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 24.

⁶⁹⁶ Dessa visão redutora decorre a prática comum de interpretar as normas constitucionais consagradas de direitos sociais com o objetivo freqüente de “minimizar seu alcance pela utilização de uma noção de normas programáticas desprovida de eficácia jurídica” (PRATA, Ana. *Tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 125-126).

⁶⁹⁷ STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, equality, fraternity*. 2. ed. Londres: H. Elder & Co., 1874. p. 274.

⁶⁹⁸ DEANE, Phyllis. *A revolução industrial*. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 09.

um modelo de tratamento caritativo⁶⁹⁹ que irá se consagrar na “Nova Lei dos Pobres” (*New Poor Law Act* de 1834) que era marcada, ao mesmo tempo, por um sentimento de caridade cristã e por um violento preconceito social, tendo como objetivo tanto o alívio à miséria quanto a repressão à mendicância e à vagabundagem⁷⁰⁰.

Essa identificação entre legislação social e assistencialismo tinha origens que remontavam ao reinado Tudor, no século XVII, quando Isabel I mandou fazer a primeira lei de ajuda aos pobres, posteriormente denominada “Old Poor Law” (1601)⁷⁰¹. Com essa lei se pretendia ajudar aos indigentes proporcionando-lhes ajuda monetária quando inválidos ou crianças e alojamento e trabalho quando capazes de trabalhar. Ocorre que essa ajuda não estava separada de uma humilhação: a submissão a um exame de pobreza com a finalidade de provar o real estado de necessidade do indivíduo.

A intenção da Coroa em organizar a assistência social tem de ser compreendida como uma questão pública que era encarada dentro da perspectiva política: pretendia-se estabelecer um controle sobre a pobreza; essa, numa sociedade em que se acreditava não faltar trabalho, era vista como ociosidade. Assim, a crença era a de que se alguém se encontrava em posição de necessidade era por culpa exclusiva sua.

Diante disso, ainda que se admitisse a organização do auxílio, não se admitia que ele pudesse ser encarado como um direito do necessitado e, muito menos, um dever que pudesse ser imposto pelo Estado aos indivíduos bem afortunados. O dever de auxílio era um dever moral individual. Segundo Adam Smith, “A beneficência é sempre voluntária, não pode ser extorquida pela força, e a mera ausência dela não expõe a nenhum castigo, porque a mera ausência de beneficência não tende a produzir mal real e determinado”.⁷⁰²

⁶⁹⁹ ASHTON, Thomas Southcliff. *A revolução industrial*. Lisboa: Publicações Europa-América, [s.d.]. p. 122.

⁷⁰⁰ MANTOUX, Paul. *A revolução industrial no século XVIII*. São Paulo: Unesp/Hucitec, [s.d.]. p. 443; DEANE, Phyllis. *A revolução industrial*. p. 169-170.

⁷⁰¹ Segundo Jorge Reis Novais, na Inglaterra, desde o século XVII, por intermédio das *poor laws* encontra-se uma tentativa de “organizar a assistência social de forma sistemática” (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. p.189).

⁷⁰² SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais ou ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 97. Originalmente publicado em 1759.

A benevolência decorreria do princípio da natureza humana que nos permite colocarmo-nos no “lugar dos outros” e, com isso, experimentar as situações pelas quais passam, e dividir com eles as paixões que essas situações tendem a despertar⁷⁰³ – a esse princípio dava o nome de *simpatia* ou *solidariedade*⁷⁰⁴, palavras que usa como sinônimos⁷⁰⁵:

Piedade e compaixão são palavras que com propriedade denotam nossa solidariedade pelo sofrimento alheio. Simpatia, embora talvez originalmente sua significação fosse a mesma, pode agora ser usada, sem grande impropriedade, para denotar nossa solidariedade com qualquer paixão.⁷⁰⁶

Aparentemente, contraposto a esse dever de auxílio, compreendido como um dever positivo inexigível, Adam Smith apresentava o dever de respeito, compreendido como dever negativo exigido pela Justiça, ela em si uma “virtude negativa, pois apenas nos impede de ferir nosso vizinho”⁷⁰⁷. Em outra passagem afirmava: “Freqüentemente podemos cumprir todas as regras da justiça sentando-nos, quietos e sem fazer nada.”⁷⁰⁸.

⁷⁰³ “Que essa é a fonte de nossa solidariedade para com a desgraça alheia, que é trocando de lugar, na imaginação, com o sofredor, que podemos ou conceber o que ele sente ou ser afetados por isso, poder-se-ia demonstrar por muitas observações óbvias, caso se julgue que não é bastante evidente por si.” (SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais* ... p. 6). Em outro trecho afirma: “Essas circunstâncias que produzem tristeza ou dor não são as únicas que provocam nossa solidariedade. Seja qual for a paixão que proceda de um objeto qualquer na pessoa primeiramente atingida, uma emoção análoga brota no peito de todo espectador atento ao pensar na situação das outras. Nossa alegria pela salvação dos heróis que nos interessam nas tragédias ou romances é tão sincera quanto nossa dor pela sua aflição, e nossa solidariedade para com seu infortúnio não é mais real do que para com sua felicidade.” (SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais* ... p. 7). Por fim, conclui que: “Pode-se demonstrar, por muitas considerações evidentes, que não é a conservação da sociedade o que nos interessa originalmente na punição de crimes cometidos contra indivíduos. No mais das vezes, nossa preocupação pela fortuna e falcidade dos indivíduos não surge da preocupação pela fortuna e felicidade de um só homem. Não nos preocupa mais a destruição e perda de um só homem – porque é membro ou parte da sociedade, e porque a destruição da sociedade deve nos preocupar – do que a perda de um só guinéu, porque esse guinéu é parte de mil guinéus, e porque deve nos preocupar a perda da soma total. Em nenhum dos dois casos nosso interesse pelos indivíduos se origina do interesse pela multidão; mas, nos dois casos, nosso interesse pela multidão é composto e constituído dos interesses particulares que sentimos pelos diferentes indivíduos que a compõem.[...] É preciso notar, porém, que essa preocupação não inclui necessariamente nenhum grau daqueles sentimentos peculiares, comumente chamados amor, estima, afeto, pelos quais distinguimos nossos particulares e conhecidos. A preocupação que se exige nesse caso não é mais do que a solidariedade geral que temos para com todo homem, meramente por ser nosso semelhante.” (SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais* ... p. 111, 112).

⁷⁰⁴ Eunice Ostrensky (revisora da tradução brasileira) observa que “Raphael e Macfie, editores de *Teoria dos sentimentos morais* (Oxford, 1976), observam a necessidade de se respeitar essa definição ampla de ‘simpatia’. Assim se evita o equívoco de igualar simpatia e benevolência (visto que a segunda é apenas uma das formas de expressão da primeira) e, por extensão, de inferir que a *Teoria dos sentimentos morais* trata do altruísmo da condição humana, ao passo que a *A riqueza das nações* considera o egoísmo.” (SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*... p. 8).

⁷⁰⁵ STEWART, Dugald. Biografia Crítica. In: SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais ou ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. XXV.

⁷⁰⁶ SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais* ... p. 8.

⁷⁰⁷ SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais* ... p. 101.

⁷⁰⁸ SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais* ... p. 102.

Além disso, entendia-se a legislação social como contrária às leis naturais da economia. Esse argumento encontramos em Edmund Burke, contemporâneo de Adam Smith e antecipador do “conservadorismo liberal” que marcará o pensamento inglês da primeira metade do século XIX⁷⁰⁹.

Sua obra *Thoughts and details on scarcity* foi escrita em 1795 com o objetivo de criticar, em nome dos princípios mais radicais do liberalismo, o sistema de proteção social criado pelo Parlamento de Speenhamland, que reconhecia o direito de todo homem a um mínimo de subsistência e o dever da sociedade de suprir o que falta para a obtenção desse mínimo. Entendia que, ao fornecer aos trabalhadores uma complementação salarial em razão dos gastos com a família e do preço do pão, as autoridades de Speenhamland teriam realizado uma intervenção indevida sobre as leis do mercado⁷¹⁰, uma vez que teriam, com isso, alterado o valor da mão-de-obra, esquecendo-se que o trabalho é um bem sujeito também às leis da oferta e da procura⁷¹¹.

Para Burke o mercado agrícola, como todo mercado, expressa uma “ordem justa e natural”. Por isso toda tentativa de corrigi-la seria resultante de um julgamento equívoco que produziria, sempre, resultados absurdos decorrentes do desrespeito à mesma. Além disso, afirma que não há autoridade terrena que possa alterar a convenção originada das recíprocas necessidades das partes⁷¹².

Percebe-se aqui que mais do que a conservação do passado, em Burke há a defesa da conservação do presente, do *status quo*, que em seu caso era representado pela ordem capitalista então nascente⁷¹³. Entendia como fundamental o culto ao passado por meio da

⁷⁰⁹ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 110.

⁷¹⁰ BURKE, Edmund. *Thoughts and details on scarcity*. 1795. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/Texts/LFBooks/Burke0061/SelectWorks/HTMLs/0005-4_Pt03_Scarcity.html> Acesso em: 27 jul. 2006.

⁷¹¹ Em certa passagem é possível ler: “Assumo que o trabalho é, como já havia observado, uma mercadoria, e dessa maneira, um artigo negociável. Se estou certo quanto a essa noção, então o trabalho deve estar sujeito a todas as leis e princípios do comércio e não a regras estranhas a esse que podem ser totalmente inconsistentes com aquelas”. No original: “I premise that labour is, as I have already intimated, a commodity, and as such, an article of trade. If I am right in this notion, then labour must be subject to all the laws and principles of trade, and not to regulations foreign to them, and that may be totally inconsistent with those principles and those laws.” (BURKE, Edmund. *Thoughts and details on scarcity*).

⁷¹² BURKE, Edmund. *Thoughts and details on scarcity*.

⁷¹³ De acordo com José Guilherme Merquior, o conservadorismo liberal de Burke – que se caracterizava por uma ênfase histórica na tradição inglesa somada a uma inclinação pela ortodoxia religiosa e pelo organicismo (a idéia de que a sociedade é um todo além da soma das partes, ou seja, possui um valor superior ao dos indivíduos) – o manteve a uma grande distância do liberalismo clássico e de uma

manutenção da tradição que se daria pela reforma e pela conciliação, ou seja, era imprescindível “conservar reformando”, “reformular para conservar”. Como alguém a quem o presente se configura como o resultado da depuração constante da experiência e o passado “eleva-se à categoria de norma ético-política, urdindo os determinismos sociais”⁷¹⁴, Burke defendia que “uma reforma moderada é permanente”⁷¹⁵, sendo a ordem representada pela situação de equilíbrio estabelecida⁷¹⁶. Nesse sentido, sustentará a impossibilidade dos indivíduos solicitarem auxílio e proteção com base no direito e na justiça:

Aconteça o que acontecer com um homem não poderá ele clamar com base nas regras do comércio e nos princípios da justiça, ao fazê-lo se transfere desse campo e passa para a jurisdição da piedade. Nessa província o magistrado não tem nada a fazer: sua interferência é uma violação da propriedade a qual é seu ofício defender.⁷¹⁷

Por isso Burke admite o auxílio aos necessitados apenas como expressão da caridade, segundo ele, dever dos cristãos, destacando, com base em Pufendorf, que se está diante não de uma verdadeira obrigação, mas de uma “obrigação imperfeita” (*duty of imperfect obligation*), na qual o modo, o tempo, e escolha do objeto, bem como sua proporção, são deixados à ampla discricionariedade do indivíduo que a executa. É por essa razão, segundo Burke, que seu cumprimento traz mais satisfação a quem a realiza do que aos destinatários do ato, pois os primeiros experimentam intensamente a liberdade de realizá-la, os outros não. Em resumo, o auxílio é fruto do exercício de uma virtude, mais que de um dever ou direito.

aceitação da democracia, porém sustentava “um conceito flexível, adaptável da tradição, abrindo espaço para *mudança na continuidade*” (MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 112).

⁷¹⁴ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. 2. ed. Brasília, Senado Federal: 2000. p. 156.

⁷¹⁵ BURKE, Edmund. *Textos Políticos*. México: Fundo de Cultura Económica, 1942. p. 17. Um retrato perfeito da *forma mentis* de um conservador encontra-se nas palavras de Tancredi, personagem do romance “O Leopardo” de Giuseppe Tomasi di Lampedusa: “Se queremos que tudo fique como está, é preciso que tudo mude.” (TOMASI, Giuseppe. *O Leopardo*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1983. p. 35).

⁷¹⁶ Segundo Philippe Raynaud há em Burke uma fidelidade ao direito natural clássico, tal como se apresenta em Aristóteles, Cícero e Santo Tomás de Aquino, que o faz entender que somente há direitos em relação às situações concretas historicamente dadas (RAYNAUD, Philippe. Edmund Burke (1729-1790): reflexões sobre a Revolução Francesa (1790). In: CHATÉLET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER, Evelyne. (org.) *Dicionário das obras políticas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993. p. 192). Segundo Raynaud, a fidelidade de Burke à idéia de que a política é uma “imitação da natureza”, faz com que ele conceba a formação do direito como uma pesquisa acerca do “justo meio” (RAYNAUD, Philippe. Edmund Burke (1729-1790): reflexões sobre a Revolução Francesa (1790). p. 193).

⁷¹⁷ No original: “Whenever it happens that a man can claim nothing according to the rules of commerce, and the *principles of justice*, he passes out of that department, and comes within the jurisdiction of mercy. In that province the magistrate has nothing at all to do: his interference is a violation of the property which it is his office to protect.” (BURKE, Edmund. *Thoughts and details on scarcity*).

Esse conjunto de idéias – presente até determinada época no discurso liberal – começa a ser re-elaborado quando do surgimento de um “novo liberalismo”⁷¹⁸, chamado por alguns de “liberalismo social”⁷¹⁹, que toma a cena inglesa na no final do século XIX, a partir de 1880. O “novo liberalismo” buscava conciliar a defesa da autonomia do indivíduo com a exigência de maior interferência do Estado no campo social, assinalando José Guilherme Merquior⁷²⁰ seus três elementos essenciais, a saber: a ênfase na liberdade positiva, a preocupação com a justiça social e o desejo de substituir a economia do *laissez-faire* calcada no conflito, na concorrência, por outra fundada na cooperação⁷²¹. Essas características podem ser identificadas no pensamento de alguns de seus teóricos.

Thomas Hill Green, um dos percussores dessa postura liberal social⁷²², em suas *Lectures on the Principles of Political Obligation* pronunciadas em Oxford em 1879, defende ser a liberdade um conceito positivo e substantivo, e não um conceito formal e negativo, cabendo ao Estado, através das normas jurídicas, a remoção dos obstáculos para o auto-desenvolvimento da pessoa⁷²³. Embora tomasse a liberdade como um poder positivo de realizar coisas meritórias e de usufruí-las, entendia o direito, correspondente a esse poder, através da tradicional perspectiva negativa que, separando o mundo moral do jurídico; atribuía aos elementos inseridos nesse último uma forma negativa: “Somente através da titularidade de direitos se torna realidade a possibilidade do poder do indivíduo livremente fazer seu um bem comum. Direitos são o que se poderia chamar da realização negativa desse poder.”⁷²⁴.

Essa perspectiva negativa relativa à forma do direito não se associava à opinião de que o Estado não poderia intervir nessa seara: ainda que assumisse como premissa o valor absoluto da pessoa, compreendia-o, influenciado pelo idealismo alemão⁷²⁵, como um valor que somente poderia se realizar na sociedade vista não como o resultado da soma dos indivíduos, mas como uma totalidade que os transcendia. Assim, admitia a interferência estatal sempre

⁷¹⁸ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. São Paulo: Ed. Unesp, 1994. p. 31.

⁷¹⁹ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 151 e ss.

⁷²⁰ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 218.

⁷²¹ Para Richard Bellamy a crença na substituição progressiva do conflito pela cooperação, aliada a uma tentativa de entender o homem como o resultado da soma entre “caráter individual” e “condições sociais” são o eixo do pensamento liberal vitoriano (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 40).

⁷²² MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 155.

⁷²³ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 153.

⁷²⁴ GREEN, Thomas Hill. *Lectures on the principles of political obligation*. Ontario: Batoche Books, 1999. p.19.

⁷²⁵ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 153.

que essa produzisse a eliminação de obstáculos ao auto-desenvolvimento individual que, acreditava, produziria o desenvolvimento social como um todo.

Na sua crença, mais do que o “quanto” de interferência estatal, o que importava era o “como”, ou seja, a qualidade dessa interferência. Não é por outra razão que se posicionava contra as leis de assistência social então vigentes (*Poor Laws*). O problema não estava no fato de serem uma interferência do estado sobre a liberdade dos indivíduos, mas, sim, no fato de que sua existência afastava a possibilidade de os indivíduos exercerem certas virtudes morais, como a “gentileza desinteressada”, o que por si só significava criar obstáculo ao auto-desenvolvimento e não estímulo ao mesmo⁷²⁶. Para Green, as “*Poor Laws*”, ao buscarem promover a moralidade, revelavam uma concepção equivocada acerca do campo moral, uma vez que esse se caracterizaria pelo cumprimento desinteressado de deveres auto-impostos⁷²⁷. Em resumo, entendia que, ao se impor “deveres morais”, tornava-se impossível a atuação da moral⁷²⁸.

Essas opiniões são compartilhadas por um dos mais importantes defensores desse “novo liberalismo”, Leonard T. Hobhouse, para quem os direitos concedidos pela sociedade o eram com a finalidade de estimular o crescimento da individualidade⁷²⁹, devendo o Estado se abster de atuar em espaços onde não seria possível realizar esse estímulo. Assim, L.T. Hobhouse⁷³⁰ irá defender, com base em argumentos evolucionistas, a existência harmônica entre interesses individuais e sociais, entre uma liberdade pessoal e multifacetada e uma cooperação social e disciplinada:

Operando em cada indivíduo, ela [a cooperação social] se desloca para a construção da personalidade, mas, operando do mesmo modo em todos os indivíduos, o desenvolvimento que ela busca deve ser consistente e harmonioso, e é como condição para esse desenvolvimento que a Liberdade adquire seu significado pleno, positivo e social.⁷³¹

⁷²⁶ GREEN, Thomas Hill. *Lectures on the principles of political obligation*. p. 13.

⁷²⁷ GREEN, Thomas Hill. *Lectures on the principles of political obligation*. p. 14.

⁷²⁸ Percebemos aqui um reflexo dos conceitos teológicos que impregnavam inúmeros discursos políticos e filosóficos à época (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 61).

⁷²⁹ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 163.

⁷³⁰ De acordo com José Guilherme Merquior o livro de Hobhouse “Liberalism”, publicado em 1911, “tornou-se o evangelho da nova religião, atribuindo à liberdade positiva no sentido greeniano um fundamento evolucionista.” (MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 163).

⁷³¹ HOBHOUSE, L. T. *Development and purpose: an essay towards a philosophy of evolution*. Londres, 1913. p. 198 apud BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 84.

Para Hobhouse, embora seja indiscutível que “todos os assim chamados direitos naturais revelam-se relativos em relação as e limitados pelas considerações do bem-estar social”⁷³², cabe questionar quando é possível o recurso a esses direitos, qual o seu lugar, quais os assuntos em que podem intervir e em quais não cabe sua intromissão⁷³³.

Nesse sentido, acreditava que não era papel dos direitos “tentar construir o caráter [individual] por meio da coerção e destruí-lo durante o processo”, mas proporcionar-lhe as condições mais adequadas a seu desenvolvimento⁷³⁴. Entendia que era pelo estímulo à cooperação que o direito deveria atuar:

A vida social em qualquer estágio é, em maior ou menor grau, uma estrutura organizada e o progresso consiste no desenvolvimento dessa organização. Em qualquer estágio competição é a lei da vida desorganizada e cooperação, da vida organizada.⁷³⁵

Compreendia essa organização, em termos biológicos, sendo a “melhor vida” de cada indivíduo experimentada individualmente, como ligada à vida melhor dos outros cidadãos⁷³⁶, e consistindo evolução verdadeiro progresso moral. Esse, aliás, seria possível por meio da ampliação do que Hobhouse já chamava de “área do bem comum”. Essa “área” seria passível de extensão para toda a humanidade, iniciando pela forma básica de conduta do indivíduo em relação aos entes afetivamente próximos (familiares, amigos, etc.)⁷³⁷, o que levaria à substituição do conflito pela cooperação. Aliás, era assim que entendia a legislação relativa à higiene pública e fabril, bem como as *Poor Laws*⁷³⁸.

Com isso se percebe que tanto Green como Hobhouse – embora procurem conjugar “os valores básicos dos direitos e liberdades individuais com uma nova ênfase na igualdade de oportunidades, e no *ethos* de comunidade” – não conferiam ao liberalismo vitoriano tardio “qualquer inflexão socialista”⁷³⁹. Aliás, se admitimos, como Richard Bellamy, que o pensamento liberal vitoriano está fundado na estrutura do discurso do “caráter”, enquanto conjunto de virtudes (tais como a integridade, a honestidade, a prudência e o sentido de dever)

⁷³² HOBHOUSE, L. T. The ethical basis of collectivism. *International Journal of Ethics*, v. 8, n. 2, jan. 1898. p. 140.

⁷³³ HOBHOUSE, L. T. The ethical basis of collectivism. p. 140.

⁷³⁴ HOBHOUSE, L. T. *Liberalism*. Oxford: [s.n.], 1911. p. 91.

⁷³⁵ HOBHOUSE, L. T. The ethical basis of collectivism. p. 144.

⁷³⁶ HOBHOUSE, L. T. The ethical basis of collectivism. p. 145.

⁷³⁷ HOBHOUSE, L. T. The ethical basis of collectivism. p. 153.

⁷³⁸ HOBHOUSE, L. T. The ethical basis of collectivism. p. 155.

⁷³⁹ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 154.

podemos concluir que “a dimensão social desse novo liberalismo foi provocada não por uma negação do credo liberal clássico”, mas por “um desejo mais regressivo de preservar o ideal liberal de muitas incoerências nele contidas, reveladas pela ordem industrial moderna”.⁷⁴⁰

Durante o período entre 1880 e 1890, é possível perceber certas semelhanças entre o discurso liberal e o discurso de um socialismo não-marxista, o “socialismo fabiano”, representado pelas idéias do casal Sydney e Beatrice Webb e o escritor George Bernard Shaw, entre outros. Essa semelhança está fundada tanto no fato de que ambos compartilham de uma certa visada religiosa e moral sobre os problemas sociais quanto uma crença de que os interesses individuais podem ser satisfeitos em consonância com os interesses sociais⁷⁴¹. Na obra *Fabians Essays in Socialism*, lançada originalmente em 1889, é possível encontrar algumas passagens reveladoras das premissas filosóficas desse socialismo.

Percebe-se, primeiramente, que, apesar de todo o esforço por apresentar o socialismo como uma tendência histórica⁷⁴² já em franco desenvolvimento e realizável diante da evolução técnico-científica (não sendo necessário, o apelo a justificativas morais para defendê-lo), ainda assim a influência de um antigo pensamento católico resta patente em certos momentos. Como exemplo, veja-se o trecho em que Sydney Oliver identifica a “agora decrépita Igreja Católica como a mais antiga instituição socialista”, em razão de sua defesa insistente do “dever de ajuda aos pobres, não em razão do perigo social do ‘residuum’, mas em vista ao nobre apelo ao instinto da benevolência humana”⁷⁴³. Para Sydney⁷⁴⁴, o fato da *Poor Law* ser administrada, a partir de uma perspectiva individualista e comercial, como uma válvula de segurança social e de forma totalmente desvinculada do dever cristão de auxílio, fazia com que fosse privada da eficiência nas suas mais elementares funções⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 23, 31.

⁷⁴¹ Havia uma outra corrente de socialistas que, à época, identificavam de tal forma o socialismo com a religião que viam no primeiro uma espécie de fé moral; é nessa corrente que encontramos John Briskhaizer e Catherine St. John Conway, autores de um livro chamado “A religião do socialismo” (BARKER, Rodney. *O trabalhismo inglês: idéias básicas e experiências da ‘Fabian Society’ aos dias atuais*. p. 110).

⁷⁴² BARKER, Rodney. *O trabalhismo inglês: idéias básicas e experiências da ‘Fabian Society’ aos dias atuais*. In: SEMINÁRIO UnB, Brasília, 14-16 nov. 1980. *A social-democracia alemã e o trabalhismo inglês*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, UnB, 1997. p. 108.

⁷⁴³ OLIVER, Sydney. *Moral*. In: SHAW, George Bernard; WILSHIRE, H. G. (ed.). *Fabian essays in socialism*. New York: The Homboldt Publishing, 1891. p. 123. Primeira edição em 1889. Disponível em: < <http://www.econlib.org/library/YPDBooks/Shaw/shwFStoc.html> >. Acesso em: 27 jul. 2006.

⁷⁴⁴ OLIVER, Sydney. *Moral*. p. 124.

⁷⁴⁵ OLIVER, Sydney. *Moral*.

Para os socialistas fabianos era possível perceber que tais obrigações, originalmente vinculadas ao auxílio aos pobres, haviam se expandido e abarcando outras relações. Assim, por exemplo, a existente entre administração e administrados, na qual segundo Annie Besant, se refletia o problema do desemprego. Daí porque asseverar que “o dever do governo de empregar o desempregado está cada vez mais em vias de ser admitido, e está sendo trazido à atenção de toda a sociedade”⁷⁴⁶.

O problema do desemprego também era abordado como sanável pelo avanço tecnológico. Adotando uma mirada moralista comum no interior do grupo de socialistas fabianos, afirmavam que esse avanço permitiria a realização da atividade industrial em bases cooperativas. Nesse sentido, Sydney defendia que o melhor a fazer para que o indivíduo identificasse sua vida com a da sociedade, para que associasse o conjunto de condições de seu sustento material com o dos demais, era estimular a cooperação industrial. Tornada possível pelo progresso científico, essa cooperação daria fim ao individualismo⁷⁴⁷.

É precisamente nesse período (fim do século XIX) que a Inglaterra vê a edição de sua lei de indenização de acidentes de trabalho, em 1897. Tal lei estabelecia a responsabilidade individual dos empresários de certos setores industriais pelos acidentes ocorridos na execução das atividades laborais. A responsabilidade estava fundada num princípio que se poderia enunciar assim: quando uma pessoa, por sua própria iniciativa e com vista à obtenção de benefícios, põe em marcha atividades que criam riscos para outros, tem de ser responsável pelos fatos que daí decorrerem.

Os fabianos deixam a sua marca no cenário político britânico também quando, em 1909, Beatrice e Sydney Webb publicam, com a colaboração de William Beveridge, o *Minority Report*. Nesse texto, defendiam a necessidade da manutenção universal de um mínimo de vida aos indivíduos partícipes da sociedade e sustentavam estar essa exigência fundada na obrigação mútua que existe entre comunidade e indivíduo, devendo por isso ser objeto de uma responsabilidade solidária de todos. A partir desse momento os conceitos de “mínimo de vida” e de “solidariedade” passam a ocupar um espaço importante nos debates políticos;

⁷⁴⁶ BESANT, Annie. Industry under socialism. In: SHAW, George Bernard; WILSHIRE, H. G. (ed.). *Fabian essays in socialism*. New York: The Homboldt Publishing, 1891. p. 190.

⁷⁴⁷ OLIVER, Sydney. Moral. p. 125-126.

porém sua aceitação e implementação se produzirão algum tempo depois, na década de 40, a partir dos Informes Beveridge.

Para que as idéias expressas nos informes de Beveridge fossem aceitas foi preciso, todavia, ultrapassar o spencerianismo.

Com efeito, a demora se deve à permanência e resistência de idéias defendidas pelo conservadorismo liberal inglês da segunda metade do século XIX e início do XX, que tinha seu maior representante em Herbert Spencer⁷⁴⁸. Ao aderir ao evolucionismo biológico e aplicá-lo em suas idéias políticas, Spencer desenvolveu um “evolucionismo social”⁷⁴⁹, cujo pressuposto central residia em uma atitude de desconfiança para com a democracia representativa. Essa desconfiança desaguava em uma pesada crítica à legislação de bem-estar, na medida em que, acreditava, “excesso de legislação” levaria, necessariamente, a uma “usurpação pelo Estado” do processo de seleção natural dos seres mais aptos⁷⁵⁰. É essa preocupação de Spencer que dará forma a seu livro *The man versus the state* publicado em 1884.

A cooperação social entre os indivíduos deveria ser, nas palavras de Spencer, voluntária e não forçada⁷⁵¹. Ao criticar as novas idéias liberais, ou seja, as idéias do liberalismo social, afirmava que a associação entre essas propostas sociais e a doutrina liberal tinha como origem uma confusão inicial; segundo ele “aos olhos do povo e dos seus autores, o fim das transformações levadas a efeito, no passado, pela ação ou pela influência dos liberais” era “mitigar os constrangimentos e dores suportados, direta ou indiretamente, por grandes massas de cidadãos minorando a miséria e destruindo todos os obstáculos à felicidade”. Ocorre que a maioria das pessoas acredita, equivocadamente, que “um mal reparado ou evitado, corresponde a um bem realizado”. Daí porque “essas medidas foram encaradas e julgadas

⁷⁴⁸ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 116.

⁷⁴⁹ De acordo com Bellamy, embora o uso da expressão “sobrevivência do mais apto” tenha valido a Spencer a reputação de ser um “darwinista social”, a verdade é que as idéias de Lamarck se ajustavam melhor a suas crenças vitorianas de que o caráter individual se desenvolveria na busca pela recompensa advinda do esforço, tanto assim que defendia o liberalismo não porque achasse que o mais fraco deveria perecer, mas porque acreditava que as conquistas decorrentes do esforço individual de adaptação seriam, mais cedo ou mais tarde, incorporadas biologicamente (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 29).

⁷⁵⁰ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 118-119.

⁷⁵¹ SPENCER, Herbert. *O indivíduo e o Estado*. Salvador: Livraria Progresso, [s.d.]. p. 7.

como outros tantos benefícios positivos”⁷⁵². A origem do problema estaria no fato de que o bem estar das massas passa a ser compreendido como o objetivo do liberalismo⁷⁵³, isto é:

[...] a aquisição de um determinado bem para o povo era a característica externa, comum a tôdas as medidas e reformas liberais do passado – naquela época êste bem consistia essencialmente numa restrição dos constrangimentos das coações sofridas pelos cidadãos – e daí resultou que os liberais passaram a olhar o bem estar do povo não como um fim a ser obtido indiretamente através da redução das atividades do Estado, e sim como um fim que deveria ser atingido diretamente.⁷⁵⁴

Para Spencer um ideário liberal prega a estipulação de limites à atuação dos sujeitos sociais, sejam eles coletivos ou individuais, isto é, de “obrigações negativas”. Daí porque, para ele, as medidas e reformas liberais do passado consistiam “essencialmente numa restrição dos constrangimentos” – e não o estabelecimento de “benefícios positivos”, ou seja, “obrigações positivas” a cargo do Estado ou de outros sujeitos sociais⁷⁵⁵.

As ações altruísticas se expressariam tanto na forma da justiça quanto na da beneficência⁷⁵⁶, pois, para Spencer, uma sociedade em seu grau mais elevado de evolução pressupõe uma relação complementar entre ambas formas de “altruísmo”. Taxativamente, “a mais alta forma de vida, individual ou social, não é alcançável sob o reino exclusivo da justiça, mas, sim, com o auxílio do reino da beneficência”⁷⁵⁷, entendida a justiça como “atribuição do Estado” e a beneficência como “atribuição dos indivíduos”⁷⁵⁸. Essa é a razão pela qual a beneficência, quando “imposta” pelo Estado, resulta numa “injustiça”:

⁷⁵² SPENCER, Herbert. *O indivíduo e o Estado*. p. 13-14.

⁷⁵³ SPENCER, Herbert. *O indivíduo e o Estado*. p. 14.

⁷⁵⁴ SPENCER, Herbert. *O indivíduo e o Estado*. p. 14.

⁷⁵⁵ Daí porque se insurgia contra “a organização de um sistema de seguro obrigatório, pelo qual os homens seriam obrigados, na sua mocidade e maturidade, a fazer uma certa economia para a época em que estivessem incapazes de trabalhar.” (SPENCER, Herbert. *O indivíduo e o Estado*. p. 20). Explicava sua crítica da seguinte forma: “A lei sobre a pobreza gerou hábitos de imprevidência durante gerações inteiras, e tendo aumentado, como um resultante, o número de imprevidentes, propõe-se agora remediar os malefícios causados pela caridade obrigatória, tornando obrigado o seguro.” (SPENCER, Herbert. *O indivíduo e o Estado*. p. 40-41).

⁷⁵⁶ “Diferentemente das ações egoístas, as ações altruístas incluem tanto comportamentos negativos por auto-limitação quanto comportamentos positivos por esforço que conduzem ao bem-estar dos demais: incluindo-se aí tanto a justiça como a beneficência”. No original: “As distinguished from egoistic actions, altruistic actions include all those which either negatively by self-restraint, or positively by efforts for their benefit, conduce to the welfare of fellow men: they include both justice and beneficence” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. Indianápolis: Liberty Classics, 1978. v. II. p. 288. Texto segundo a edição publicada em Nova Iorque, em 1897, por D. Appleton and Company).

⁷⁵⁷ No original: “[...] the highest form of life, individual and social, is not achievable under a reign of justice only; but that there must be joined with a reign of beneficence.” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 288)

⁷⁵⁸ “Enquanto a atuação da justiça é uma função pública, o exercício da beneficência é uma função privada.”.

Beneficência exercida por uma sociedade dentro de sua capacidade corporativa consiste em tomar de algumas pessoas parte dos produtos de suas atividades para dar para outros que por suas próprias forças não obtiveram o suficiente. Se isso for feito por intermédio da força acaba-se por intervir na relação normal entre conduta e consequência, seja entre aqueles de quem a propriedade é retirada, seja entre aqueles a quem é dada. Justiça [...], é assim violada.⁷⁵⁹

A beneficência divide-se em “negativa”, isto é, auto-limitação⁷⁶⁰, e “positiva”, ou seja, sacrifício⁷⁶¹. Spencer parece associar (como o fazia igualmente Ahrens) a idéia de “beneficência positiva” com os deveres de tutela e proteção em vista das relações de família⁷⁶², de amizade⁷⁶³, entendendo que somente em casos excepcionais essa beneficência deve ser destinada a “desconhecidos”:

Se, como admitimos, o cuidado com quem está doente cabe principalmente aos membros de seu grupo familiar, e secundariamente e em menor medida às demais pessoas. [...] Somente em casos onde não existem parentes, ou esses não são capazes de cumprir com suas obrigações familiares é que a beneficência demandará das demais pessoas que direcionem sua atenção àquele doente.⁷⁶⁴

Certas opiniões expostas por Spencer acerca do que chama “concepção dos direitos naturais”, como, por exemplo, a associação de tais direitos com o estabelecimento de uma limitação natural à ação dos indivíduos, lembram certas idéias kantianas:

No original: “[...] while enforcement of justice must be a public function, the exercise of beneficence must be a private function.” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 290).

⁷⁵⁹ No original: “Beneficence exercised by a society in its corporate capacity, must consist in taking away from some persons parts of the products of their activities, to give to other persons, whose activities have not brought them a sufficiency. If it does this by force it interferes with the normal relation between conduct and consequence, alike in those from whom property is taken and in those to whom property is given. Justice, [...], is infringed upon.” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 290-291).

⁷⁶⁰ A denominação que Spencer usa é “self-restraint”: é caracterizado “by the passivity in deed or word, at times when egoistic advantage or pleasure might be gained by action”. (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 294-295).

⁷⁶¹ A denominação empregada por Spencer é “sacrifice”, que é caracterizada por ações que implicam “sacrifice of something actually or potentially possessed, that another or others may be benefited-sacrifice, it may be, of strength which would otherwise be economized, sacrifice of the product of efforts actually obtained, or of the forthcoming product of efforts made in the past.” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 294-295).

⁷⁶² Ver: “marital beneficence” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 353-360); “parental beneficence” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 361-368) e “filial beneficence” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 367-372).

⁷⁶³ SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 387-392.

⁷⁶⁴ No original: “If, as all will admit, the care of one who is sick devolves primarily on members of the family group, and devolves secondarily on kindred, it devolves only in smaller measure on unrelated persons.[...] Only in cases where there are no relatives, or none capable of undertaking relatives’ duties, does it seem that beneficence demands from unrelated persons the requisite attentions.” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 375-374).

Um exemplo disso encontra-se na forma de expressão do valor “justiça”, pois segundo o pensador inglês, a “fórmula da justiça” congrega um elemento positivo – a autonomia – e um elemento negativo – o respeito⁷⁶⁵, semelhança essa a fórmula da justiça de Kant que, segundo o próprio Spencer, não foram por ele percebidas senão quando apontadas por Maitland em artigo intitulado “Mr. Herbert Spencer’s Theory of Society”, publicado em 1853⁷⁶⁶.

Outro ponto de contato está exatamente nas idéias relativas à noção de direito que em Kant se apresenta como conjunto de condições por meio das quais o limite do arbítrio de cada indivíduo viabilize a coexistência do arbítrio de todos segundo uma lei universal de liberdade⁷⁶⁷ e em Spencer surge como uma forma de limite natural ao poder do indivíduo:

Se vários indivíduos se acham em contacto imediato, ou vivem próximos uns dos outros, os atos de um podem influenciar os atos dos outros, e se é impossível provar que alguns têm o poder ilimitado de fazer o que desejarem enquanto outros não gozam deste mesmo poder, é indispensável admitir uma limitação natural. O direito de atingir determinados fins passará da forma não-ética para a forma ética, a partir do momento em que se reconheça esta distinção entre os atos de execução permitidos sem a transgressão dos limites e aqueles que não são permitidos.⁷⁶⁸

E é esse o ponto em que, segundo Spencer, deve se interromper a intervenção do Estado, uma vez que “mesmo sob a forma mais modesta, todo o propósito de imiscuir-se no exercício das

⁷⁶⁵ “The formula has to unite a positive element with a negative element. It must be positive in so far as it asserts for each that, since he is to receive and suffer the good and evil results of his actions, he must be allowed to act. And it must be negative in so far as, by asserting this of everyone, it implies that each can be allowed to act only under the restraint imposed by the presence of others having like claims to act.[...] Hence, that which we have to express in a precise way, is the liberty of each limited only by the like liberties of all.” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 61-62).

⁷⁶⁶ Entretanto acreditava Spencer haver um ponto fundamental que diferenciava sua fórmula da defendida pelo filósofo alemão: Se Kant “by saying that ‘there is only one innate right, the birthright of freedom’, clearly recognizes the positive element in the conception of justice”, ainda assim, em seu pensamento, “the right of the individual to freedom is represented as emerging by implication from the wrongfulness of acts which aggress upon this freedom”; com isso poder-se-ia afirmar que em Kant “the negative element, or obligation to respect limits, is the dominant idea”. Já para Spencer, em seu pensamento, “the positive element – the right to freedom of action – is represented as primary; while the negative element, resulting from the limitations imposed by the presence of others, is represented as secondary.” E concluía que “this distinction may not be without its significance; for the putting of obligation in the foreground seems natural to a social state in which political restraints are strong, while the putting of claims in the foreground seems natural to a social state in which there is a greater assertion of individuality.” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. p. 451, 453 – Apendix A – The kantian idea of rights). É, porém, o mesmo Spencer a “desmentir” essa sua afirmação de que o elemento positivo é, em sua teoria, representado como primário, uma vez que afirmava que “the intention of the formula is to fix a bound which may not be exceeded on either side.” (SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. v. II, p. 62).

⁷⁶⁷ KANT, Emmanuel. *Métaphysique des moeurs*: doctrine du droit. Paris: GF Flammarion, 1994. p. 17

⁷⁶⁸ SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. p. 134.

atividades dos cidadãos” acaba por violar “as condições fundamentais da existência”, ainda que seu objetivo seja a melhoria da mesma⁷⁶⁹.

Porém, apesar das críticas de Spencer, as alterações de fundo social nas concepções dos teóricos liberais ingleses consolidam-se no fim do século XIX quando o crescimento do capitalismo corporativo cria incertezas quanto à viabilidade do modelo de produção econômica e do acerto da visão acerca da atividade humana incorporada nas teorias liberais de matiz mais radical. Seria preciso, no entanto, aguardar a atividade das *trade unions*⁷⁷⁰ entre 1906 e 1914 com a atuação de David Lloyd George, para que surjam na Inglaterra, alterações legislativas hábeis a produzir o surgimento de uma legislação social preocupada não somente com a organização da caridade, mas com o estabelecimento de direitos, tais como o de pensão por velhice⁷⁷¹, a garantia do salário mínimo e a responsabilidade patronal em questões de higiene e de segurança⁷⁷².

O marco legislativo mais importante da incorporação da postura liberal social pelo Estado britânico se dará com o “The British National Insurance Act” editado em dezembro de 1911.

O referido *act*, além de corporificar algumas idéias daquele liberalismo social que havia, já há algum tempo, surgido na Inglaterra, também era o resultado da influência da legislação social alemã (da lavra de Bismarck), o que ficava claro tanto nas manifestações de Lloyd George quanto na análise da estrutura do sistema implementado⁷⁷³.

⁷⁶⁹ SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. p. 146.

⁷⁷⁰ Segundo O. Khan-Freund, “The history of social insurance in Europe begins, of course, with the voluntary and autonomous benefit systems of the British trade unions,[...]” (KHAN-FREUND, O. Introdução à obra de Karl Renner. p. 238).

⁷⁷¹ *Old Age Pension Act*, aprovado em 1908, garantindo pensão mínima para idosos (sujeitos acima de 70 anos) necessitados, sem a obrigatoriedade da contribuição prévia, mas desde que fizessem a humilhante prova de sua indigência. Segundo J. M. Robertson, expoente à época do pensamento liberal, “à parte o aspecto humanitário em relação à penúria absoluta ou à degradação a que estavam condenados os pobres idosos, o essencial é que se tratava de uma questão de justiça”; Robertson justificava sua conclusão fundado na constatação de que, “se o Estado é devedor de uma pensão aos seus servidores – soldados, marinheiros, funcionários dos Correios e membros da Polícia –, tal benefício é igualmente devido a todos aqueles que se tenham ocupado de atividades legais”; tratava-se, portanto do “reconhecimento da presença do elemento social em todo o comportamento social e na dependência mútua e na interconexão que caracteriza as sociedades humanas”, correspondendo tal legislação ao “reconhecimento da condição de membro a que têm direito todos os integrantes da comunidade.” (ROBERTSON, J. M. apud PAIM, Antonio. O liberalismo social. In: MERQUIOR, José Guilherme et al. *O Liberalismo social: uma visão histórica*. São Paulo: Instituto Tancredo Neves, Massao Ohno Editor, 1998. p. 54-55).

⁷⁷² VIDAL, Jean. *O advento da civilização industrial: de 1815 aos nossos dias*. Lisboa: Livraria Bertrand, 1976. p.142.

⁷⁷³ FOERSTER, Robert F. The British National Insurance Act. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 26, n. 2, fevereiro, 1912. p. 277.

Apesar da oposição de alguns socialistas como Bernard Shaw, o seguro social inglês, tanto em relação à doença como em relação à incapacidade, foi estabelecido em bases contributivistas e mesclando aportes do estado, dos patrões e dos empregados⁷⁷⁴, sob a justificativa de que mais do que uma medida com fins humanitários era uma medida com objetivos econômicos, mais especificamente, o aumento da eficiência.

Estando limitado a certas atividades (construção civil, armação de navios, construção de maquinário industrial, fundições de ferro, construção de veículos e serrarias) desenvolvidas por trabalhadores especializados e com certa centralidade em relação às exigências de um capitalismo industrial, o seguro-desemprego acabava por atender aos interesses daqueles trabalhadores com maior capacidade de organização⁷⁷⁵. Por esse motivo pode-se perceber que a extensão do conceito de cidadania dos novos liberais tinha por pressuposto a “eficiência econômica”. Segundo Lloyd George, aos empregadores deveria interessar a criação e manutenção desse sistema, pois em suas bases estava garantida a eficiência dos empregados⁷⁷⁶.

O sistema, portanto, “incluía os direitos sociais estendidos apenas aos indivíduos capazes e que desejassem cumprir suas obrigações para com a sociedade” – já os que por qualquer motivo não pudessem ou não quisessem contribuir para o bem comum não seriam aceitos e albergados pelo sistema⁷⁷⁷.

Sendo o esquema em grande parte contributivo, “destinava-se a ajudar aqueles que ajudavam a si mesmos”⁷⁷⁸. Assim, os desamparados, os chamados ‘não-empregáveis’ e os trabalhadores eventuais – ou seja, aqueles que se encontravam fora do sistema econômico organizado, fora do mercado formalmente configurado, cuja situação constituía o fato principal do problema social – restavam negligenciados pela nova legislação liberal.

Embora à época, já existissem vozes propugnando a ampliação do sistema⁷⁷⁹, isso somente ocorreria a partir dos anos 40 do século XX, por meio das propostas de reforma realizadas por

⁷⁷⁴ FOERSTER, Robert F. *The British National Insurance Act*. p. 282.

⁷⁷⁵ FOERSTER, Robert F. *The British National Insurance Act*. p. 91.

⁷⁷⁶ THE PEOPLE'S insurance explained by D. Lloyd George. Hodder and Stoughton, 1911. p. 11, apud FOERSTER, Robert F. *The British National Insurance Act*. p. 284.

⁷⁷⁷ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 92.

⁷⁷⁸ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 90.

⁷⁷⁹ Richard F. Forester propugnava, um ano após a edição do British National Insurance Act, que o

William Beveridge, desenvolvendo e buscando aplicar, com certa metódica fabiana⁷⁸⁰, a preocupação liberal com o equilíbrio entre segurança social e liberdade individual que fora o tema tanto de Green quanto de Hobhouse⁷⁸¹.

Em 1942 e 1946, respectivamente, foram apresentados ao Parlamento Inglês, por Sir W. Beveridge, dois relatórios: o primeiro, denominado *Social Insurance and Allied Service*; o segundo, o *Full Employment in a Free Society*⁷⁸². Desde então, o sistema inglês perdeu sua conexão necessária com a relação de emprego⁷⁸³. Essas reformas trarão a extensão do sistema de proteção social não só aos assalariados⁷⁸⁴, mas a todos os cidadãos – proposição essa que será a base da seguridade social durante muito tempo⁷⁸⁵.

Beveridge apresentava o plano que tinha como objetivo eliminar a pobreza da Grã-Bretanha, através de um sistema de seguridade social que expurgasse as suas duas causas, quais sejam: a interrupção ou a perda da capacidade de ganhar salário ou o desajuste da renda em relação às

desemprego deveria ser compreendido como uma “doença social crônica” que atinge a todos os empregados, devendo por tanto ser enfrentada através do apelo à “solidariedade de classe” e por meio de um seguro amplo conferido pelo Estado, uma vez que é ele quem “mantém” as causas dessa doença: o regime de propriedade privada e o modelo industrial competitivo (FOERSTER, Robert F. *The British National Insurance Act*. p. 300-301).

⁷⁸⁰ Além da influência do liberalismo social, Beveridge foi influenciado por certa metódica fabiana na produção de seus informes, pois nele se percebe certa inclinação, típica daqueles socialistas, a pressupor que os problemas mais difíceis poderiam ser enfrentados através da aplicação de modelos abstratos, aliás, é o próprio Beveridge quem assume que seu plano de 1942 era tributário do trabalho que havia realizado no passado como os Webb. Como eles, inclusive, considerava insatisfatórias as primeiras propostas relativas ao seguro social apresentadas pelo liberais, tendo criticado o seguro desemprego estabelecido pelo ato de 1911 por entender que descuidava da prevenção e não tinha um mecanismo adequado de financiamento

⁷⁸¹ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 101.

⁷⁸² EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 427 ; STEPHANES, Reinhold. *Previdência Social*. p.101.

⁷⁸³ KHAN-FREUND, O. Introdução à obra de Karl Renner. p. 238.

⁷⁸⁴ Percebe-se, por exemplo, que o esquema inicial das “pensões por velhice”, sendo em grande parte contributivo, “destinava-se a ajudar aqueles que ajudavam a si mesmos” (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 90); com isso, temos que os desamparados, os chamados ‘não-empregáveis’ e os trabalhadores eventuais, ou seja aqueles que se encontravam fora do sistema econômico organizado, fora do mercado formalmente configurado, cuja situação constituía o fato principal do problema social, foram negligenciados pela nova legislação liberal. Acerca do seguro desemprego temos que: “os novos encargos de trabalho não conseguiam atender às suas necessidades, e o esquema de seguro desemprego dirigia-se predominantemente àqueles grupos de trabalhadores especializados e organizados, em certo sentido, mais capazes de se manter.” (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 91). Por esse motivo pode-se perceber que a extensão do conceito de cidadania dos novos liberais tinha por pressuposto a “eficiência econômica”; daí porque “incluía os direitos sociais estendidos apenas aos indivíduos capazes e que desejassem cumprir suas obrigações para com a sociedade. Aqueles que não pudessem ou não quisessem contribuir para o bem comum não eram aceitos.” (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 92).

⁷⁸⁵ Sobre o Plano Beveridge e o advento do Welfare State inglês ver: ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 126-127.

necessidades familiares⁷⁸⁶. Frente a todos os riscos sociais, seu objetivo era o de uma seguridade social que liberasse o homem da necessidade. Por isso, a intervenção do seguro permitiria dar fim a uma aporia legada pela Revolução Francesa: a relação entre os princípios da responsabilidade individual e da solidariedade social⁷⁸⁷:

Creio que pode considerar-se como um fim positivo para a comunidade britânica, que empreenda a tarefa de conciliar esta segurança que não desfrutamos no passado, com a conservação da liberdade e da responsabilidade individuais que temos, desde então, gozado, e que se encontram ameaçadas em alguns países em nome dessa mesma segurança.⁷⁸⁸

Essa solidariedade, para Beveridge, se expressaria em sua proposta de contribuição que atingiria a todos por igual, o que chamava de “tipo uniforme de prestação”, à qual corresponderia um direito a uma prestação securitária nacional que garantisse o mínimo necessário à subsistência. Fazia questão de destacar que seu esquema transformava o auxílio em algo que se recebia em razão de um direito, não em vista da caridade⁷⁸⁹, tanto assim que sua causa era a contribuição para o sistema⁷⁹⁰.

A diferença fundamental entre o sistema proposto por Beveridge e o sistema de Bismarck estava exatamente na universalidade do primeiro, tanto de contribuições, que se pensava garantir através de uma política de pleno emprego, como também dos benefícios, que eram destinados a qualquer pessoa independentemente de estar inserida na categoria “x” ou “y”. Influenciado por Keynes, Beveridge estabelecia uma associação direta entre salários e política social.

Keynes, profundamente influenciado pelo *Principia Ethica* de G. E. Moore (há quem diga inclusive que “a economia de Keynes, diferentemente da economia keynesiana”, era movida pela filosofia)⁷⁹¹, notava que o problema era que, ao mesmo tempo que se inclinava a

⁷⁸⁶ BEVERIDGE, William. *Las bases de la Seguridad Social*. 2.ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1946. p. 51-2.

⁷⁸⁷ Sobre essa aporia ver ROSANVALLON, Pierre Rosanvallon. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. p. 34.

⁷⁸⁸ BEVERIDGE, William. *Seguro Social e Seguros Afines*. Madri: Ministério do Trabajo y Seguridad Social, 1989. p. 275.

⁷⁸⁹ BEVERIDGE, William. *Las bases de la Seguridad Social*. p. 116.

⁷⁹⁰ Beveridge defendia com vigor o princípio contributivo por entender que esse era a garantia de que o sistema não seria compreendido dentro da “lógica” da caridade (BEVERIDGE, William. *Las bases de la Seguridad Social*. p. 116).

⁷⁹¹ SKIDELSKY, Robert. *Keynes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 48.

concordar com Moore, para quem não havia uma base racional para o comportamento altruísta, não podia negar que o capitalismo moderno era “absolutamente descrente”, fato que o fazia viável somente se fosse imensamente bem-sucedido. Daí porque a tarefa que se impôs foi reconstruir a ordem capitalista de maneira a congregar uma administração técnica aperfeiçoada⁷⁹².

Tratava-se, segundo Keynes, de construir “uma organização social que seja o mais eficiente possível sem contrariar nossa idéia de um modo de vida satisfatório”⁷⁹³. Tal projeto pretendia realizar de forma a preencher os espaços vazios na economia de Manchester, preservando o tronco individualista através do estabelecimento de uma política de intervenções estatais, em regra, macroeconômicas e pontuais. Suas premissas são dois elementos-chave do pensamento de Burke, qual sejam o bem-estar coletivo como objetivo e a aversão ao risco como método, e dois elementos-chave do liberalismo reformista, o comprometimento com a verdade e a crença na possibilidade do juízo racional⁷⁹⁴. A isso se junta uma intenção de conciliar respeito ao indivíduo e proteção social, intenção que está na origem do *welfare state*.

Nessa esteira Keynes, em 1939 no “The new statesman”, asseverava que a questão fundamental era se a sociedade estava preparada para adotar “um sistema em que possamos agir como uma comunidade organizada de propósitos comuns e promover a justiça social e econômica enquanto se respeita e se protege o indivíduo – sua liberdade de opções, sua fé, sua mentalidade e sua expressão, sua iniciativa e sua propriedade”⁷⁹⁵.

Uma das formas de possibilitar a concretização desse objetivo era a implantação de um sistema de seguridade social de base contributivista, mantido por uma política de pleno emprego, que, ao cobrir os riscos relativos à doenças, velhice, etc., estimulasse o consumo e o aumento da riqueza circulante – isso porque, para Keynes, o principal defeito da sociedade capitalista era “sua incapacidade para procurar a ocupação plena e sua arbitrária e desigual distribuição de renda”⁷⁹⁶.

⁷⁹² SKIDELSKY, Robert. *Keynes*. p. 34, 37, 48.

⁷⁹³ KEYNES, John Maynard. El final de laissez-faire. In: _____. *Ensayos sobre intervención y liberalismo*. 2.ed. Barcelona: Orbis, 1986. p. 88.

⁷⁹⁴ SKIDELSKY, Robert. *Keynes*. p. 58-59.

⁷⁹⁵ MOGGRIDGE, D. E. *Keynes*. Londres: Macmillan, 1976. p. 45.

⁷⁹⁶ KEYNES, John Maynard. *Teoría general del empleo, del interes y del dinero*. 2.ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1970. p. 328.

Aparece aqui claramente uma tentativa de transpor o problema do campo da moral e da religião para o campo da política, da economia, e mesmo do direito; o consenso religioso e moral é substituído pelo apelo a um sentimento de solidariedade baseado na idéia de Estado-nação e justificado pela noção de justiça social. Os laços de amor e caridade se substituem por vínculos jurídicos.

Essa substituição também apresentaria traumas ao sistema jurídico, traumas que ainda nos anos 70 do século XX permitiam a Lorde Leslie Scarman afirmar que o direito de receber proteção ativa do Estado era uma mudança social que se constituía numa enorme ameaça ao sistema jurídico inglês tal como esse se constitui. Daí porque a necessidade de “um novo Direito, novos princípios, novos remédios, nova maquinária e novos homens”. Segundo entendia, as necessidades apresentadas por esse “novo” direito causava impactos “naquelas áreas mais especificamente preocupadas com os fracos e os desprotegidos, especialmente nas áreas da saúde, da habitação, do seguro nacional, dos benefícios suplementares (*supplementary benefit*), das relações raciais e da imigração”⁷⁹⁷.

Seja como for, era indiscutível o afastamento da caridade pelo direito na condução do problema. Assim, destacava que o Programa de Seguro Nacional – que identificava como “o representante moderno da antiga lei dos pobres (*poor law*)” – se configurava por meio da “organização e administração financeira centralizadas e com uma escala uniforme de um grande número de benefícios adaptados às necessidades múltiplas dos pobres e **baseado firmemente no direito, não na caridade**”⁷⁹⁸.

Estava claro, no debate, o surgimento de um novo direito, um direito social que abarcava todo o espectro, desde o direito à segurança, que visava a redução e administração generalizada do risco, até o direito a um mínimo de bem-estar que possibilitasse compartilhar da herança social e viver a vida de um ser civilizado conforme os padrões predominantes na sociedade⁷⁹⁹.

A partir da implementação dos “Planos Beveridge”, se começa a cada vez mais a considerar como motivo para direcionar auxílio e proteção aos indivíduos em situações de risco algo que

⁷⁹⁷ SCARMAN, Leslie. *O Direito inglês: a nova dimensão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1978. p. 42.

⁷⁹⁸ SCARMAN, Leslie. *O Direito inglês: a nova dimensão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1978. p. 49. Grifo nosso.

⁷⁹⁹ MARSHALL, T. H. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998. p. 23.

transcendia à mera compaixão: o reconhecimento de um “direito à segurança”, um “direito à assistência”⁸⁰⁰. O fato, destacado por Marshall, de que a implementação desses direitos dependia de certa discricionariedade dos agentes do estado a quem incumbia a realização dos programas sociais, não permitiria considerar aqueles como “direitos de nível inferior”. Ao contrário, ao exigir certas considerações e opções políticas, tais direitos acabavam por se revelar superiores ao menos em um ponto: não se apresentavam ou se justificavam por um recurso à natureza humana, mas à condição de cidadania historicamente construída⁸⁰¹.

3.3 França: A solidariedade ampliada

“La démocratie moderne n'use pas du mot fraternité qui rappelle la charité.”⁸⁰²

A França adotará o sistema inglês como modelo para a reforma de seu sistema de seguridade social⁸⁰³ – cujas origens repousam na lei sobre acidentes de trabalho de 09 de abril de 1898 – realizada através da ordenação (*ordonnance*) de 04 de outubro de 1945, na qual se estabelece as bases do sistema de “seguridade social” e a lei de 30 de outubro de 1946, responsável pela generalização e ampliação do mesmo⁸⁰⁴. A instituição desse sistema é, em verdade, o momento culminante de um processo de transformação de “obrigações morais” em “direitos sociais”⁸⁰⁵.

A Constituição francesa de 1791 já enunciava que seria “criado e organizado um estabelecimento geral de socorros públicos, para atender aos menores abandonados, ajudar aos doentes pobres, e fornecer trabalho aos pobres sãos que não podem procurá-lo.”⁸⁰⁶ A

⁸⁰⁰ MARSHALL, T.H. The right to welfare. In: _____. *The right to welfare and other essays*. Londres: Heineman Education Books, 1981.

⁸⁰¹ MARSHALL, T.H. The right to welfare. p. 57.

⁸⁰² RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1948. p. 121.

⁸⁰³ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 396.

⁸⁰⁴ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 321-322.

⁸⁰⁵ Na França liberta da ocupação alemã surge um clamor por renovação influenciado, em alguns autores, por ideais sociais. Assim, Georges Gurvitch sustenta que: “Des réformes profondes de structure s'imposent dans la France libérée. Une nouvelle Révolution Française est en marche. Elle devra être, elle sera généreuse. Elle devra réaliser la liberté, l'égalité et la fraternité dans le domaine économique.[...] *La IV^{ème} République Française sera sociale ou ne sera pas*. Or, le premier acte de la nouvelle Convention Nationale qui fondera cette république devra être la proclamation d'une *Déclaration des Droits Sociaux* (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. p. 20)

⁸⁰⁶ No original: “Il sera créé et organisé un établissement général de secours publics, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes, et fournir du travail aux pauvres valides qui n'auraient pu s'en

Constituição Francesa de 23 de junho de 1793, redigida por Robespierre e Condorcet na tentativa de re-elaborar o conceito de igualdade, tornando-o indissociável do de fraternidade, declarará, em seu artigo 2º⁸⁰⁷: serão direitos naturais e imprescritíveis “a igualdade, a liberdade, a segurança, e a propriedade”, e estabelecerá em seu artigo 21, que os “seguros públicos são uma dívida sagrada”⁸⁰⁸. Toda uma tradição republicana reivindicará para essa fórmula o reconhecimento de um “direito dos desfavorecidos”⁸⁰⁹.

Ocorre que não se deixou claro aos destinatários dessa obra – aos cidadãos – se “a ‘dívida’ é a contrapartida de um direito certo que o pobre possa fazer valer contra o Estado”, isto é, embora tenha “a natureza de uma obrigação, sua simples enunciação não permite a afirmação de um direito sancionável”, daí porque “até sua inserção em obra legislativa ou regulamentar, o direito dos pobres não existe senão como aspiração”. É essa “indefinição”, essa

procurer.”

⁸⁰⁷ Constitution de l’an I, 1793, art. 2º: “Ces droits sont l’égalité, la liberté, la sûreté, la propriété.”. A “segurança” (sûreté) vem definida no artigo 8º: “La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés.”

⁸⁰⁸ Constitution de l’an I, 1793, art. 21: “Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d’exister à ceux qui sont hors d’état de travailler.”. As raízes desse artigo podem ser encontradas no discurso de Maximilien de Robespierre proferido em 24 de abril de 1793 e intitulado “Sobre a Nova Declaração de Direitos” (ROBESPIERRE, Maximilien de. Sobre a Nova Declaração de Direitos. In: _____. *Discursos e Relatórios na Convenção*. Rio de Janeiro: UERJ, Contraponto, 1999. p. 87-94). Nesse discurso afirma que a igualdade dos bens “é menos necessária à felicidade privada do que ao bem-estar público”, porém deixa claro que sua intenção é “tornar a pobreza honrosa” e não “prosseguir a opulência” (ROBESPIERRE, Maximilien de. Sobre a Nova Declaração de Direitos. p. 87-88). Dentro do seu projeto de Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão defende, conforme artigo X, que “a sociedade é obrigada a prover a subsistência de todos os seus membros, seja fornecendo-lhes trabalho, seja garantindo os meios de subsistir àqueles que estão impossibilitados de trabalhar.” (ROBESPIERRE, Maximilien de. Sobre a Nova Declaração de Direitos. p.92); além disso afirma, no artigo XI: “os auxílios indispensáveis àquele que carece do necessário constituem uma dívida daquele que possui o supérfluo: cabe à lei determinar a maneira pela qual essa dívida deve ser quitada.” (ROBESPIERRE, Maximilien de. Sobre a Nova Declaração de Direitos. p. 92). Antes de estabelecer esses “deveres positivos” determina os “limites negativos” ao direito de propriedade no artigo VII: “O direito de propriedade é limitado, como todos os outros, pela obrigação de respeitar os direitos de outrem” (ROBESPIERRE, Maximilien de. Sobre a Nova Declaração de Direitos. p. 91), sendo que tal direito de propriedade, no artigo VIII, “não pode prejudicar nem a segurança, nem a liberdade, nem a existência, nem a propriedade de nossos semelhantes.” (ROBESPIERRE, Maximilien de. Sobre a Nova Declaração de Direitos. p. 91). Pode-se, em vista do afirmado acima, entender que todas essas sugestões revelam uma única preocupação de Robespierre: a de “que a desigualdade dos bens não destrua a igualdade dos direitos” (ROBESPIERRE, Maximilien de. Sobre a Constituição. In: _____. *Discursos e Relatórios na Convenção*. Rio de Janeiro: UERJ, Contraponto. 1999. p. 111).

⁸⁰⁹ Segundo Pierre Rosanvallon, os direitos econômicos e sociais identificados com o Estado-providência nada mais são do que “um prolongamento natural” dos direitos cívicos do Estado-protetor “clássico” do final do século XVIII, pois “se ‘o verdadeiro cidadão’ [para o Estado-protetor de fins do século XVII] tem de ser proprietário, é preciso tornar ‘quase-proprietários’ todos os cidadãos que não o sejam, isto é, instituir mecanismos sociais que lhes dêem o equivalente de tranqüilidade e de segurança que a sociedade garante.” (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 20).

“ambigüidade” com seu desdobramento sobre a questão da assistência, que a Revolução legará ao século XIX⁸¹⁰.

A Constituição francesa de 1795 enuncia, em seu artigo primeiro, como direitos do homem em sociedade: a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade⁸¹¹. Essa Carta Constitucional possuía um capítulo acerca dos “deveres dos cidadão”, no qual determinava-se, no artigo 2º: “Todos os deveres do homem e do cidadão derivam destes dois princípios, gravados pela natureza em todos os corações: Não faça aos outros o que não desejais que façam a ti. Faça aos outros o bem que deseja receber.”⁸¹².

Embora o regime imperial oscilasse entre o paternalismo limitado e a repressão sistemática⁸¹³, a racionalidade política dominante do fim do século XVII a meados do século XIX foi, prevalentemente, liberal individualista. Para essa mentalidade é à “previdência” (*prévoyance*) enquanto virtude moral e individual que cabe fazer frente à insegurança⁸¹⁴, virtude privada essa à qual corresponde a “benevolência/beneficência” (*bienfaisance*) enquanto virtude moral pública, ou seja, organização social da caridade⁸¹⁵. Segundo Ewald “à caridade sucede-se a beneficência”⁸¹⁶.

Ao produzir um programa político que, simultaneamente, ao estabelecer um mínimo de “obrigações negativas” tanto ao estado como aos indivíduos, se recusava a sancionar qualquer “obrigação positiva”, a doutrina do “*laissez-faire, laissez-passer*” acabou por condenar toda forma de assistência legal e reconhecimento de direitos econômicos em favor das vítimas da

⁸¹⁰ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 76.

⁸¹¹ Constituição do ano III, art. 1º: “Os direitos do homem em sociedade são a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade” (no original: “Les droits de l'homme en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté, la propriété”). A “segurança” é definida no art. 4º de forma distinta a adotada na Constituição de 1793: “A segurança resulta do concurso de todos para assegurar os direitos de cada um” (no original: “La sûreté résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun”).

⁸¹² No original: “Tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux principes, gravés par la nature dans tous les cœurs: Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fit. Faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir.”

⁸¹³ VIAL, Jean. *O advento da civilização industrial*. p. 136.

⁸¹⁴ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 23, 67

⁸¹⁵ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 71. Nesse sentido também Pierre Rosanvallon que destaca, com razão, que “uma concepção estatal da assistência é o corolário do individualismo mais radical em matéria de relações sociais.”, pois a partir deste ponto as funções de assistência e de caridade não mais permanecem inseridas nas formas de solidariedade tradicionais, quer sejam familiares, religiosas, corporativas e comunais. (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 35)

⁸¹⁶ No original: “*a la charité succède la bienfaisance.*” (EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 74).

organização econômica⁸¹⁷. Dessa forma, relegou toda e qualquer ação corretiva para o campo da caridade, da benevolência⁸¹⁸.

Segundo Ewald:

A caridade, a beneficência, o conjunto desses deveres morais do rico em relação ao pobre que a filantropia se encarregou de formular eram o suplemento agregado, rigorosamente em contradição com a lógica do sistema, mas necessário para temperar sua secura e assegurar sua sobrevivência.⁸¹⁹

O que rejeitam os autores liberais franceses não é a idéia de um dever de assistência aos pobres, a cargo da sociedade, mas a idéia de que a tal dever corresponda um direito dos pobres⁸²⁰. Para esses autores o problema da desigualdade deveria ser resolvido através da “caridade”, não da “justiça”⁸²¹. Daí a afirmação de Troplong: “não decretamos a abnegação; não organizamos o sacrifício e a simpatia”⁸²².

Assim, há um complexo de deveres morais (não-jurídicos) em relação a Deus, em relação a nós mesmos e aos outros, que compreendem não somente “deveres negativos”, (como por exemplo, não lesar ninguém) mas outros de caráter positivo, como, por exemplo, não fazer aos outros o que não gostaríamos que esses nos fizessem – deveres que corresponderiam àqueles sentimentos primitivos de simpatia, de piedade, de benevolência que nos ligariam diretamente ao outro⁸²³.

⁸¹⁷ Em contraposição o Estado-providência surge da substituição da incerteza da “providência divina” pela certeza da “providência estatal”, ou melhor, pela “previdência estatal” (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 22). Assim sendo, transfere-se para as prerrogativas estatais constantes e organizadas em termos estatísticos os benefícios aleatórios dispensados anteriormente pela natureza/divindade. Segundo Rosanvallon, o estado “se dá por tarefa resgatar *hic et nunc* as desigualdades de ‘natureza’ ou os infortúnios da sorte”, ou seja, “aos acasos da caridade e da providência, sucedem-se as regularidades do Estado.” (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 22). Essa transformação social somente foi possível com a “descoberta” das leis matemáticas da estatística, a *ars conjectandi*, “é a idéia da probabilidade estatística que torna praticamente possível e teoricamente pensável a integração da idéia de Providência no Estado.” (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 23).

⁸¹⁸ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 54.

⁸¹⁹ No original: “La charité, la bienfaisance, l’ensemble de ces devoirs moraux du riche à l’égard du pauvre que la philanthropie allait s’attacher à formuler auraient été le supplément surajouté, rigoureusement contradictoire avec la logique du système, mais nécessaire pour tempérer sa sécheresse et assurer sa survie.” (EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 54).

⁸²⁰ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 55.

⁸²¹ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 55.

⁸²² No original: “on ne décrète pas le dévouement; on n’organise pas le sacrifice et la sympathie” (DE LA PROPRIETE d’après le Code Civil. Paris, 1848. p. 67 apud EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 80).

⁸²³ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 56.

Há uma maneira específica da economia política liberal articular as práticas relativas à “igualdade” e à “desigualdade”, que tem por base um duplo regime obrigacional: jurídico para as primeiras, moral para as últimas⁸²⁴. Essa forma particular de pensar as relações de igualdade e de desigualdade acaba por conduzir a um entendimento que identifica na existência de desigualdades sociais um fato politicamente positivo e que acaba por estabelecer uma função estrutural à relação de beneficência⁸²⁵.

Assim se temos, primeiramente, que o espaço privado é o *locus* privilegiado para o exercício “puro” da virtude da caridade, temos também que ela é admitida no catálogo público de virtudes a serem socialmente organizadas e implementadas, “particularmente quando ela se mostrar necessária à conservação da lealdade política dos que, de outra maneira, sofreriam demais para sequer tolerar uma sociedade capitalista.”⁸²⁶.

Conforme Alfred Fouillée, sociólogo francês do século XIX, a fraternidade seria, como o Direito, uma idéia-força da sociedade⁸²⁷, constituindo-se numa “justiça mais alta”⁸²⁸. A partir das idéias de solidariedade e fraternidade Fouillée postulava uma intervenção estatal para a conformação da sociedade, intervenção essa que denominava “função reparadora do Estado”. De acordo com o seu pensamento, uma vez que se passe da ordem econômica à ordem jurídica encontram-se novas razões para encarregar o Estado de assegurar ao indivíduo a reparação das injustiças. Com base nessa constatação, se perguntava se essa reparação,

⁸²⁴ RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. 4.ed. Paris : LGDJ, 1949. p. 270 ; EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 78.

⁸²⁵ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 58.

⁸²⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p. 299.

⁸²⁷ FOUILLÉE, Alfred. *La ciencia social contemporánea*. Madrid: La España Moderna, 1894. p. 349 apud PÉREZ, José Luis Monereo. Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España. In: MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. p. 77.

⁸²⁸ De acordo com Fouillée: “la fraternidad no es, en su esencia pura, más que una justicia más alta, más completa, más superabundante. Reducir a una simpatía más o menos pasiva, como la de los positivistas y la de los utilitarios, o a una piedad desdeñosa, como la Schopenhauer y discípulos, o a una caridad mística en Dios y por Dios sólo, como la de los teólogos, *es desconocer en el fondo lo que es el derecho mismo del hombre, su valor y su ideal dignidad.*” (FOUILLÉE, Alfred. *La ciencia social contemporánea*. Madrid: La España Moderna, 1894. p. 373 apud José PÉREZ, Luis Monereo. Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España. In: MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. 1998. p. 78). Observe-se que, embora afirme ser a fraternidade uma “justiça mais alta”, não admitia a sua implementação como “direito”, isto é, a entendia como um “dever moral” do Estado; daí o motivo pelo qual “no puede ejercerse más que bajo la forma de la beneficencia y de los servicios públicos” (FOUILLÉE, Alfred. *La ciencia social contemporánea*. Madrid: La España Moderna, 1894. p. 366 apud José PÉREZ, Luis Monereo. Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España. In: MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. p. 78). Sobre a influência de Fouillée sobre o mundo jurídico francês do final do século XIX, ver ARNAUD, André-Jean. *Da giuresconsulti a tecnocrati: diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*. Nápoles: Jovene Editore, 1993. p. 71.

necessária na ordem civil, teria lugar na ordem política e social. Sua resposta, afirmativa, fundava-se na premissa de que haveria espécies de injustiças que o indivíduo não pode reparar ele mesmo, cabendo a reparação à sociedade inteira, tanto mais por ser ela quem as cometeu⁸²⁹.

Diante desse fato, afirma Fouillée, que o Estado não pode fugir de sua responsabilidade moral e política na realização do bem-estar de todos os cidadãos: “Toda sociedade que reforma suas próprias injustiças em sua legislação civil e, sobretudo em sua política, não deverá satisfazer-se com essas reformas passivas, que são somente justiça de abstenção; deverá reparar o mal por uma justiça ativa e benéfica”⁸³⁰.

Ao teóricos liberais, mesmo diante da organização social da assistência, parece-lhes fundamental a manutenção da idéia de proteção como caridade. Assim, segundo M. T. Duchâtel⁸³¹:

Entre as diversas classes da sociedade separadas pelos caprichos da fortuna com uma desigualdade, à primeira vista, revoltante, a caridade é o mais forte mediador; ela re-estabelece a harmonia, une os ricos e os pobres, e transforma uma odiosa superioridade em tutela de proteção e apoio generoso.

Em Frédéric Bastiat encontramos a admissibilidade da caridade, mas reservada a infortúnios “extraordinários e transitórios”⁸³², reservando à justiça a missão de apontar e defender os limites dos direitos recíprocos pré-existentes⁸³³. A fraternidade é oposta à justiça, pois enquanto esta última configura um limite neutro e preciso para o exercício de direitos individuais⁸³⁴, a primeira exige, de forma indeterminada, o sacrifício de um(ns) em nome

⁸²⁹ FOUILLÉE, Alfred. *La ciencia social contemporánea*. Madrid: La España Moderna, 1894. p. 362 apud PÉREZ, José Luis Monereo. Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España. In: MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. p. 78.

⁸³⁰ FOUILLÉE, Alfred. *La ciencia social contemporánea*. Madrid: La España Moderna, 1894. p. 364-365 apud PÉREZ, José Luis Monereo. Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España. In: MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. p. 78.

⁸³¹ No original: “Entre les classes diverses de la société, partagée par les caprices de la fortune avec une inégalité au premier abord si révoltante, la charité est le plus puissant médiateur; elle rétablit l’harmonie, unit les riches et les pauvres, et change une odieuse supériorité en tutelle de protection et généreux appui.” (DUCHÂTEL, M. T. 2.ed. *Considérations d’économie politique sur la bienfaisance ou De la charité dans ses rapports avec l’état moral et le bien-être des classes inférieures de la société*”. Paris, 1836. p. 188 apud EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 58).

⁸³² BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. Paris: Guillaumin et Cie. Libraires, 1855. p. 302-303, 309. Artigo inserido no Jornal dos Economistas do dia 15 de junho de 1848.

⁸³³ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 303.

⁸³⁴ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 301, 321.

de(os) outro(s)⁸³⁵. E conclui: se “a justiça não implica, necessariamente a fraternidade, essa exclui aquela”⁸³⁶, pois uma vez imposto o comportamento fraternal, uma vez transformado em prescrição legal, em ato obrigatório, aquilo que é, originariamente, sacrifício voluntário, se transforma em sacrifício forçado, logo injusto⁸³⁷.

Bastiat também associa a justiça à responsabilidade e a fraternidade à solidariedade. Para ele “toda ação humana [...] faz vibrar, por assim dizer, duas cordas através das quais os sons chegam aos oráculos: a responsabilidade e a solidariedade”⁸³⁸. Apresenta a responsabilidade como o encadeamento natural que existe entre os atos do indivíduo e suas conseqüências⁸³⁹, que pode ser, no máximo, reforçado pela intervenção legal, que torna tal encadeamento “mais imediato e mais seguro”⁸⁴⁰, mas que dele não pode se afastar, pois “toda tentativa de contornar o curso natural da responsabilidade é um atentado à justiça, à liberdade, à ordem, à civilização ou ao progresso”⁸⁴¹.

A responsabilidade é, nessa visão, o nexa causal, a ligação natural entre ato e sanção e aparece associada à noção de “culpa pessoal”⁸⁴². Já a solidariedade se apresenta como uma espécie de “responsabilidade coletiva”⁸⁴³, compreendida como a repercussão de atos individuais sobre a coletividade. Em outras palavras, é a forma que liga o ato individual às reações sociais e não às sanções legais⁸⁴⁴. O que ambas têm em comum é que expressam uma relação. A primeira corresponde à conexão entre ato individual e sanção, a segunda entre ato individual e repercussão social. O que as diferencia é que, enquanto a primeira pode e deve ser assumida pelo sistema jurídico, a segunda não pode e não deve ser por ele incorporada.

Para Bastiat não há como absorver normativamente a solidariedade, não há como, por meio do direito, reforçá-la, pois “a fraternidade é espontânea ou não é”⁸⁴⁵, e por ser espontânea é que deve ser valorizada:

⁸³⁵ “Remarquez que le sacrifice, de as nature, n’est pas, comme la Justice, une chose qui ait une limite” (BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 303-304).

⁸³⁶ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 316.

⁸³⁷ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 318.

⁸³⁸ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 312.

⁸³⁹ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 512.

⁸⁴⁰ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 550.

⁸⁴¹ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 555.

⁸⁴² BOURGEIOS, Léon. *Solidarité*. p. 560.

⁸⁴³ BOURGEIOS, Léon. *Solidarité*. p. 560.

⁸⁴⁴ BOURGEIOS, Léon. *Solidarité*. p. 565.

⁸⁴⁵ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 301.

Sem dúvida a fraternidade é a cadeia divina que une indivíduos, famílias, nações e raças, mas desde que mantida a condição em que se encontra como o mais livre, mais espontâneo, mais voluntário, mais meritório, mais religioso sentimento.⁸⁴⁶

Thiers, na mesma linha de raciocínio, afirma que o que importa é que a virtude da caridade conserva o seu caráter de virtude mesmo quando de particular se transforma em coletiva, isto é, de virtude privada passa à virtude pública. Ainda assim, afirma, “conserva seu caráter de virtude, ou seja, mantém-se voluntária, espontânea, livre para que se faça ou não, pois de outra forma ela cessaria de ser uma virtude transformando-se num constrangimento, e um constrangimento desastroso”, revelando preocupação com a possibilidade de uma classe inteira que, em lugar de receber, pudesse exigir, hipótese em que essa classe “assumiria o papel do mendicante que pede de arma em punho”, o que daria ocasião à “mais perigosa das violências”⁸⁴⁷.

Para a maioria dos teóricos liberais franceses, a caridade, mesmo quando organizada socialmente, tinha de ser exercida, preferencialmente, pelos indivíduos e não pelo Estado. A esse último caberia a função de garantir a defesa (*sûreté*) – isto é, garantir o respeito aos direitos – e não a de assegurar a segurança⁸⁴⁸ (*securité*)⁸⁴⁹, bem como promover a implementação dos mesmos, pois, se há um direito em jogo, a ser exercido até mesmo contra o Estado, é o direito de socorrer o mais necessitado, um direito que contribui para a “melhoria”, enquanto ser humano, daquele que o exerce⁸⁵⁰. Assim, o programa de assistência se organiza em vista do trabalho⁸⁵¹, cumprindo os padrões, os proprietários dos meios de produção, uma função “necessária e indispensável”⁸⁵².

⁸⁴⁶ BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. p. 320.

⁸⁴⁷ No original: “Mais il importe que cette vertu, quand elle devient de particulière collective, de vertu privée vertu publique, conserve son caractère de vertu, c’est-à-dire, reste volontaire, spontanée, libre enfin de faire ou de ne pas faire, car autrement elle cesserait d’être une vertu pour devenir une contrainte, et une contrainte désastreuse. Si en effet une classe entière au lieu de recevoir pouvait exiger, elle prendrait le rôle du mendiant qui demande le fusil à la main. On donnerait occasion à la plus dangereuse des violences” (THIERS. *Rapport au nom de la Commission de l’assistance et de la prévoyance publiques*. 26 janvier 1850. p. 11 apud EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 81).

⁸⁴⁸ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 72, 86.

⁸⁴⁹ Enquanto a palavra *sûreté* se refere mais a fatos objetivos, *securité* – de uso escasso na França antes do século XVI e que se torna comum a partir do século XVII – se refere ao sentimento que se experimenta quando um indivíduo ou um grupo se sente fora de perigo (DULEMAU, Jean. *Seguridad : historia de una palabra y de un concepto*. In: DELUMEAU, Jean et al. *El miedo : reflexiones sobre su dimensión social y cultural*. Medellín: Corporación Región, 2002. p. 73). Ver também: FEBVRE, Lucien. *Pour l’histoire d’un sentiment: le besoin de sécurité*. Paris : Annales ESC, vol. 11, 1956. p. 244-247.

⁸⁵⁰ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 77.

⁸⁵¹ “A sociedade deve a seus membros subsistência ou trabalho. Aquele que podendo trabalhar se recusa é culpado frente à sociedade e perde, assim, todo o direito à subsistência.”. No original: “La société doit à ses membres subsistance ou travail. Celui qui, pouvant travailler, s’y refuse, se rend coupable envers la

Quando assumem a responsabilidade pelos danos sofridos por seus empregados, os patrões o fazem de forma a aumentar o vínculo de dependência expresso, por exemplo, nos estabelecimentos médicos e de ensino e fundos de pensão e aposentadoria vinculados à empresa⁸⁵³, assim como na instituição de recompensas e prêmios, ligados à quantidade e qualidade do trabalho, pagos como resultantes do exercício de uma “faculdade” a cargo do empregador⁸⁵⁴. A consequência dessa “dependência” estaria em que o empregado não possuiria direito algum em relação ao patrão. Sendo responsável por seus próprios atos e infortúnios⁸⁵⁵, ao empregado cabia apenas apelar para “o auxílio da humanidade daquele que o havia empregado ou daquele que havia retirado proveito de seus serviços”⁸⁵⁶.

Já na Constituição de 04 de novembro de 1848, encontra-se no artigo 4º a enunciação da “fraternidade”⁸⁵⁷ como valor base da Segunda República Francesa⁸⁵⁸. Seu artigo 8º⁸⁵⁹ declara que a referida república deveria proteger o cidadão, assim como deveria, por intermédio de uma “assistência fraternal assegurar a existência dos cidadãos necessitados”. Ocorre, porém, que a esses “deveres” correspondiam “programas governamentais” a cargo do Estado, e não “direitos” dos cidadãos, o que, para Gurvitch, conduzia à formação de um “Estado Déspota”

société, et perd alors tout droit à sa subsistance.” (LA ROCHEFOCAULD-LIANCOURT. *Premier Rapport du Comité de mendicité*. Paris : Imprimerie nationale. p. 1 apud EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 75).

⁸⁵² EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 94.

⁸⁵³ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 119.

⁸⁵⁴ EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 24, 131-133.

⁸⁵⁵ A responsabilidade individual do trabalhador era sustentada por argumentos que tinham por idéia-base a “dignidade humana”, pois essa responsabilidade, em vista do que lhe ocorre, transforma-o em senhor do seu destino (MORISSEAU, L. *Congrès international des accidents du travail et des assurances*. Bruxelas, 1897. p. 763, apud EWALD, François. *L'Etat providence*, p. 763).

⁸⁵⁶ COUR de Lyon. Sirey, 1838. p. 70 apud EWALD, François. *L'Etat providence*. p. 100.

⁸⁵⁷ Note-se que “a fraternidade era um outro termo para a sociabilidade, palavra freqüentemente empregada no século XVIII para acentuar a importância da reciprocidade humana na falta de um governo estável. No século XIX, a sociabilidade fazia parte do discurso radical que condenava o egoísmo, a falta de compaixão e o materialismo dos ricos.” (PICKERING, Mary. Augusto Comte e a esfera pública de Habermas. In: Trindade, Hégio (org.). *O Positivismo: teoria e prática*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Unesco, 1999. p. 67).

⁸⁵⁸ Segundo o artigo 4º da Constituição de 1848, a República Francesa tem por princípios: a liberdade, a igualdade e a fraternidade, além de ter por base a família, o trabalho, a propriedade e a ordem pública.

⁸⁵⁹ Artigo 8º : “La République doit protéger le citoyen dans sa personne, sa famille, sa religion, sa propriété, son travail et mettre à la portée de chacun l’instruction indispensable à tous les hommes; elle doit par une assistance fraternelle assurer l’existence des citoyens nécessiteux, soit en leur procurant du travail, dans les limites de ses ressources, soit en donnant à défaut de travail les secours à ceux qui sont hors d’état de travailler.”. Esses “deveres da República” eram de certa forma o prêmio pago aos cidadãos uma vez que esses cumprissem também com seus deveres estabelecidos no artigo 7º do Prefácio: “Les citoyens doivent aimer la Patrie, servir la République, la défendre au prix de leur vie, participer aux charges de l’État en proportion de leur fortune ; ils doivent s’assurer, par le travail, des moyens d’existence, et, par la prévoyance, des ressources pour l’avenir ; ils doivent concourir au bien-être commun en s’entraidant fraternellement les uns les autres, et à l’ordre général en observant les lois morales et les lois écrites qui régissent la société, la famille et l’individu.”.

ao invés de um “Estado Servidor”. Em outras palavras, os deveres estabelecidos na Constituição seriam um bom argumento para que o Estado “comandasse” a todos sem “obedecer” a ninguém⁸⁶⁰.

É somente com a conjunção entre o pensamento de Saint-Simon⁸⁶¹ e August Comte⁸⁶² e a ação da Terceira República que surgirá uma solução diferente da estabelecida em 1848, marcando o início de um verdadeiro “direito social” francês: a lei de 09 de abril de 1898⁸⁶³.

Surgindo ao fim de um período de graves tensões sociais motivadas por crises econômicas e ondas de greves⁸⁶⁴, essa lei assegurou para os trabalhadores o direito à reparação pelos danos sofridos em vista dos acidentes de trabalho mesmo diante da prova da culpa do operário⁸⁶⁵.

⁸⁶⁰ As expressões “Estado Déspota” e “Estado Servidor” são de Proudhon e foram utilizadas por Georges Gurvitch (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. p. 32).

⁸⁶¹ Segundo Georges Ripert “a ideia (sic) do direito social, oposto ao direito individual, vem talvez, de Fourier, de Saint-Simon ou de Proudhon, mas está hoje de tal modo espalhada que não nos lembramos dos utopistas que a lançaram.[...] A afirmação da existência deste direito podia ter parecido outrora uma espécie de delírio profético dalguns filósofos. A fórmula, retomada pelos juristas, passou a ter um sentido preciso.” (RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 63)

⁸⁶² Saint-Simon e August Comte são representantes de um desejo que percorreu toda a tradição sociológica francesa que desembocará no pensamento solidarista durkheimiano, qual seja o de encontrar uma base científica para a moralidade que restauraria a ordem social (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 115.) Segundo Bellamy, a sociologia surgia como ciência capaz de demonstrar que a “existência natural da solidariedade, e não do conflito, entre as diferentes classes.” (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 118). Segundo Mary Pickering, Comte assumiu a causa dos operários durante a Revolução de 1848, pretendendo porém que esses abandonassem o socialismo e aderissem ao positivismo, pois entendia que “visto a maioria dos cidadãos franceses aspirar à propriedade privada, o socialismo não tinha futuro na França. No entanto, insistiu em que o capitalismo era um sistema fundamentado no interesse pessoal do homem e que a propriedade deveria ser controlada. Chamou então o positivismo de ‘socialismo sistemático’.” (PICKERING, Mary. Augusto Comte e a esfera pública de Habermas. p. 64). Sobre o papel que a Revolução de 1848 e a proclamação da República tiveram sobre o pensamento de Comte ver, por todos, LARIZZA, Mirella. A república, a ciência e as paixões. In: TRINDADE, Héliogio (org.). *O Positivismo: teoria e prática*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Unesco, 1999, p. 49-57).

⁸⁶³ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 24, 313.

⁸⁶⁴ ARNAUD, André-Jean. *Da giuresconsulti a tecnocrati: diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*. Nápoles: Jovene Editore, 1993. p. 89.

⁸⁶⁵ Tal direito foi, posteriormente, conferido também em função de certas enfermidades profissionais através da edição da lei de 25 de outubro de 1919 (RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 356). A lei francesa acerca dos acidentes de trabalho será reformada pela lei de 01 de julho de 1938, porém seu “espírito socializante” que pretendia “pôr um fim ao antagonismo entre patrões e empregados na questão dos acidentes de trabalho” (EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 312), se manterá e não cessará de se expandir, sendo, posteriormente, reproduzido pelas leis de assistência obrigatória aos “vieillards, infirmes e incurables indigents” de 14 de julho de 1905 (observe-se que com a lei de 09 de dezembro de 1905, sobre a separação entre Estado e Igreja, acabaram extintos os estabelecimentos de beneficência eclesiásticos; a partir desse marco a caridade deve ser laica. A lei de 13 de abril de 1908 que veio para complementar a lei anteriormente referida proibiu ao Estado e seus agentes que aceitassem liberalidades destinadas ao socorro dos pobres que fossem feitas por eclesiásticos (RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 89), de “restraites ouvrières et paysannes” de 05 de abril de 1910 e, finalmente, reformulado nas ordenanças (*ordonnance*) de 04 e 19 de outubro de 1945, na qual se

Antes dela, em 1895, havia começado a vigorar a lei sobre caixas de pensão para auxílio e previdência compostas através das contribuições dos trabalhadores⁸⁶⁶.

As palavras de ordem daquele momento histórico são “solidariedade” e “socialismo”. Por essa razão, inúmeras são as tentativas de sobre elas elaborar teorias que fundassem uma nova estrutura sócio-econômica⁸⁶⁷. Surge, então, um discurso relativo à solidariedade que pretende afastá-la das idéias de caridade e filantropia, apresentando-a juntamente a uma nova maneira de pensar a sociedade.

Esse discurso é o do “solidarismo” que proporá a adoção da solidariedade como justificador de medidas efetivas do que agora se denominam políticas públicas de proteção social⁸⁶⁸. Entre os autores que o adotam estão P. J. Proudhon, Charles Secrétan, Alfred Fouillée, Charles Gide, Leon Bourgeois e Émile Durkheim. São esses dois últimos representantes do solidarismo sociológico que, refletindo sobre a institucionalização da solidariedade, permitirão a absorção dessas idéias por certo discurso jurídico⁸⁶⁹.

Leon Bourgeois – líder republicano radical – será o responsável por consolidar o solidarismo como doutrina oficial da Terceira República. Em 1895 publica a obra “Solidarité”⁸⁷⁰, em que defende a existência de uma doutrina⁸⁷¹ expressa pela palavra “solidariedade” tomada como variante do terceiro termo da divisa republicana, como sinônima de “fraternidade”⁸⁷².

estabelecem as bases do sistema de “seguridade social” e a lei de 30 de outubro de 1946, responsável pela generalização e ampliação do mesmo (RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 218 ; EWALD, François. *L’Etat providence*, p. 321-322).

⁸⁶⁶ A lei de 09 de abril de 1898 é, em verdade, a generalização, com certas reformas, de uma prática patronal, qual seja as caixas de assistência, ou seja, diz respeito menos à obtenção de direitos do que a dar forma jurídica às práticas patronais de seguridade (EWALD, François. *L’Etat providence*, p.316). Corresponde esse diploma legal a uma extensão de “uma distorção progressiva e constante” do princípio da culpa até restar consagrada, em 1896, a idéia de uma “presunção de responsabilidade” independente da prova de culpa (Cass. Civ., 16 juin 1896, *Dalloz*, 1897, I, 433 note Saleilles, que posteriormente desenvolve a idéia em seu “*Les accidents du travail et la responsabilité civile*”, apud EWALD, François. *L’Etat providence*, p. 33-34). Essa evolução, contemporaneamente, acabará por substituir a idéia de responsabilidade pela de reparação (RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 333.). No mesmo sentido, ver LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L’Évolution de la responsabilité civile d’une dette de responsabilité à une créance d’indemnisation. *Reveu Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 86, n. 1. p. 1-19, jan.-mar. 1987.

⁸⁶⁷ ARNAUD, André-Jean. *Da giuresconsulti a tecnocrati* p. 100-101.

⁸⁶⁸ FARIAS, José Fernando de Castro. *As origens do direito de solidariedade*. p. 190.

⁸⁶⁹ FARIAS, José Fernando de Castro. *As origens do direito de solidariedade*. p. 213, 221 e ss.

⁸⁷⁰ BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*.

⁸⁷¹ Uma maneira geral de pensar se formava entre os povos latinos, assim como entre os anglo-saxões e germânicos (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 13). Essa doutrina, segundo ele os positivistas, já haviam resumido na palavra “altruísmo” (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 14).

⁸⁷² BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 6-7.

Fosse qual fosse o nome, a palavra utilizada, ela se referia ao mesmo pensamento fundamental o de que há, “entre cada um dos indivíduos e todos os demais um vínculo necessário de *solidariedade*”⁸⁷³. Esse vínculo é a expressão de uma lei natural tanto dos organismos naturais quanto dos organismos sociais⁸⁷⁴. Assim, o estudo exato das causas, condições e limites dessa solidariedade permitiria a “compreensão da medida dos direitos e dos deveres de cada indivíduo frente aos demais e de todos frente a cada indivíduo”, bem como garantiria a obtenção de “conclusões científicas e morais relativas ao problema social”⁸⁷⁵.

Do fato da solidariedade decorrer de uma lei natural não concluíra Bourgeois que seu florescimento em sociedade fosse absolutamente independente da intervenção de estímulos por intermédio de “leis sociais”. Assim como procuramos “os meios para estabelecer o equilíbrio de nossas construções materiais na lei da gravidade”, deveria ser na “lei da solidariedade” que encontraríamos “os meios para estabelecer um equilíbrio entre os fatos morais e sociais, ou seja, a justiça”⁸⁷⁶. Compreendida como “justiça social” e somada à “solidariedade”⁸⁷⁷, essa justiça produzia a “palavra mais humana criada pela linguagem dos homens”⁸⁷⁸.

Nos termos de Bourgeois essa lei da solidariedade decorria do fato de que todo o homem nasce já em débito com a sociedade⁸⁷⁹, pois a encontra organizada graças ao labor de todos os indivíduos que o precederam, de quem é “devedor”. Para pagar pela utilização desses “bens da civilização” ele deve trabalhar em benefício de seus descendentes do presente e do porvir⁸⁸⁰.

⁸⁷³ BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 15.

⁸⁷⁴ BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 44-45.

⁸⁷⁵ BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 15.

⁸⁷⁶ BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 12.

⁸⁷⁷ Segundo o autor a “solidariedade social” resulta do encontro de duas forças há muito estranhas uma em relação à outra, então combinadas nas nações que haviam obtido um grau de evolução superior: o método científico e a idéia moral (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 16). Bourgeois entendia a solidariedade como o acordo entre o sentimento – medida do bem – e a razão – critério do verdadeiro (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 17). Percebe-se já nessas idéias a mistura entre descrição e prescrição, que depois reaparecerá em certas passagens da obra de Durkheim.

⁸⁷⁸ BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. Paris : 1914. p. 24

⁸⁷⁹ Com base em Rosseau, afirmava que o homem que vive em sociedade “é, a toda hora, um *devedor* frente a ela. Aí está a base de seus deveres, o ônus de sua liberdade, a obrigação de cada um frente a todos não resulta de uma decisão arbitrária, exterior às coisas; ela é simplesmente a contra-partida das vantagens que cada um retira do estado de sociedade, o preço dos serviços que a associação presta a cada um” (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 101-102).

⁸⁸⁰ Há, para ele, uma solidariedade entre os indivíduos que se manifesta temporalmente; assim, esse vínculo “reúne igualmente os que são hoje e os que eram ontem, todo o presente e todo o passado, como reunirá

Esse débito, para Bourgeois, se expressaria num “quase-contrato”⁸⁸¹ (uma vez que não havia um acordo explícito) que se celebraria, ao nascer, com os outros membros da comunidade⁸⁸². Esse pacto produziria o permanente endividamento do cidadão em relação à sociedade⁸⁸³, com sua conseqüente obrigação de retribuição aos serviços que lhe são prestados por aquela⁸⁸⁴. Entendia com isso, Bourgeois, apresentar uma fórmula⁸⁸⁵ que conciliava os direitos dos indivíduos e suas obrigações para com a sociedade:

A obediência ao dever social não é senão a aceitação de um ônus em troca de um proveito. É o *reconhecimento de um dívida*. É esta idéia de dívida do homem frente aos outros homens que, dando na realidade e moralmente o fundamento do dever social, fornece ao mesmo tempo à liberdade, ao direito individual, sua verdadeira característica e seus limites e garantias.⁸⁸⁶

Com a dificuldade de calcular o “débito social” de cada cidadão, sugeria Bourgeois que os benefícios e ônus fossem compartilhados entre todos por meio de um “auxílio mútuo” socialmente organizado⁸⁸⁷. Desejava que a “associação de fato” entre os seres humanos, nascida das necessidades, fosse transformada em “associação de direito”, fruto da vontade, da reflexão e cuja regra seria:

[...] a mútua e eqüitativa reciprocidade de direitos e deveres; onde cada um seja levado a saldar sua parte na dívida social que pesa em graus diversos

todo o presente e todo o porvir” (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 49). Ver: Ernest Lavisso no prefácio da obra de BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. p. X e BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*, p. 123.

⁸⁸¹ BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 133, 138.

⁸⁸² “O homem não se torna somente no curso de sua vida devedor de seus contemporâneos; no dia mesmo de seu nascimento ele é um obrigado. *O homem nasce devedor da associação humana*.” (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 116. Grifo do autor). Essa afirmação de Bourgeois vem acompanhada de citação à Comte: “Nascemos devedores de toda sorte de obrigações frente à sociedade” (COMTE, Auguste apud BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 117).

⁸⁸³ André-Jean Arnaud, ao se referir às teorias acerca da solidariedade social surgidas na França do fim do século XIX, menciona a defesa de um “quase-contrato social” que imporá a todos indivíduos débitos sociais recíprocos de assistência moral e patrimonial (ARNAUD, André-Jean. *Da giresconsulti a tecnocrati*. p.102).

⁸⁸⁴ Defendia que para que a tarefa da sociedade fosse cumprida não era suficiente que o direito de cada cidadão fosse respeitado por todos, mas sim que o dever de cada cidadão para com o todo fosse cumprido. (BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. p. 5.

⁸⁸⁵ Fórmula que, segundo ele, não pagava tributo à noção cristã de dever moral de caridade, mas à noção mais precisa, embora ainda abstrata e desprovida de sanção, de fraternidade republicana (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 155), sendo o desenvolvimento, segundo ele, desse mote da Revolução Francesa juntamente com o pensamento filosófico do século XVIII (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 156).

⁸⁸⁶ BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 102. Grifo do autor.

⁸⁸⁷ Havia, no pensamento de Bourgeois, a tentativa de estabelecer uma perspectiva conciliatória: “Tanto quanto os individualistas temos a preocupação com o direito, tanto quanto os socialistas possuímos a preocupação com o dever social” (BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. p. 24). Ver BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 123.

sobre todos os homens e a suportar a responsabilidade social de cada um de seus atos, responsabilidade correlativa à sua liberdade.⁸⁸⁸

Assim os riscos sociais – tais como guerras, desordens internas e crises econômicas – que ameaçavam o sistema social como um todo, deveriam ser assumidos como responsabilidade de todos, pois a sociedade como um todo tinha o “dever social” de garantir a proteção contra tais infortúnios geradores de acidentes, enfermidades e desemprego⁸⁸⁹. Esse “dever social” traduz-se na obrigação de reparar os efeitos injustos decorrentes daqueles infortúnios, obrigação atribuível de forma solidária a todos membros da sociedade⁸⁹⁰ por força de uma “causa social”⁸⁹¹. Daí decorre a lógica da lei de 1898, legalizando as sociedades de socorro mútuo (*sociétés de secours mutuels*), bem como estabelecendo subsídios estatais proporcionais aos benefícios que oferecessem e ao dinheiro que angariassem⁸⁹². Todo esse sistema, Bourgeois faz questão de destacar, não estaria fundado na caridade, mas na justiça⁸⁹³. Assim o dever social enquanto obrigação fundada no direito⁸⁹⁴ era passível de tutela jurídica por meio de sanções imperativas⁸⁹⁵, tutela essa que tinha por objetivo substituir nas relações entre os indivíduos as noções de concorrência e luta pelas idéias superiores de contrato e de associação⁸⁹⁶.

A transformação ética do liberalismo numa direção “social embora não socialista”, assumindo forma de republicanismo, se consolida ao redor de 1870⁸⁹⁷. É no solidarismo – a dimensão social do republicanismo francês⁸⁹⁸ –, principalmente na forma que lhe dá Durkheim, em que será preservado “o brilho ético do liberalismo do final do século XIX, e que se poderá

⁸⁸⁸ BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. p. 16.

⁸⁸⁹ Em outra passagem do mesmo discurso, Bourgeois afirma que assim como “não há propriedade sem ônus, não há mais liberdade sem responsabilidade” (BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. p. 22).

⁸⁹⁰ Segundo Bourgeois (BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 234-238), o sistema de proteção contra os infortúnios seria mantido por um esquema de seguro contributivo e tributação progressiva que propiciassem a todos os cidadãos acesso ao “capital social”.

⁸⁹¹ BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. p. 22.

⁸⁹² A Terceira República parecia crer poder funcionar como “uma vasta sociedade de benefício mútuo” (DESCHANEL, Paul. apud BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 127).

⁸⁹³ BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. p. 19.

⁸⁹⁴ Para Ernest Lavisse essa solidariedade, de que falava Leon Bourgeois, criaria verdadeira obrigação jurídica, isto é, um dever para o indivíduo e um direito para a sociedade (BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. Prefácio, p. X).

⁸⁹⁵ BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 141 e 148.

⁸⁹⁶ BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. p. 21.

⁸⁹⁷ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 155.

⁸⁹⁸ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 114.

identificar que “a passagem para o socialismo, se definido em termos de controle estatal, foi mais uma vez evitada”⁸⁹⁹, tornando mais nítido o perfil do liberalismo social⁹⁰⁰.

Acresce que a sociologia fornecia, com base em certas idéias evolucionistas e organicistas, a fundamentação “científica”⁹⁰¹ na defesa da existência de uma solidariedade natural entre as diferentes classes sociais. Para Durkheim, os estudos feitos pela sociologia permitiriam a obtenção de uma “ciência da moral”⁹⁰² que possibilitaria “ao indivíduo a compreensão do que é a sociedade, de como ela o completa e o quanto ele é pequeno se for deixado aos seus próprios esquemas”. É ela que permitirá ao sujeito perceber que ele “não é um império dentro de outro império, mas o órgão de um organismo, e mostrar-lhe como é bom desempenhar conscientemente o seu papel de órgão”, fazendo-o “sentir que não há perda de posição em se ligar (*solidaire*) aos outros e deles depender, em vez de pertencer inteiramente a si mesmo”⁹⁰³.

Pretendia Durkheim demonstrar que a divisão do trabalho produziria um “efeito moral”⁹⁰⁴, a criação de um “sentimento de solidariedade” entre as pessoas⁹⁰⁵ que diversamente da simpatia tem na diferença, e não na semelhança, a sua fonte⁹⁰⁶.

⁸⁹⁹ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 158-159.

⁹⁰⁰ “Pode-se ligar legitimamente o durkheimianismo com o liberalismo, independentemente de rótulos, por causa da fidelidade geral da escola ao individualismo como a moderna matriz de valores.” (MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 159). No mesmo sentido Richard Bellamy (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 108), que assevera que o relacionamento entre “personalidade individual” e “solidariedade social” postulado por Durkheim sustenta-se “menos em qualquer fato empírico descoberto através de seus estudos sociológicos do que em algumas suposições liberais convencionais relacionadas à base moral da ordem social da França republicana.”

⁹⁰¹ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*., p. 118, 132.

⁹⁰² O objetivo de Durkheim era “fazer a ciência da moral”, pois entendia serem os fatos morais fenômenos observáveis como os estudados pela física, pela química, etc., constituindo-se como “regras de ação que se reconhecem por certas características distintivas”, daí porque passíveis de observação, descrição, classificação e explicação. (DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Prefácio à primeira edição. p. XLIII). Sua atitude científica privilegiava uma perspectiva indutiva, pois entendia que “não se pode construir uma moral completa e impô-la mais tarde à realidade: ao contrário, é preciso observar a realidade para dela inferir a moral” (DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. São Paulo: Landy Editora, 2003. p.28). Ao mesmo tempo que entendia possível fazer a “ciência da moral”, Durkheim defendia que “de todos os elementos da civilização, a ciência é o único que, em certas condições, apresenta um caráter moral.” (DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. p. 16).

⁹⁰³ DURKHEIM, Émile. Cours de science sociale, leçon d’ouverture. In : _____. *La science sociale et l’action*. 1888. p.109-110, apud BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 133.

⁹⁰⁴ Durkheim apontava Comte como o primeiro sociólogo a identificar a “divisão do trabalho” como algo mais que um fenômeno econômico, pois, para o criador do positivismo científico, a repartição contínua dos diferentes trabalhos humanos tinha por efeito principal constituir a solidariedade social responsável pela crescente complexidade e extensão do organismo jurídico (COMTE, Auguste. *Cours de philosophie positive*. IV. p. 425, apud DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 29).

⁹⁰⁵ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 21, 27.

⁹⁰⁶ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 28.

Por ser a solidariedade social um “fenômeno totalmente moral”⁹⁰⁷, nas palavras de Durkheim, entendia que ela não se prestava à observação exata. Daí porque, para proceder a sua análise, era necessário encontrar um fato externo que o expressasse. Esse “símbolo visível” Durkheim pensava ter encontrado no sistema jurídico⁹⁰⁸. Seria esse o elemento objetivo capaz de permitir, pela sua análise, a mensuração dos fatos morais, a determinação precisa da solidariedade social⁹⁰⁹: “A vida geral da sociedade não pode se estender num ponto sem que a vida jurídica nele se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Portanto, podemos estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social”⁹¹⁰.

Assim, ao classificar e estudar as diferentes espécies de sistemas jurídicos, é possível identificar as formas de solidariedade social correspondentes⁹¹¹. Mas como se classificaria o fenômeno jurídico, a partir de que característica ele seria estudado? A resposta encontrada por Durkheim parte da premissa de que todo preceito do direito pode ser definido como uma “regra de conduta sancionada”⁹¹², motivo pelo qual conviria “classificar as regras jurídicas de acordo com as diferentes sanções que são ligadas a elas”⁹¹³.

Sob esse critério existiriam dois tipos de sanções: a que Durkheim chama de sanções de natureza repressiva, que se “constituem essencialmente numa dor, ou, pelo menos, numa diminuição infringida ao agente”⁹¹⁴; e as denominadas de sanções de natureza restitutiva, que não implicam “necessariamente um sofrimento do agente, mas consistem apenas na *reparação das coisas*, no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal”⁹¹⁵.

A forma de solidariedade que caracteriza as sociedades primitivas, associada por Durkheim às sanções repressivas, é a “solidariedade mecânica”⁹¹⁶, baseada num conjunto extenso de

⁹⁰⁷ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 31.

⁹⁰⁸ De acordo com Carole Cochez, na obra de Durkheim se encontra não uma análise jurídica da moral, mas, pelo contrário, uma análise do direito realizada pelo ângulo da moral (COCHEZ, Carole. *Le droit dans l'année sociologique (1896-1925)* : contribution a l'étude de la place du droit dans les premiers temps de l'école durkheimienne. 2004. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Lille II, 2003-2004. Disponível em: <<http://edoctrale74.univ-lille2.fr>>. Acesso em: 27 jul. 2006).

⁹⁰⁹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Prefácio à primeira edição, p. XLIX.

⁹¹⁰ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 32.

⁹¹¹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 35.

⁹¹² DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 36.

⁹¹³ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 37.

⁹¹⁴ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 37.

⁹¹⁵ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 37.

⁹¹⁶ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 107.

crenças e práticas uniformes impostas repressivamente⁹¹⁷. Essa solidariedade *sui generis* nascida das semelhanças vincula diretamente o indivíduo à sociedade, gerando um “apego geral e indeterminado do indivíduo ao grupo”⁹¹⁸. Já a forma de solidariedade que caracterizaria a sociedade industrial marcada pela divisão do trabalho e pela utilização de sanções repressivas foi por ele denominada “solidariedade orgânica”. Nessa, a divisão do trabalho se torna a “fonte eminente da solidariedade social” e a “base da ordem moral”⁹¹⁹. Tal divisão do trabalho não produziria a solidariedade social por tornar cada indivíduo um agente de intercâmbio, mas por criar entre esses “todo um sistema de direitos e deveres que os ligam uns aos outros de maneira duradoura”⁹²⁰. Haveria ainda o que denominava Durkheim de “solidariedade negativa”. Apresentando-se na forma de exigências de abstenção dirigidas aos indivíduos, esta não se constituía como conjunto de estímulos para servir, antes caracterizando-se por sanções que buscavam garantir que os indivíduos não se prejudicariam mutuamente. Por isso, afirmaria, “não é uma solidariedade verdadeira, com uma existência própria e uma natureza especial, mas antes o lado negativo de toda espécie de solidariedade”⁹²¹. Estaria representada pelas “relações” que unem as coisas às pessoas⁹²² e as relações de pessoa a pessoa que são necessárias para reparar ou prevenir um dano⁹²³.

A noção que informa Durkheim quando do tratamento das “obrigações de reparação” é a relativa à responsabilidade subjetiva clássica. Tanto assim, afirma que as obrigações que nascem do “delito” ou do “quase-delito”⁹²⁴ estabelecem o dever de reparar o prejuízo causado, *com culpa*, aos interesses legítimos de outrem. Estando a obrigação de reparar ligada ao fato do agente ter causado o dano, a obrigação surge como uma sanção decorrente da violação anterior: a de não prejudicar a ninguém. Daí porque afirma ser instituidora de uma “solidariedade negativa”, isto é, ser a expressão de um conjunto de regras que “têm por função, não ligar as diferentes partes da sociedade umas às outras, mas, ao contrário, pôr umas

⁹¹⁷ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 39; BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 136, 139.

⁹¹⁸ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 79.

⁹¹⁹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 423; BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 139.

⁹²⁰ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 429; BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 139.

⁹²¹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 95.

⁹²² DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 90.

⁹²³ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 94.

⁹²⁴ Refere, em nota, à p. 94, os artigos 1382-1386 do CC francês, além de mencionar os artigos referentes à repetição do indébito.

fora das outras, assinalar nitidamente as barreiras que as separam”⁹²⁵. Surge assim uma questão: poder-se-ia dizer o mesmo quando a obrigação de reparar não é decorrente nem da identificação de uma culpa presente na ação do agente, ou mesmo do fato desse ter causado o dano? Veremos mais adiante que essa questão não passou ao largo de juristas contemporâneos a Durkheim que buscaram defender que a obrigação de reparar, nessa hipótese, não decorreria da violação do comando de “não prejudicar”, mas da “juridificação” de um dever de auxílio, constituindo-se como expressão do que Durkheim denominava “vínculo social positivo”⁹²⁶.

Essa “solidariedade negativa” somente é possível, todavia, diante da existência de uma “solidariedade positiva” – na forma mecânica ou orgânica – da qual é a resultante, isto é, a resultante de relações que visam estabelecer um reconhecimento mútuo de direitos, decorrentes de uma efetiva cooperação entre os agentes. Para Durkheim, o direito contratual seria, por excelência, a expressão jurídica dessa cooperação⁹²⁷ que, embora voluntária, criaria para as partes deveres que não haviam, necessariamente, querido⁹²⁸. Durkheim chega a dizer que “uma das variedades importantes da solidariedade orgânica é o que poderíamos chamar da solidariedade contratual”⁹²⁹. Essa importância dada ao fenômeno contratual não é privilégio da obra de Durkheim e parece ser uma idéia representativa de certa *forma mentis* do período, assim, também, Bourgeois, para ficarmos apenas na França, destaca que a evolução da humanidade faz a vontade substituir ao instinto, o contrato substituir o hábito⁹³⁰.

Observe-se, nessa trilha, que, para Durkheim, o contrato em si não é suficiente para ligar as partes⁹³¹, pois “é a sociedade que lhe confere esse poder” ao sancionar as obrigações contratadas. Portanto, é possível afirmar que “todo contrato pressupõe que, por trás das partes que o estabelecem, há a sociedade pronta para intervir a fim de fazer respeitar os compromissos assumidos” desde que tenham um “valor social”, ou seja, sejam conformes à

⁹²⁵ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 95.

⁹²⁶ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 95.

⁹²⁷ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 100.

⁹²⁸ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 202.

⁹²⁹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 400.

⁹³⁰ BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. p. 19-20, apud BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*, p. 122

⁹³¹ Entendia que a ação social se fazia sentir não somente fora das relações contratuais, mas sobre o jogo mesmo dessas relações; daí porque afirmar que “nem tudo é contratual no contrato” (DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 197) e que “o contrato não basta por si, mas só é possível graças a uma regulamentação que é de origem social” (DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 203).

regra do direito⁹³². Os vínculos sociais, portanto, se estendem “muito além dos momentos curtos em que a troca se consuma”⁹³³. Como decorrência, temos que de cada contrato celebrado, de cada tarefa assumida, surgem às partes deveres não-queridos dos quais não é possível se afastar⁹³⁴.

Haveria, assim, uma relação entre a “solidariedade negativa” e a “solidariedade positiva”, tendo-se de admitir que a primeira serve como estímulo para a concretização da última, pois “o contratante que falta com seus compromissos também é obrigado a indenizar a outra parte”⁹³⁵, servindo assim essa indenização de sanção a um vínculo positivo⁹³⁶, ao mesmo tempo que essa (a solidariedade positiva) serve de “fundamento” para aquela⁹³⁷.

É a partir da distinção dessas duas solidariedades que Durkheim situa a relação entre justiça e caridade, identificando a primeira com o “simples respeito dos direitos de outrem” e definindo-a como virtude pública puramente negativa; já a segunda – que afirmava ser para partidários de uma certa moral decorrente da virtude privada do desinteresse⁹³⁸ –, é identificada com a solidariedade positiva, fruto do amor recíproco entre os indivíduos em sociedade⁹³⁹. Note-se que Durkheim não associava a caridade a um benefício público, pois, para ele, “instituir obras de assistência no plano da vida econômica não significa ligar essas obras à vida pública”, mas, sim, a um “sentimento privado” que “deixa as coisas em seu estado e só pode amenizar as dores privadas”⁹⁴⁰; tal benefício público parece associar ao altruísmo, pois, em relação a esse, assevera que “não está destinado a se tornar, como quer

⁹³² DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 89; BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 138.

⁹³³ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 217.

⁹³⁴ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 218, 219.

⁹³⁵ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 94.

⁹³⁶ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 94.

⁹³⁷ Para Durkheim, a solidariedade negativa “é uma emanção de uma outra solidariedade de natureza positiva: é a repercussão, na esfera dos direitos reais, de sentimentos sociais que vêm de uma outra fonte.” DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 97).

⁹³⁸ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 97.

⁹³⁹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 97. Tanto na “divisão do trabalho social” (DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 97) quanto na obra “Lições de Sociologia” (DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 302-303) Durkheim afirma a existência de uma solução de continuidade entre os deveres de justiça e os de caridade, compreendendo a última como o apogeu da primeira, asseverando que à medida que a sociedade se desenvolve os deveres originados pela caridade deixam de ser uma espécie de “deveres facultativos” e tornam-se “obrigações estritas”, isto é, impositivas DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. p. 304).

⁹⁴⁰ DURKHEIM, Émile. WEBER, Max. *Socialismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 58.

Spencer, uma espécie de ornamento agradável de nossa vida social; ele será sempre a base fundamental da mesma”⁹⁴¹.

Embora afirmasse que “enquanto houver ricos e pobres de nascimento, não poderá haver contrato justo, nem uma justa repartição das condições sociais”⁹⁴², Durkheim não compreendia o conflito de classes como fenômeno natural ao sistema capitalista⁹⁴³, mas “secundário e derivado”⁹⁴⁴. Daí concluía que a “questão social” não poderia ser reduzida à “questão operária”⁹⁴⁵, assim como não poderia ser entendida apenas como uma questão econômica, mas moral⁹⁴⁶, assegurando: “[...] a questão social [...] não é uma questão de dinheiro ou de força, é uma questão de agentes morais. O que domina não são as condições de nossa economia, mas, muito mais, as condições de nossa moralidade”⁹⁴⁷.

Emmanuel Lévy, influenciado pela idéia de direito restitutivo desenvolvida por Durkheim, sustentará que a responsabilidade, tanto contratual quanto extracontratual, tem como fundamento a frustração de uma confiança legítima⁹⁴⁸. Se a responsabilidade contratual se caracterizaria pela quebra da confiança despertada pela promessa, a responsabilidade extracontratual se configuraria sempre que a situação não correspondesse à crença legítima da vítima; dessa forma, assimilando outra lição de Durkheim (a de que nem tudo no contrato é “contratual”), afirmava que o patrão era responsável pelos danos ocorridos aos empregados em consequência dos acidentes de trabalho porque não só havia prometido implicitamente protegê-los, mas porque da relação empregado-empregador nascia uma confiança na

⁹⁴¹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. p. 218.

⁹⁴² DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Prefácio à segunda edição, p. XXXIX.

⁹⁴³ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 146.

⁹⁴⁴ BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 151.

⁹⁴⁵ DURKHEIM, Émile; WEBER, Max. *Socialismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993. p. 54.

⁹⁴⁶ Ao revelar um preocupação com a “falta de coesão moral nas sociedades modernas, proveniente da fragmentação dos elos comunitários tradicionais e da perda de uma fé comum” (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 153), Durkheim se aproxima da crítica liberal conservadora ao capitalismo. Richard Bellamy afirma que “a fusão dos elementos progressistas e conservadores no radicalismo francês torna compreensíveis as posições ideológicas divergentes atribuídas a Durkheim”, fusão que gera no pensamento do sociólogo francês uma ambivalência entre suas idéias sociológicas e políticas que permite a Bellamy sustentar o equívoco de incorporar completamente Durkheim à tradição solidarista. (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 131). Embora apontando a ambigüidade presente na teoria de Durkheim, expressa no tratamento de temas como “solidariedade mecânica”, “solidariedade orgânica” e “consciência coletiva”, José Fernando de Castro Farias conecta-a à “conjuntura do programa do solidarismo” (FARIAS, José Fernando de Castro. *As origens do direito de solidariedade*. p. 220). Para Durkheim com a crescente divisão social do trabalho o único elo comum era a “humanidade” compartilhada por todos os indivíduos, transformada em preceitos jurídicos pelas Declarações de Direitos (BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 153-54).

⁹⁴⁷ DURKHEIM, Émile. *Socialism*. p. 204 apud BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. p. 151.

⁹⁴⁸ LÉVY, Emmanuel. *La vision socialiste du droit*. Paris: Girard, 1926. p. 79.

autoridade do último, autoridade que era a base de sua responsabilidade⁹⁴⁹. Concluía, então, não ser mais necessária a existência do contrato para justificar, nesse caso, a responsabilidade, pois ela “nasce da situação mesma onde se encontram um em relação ao outro, patrão e empregado”⁹⁵⁰.

Vários autores franceses foram à época influenciados pelas idéias de Durkheim, entre eles temos Saleilles, Hauriou e Duguit, mas foi o último, Léon Duguit⁹⁵¹, quem conferiu ao solidarismo durkheiminiano sua versão jurídica mais acabada ao transportar o pensamento republicano francês para o limite entre liberalismo social e comunitarismo⁹⁵². Influenciado não somente pelas idéias sociológicas de Durkheim, mas também pela síntese política transpersonalista defendida por Bourgeois e outros⁹⁵³, tomava a solidariedade social como um “valor objetivo do processo social”, como decorrente da divisão do trabalho social, e o direito objetivo como expressão e, simultaneamente, fonte dessa solidariedade⁹⁵⁴.

Em Duguit a regra social torna-se jurídica quando a coletividade toma consciência de sua vinculação com a solidariedade social. A promoção dessa solidariedade, o fim que inspira o funcionamento do organismo social. Assim, a promoção da solidariedade social é uma obrigação positiva tanto da sociedade como do Estado. É sobre essa obrigação a cumprir, esse “dever social” no sentido que Comte lhe emprestava⁹⁵⁵, que se encontra o fundamento de todo o sistema, cujo futuro pode ser deduzido das seguintes palavras:

⁹⁴⁹ LÉVY, Emmanuel. *La vision socialiste du droit*. p. 55.

⁹⁵⁰ LÉVY, Emmanuel. *La vision socialiste du droit*. p. 55.

⁹⁵¹ Para André Jean-Arnaud, o pensamento de Duguit, assim como o de Saleilles e o de Hauriou, são tributários de um esquema mental que se poderia chamar de “conservadorismo liberal”; para Jean-Arnaud, todos esses autores têm em comum o fato de, pretendendo apresentar alternativas ao socialismo, filiarem-se à perspectiva metodológica pretensamente científica de François Gény para desenvolver um “humanismo eclético”: “Diante da sociedade o jurista se apresenta como guardião do sistema jurídico criado em razão das necessidades da burguesia. O humanismo que domina esse período, seja ‘institucionalista’ como o de Hauriou, ‘sociológico’ como o de Duguit, ou ‘eclético’ como o de Gény, surge dentro do esquema mental dos juristas para evitar, graças a um ‘conservadorismo liberal’, que o sistema jurídico seja posto em xeque” (ARNAUD, André-Jean. *Da giuresconsulti a tecnocrati*. p. 139, 141-142).

⁹⁵² MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 160.

⁹⁵³ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social: notion et système du Droit Social: histoire doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*. Paris: Recueil Sirey, 1932. p. 597.

⁹⁵⁴ Para Duguit, a solidariedade ou interdependência social era sobretudo um vínculo jurídico; segundo ele, a noção de regra de conduta é essencialmente conexa e dependente da noção de solidariedade social. (DUGUIT, Léon. *L'État, le droit objectif et la loi positive*. In: _____. *Études de Droit Public*. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1901. Tomo I, p. 90). Ver também: FARIAS, José Fernando de Castro. *As origens do direito de solidariedade*. pp. 225-229).

⁹⁵⁵ Para Gurvitch, é possível perceber na obra de Duguit, apesar de possíveis ecos de Comte, que mais que um positivista o publicista francês era um moralista (GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 596).

O homem não tem direitos (direitos subjetivos); a coletividade também não os tem. Mas todo indivíduo possui na sociedade uma tarefa a executar. E isso é precisamente o fundamento da regra de direito que se impõe a todos, grandes e pequenos, governantes e governados.⁹⁵⁶

Com relação aos deveres, afirma Duguit que a solidariedade social os impõe, na forma positiva, ao Estado – que se vê, em razão disso, obrigado à, por exemplo, assegurar trabalho a todos, assim como providenciar-lhes um mínimo de subsistência material e de instrução⁹⁵⁷ – e também aos particulares. Estes, enquanto proprietários, são também alvo de deveres positivos como, por exemplo, o dever de empregar o bem sobre o qual detêm aquele direito com vistas ao aumento de sua produtividade⁹⁵⁸, o que acaba por reconfigurar o próprio conceito de propriedade que passa, necessariamente, a estar associada a uma exigência de produção social⁹⁵⁹.

Na esteira desse discurso solidarista, Duguit irá destacar que, em decorrência da divisão do trabalho⁹⁶⁰, tem-se a “socialização do direito”⁹⁶¹. Em consequência da socialização do direito, a discussão sobre a responsabilidade subjetiva dará lugar a uma discussão acerca da responsabilidade objetiva quando das relações entre grupos ou entre grupos e indivíduos⁹⁶²:

Os grupos não são sujeitos com vontade; eles não podem ser pessoas responsáveis. Mas a atividade do grupo não é um elemento pouco importante na atividade social. Do trabalho do qual resulta proveito indubitável ao conjunto da sociedade, resulta mais proveito particularmente aos membros do grupo. Se esses obtêm o benefício imediato é justo que suportem o risco a que expõem os outros indivíduos e aos outros grupos por

⁹⁵⁶ DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris : Librairie Félix Alcan, 1912. p. 19-20.

⁹⁵⁷ DUGUIT, Léon. *Traité du Droit Constitutionnel*. 2.ed. Paris : A. Fontemoing Éditeurs, 1921. Tomo III, p.562-596.

⁹⁵⁸ DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. p. 147, 158.

⁹⁵⁹ Essa concepção de propriedade também está presente na declaração VII da *Carta del Lavoro*: “A ordem corporativa respeita o princípio da propriedade privada. Esta completa a personalidade humana: é um direito e, se é um direito, é também um dever. Tanto que pensamos a propriedade privada deve ser entendida como função social: não pois como propriedade passiva, mas como propriedade ativa, que não se limita a gozar os frutos da riqueza, mas a desenvolve, a aumenta e multiplica”.

⁹⁶⁰ Para Duguit “a vida social e, portanto, a vida jurídica é o produto de uma divisão do trabalho entre as atividades individuais e os atividades coletivas.” (DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. p. 140).

⁹⁶¹ José Fernando de Castro Farias, analisando o pensamento de Duguit, afirma que para esse “a existência do homem só tem sentido no quadro da sociedade, e sua ação deve ser dirigida para o ‘dever social’ de preencher seu papel no seu sistema de ‘solidariedade social’, pois seu próprio desenvolvimento enquanto homem depende do funcionamento do sistema social de ‘solidariedade’ como um todo.” (FARIAS, José Fernando de Castro. *As origens do direito de solidariedade*, p. 233).

⁹⁶² As relações entre indivíduos continuava, na visão de Duguit, sob a égide da responsabilidade fundada na culpa (DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public general*. Paris: E. de Boccard Editeur, 1926., p. 314).

colocar em marcha certa atividade. Essa a idéia muito simples à qual se vinculam todos os casos de responsabilidade objetiva.⁹⁶³

Assim, a questão deixa de ser enfocada, exclusivamente, a partir de uma perspectiva tributária à noção de justiça comutativa, passando a sofrer a influência de uma justiça distributiva. A imputação moral, pela qual se produzia a operação de identificação de “culpas”, perde espaço para a alocação econômica, para a distribuição de custos:

Não se trata mais de uma questão de imputabilidade, mas somente uma questão de risco. É a questão de saber qual é o patrimônio que deve suportar definitivamente o risco vinculado à atividade do grupo considerado. [...] Não há razão, para determinar se há responsabilidade, em pesquisar se uma culpa ou uma negligência foi cometida, mas somente qual é o grupo que deve finalmente suportar o custo do risco.⁹⁶⁴

Duguit não esquece o papel de certos doutrinadores, como Josserand e Saleilles, na preparação da caminhada rumo a uma “socialização do direito”⁹⁶⁵. Essa caminhada iria desembocar na edição da lei de 09 de abril de 1898 – que é especialmente destacada. Nesta lei, diz Duguit, a responsabilidade do empresário diante dos acidentes de trabalho está fundada no risco exatamente porque “o acidente aparece como criado pela empresa que deve, por conseqüência, suportar os efeitos”, uma vez que a atividade econômica é desempenhada “sob seu interesse”⁹⁶⁶. O mesmo sentido é percebido na jurisprudência acerca da responsabilidade civil pelo fato da coisa⁹⁶⁷ e pelo fato do serviço público⁹⁶⁸.

⁹⁶³ No original: “Les groupes ne sont point, nous l’avons vu, des sujets de volonté; ils ne peuvent être des personnes responsables. Mais l’activité du groupe n’en est pas moins un élément important de l’activité sociale. La besogne qui en résulte profite sans doute à l’ensemble de la société, mais profite plus particulièrement aux membres du groupe. Si celui-ci en a le bénéfice immédiat, il est juste qu’il supporte le risque que fait courir aux individus et aux autres groupes la mise en oeuvre de cette activité. Telle est l’idée très simple à laquelle se rattache tous les cas de responsabilité objective.” (DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. p. 140).

⁹⁶⁴ No original: “Alors ce n’est pas une question d’imputabilité qui se pose, mais seulement une question de risque. C’est la question de savoir quel est le patrimoine qui doit supporter définitivement le risque s’attachant à l’activité du groupe considéré.[...] Il n’y a point, pour savoir s’il y a responsabilité, à rechercher si une faute ou une négligence a été commise, mais seulement quel est le groupe qui doit finalement supporter la charge du risque” (DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. p. 139). Em outra obra (DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public general*. Paris: E. de Boccard Editeur, 1926. p. 319-320), afirma que “a coletividade responsável não é aquela que há nomeado o agente que agindo com culpa deu lugar ao dano, mas aquela em proveito de quem funciona o serviço” ao qual está vinculado o risco concretizado, na hipótese, em dano.

⁹⁶⁵ Há quem diga que essa perspectiva socializante estava associada com uma determinada moralização do direito que pode ser explicada pela influência da sociologia de Durkheim, que continha em si todo um discurso moral (COCHEZ, Carole. *Le droit dans l’année sociologique (1896-1925)*. p. 77).

⁹⁶⁶ DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public general*. Paris: E. de Boccard Editeur, 1926. p. 317.

⁹⁶⁷ DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. p. 141, 144.

⁹⁶⁸ DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. p. 145.

Raymond Saleilles afirmará a complementaridade entre as normas jurídicas relativas à responsabilidade objetiva e às teorias sociais, pois, segundo ele, ao destacarem o papel do indivíduo como parte da coletividade, acabavam aquelas teorias por exigir uma regulação das relações sociais em termos de solidariedade, isto é, havia, para ele, uma identificação e uma associação íntima entre responsabilidade por risco e a lógica de socialização do direito⁹⁶⁹.

Saleilles compartilhava, assim, com a opinião de Duguit para quem era imperativo a aplicação de um critério objetivo de responsabilidade aplicável aos grupos sociais. É essa opinião que levará Saleilles a, quando da comparação entre a relação existente entre a sociedade industrial e seus empregados e a existente entre um indivíduo que encarrega outro de realizar serviço em seu interesse, identificar na primeira, “sob o ponto de vista social”, a “existência de uma solidariedade efetiva” que não está presente na segunda; isso o levará a concluir que é esse elemento de solidariedade que permite responsabilizar a sociedade industrial pelo ato do seu empregado⁹⁷⁰.

Ao justificar como seria juridicamente possível a responsabilidade das pessoas jurídicas – assim respondendo à crítica de Karlowa de que o delito civil de um pequeno funcionário público não permitiria que se afirmasse que o Estado havia cometido um ato ilícito –, Saleilles afirma que a responsabilidade das corporações deveria ser compreendida como uma responsabilidade coletiva, desde uma perspectiva patrimonial. Em outras palavras, não interessaria se a pessoa jurídica cometeu o delito, interessa é que seu patrimônio seja

⁹⁶⁹ SALEILLES, Raymond. *Les accidents du travail et la responsabilité civile. Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*. Paris : Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, 1897. p. 74. Sobre Saleilles ver também FARIAS, José Fernando de Castro. *As origens do direito de solidariedade*. p. 134-139. Quanto à expressão “socialização do direito”, destaque-se que aparece no artigo de J. Charmont publicado, em 1903, na *Revue de Métaphysique et de Morale* e intitulado “La socialisation du droit (Leçon d'introduction d'un cours de droit civil)”, no qual defende que socializar o direito é torná-lo mais abrangente e mais amplo com vistas estendê-lo do rico ao pobre, do proprietário ao assalariado, do homem à mulher, do pai ao filho, isto é, colocá-lo a serviço de todos os membros da sociedade (CHARMONT, J. La socialisation du droit (Leçon d'introduction d'un cours de droit civil). *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1903 apud ARNAUD, André-Jean. *Da giresconsulti a tecnocrati*. p.103).

⁹⁷⁰ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. 3.ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925. p. 403, 415. Note-se que Saleilles ampara sua afirmação em referência à Von Gierke (VON GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. p. 402, 403). Para Saleilles, o fato do projeto do código civil alemão não adotar uma perspectiva orgânica – que é a sua –, mas pelo contrário, adotar uma perspectiva individualista tendo por base a idéia de culpa pessoal, embora permitisse desenvolver certas hipóteses de responsabilidade de forma a obter resultados semelhantes aos por ele propugnados através da adoção da idéia de solidariedade, não significava que o princípio teórico e mesmo as consequências jurídicas fossem idênticos (SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*, p. 403).

responsável pela reparação do dano⁹⁷¹; o foco não é mais a ação que causa o evento, mas a atividade que a ele pode ser vinculada⁹⁷².

Investe também Saleilles contra a concepção meramente formal do princípio da igualdade, afirmando que os princípios basilares do Code Civil não poderiam ser aplicados a relações em que uma das partes se encontrasse em situação de desvantagem em relação à outra. Nesses casos, percebe, a incidência de normas inspiradas em premissas tais como a da liberdade individual e da autonomia subjetiva acabaria por produzir soluções inadequadas, devendo, portanto, ser substituídas por outras que tivessem como fundamento “uma concepção mais justa de solidariedade social e de deveres recíprocos dos indivíduos, uns em relação aos outros”⁹⁷³. Essa substituição era, segundo ele, uma exigência do novo período histórico, o fim do século XIX, quando a democracia social se apresentava diante da democracia política e, em razão disso, impunha a necessidade de um novo equilíbrio social:

Trata-se de estabelecer um equilíbrio social, uma harmonia indispensável entre os diferentes elementos que compõem a coletividade, onde a função social deverá ser considerada em razão direta da expansão individual. Se, portanto, a liberdade individual mantém-se um dogma intangível, a sociedade deve ajudar aos abandonados e às vítimas da liberdade. Liberdade e intervenção não só não estão em contradição, como nos parecem ser as duas faces do mesmo sistema, pois uma apela à outra. [...] Cabe então reconhecer que se trata de uma transformação profunda do sistema individualista tradicional, pois diz respeito a uma concepção recíproca, e não mais unilateral, que ao lado dos direitos põe os deveres.⁹⁷⁴

Por essa razão, Saleilles entendia que relativamente às regras da responsabilidade civil a teoria baseada na culpa deveria ser substituída pela teoria do risco. Ao invés de assumir o homem como indivíduo que atua isoladamente, esta o tomava como elemento social que desempenhava uma atividade inserida na coletividade. Assim, por exemplo, em sua opinião a responsabilidade pelos acidentes de trabalho sofridos pelos operários não decorreria tanto da falha individual do patrão, mas do fato desse ter assumido esse risco quando da tomada de decisões à frente da direção da corporação industrial⁹⁷⁵. Na mesma linha de raciocínio

⁹⁷¹ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. p. 396.

⁹⁷² Essa a perspectiva de Von Gierke (VON GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. p. 395).

⁹⁷³ SALEILLES, Raymond. *Le code civil et la méthode historique*. In : *Livre du centenaire du code civil*. Paris, 1904. v. I, p. 114.

⁹⁷⁴ SALEILLES, Raymond. *Le code civil et la méthode historique*. p. 117.

⁹⁷⁵ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. p. 358.

entendia que, em relação aos acidentes de transporte, as companhias ferroviárias possuíam uma responsabilidade legal, absolutamente desvinculada da idéia de contrato, justificada pelos riscos decorrentes do simples fato da exploração da atividade econômica⁹⁷⁶. Isso se justificava porque se estava não mais diante de uma questão relativa a direitos individuais, mas pertinente ao direito social⁹⁷⁷. Assim, Saleilles afirmava que essas responsabilidades não eram nem do campo contratual nem do campo delitual, mas fundadas num “dever de segurança” (*devoir d’assurance*)⁹⁷⁸.

Se esse “dever de segurança” – que se apresentava vinculado às áreas do seguro e da assistência social – era, para certos juristas, inaplicável ao direito privado, pois incompatível com os princípios ordinários relativos à culpa e à responsabilidade pessoal, era, porém, para Saleilles, um impulso renovador do direito privado e de seus princípios⁹⁷⁹. Entendia impor o sentimento de justiça social, cada vez mais preponderante, que se assegurasse a todos cidadãos (e especialmente aos mais fracos) um mínimo de recursos que nenhum contrato e nenhuma dívida individual permitiriam afastar⁹⁸⁰, de forma que a viabilização da harmonia entre liberdade e solidariedade obrigava o direito civil a respeitar e reforçar as bases desse equilíbrio social⁹⁸¹.

Ainda que não defendesse um “socialismo de estado”, Saleilles defendia a necessidade do Estado intervir em razão do que denominava “perigo social” (*danger social*), estimulando, em matéria de seguros, a iniciativa das corporações econômicas⁹⁸², e concluía que:

O liberalismo econômico, na proporção em que ainda pode subsistir, não possui aplicação possível senão em países onde reina um grande espírito público e onde o sentimento da solidariedade social é de tal forma inerente à

⁹⁷⁶ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 440.

⁹⁷⁷ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 444.

⁹⁷⁸ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 448.

⁹⁷⁹ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 441.

⁹⁸⁰ Saleilles estava convencido que o princípio do risco profissional não era uma regra excepcional e derogatória dos princípios ordinários do direito privado, mas sim uma aplicação generalizada do direito comum do artigo 1382 do Code Civil (SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p.441).

⁹⁸¹ PICHON, F. *Introduction à l’étude de droit civil allemand*. Paris, 1904, apud DESLANDRES, Maurice. Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales. In: L’oeuvre juridique de Raymond Saleilles. Paris : Arthur Rousseau Éditeur, 1914. p. 272.

⁹⁸² SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 446, 447.

política dos partidos e aos esforços dos indivíduos que a concorrência se desenvolve em um organismo conformado pelo Estado dentro da necessária dimensão.⁹⁸³

Também Louis Josserand se oporá às idéias filosóficas “respeitáveis e generosas” refletidas no Code Civil e que reunia sob a denominação de “voluntarismo jurídico”⁹⁸⁴, por entendê-las artificiais, uma vez que repousavam sobre um postulado errôneo, sobre uma ficção inadmissível: o isolamento do homem em relação à sociedade⁹⁸⁵. Para Josserand, “não é tanto como indivíduo que o homem interessa ao legislador, aos poderes públicos e ao jurista, mas como unidade social”⁹⁸⁶. Daí afirma:

[...] a cada vez que se exerce um direito, mesmo que tenha a aparência mais individual e mais egoísta, é ainda assim uma prerrogativa social que se realiza, e é numa direção social que deve ser utilizado, conforme ao espírito da instituição, *civiliter*.⁹⁸⁷

O exercício do direito subjetivo, como por exemplo, o direito de propriedade, contrariamente à sua finalidade social, configura abuso⁹⁸⁸, e, conseqüentemente, uma responsabilidade de ordem objetiva que se explica não pelo recurso à idéia de culpa, mas através do recurso à teoria do risco⁹⁸⁹. Essa responsabilidade se explica pela importância mesma do dano causado, ela deriva do risco criado pelo proprietário, pelo empresário em razão de seus interesses⁹⁹⁰.

Josserand admitia uma responsabilidade independente da ocorrência de um ato ilícito e/ou abusivo desde que presentes certos danos excessivos ou anormais. Para ele, “o ato eminentemente, anormalmente danoso é constitutivo de risco”. A responsabilidade é atribuída àqueles que criam tal risco, devendo suportá-los quando de sua ocorrência. Constitui-se, pois,

⁹⁸³ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. p. 447.

⁹⁸⁴ Segundo André Jean Arnaud, é possível definir sucintamente individualismo e voluntarismo como a opinião segundo a qual todo o direito não é outra coisa senão regulamentação das relações entre indivíduos livres, iguais e dotados da faculdade de vincular-se conscientemente (ARNAUD, André-Jean. *Da giuresconsulti a tecnocrati*, p. 96).

⁹⁸⁵ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*. 2.ed. Paris : Librairie Dalloz, 1939. p. 7.

⁹⁸⁶ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. p. 7.

⁹⁸⁷ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. p. 7

⁹⁸⁸ Essa noção de abuso está relacionada com a idéia referida na passagem reproduzida e defendida por Duguit de que os direitos devem ser utilizados em conformidade com uma direção social. Note-se inclusive que Josserand refere, em nota, Duguit, especificamente a obra *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Mais adiante Josserand volta a referir Duguit, ao sustentar que todo e qualquer direito subjetivo é um “direito-função” (JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 395).

⁹⁸⁹ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. p. 21.

⁹⁹⁰ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. p. 21.

uma “responsabilidade puramente objetiva” decorrente não do ato do agente, mas da “ruptura do equilíbrio entre direitos rivais”⁹⁹¹ decorrente dos efeitos produzidos pelo exercício de um deles⁹⁹².

Desenvolvendo esta idéia, explica Josserand existirem para cada tipo de atividade profissional “acidentes inevitáveis”. Esses constituiriam perigos inerentes ao empreendimento, configurando “em seu conjunto o risco profissional”⁹⁹³, cabendo ao empreendedor assumir a responsabilidade pelos mesmos, pois, do contrário, caberia à vítima suportar-lhes os ônus. Propugnava, assim, que se admitisse, ao lado da responsabilidade com base na culpa, uma outra com base no “fato da empresa”, decorrente do “simples jogo da atividade humana, do caso fortuito”⁹⁹⁴, aplicável, não somente às atividades industriais, mas a um sem número de atividades movidas pela finalidade de obtenção de benefícios. Em conseqüência, propõe no lugar de “risco profissional”, expressão cunhada por Saleilles⁹⁹⁵, a expressão “risco criado”⁹⁹⁶.

A preocupação fundamental de Josserand se encontrava na questão relativa à alocação dos custos decorrentes do dano. Compreendia que a afirmação segundo a qual “em sendo a causa do dano desconhecida ninguém pode ser tido por responsável, pois não há culpa” nada mais expressava, em realidade, que punir à vítima. Essa punição se revelava indubitavelmente injusta, sendo a premissa da qual se partia já inteiramente falsa:

[...] tão logo um acidente se produz, não é possível que ninguém seja responsável no sentido amplo da palavra, isto é, que ninguém suporte as conseqüências do evento; se o proprietário da coisa que causou o acidente não é obrigado a reparar o dano, a vítima deverá necessariamente suportá-lo; ela incorrerá em toda responsabilidade pelo acidente, responsabilidade que se traduzirá pela perda da vida ou da saúde, sem compensação. **Qualquer que seja a solução adotada, uma responsabilidade sempre resultará; toda a questão é saber quem deve suportá-la.**⁹⁹⁷

⁹⁹¹ JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. p. 361.

⁹⁹² Aqui o exemplo dado por Josserand é o da lavanderia que tem sua atividade grandemente dificultada por se localizar próximo a uma passagem férrea; afirma que, aqui, não há lugar para uma ação inibitória – não seria possível proibir, por essa razão, a circulação de trens no local –, mas somente para uma ação indenizatória (JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. p. 361).

⁹⁹³ JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas: extratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 109-110, 2005.

⁹⁹⁴ JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas. p. 110.

⁹⁹⁵ A expressão é utilizada pela primeira vez por Saleilles em artigo publicado na *Revue Bourguignonne*, em 1894, intitulado “Os acidentes de trabalho e a responsabilidade civil”.

⁹⁹⁶ JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas. p. 110.

⁹⁹⁷ JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas. p. 111. Grifo nosso.

É o próprio Josserand quem informa serem os adversários dessa sua teoria os primeiros a perceber que seus méritos eram mais filosóficos do que jurídicos, vindo a teoria a reforçar mais os deveres morais do que as obrigações legais⁹⁹⁸. Visto de outro modo, percebia-se, claramente, a influência de um novo discurso moral, o solidarista, diríamos, sobre um discurso jurídico já há um tempo assentado. Josserand buscava retorquir às críticas sublinhando que o medo de paralisação das atividades humanas não se justificava diante de um remédio simples, que destacava: o seguro contra acidentes⁹⁹⁹, que acabaria por transformar o responsável num “distribuidor natural de despesas”¹⁰⁰⁰.

Com efeito, a questão acerca da imputação dos danos na sociedade era, para Josserand, claramente um problema de justiça distributiva. Ele acreditava que seu enfrentamento decorria de um “mal-estar moral”, isto é, era uma imposição do espírito altruísta em favor das vítimas dos acidentes¹⁰⁰¹. Em razão desse espírito é que “quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e sim, pretendemos determinar a incidência definitiva”¹⁰⁰². Há, aqui, implícita, para Josserand uma “secularização da responsabilidade”¹⁰⁰³.

⁹⁹⁸ JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas. p. 112.

⁹⁹⁹ No mesmo sentido SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. p. 441.

¹⁰⁰⁰ JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas. p. 113.

¹⁰⁰¹ Quanto às atividades empresariais, assumia Josserand que, por meio do repasse do custo do seguro ao preço do bem, se transformava os consumidores nos encarregados dos ônus (JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas. p. 113.); ora, com isso, assumia que, no lugar de um sistema que na ausência da culpa deixava o custo do dano sobre a vítima, surgia outro em que na ausência da culpa distribuía o custo do dano entre os indivíduos que estavam expostos ao mesmo risco que à vítima efetiva, ou seja, o custo continua a recair sobre a vítima – o que se altera é a abrangência desse conceito, pois se estenderia, agora, a todos aqueles sujeitos que poderiam, no caso concreto, ter sido vítimas. Essa extensão resultante de um processo de solidarização também está, para Gabriel Tarde, presente na forma que assume a responsabilidade penal. Para ele existe nessa responsabilidade uma “extensão ficcional da pessoa da vítima” que decorre de um “estado social elevado que multiplica os vínculos de solidariedade entre os membros de uma mesma nação” e que faz com que o culpado pelo crime seja visto como detentor de uma “espécie de dívida em relação à sociedade como um todo”, já que essa personificaria sua vítima (TARDE, Gabriel. *La philosophie pénale*. Paris: G. Masson éditeur, 1890, p.133). O interessante é que, além dessa extensão da figura da vítima, Tarde também detecta a extensão da figura do culpado; segundo ele, como a solidariedade coletivista tende a desempenhar o papel que no passado era atribuído à solidariedade doméstica, é cada vez mais comum que se atribua a culpa pela existência do crime à sociedade como um todo (TARDE, Gabriel. *La philosophie pénale*. p. 17), mas para que exista uma real “responsabilidade coletiva” atribuída à Nação como um todo é necessária a presença de um mínimo de identidade comum entre os elementos que a compõem, pois, para Tarde, a responsabilidade, seja civil ou penal (TARDE, Gabriel. *La philosophie pénale*. p. 132), “implica um vínculo social”, um conjunto de similitudes entre pequenos e grandes, entre o Estado e as pessoas (TARDE, Gabriel. *La philosophie pénale*. p. 94).

¹⁰⁰² JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v. 89, 1941. p. 550.

¹⁰⁰³ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. p. 550.

Para Saleilles e Josserand, o princípio de imputação objetiva, referente aos danos decorrentes de atividades executadas por particulares, estava expresso formalmente na lei de 1898 sobre acidentes de trabalho e no parágrafo primeiro do artigo 1384 do Code Civil. Para Duguit¹⁰⁰⁴, sua aplicação à responsabilidade do Estado será consagrada em textos do início do século XX, entre eles a lei de 16 de abril de 1914 relativa aos danos decorrentes de sublevação popular que estabelecia a responsabilidade do Estado em “virtude do risco social”, e a lei de 26 de dezembro do mesmo ano que, em seu artigo 14, declara as vítimas de guerra titulares do direito à reparação integral pelos danos que porventura tenham sofrido. Ambas estavam baseadas na idéia de “socialização dos riscos”¹⁰⁰⁵. Posteriormente, por intermédio do art. 1º da lei de 17 de abril de 1919, essa nova fórmula será empregada para fundar na idéia de solidariedade não só a responsabilidade do Estado, mas toda responsabilidade patrimonial¹⁰⁰⁶. Observado Duguit, “A República proclama a igualdade e a solidariedade de todos diante dos ônus da guerra”¹⁰⁰⁷.

Mas se no Direito Público a idéia do risco parece, aos poucos, ser incorporada pela legislação; a jurisprudência, a área cível se apresentam como um espaço mais resistente à sua disseminação. Isso se deve não somente ao conservadorismo dos tribunais franceses, mas também ao apego da doutrina francesa à tradição. Os tribunais preferem adotar as obras de Planiol, Capitant e dos irmãos Mazeaud. Desses últimos os tribunais franceses adotaram a tese segundo a qual, melhor do que falar em “responsabilidade pelo fato da coisa”, seria falar em “responsabilidade pela guarda da coisa”. Nesta, o dever de reparar o dano decorreria de uma falta de atenção na guarda, podendo o réu afastar sua responsabilidade se demonstrasse a intervenção de causa a si não imputável¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁴ DUGUIT, Léon. *Traité du Droit Constitutionnel*. 2.ed. Paris : A. Fontemoing Éditeurs, 1921. Tomo III, . p. 459 e ss.

¹⁰⁰⁵ André Jean-Arnaud entende que tais leis têm a solidariedade nacional como fundamento moral e o risco como fundamento jurídico (ARNAUD, André-Jean. *Da giuresconsulti a tecnocrati*. p. 114).

¹⁰⁰⁶ Duguit destaca que, embora após a guerra ocorrida entre 1870 e 1871, a Assembléia Nacional houvesse autorizado a indenização das vítimas daquela, tal se deu como uma alocação benevolente de recursos públicos e não em cumprimento de uma obrigação e do reconhecimento de um verdadeiro direito em benefício das vítimas (DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public general*, p. 332). No caso das leis de 1914 e de 1919, principalmente nessa última, reconhece Duguit o triunfo da idéia de solidariedade social, a idéia de “igualdade de todos diante dos ônus públicos e dos eventos infelizes” (DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public general*. p. 333).

¹⁰⁰⁷ DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public general*. p. 318-319.

¹⁰⁰⁸ Essa a orientação do famoso arrêt Jand’heur proferido pela Corte de Cassação em 13 de fevereiro de 1930. Sobre a reação da doutrina civilista à teoria do risco ver ARNAUD, André-Jean. *Da giuresconsulti a tecnocrat*. p. 162.

O recurso genérico à noção de solidariedade social como sustentáculo de um princípio geral de responsabilidade pelo risco não deixava assim de ter seus críticos. Mas, aos poucos, mesmo esses precisaram realizar concessões.

Georges Ripert, por exemplo, via nesse tipo de argumento o regresso ao discurso jurídico da velha idéia de “direito natural de conteúdo variável”, e afirmava não ser possível retirar da simples constatação da existência da lei de solidariedade uma regra de reparação¹⁰⁰⁹. Porém, não podia mais afirmar não existir a possibilidade da idéia de solidariedade fundamentar regras jurídicas de responsabilidade; defendia, entretanto, que seria sempre necessária a intervenção legislativa de forma a precisar as condições em que o dever moral de assistência decorrente da solidariedade se transformava em um dever legal de assistência ou, mais precisamente, um dever legal de reparação¹⁰¹⁰.

Mencionava a lei que estabelecia indenização em casos de revisão criminal (lei de 08 de junho de 1895) e a lei que regulava as indenizações em caso de danos causados por atos multitudinários (lei de 16 de abril de 1914) como exemplos dessa intervenção legislativa que aproximava o dever de assistência da responsabilidade civil, mais especificamente a responsabilidade fundada no risco¹⁰¹¹. O mesmo ocorria com as reparações devidas pelos danos decorrentes da guerra que eram uma aplicação lógica da idéia de solidariedade, pois, sendo o dano de guerra um risco social, deveria ser dividido entre todos os membros da coletividade e o meio de realizar isso era, para Ripert, atribuir seu pagamento ao Estado¹⁰¹².

Sublinhava, porém, que mais que a responsabilidade era a noção de solidariedade que deveria pautar a regulamentação legal desses direitos à reparação e estabelecer, por exemplo, se deveriam ser pagas imediatamente e de forma integral. O direito à reparação surgia assim como efeito de um verdadeiro direito à assistência, ou seja, afastava-se, definitivamente, a idéia de que o auxílio era decorrência de uma atitude benevolente incapaz de gerar direitos e, conseqüentemente, obrigações efetivamente jurídicas e exigíveis¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 214, 215.

¹⁰¹⁰ RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 271.

¹⁰¹¹ Essas leis repousam “sobre a idéia de solidariedade entre os membros da coletividade, ou melhor sobre a idéia de assistência” (RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 271).

¹⁰¹² RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 272.

¹⁰¹³ RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 272-273.

Resistentes à doutrina e à Resistências de certa doutrina civilista à parte¹⁰¹⁴, a legislação, todavia, aos poucos avança. No ano de 1928 surge mais uma lei com a pretensão de instrumentalizar o valor da solidariedade social. Estabelecendo o sistema de seguridade social, essa lei será, posteriormente, alterada por regras presentes na Constituição de 1946 (“Constituição da Quarta República”) que organiza a previdência social no setor de mineração, a reparação e a prevenção dos danos decorrentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais, assumindo o sistema de seguridade social total autonomia em relação ao direito do trabalho¹⁰¹⁵. A Constituição de 1946 acaba por consolidar o influxo socializante ao estabelecer, em seu preâmbulo, que a República Francesa “garante a todos, notadamente ao infante, à mãe e aos trabalhadores idosos, a proteção da saúde, a segurança material, o repouso e seu lazer”, complementando com a afirmação segundo a qual “todo ser humano que, em razão de sua idade, de seu estado físico ou mental, da situação econômica, se encontre incapacitado para trabalhar possui o direito de obter da coletividade os meios apropriados de existência”.

Esses elementos aqui sintetizados parecem dar razão à opinião expressa por Michel Villey nos anos 70 do século XX, para quem o Estado francês era um agente de repartição, entre os contribuintes, dos custos dos danos advindos de guerras, greves, inundações etc., fazendo com que “as infelicidades dos particulares” fossem “suportadas solidariamente pelo grupo, e *redistribuídas*”.¹⁰¹⁶

¹⁰¹⁴ De acordo com Georges Ripert, “em direito privado os juristas têm-se mostrado menos inclinados a seguir esta moda.[...] Contudo, pelo menos nas palavras, sacrificam às ideias (sic) novas. Desagradava a alguns que o direito civil não se tornasse também (sic) direito social. E então exclamaram: é preciso socializar o direito. Quantas vezes a expressão tem sido repetida! Mas trata-se de palavras, ainda que úteis, para classificar as tendências. A ciência jurídica tem também (sic) o seu sinistrismo. Se desejamos ser classificados entre os homens de progresso, temos que repetir sem cessar que o direito deve tornar-se social.” (RIPERT, Georges. O régimen democrático e o direito civil moderno. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 65).

¹⁰¹⁵ Já no preâmbulo dessa Carta Constitucional se encontra uma declaração que vincula esse sistema como riscos outros que não somente os decorrentes do contrato de emprego: “a Nação proclama a solidariedade e a igualdade de todos os Franceses diante do ônus que resultam das calamidades nacionais”.

¹⁰¹⁶ VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, 2005. Grifo do autor.

4 SOCIALIDADE E SOLIDARIEDADE SOCIAL: A RECEPÇÃO DAS IDÉIAS LIBERAIS NO BRASIL

[...] o processo histórico brasileiro foi, tem sido e é não contemporâneo. É dirigido por espectros, fantasmas de outras eras, num organismo vivo, que é o povo. Daí a sobrevivência do arcaico e a derrota do contemporâneo, as mortes e ressurreições dos problemas e reformas.¹⁰¹⁷

É a partir do século XIX que se forjaram e adquiriram visibilidade algumas das idéias ativas no conjunto das práticas simbólicas ainda hoje fundamentais para a compreensão do Brasil, tais como as idéias de “construção do Estado” e de “identidade nacional”¹⁰¹⁸. Aquele momento histórico é, com efeito, um momento privilegiado “para a observação de como foi organizado o campo intelectual, e de como se processaram a recepção seletiva e a reelaboração das idéias estrangeiras que serviram para implementar práticas políticas, científicas e estéticas” em nosso país¹⁰¹⁹.

Em nosso país, em pleno século XIX, a despeito da diferença flagrante entre o meio europeu e o brasileiro, muitas construções jurídicas da Europa continental são introduzidas sem maior resistência¹⁰²⁰. Como resultado tivemos o convívio entre valores da intelectualidade oitocentista com estruturas normativas de inspiração e feitio medievais. Segundo Miguel Reale, “é desse entrecruzar de influências, – antinômicas no plano teórico, mas conciliáveis na concretude da *práxis*, – que resulta a **fisionomia ambivalente de nosso Direito**”¹⁰²¹, e, mais especificamente, a ambigüidade de nossa cultura jurídica¹⁰²².

¹⁰¹⁷ RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil: um desafio histórico-cultural*. 2.ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1982. p. 139.

¹⁰¹⁸ VELOZO, Maria; MADEIRA, Angélica. *Leituras Brasileiras: itinerários no pensamento social e na literatura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 38.

¹⁰¹⁹ VELOZO, Maria; MADEIRA, Angélica. *Leituras Brasileiras*. p. 62-63.

¹⁰²⁰ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*, p. 19.

¹⁰²¹ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. São Paulo: USP, 1949. p. 199. Grifo nosso.

¹⁰²² A ambigüidade da cultura jurídica brasileira, a convivência entre tendências de inovação e conservação, entre misoneísmo e filoneísmo, entre “modernismos” e “arcaísmos”, ou seja, “a dupla face de nossa vida jurídica” é resultado da sobrevivência do sistema legislativo colonial (REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. p. 199). Essa duplicidade configura-se numa sociedade que simultaneamente opõe e concilia “direitos” e “favores”, “ordem” e “desordem”, possibilitando assim a sobrevivência do modo de vida colonial expresso em uma sociedade relacional e personalista. Sobre o assunto ver, por todos: CANDIDO, Antonio. Dialética da malandragem. *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, São Paulo, n. 8, 1970. Disponível em: <<http://acd.ufrj.br/pacc/literaria>> e DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6.ed. São Paulo: Rocco, 1997 (principalmente o ensaio IV: “Sabe com quem está falando? Um ensaio sobre a distinção entre indivíduo e pessoa no Brasil”).

Também Beviláqua reconhece que o nosso primeiro Código Civil não foge à tradição conciliatória de nossas instituições sociais, ou seja, “não é individualista nem socialista”, pois “procura conciliar a liberdade, a iniciativa, a expansão do individuo, com as necessidades sociaes, num justo equilíbrio de energias, que se harmonizam para a consecução dos fins culturaes humanos.”¹⁰²³.

Segundo Beviláqua “o nosso liberalismo, a **nossa tendência a atenuar**, pela equidade, que é uma forma da bondade, os rigores da justiça, as nossas preocupações moraes, o nosso zelo pela família” se refletem no Código Civil de 1916 “illuminando-lhe os dispositivos, animando-os, **flexionando-os**, de modo a torna-los expressão real de nossa consciencia juridica, da alma brasileira afeiçoada pela civilização”¹⁰²⁴. Para Beviláqua, nosso direito, em sendo a “expressão da alma do povo”, é como ele: “afetivo, liberal e idealista”¹⁰²⁵. Assim, se nossas instituições pendem sempre para a “conciliação”¹⁰²⁶, nosso pensamento pende sempre para a adaptação, o “ecletismo”¹⁰²⁷, sendo válida a afirmação de Romero, para quem “todo brasileiro é um mestiço, se não no sangue, nas idéias”¹⁰²⁸.

¹⁰²³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Linhas e perfis jurídicos*. p. 211.

¹⁰²⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Linhas e perfis jurídicos*. p. 221. Grifo nosso.

¹⁰²⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Linhas e perfis jurídicos*. p. 234.

¹⁰²⁶ Conforme José Honório Rodrigues, a política de conciliação não foi inventada em 1853 pelo Gabinete do Marquês de Paraná. Tem ela “raízes mais profundas e data [...] da dicotomia terrorismo-amansamento que os brancos europeus tiveram que enfrentar aos primeiros contatos com os índios e negros, e das transigências aos antagonismos coloniais”, tendo sido impulsionada pelo fato de que “as sucessivas gerações das minorias dominantes no Brasil tinham aprendido a conviver com multidões capadas e sangradas e se não tinham podido evitar de todo o processo histórico incruento muito fizeram para escamoteá-las de seus direitos, sem levá-las ao desespero.” (RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil*. p. 57). É por essa razão que a “conciliação” nunca representou, em nosso país, uma *práxis* política que representasse um “arranjo entre iguais”, mas, contrariamente, “sempre pressupôs o desequilíbrio, a dissemetria dos parceiros, e não o seu equilíbrio. Tanto ao nível micropolítico do engenho, da fazenda, da empresa, da repartição pública etc, como no nível macropolítico da constituição e manutenção do poder central, a ‘conciliação’ não se desenvolveu para evitar brigas incertas ou custosas entre contendores de força comparável. Mas, ao contrário, para formalizar e regular a relação entre atores desiguais, uns já dominantes e os outros já dominados. E para permitir que os primeiros explorassem em seu proveito a transformação dos segundos em sócios caudatários.” (DEBRUN, Michel. *A conciliação e outras estratégias*. São Paulo: Brasiliense, São Paulo, 1983. p. 15).

¹⁰²⁷ A idéia básica do ecletismo, que tem em Cousin sua figura mais expressiva, é a de que todo sistema filosófico é falso se tomado isoladamente, sendo, entretanto, verdadeiro no que afirma e falso no que nega, ou seja, partindo da premissa de que o erro é uma verdade incompleta, conclui que em todos os sistemas filosóficos há uma parcela de verdade, que uma vez corretamente reunidas passa a “constituir a verdadeira filosofia, conciliação de todos esses sistemas diferentes.” (MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora*. p. 202). Conforme Paulo Mercadante o ecletismo não passou de “um conjunto de fragmentos, uma mistura, revelando o desejo de manter-se em equilíbrio entre os extremos, conciliando num sistema pouco definido o sensismo e o idealismo ou procurando, [...], encontrar num momento de transição e de crise o que pudesse salvar o passado sem erigi-lo em norma única.” (MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora*. p. 202-203). E é nessa preocupação em “salvar o passado” que se revela toda a carga conservadora dessa doutrina, pois a *forma mentis* como a *praxis* conservadora norteiam-se pela “experiência do passado”, ou melhor, pelo “aproveitamento do passado para uma experiência real”, pois “parte do princípio de que tudo o que existe possui um valor nominal e

No Brasil do início do século XIX, o liberalismo, enquanto filosofia política e teoria econômica – embora circunscrito a um pequeno espaço de discussão e revelado insuficiente para contemplar os anseios por modernização – surge no momento em que se inicia o processo de incorporação do “pensamento moderno”¹⁰²⁹. Não tivemos – ambivalentes que somos – um único liberalismo.

Muito se discutiu em nossa historiografia acerca da artificialidade das idéias do liberalismo europeu quando de sua “importação” por uma sociedade escravista como a que existia no Brasil até fins do século XIX¹⁰³⁰.

Um dos problemas da tese acerca da artificialidade das idéias liberais adotadas no Brasil a partir do século XIX, tese que se estrutura sobre o argumento da incompatibilidade entre ideário liberal e escravismo, é a premissa equivocada de que há um único liberalismo: o próprio corpo teórico que caracterizou e caracteriza o liberalismo não foi ou é monolítico¹⁰³¹ (o que se prova diante, por exemplo, da contraposição anteriormente apresentada entre o liberalismo individualista e o liberalismo social), bem como a de que há um uso correto para as idéias liberais, sendo que isso não teria ocorrido em nosso país¹⁰³².

positivo em razão de sua existência lenta e gradual.” (MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora*. p. 218)

¹⁰²⁸ ROMERO, Silvio. *História da Literatura Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1949. p. 85.

¹⁰²⁹ PAIM Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 56.

¹⁰³⁰ SCHWARZ, Roberto. As idéias fora do lugar. In: SCHWARZ, Roberto. *Cultura e política*. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 59-83; ROUANET, Sérgio. *Idéias importadas: um falso problema?* Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1994. Cadernos do IPRI – Fundação Alexandre Gusmão.

¹⁰³¹ José Guilherme Merquior assevera que há uma variedade de *liberalismos*, visto que “há vários tipos históricos de credo liberal e, não menos significantes, várias espécies de discurso liberal.” (MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 221). Alfredo Bosi argumenta que há um falso impasse no uso do par escravismo-liberalismo no Brasil do século XIX, sendo tal uso apenas um “paradoxo verbal” já que “o seu consórcio só se poria como contradição real se se atribuísse ao segundo termo, *liberalismo*, um conteúdo pleno e concreto, equivalente à ideologia burguesa do trabalho livre que se afirmou ao longo da revolução industrial européia.” (BOSI, Alfredo. *A escravidão entre dois liberalismos*. In: _____. *Dialética da Colonização*. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 195). Para Bossi: “esse liberalismo ativo e desenvolvimento simplesmente não existiu, *enquanto ideologia dominante*, no período que se segue à Independência e vai até os anos centrais do Segundo Reinado.” (BOSI, Alfredo. *A escravidão entre dois liberalismos*. p. 196).

¹⁰³² Quanto a convivência entre escravismo e liberalismo Alfredo Bosi afirma que “no seu fazer-se, entre empírico e ideal, a nova ciência das riquezas ainda não desenvolvera uma formulação cabal e unívoca que desse conta também do problema da rentabilidade do escravo nas colônias. O valor atribuído ao trabalho livre, cerne da Economia Política, não suprimia, de todo, o veio utilitarista e a capacidade de relatar idoneamente o que estava acontecendo, de fato, nas grandes fazendas do Novo Mundo” (BOSI, Alfredo. *A escravidão entre dois liberalismos*. p. 214). Aliás, no que diz respeito à associação entre a prática da escravidão e a propagação de idéias liberais, é preciso observar que tal fenômeno correspondeu não somente à situação brasileira, mas à encontrada em outros países, alguns deles muito mais apegados àquelas idéias. O caso dos Estados Unidos da América é sintomático: Talvez no primeiro quartel do século XIX não houvesse nação “mais liberal”, porém também lá, no período em questão, conviveu o escravismo com a pregação do ideário liberal. Nesse país os estados do norte, em processo de transição

Diante do exposto, assume-se neste trabalho a premissa de que as notas de artificialidade das idéias liberais no Brasil são mais ou menos artificiais do que as que se pode identificar em qualquer outro conjunto de idéias filosóficas, econômicas, sociais, etc. chamadas a fornecer justificativas para a construção de instituições de dada sociedade em dado momento histórico. Esse o motivo pelo qual o trabalho assume como tarefa quando da análise da doutrina liberal, que se desenvolveu em nosso país a partir do século XIX, não o questionamento acerca de sua compatibilidade com a base social escravista e excludente, mas a identificação das formas de apropriação e aproveitamento dessas idéias na construção das soluções para os problemas existentes no país naquele período histórico, isto é, pesquisar qual foi seu efeito ideológico específico.

Para isso o estudo do processo de incorporação das idéias liberais no Brasil buscou destacar o que há de adaptação e transformação nos resultados desse processo. Essa adaptação das idéias européias, mais especificamente, das idéias liberais a uma conjuntura sócio-política marcada por uma peculiar realidade escravocrata, representou verdadeiro *tour de force* da *intelligentsia*¹⁰³³ representativa de um Estado monárquico e patrimonial.

No período imediatamente anterior à independência já é possível perceber na mentalidade de políticos e juristas, profundamente liberal e individualista, a repercussão, sob formas derivadas e imprecisas, das idéias smithianas, kantianas¹⁰³⁴ e rousseauianas – “mesmo sem

para um capitalismo industrial, conviveram, por um bom tempo, pacificamente, com os estado do sul escravocrata formando, do ponto de vista econômico, “o escravismo moderno mais poderoso, com o maior plantel de escravos, sem depender do fornecimento externo de mão-de-obra para a sua reprodução e com o maior volume de produção no mundo” (SALES, Ricardo. *Nostalgia Imperial: a formação da identidade nacional no Brasil do Segundo Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996. p. 134). Com isso, segundo Jorge Caldeira, demonstravam os Estados Unidos da América que “com prudência e habilidade na interpretação dos princípios iluministas, era possível compatibilizar as promessas de liberdade com a construção de uma ordem econômica que não dispensava as vantagens da situação existente” (CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 281).

¹⁰³³ O conceito clássico de Mannheim aparece aqui de acordo com o uso que dele fazem Mariza Veloso e Angélica Madeira, entendendo ser o mesmo aplicável ao “grupo responsável pela formulação de idéias e representações acerca da vida social. Esse grupo, por sua capacidade de estranhamento, por seu pretensão não-pertencimento a nenhuma classe específica, e por não se considerar como representante de interesses particulares, se auto-representa como capaz de elaborar interpretações ao mesmo tempo totalizadoras e diferenciadas sobre o mesmo fenômeno, produzindo ‘sínteses de perspectiva’.” (VELOZO, Maria; MADEIRA, Angélica. *Leituras Brasileiras*. p. 48).

¹⁰³⁴ Segundo Miguel Reale (REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. São Paulo: USP, 1949. p. 1), a influência de Kant “poder-se-ia explicar à luz de motivos mais amplos e profundos ligados à estrutura mesma da cultura do Ocidente, ao atingir o momento culminante da concepção burguesa do universo e da vida” uma vez que, conforme Ortega y Gasset, na obra de Kant “contemplamos a gigantesca projeção da alma burguesa”, sendo esse o motivo de porque “as etapas do capitalismo foram, *pari passu*, estádios da evolução criticista”, não tendo sido por acaso “que Kant recebeu os impulsos decisivos para a sua definitiva criação dos pensadores ingleses.” (ORTEGA Y GASSET, Jose. *Tripitico*:

terem plena e direta consciência das raízes filosóficas de suas posições doutrinárias”¹⁰³⁵ – como um “sinal do desejo de novas informações filosóficas, *pari passu* com aspirações no sentido de uma nova ordem jurídica e política.”¹⁰³⁶

4.1 Os antecedentes do discurso da socialidade

Nesse grupo de liberais (“de um liberalismo que oferece todas as gamas”), é possível destacar sujeitos afinados com o “espírito da época”¹⁰³⁷. Dentre esses cabe destaque para o Visconde de Cairu e para o padre Diogo Antonio Feijó, futuro regente do Império¹⁰³⁸.

Se o primeiro deixou-se influenciar pelas idéias de Adam Smith, e o segundo foi parcialmente influenciado pelas doutrinas de Kant¹⁰³⁹, ambos, como veremos a seguir, mesclaram esses elementos novos e liberais com idéias antigas e tradicionais.

No período anterior à independência, um dos responsáveis pela incorporação do pensamento moderno junto às elites do país foi José da Silva Lisboa (Visconde de Cairu)¹⁰⁴⁰. Essas idéias além de figurar em seus títulos econômicos como, por exemplo, “Princípios de Economia Política”, de 1804, estão presentes também em sua obra jurídica, como em seu “Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha” de 1798, e reeditado já em 1815¹⁰⁴¹.

A Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, que autorizava a abertura dos portos ao comércio das nações, foi um dos atos em que se revelou a influência do Visconde de Cairu¹⁰⁴², tendo a

Mirabeau o el político, Kant, Goethe desde adentro. Madri: Ed. Espasa-Calpe, 1927, p. 170 apud REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. São Paulo: USP, 1949. p. 97). São esses pensadores ingleses que servem de base também ao pensamento de Cairu, conforme se percebe no uso, por esse, das idéias de Adam Smith.

¹⁰³⁵ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clóvis Beviláqua*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1949. p. 58.

¹⁰³⁶ REALE, Miguel. Introdução. In: FEIJÓ, Diogo Antonio. *Cadernos de Filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1967. p. 21.

¹⁰³⁷ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. São Paulo: USP, 1949. p. 4.

¹⁰³⁸ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. p. 4.

¹⁰³⁹ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. p. 6.

¹⁰⁴⁰ PAIM Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. p. 41 ; REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. p. 198.

¹⁰⁴¹ Segundo Clóvis Beviláqua “no primeiro reinado, somente um grande nome brilha em nossa literatura jurídica: José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu, autor dos *Princípios de direito mercantil*.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Linhas e perfis jurídicos*. p. 74).

¹⁰⁴² Nelson Saldanha (SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 82) e Antonio Penalves Rocha (ROCHA, Antonio Penalves. *Visconde de Cairu*. São Paulo: Ed. 34, 2001. p. 14)

mesma consistido em “um golpe sulcando a fundo todo o regímen colonial”¹⁰⁴³ de forma a constituir o marco zero da formação do Estado-Nação brasileiro¹⁰⁴⁴. A este ato se seguiu a derrogação do alvará de 05 de janeiro de 1785, que proibira a instalação de fábricas na antiga colônia. Tais medidas, considera Euclides da Cunha, foram equivalentes a “duas revoluções liberais”¹⁰⁴⁵, ainda que mantido o cerne do sistema econômico: o escravismo¹⁰⁴⁶.

Tendo feito seus estudos universitários em Coimbra, entre 1774 e 1779, Cairu entrou em contato com as idéias liberais que renovaram aquele ensino em vista das reformas promovidas por Pombal em 1772¹⁰⁴⁷. As concepções modernas que se incorporavam parcialmente no pensamento luso-brasileiro eram hauridas, principalmente, nos ingleses¹⁰⁴⁸ – e não nos franceses, pois “o fato de que Napoleão haja invadido Portugal não podia deixar de criar uma certa solidariedade anti-francesa”¹⁰⁴⁹.

concordam com a tese de que a abertura dos portos foi influenciada por Cairu. Antonio Paim (PAIM Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. p. 29), embora admita a influência de José da Silva Lisboa à época da chegada de D. João VI, afirma ser descabido atribuir-lhe todo os méritos pela abertura dos portos do Brasil.

¹⁰⁴³ CUNHA, Euclides da. *À margem da história*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 138.

¹⁰⁴⁴ Carlos Guilherme Mota afirma que com esses eventos e com as medidas que se seguem “tentou-se liquidar o passado da colônia e criar um Estado-Nação moderno” (MOTA, Carlos Guilherme. *Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro*. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro – século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 81). Jessé Souza entende que o processo de modernização brasileiro tem como data simbólica o ano de 1808 não somente em vista da abertura dos portos, mas também em razão da chegada da família real a significarem ambos os fatos no advento, respectivamente, das duas instituições mais importantes do mundo moderno: o mercado capitalista e o estado tendencialmente racional (SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora UnB, 2000. p. 252)

¹⁰⁴⁵ CUNHA, Euclides da. *À margem da história*. p. 139.

¹⁰⁴⁶ Segundo Alfredo Bosi (BOSI, Alfredo. *A escravidão entre dois liberalismos*. p. 198-199) “o comércio franqueado às nações amigas, que o término do *exclusivo* acarretou, não surtiu mudanças na composição da força de trabalho: esta continuava escrava (não por inércia, mas pela dinâmica mesma da economia agro-exportadora), ao passo que a nova prática mercantil pós-colonial se honrava com o nome de liberal. Daí resulta a conjunção peculiar ao sistema econômico-político brasileiro, e não só brasileiro, durante a primeira metade do século XIX: liberalismo mais escravismo. A boa consciência dos promotores do nosso *laissez-faire* se bastava com as franquezas do mercado.”

¹⁰⁴⁷ Antonio Paim (PAIM, Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. p. 24) e João Alfredo de Sousa Montenegro (MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. 2. ed. Brasília, Senado Federal: 2000. p. 50 e 64). Sobre a renovação da Universidade de Coimbra por Pombal ver: MAXWELL, Kenneth. *Marquês de Pombal – paradoxo do Iluminismo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 110.

¹⁰⁴⁸ Verney embora não cite Locke nenhuma vez tem por base os ensinamentos desse autor, obtidos junto à obra de Antonio Genovesi, para desbancar o aristotelismo escolástico. De acordo com a opinião de Joaquim de Carvalho, em seu texto introdutório a tradução do “Ensaio philosophico sobre o entendimento humano” de Locke, impedida de circular pela Mesa Real Censória a classificação das idéias presentes no “Verdadeiro método de estudar” de Verney é, em realidade, resumo do livro I do respectivo ensaio (CARVALHO, Joaquim de. *A crítica da Segunda Escolástica Portuguesa*. In: PAIM, Antonio. *O nascimento da moderna pedagogia: Verney*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, Conselho Federal de Cultura, Editora Documentário, 1979. Textos Didáticos do Pensamento Brasileiro, vol. II. p. 22).

¹⁰⁴⁹ PAIM Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. p. 52-53, 55.

O Iluminismo em Portugal, expandido por meio de um recurso semântico-ideológico que o esvaziou de qualquer conotação libertária ou jacobina, configurou-se ao tempo de Pombal como um “Iluminismo mitigado”¹⁰⁵⁰, isto é, como “mero instrumento do pragmatismo modernizador, do conservadorismo refinado, atento às conquistas das ciências naturais e das matemáticas, para melhormente manter as estruturas socioeconômicas na transição”¹⁰⁵¹. José da Silva Lisboa, ao absorver as idéias iluministas em seus estudos em Coimbra, sob o modelo universitário pombalino, absorveu igualmente o recurso semântico-ideológico que as viabilizaram em solo português, acomodando-as com outras doutrinas de extração diversa, com caracteres tradicionalistas e a elas agregando as idéias hauridas nos clássicos economistas ingleses para, por fim, “aludir apenas ao núcleo central de um pensamento assente, em última análise, nas estruturas autoritárias, nos interesses da dominação”¹⁰⁵².

Cairu era grandemente influenciado pelas idéias de Adam Smith, mas, enquanto nesse último as teses surgiam como forma de interpretação da realidade de forma a refletirem o consenso existente na sociedade em que viveu, no primeiro surgem como pregação num meio hostil. Assim, para não converter sua obra numa pregação ineficaz, foi necessário desenvolver uma estratégia de conciliação: a adaptação¹⁰⁵³. Ao invés do “trabalho” aponta a “inteligência” como fonte da riqueza, pois numa sociedade servil a exaltação do trabalho seria hostilizada¹⁰⁵⁴. Além disso, opõe – com base em Aristóteles, e não Adam Smith – o Estado como espaço da economia política à família como ramo da economia doméstica, não fornecendo papel para o indivíduo no mercado, explicando assim a divisão do trabalho como derivada da ordem tradicional e não dos interesses individuais¹⁰⁵⁵. Esse esforço de adaptação não era, de resto, inédito. Segundo João Alfredo de Sousa Montenegro, “no pensamento brasileiro, especialmente até época recente, o Liberalismo e outras doutrinas importadas sofriam intensa reorientação, visíveis inflexões, ao se depararem com circunstância alheia às suas origens, gerando orientações e posturas próprias, quase sempre em contradição com a

¹⁰⁵⁰ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. 2. ed. Brasília, Senado Federal: 2000. p. 64.

¹⁰⁵¹ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 49-50.

¹⁰⁵² MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 50.

¹⁰⁵³ Para Cairu: “a hipótese smithiana estava certa e devia ser louvada, porém acreditava que, para aplicá-la em solo brasileiro era imprescindível certas adaptações (PAIM Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. p. 71).

¹⁰⁵⁴ PAIM Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. p. 89.

¹⁰⁵⁵ CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista*. p. 347.

natureza e os objetivos do ideário original”¹⁰⁵⁶. Dessa forma, o ecletismo característico do pensamento brasileiro pode ser visto como resultado dessas “rearticulações conjunturais”¹⁰⁵⁷.

A análise semântico-histórica contextual revela que o predicado “liberal” possuiu no Brasil do século XIX quatro significados que surgiam isolados ou combinados indicando um sujeito¹⁰⁵⁸: 1) conservador das liberdades, conquistadas em 1808, *de produzir*, vender e comprar; 2) conservador da liberdade, alcançada em 1822, *de representar-se politicamente* ou, em outros termos, ter o direito de eleger e de ser eleito na categoria de cidadão qualificado; 3) conservador da liberdade (recebida como instituto colonial e relançada pela expansão agrícola) de submeter o trabalhador escravo mediante coação jurídica; e 4) conservador da capacidade de adquirir novas terras em regime de livre concorrência, ajustando assim o estatuto fundiário da Colônia ao espírito capitalista da Lei de Terras de 1850.

Nesses quatro focos semânticos percebe-se presença marcante de uma idéia de conservação associada ao termo “liberal”. Ora, Cairu é um dos mais importantes responsáveis pelo assentamento das bases da consciência conservadora de índole liberal e humanista que dominará o Brasil do Segundo Reinado¹⁰⁵⁹.

Fundamental para situar a importância das idéias defendidas e difundidas pelo Visconde é perceber que, embora tenha lidado com a Economia Política, uma ciência social nascida da Ilustração moderna, percebia-a como um ramo do Direito e abonava seus princípios “modernos” através de citações de autores da antiguidade clássica, ou seja, não foi ele “propriamente um economista, mas sim um publicista que escreveu sobre assuntos econômicos”¹⁰⁶⁰. De acordo com Antonio Penalves Rocha, a idéia central defendida por Cairu consistia na:

[...] implementação da prosperidade por meio de reformas orientadas por um conhecimento que era ensinado nas Faculdades de Direito, [...], servia como uma luva para os grupos dominantes do mundo agrário-escravista brasileiro da segunda metade do século XIX. [...] Desse modo, a obra e a militância política de Silva Lisboa foram moldadas para servir como exemplo da

¹⁰⁵⁶ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 18.

¹⁰⁵⁷ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 22.

¹⁰⁵⁸ BOSI, Alfredo. A escravidão entre dois liberalismos. p. 199-200.

¹⁰⁵⁹ PAIM, Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. p. 87.

¹⁰⁶⁰ ROCHA, Antonio Penalves. *Visconde de Cairu*. São Paulo: Ed. 34, 2001. p. 35.

viabilidade de reformas conservadoras feitas sob inspiração da cultura bacharelesca.¹⁰⁶¹

Lembrando Burke, afirmava Cairu que a reforma é a “justa medida” para as mudanças¹⁰⁶². Nessa esteira defendia que, reformada a “arquitetura do Estado”, viabilizar-se-ia a mudança através do progresso e não da revolução¹⁰⁶³.

Edmund Burke, um antecipador do “conservadorismo liberal” que caracterizou o pensamento inglês da primeira metade do século XIX, é uma das grandes influências de Cairu, principalmente no que diz respeito ao enfoque teórico conservador-liberal adotado pelo pensador baiano em assuntos como religião, política e economia¹⁰⁶⁴.

Segundo Alfredo Bosi, essa influência, aliás, não opera apenas em Cairu, pois:

[...] a atenção e o respeito ostensivo ao particular, tão insistentes nos escritos conservadores de Burke, permeiam a ideologia romântico-nacional que vai de Varnhagen a Alencar, de Vasconcelos a Olinda, de Paraná a Itaboraí. Será o *topos* maior da argumentação de cunho protelatório: dar tempo ao tempo, já que o Brasil não é a Europa, e é preciso respeitar as diferenças. Filtragem ideológica e contemporização, estas seriam as estratégias do nosso liberalismo intra-oligárquico em todo o período em que se construía o Estado nacional.¹⁰⁶⁵

Não se deve, porém, descuidar do fato de que há também um pensamento tradicionalista e conservador tipicamente português que possui, inclusive, manifestações anteriores à principal obra de Burke, “Reflexões sobre a Revolução em França”, de 1790. Exemplo é a obra de Pascoal José de Melo Freire Reis, professor da Faculdade de Direito de Coimbra já à época em que lá Cairu realizou sua formação (1774-1779)¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶¹ ROCHA, Antonio Penalves. *Visconde de Cairu*. p. 32, 34.

¹⁰⁶² CAIRU, Visconde de. *Extratos das obras políticas e econômicas de Edmund Burke*. Rio de Janeiro: Imprensa Régia, 1812. p. 2 apud ROCHA, Antonio Penalves. *Visconde de Cairu*. p. 46.

¹⁰⁶³ ROCHA, Antonio Penalves. *Visconde de Cairu*. p. 46.

¹⁰⁶⁴ Aliás, deve-se ao Visconde de Cairu a tradução de extratos da obra de Edmund Burke, editados pela Imprensa Régia em 1812. Acerca da influência de Edmund Burke sobre Cairu ver: MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 153 e ss. Sobre o tradicionalismo e a difusão da obra de Burke no Império ver: MACEDO, Ubiratan Borges de. *A liberdade no Império*. São Paulo: Ed. Convívio, 1977. p. 54-58. Referem essa tradução: PAIM, Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. p. 31 e REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. Porto Alegre: Instituto de Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul, s/d, p. 20).

¹⁰⁶⁵ BOSI, Alfredo. A escravidão entre dois liberalismos. p. 211.

¹⁰⁶⁶ Melo Freire se vale do argumento histórico, da tradição, para mostrar que, no país, nunca havia ocorrido um pacto de delegação de poderes ao Rei por parte do povo, tendo, ao contrário, a monarquia gerado a nação: “os nossos Reis nunca receberam a sua Majestade e o Supremo poder, do povo; todavia o Conde D. Henrique e Afonso I, já eram senhores de Portugal e supremos governantes, muito antes das cortes de

Exemplar manifestação do pensamento liberal conservador reformista de Cairu encontramos em sua opinião acerca da necessidade de “prudência” na reforma do sistema escravista. A “prudência” era uma solução melhor do que uma abolição revolucionária tal qual a ocorrida nas Antilhas, uma vez que essa somente havia produzido anarquia e catástrofe¹⁰⁶⁷. O “cancro da escravidão” tendo se introduzido e arraigado de Norte a Sul do país não poderia “ora ser de súbito arrancado e necessitando-se de lenta e prudente *medicina expectante* para a cura radical do mal mortífero”. Daí ser necessária a descoberta de “expedientes mais razoados, que conciliem a necessidade de afrouxar o presente sistema do trabalho geral, com os deveres da humanidade e da sã política [...]”¹⁰⁶⁸. Revela-se aqui a conciliação como estratégia do discurso liberal conservador para contornar, mas não resolver¹⁰⁶⁹, os conflitos sociais¹⁰⁷⁰.

Sob essa perspectiva “conservadora” que compreende “ordens” e “classes” produtoras de desigualdade social como situações necessárias já que originárias da “experiência dos séculos”, Cairu entendia ser natural a desigualdade entre os indivíduos e as nações. Dela derivava a riqueza, razão pela qual desacreditava nas idéias de igualdade defendida por Rousseau, afirmando que, uma vez aplicada na prática, levaria à *pobreza das nações*¹⁰⁷¹. Não era à economia política que cabia fazer valer a igualdade, mas à moral.

Em sua obra “Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império”, publicada de 1824-1825, afirma, ao tratar do

Lamego” (MELO FREIRE apud Lara, Tiago Adão. Melo Freire e os primórdios do tradicionalismo luso-brasileiro. In: PAIM, Antonio (org.). *Pombal e a cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Fundação Cultural Brasil-Portugal, Ed. Tempo Brasileiro, 1982. p. 46, 48).

¹⁰⁶⁷ Eis aqui um exemplo do que Alfredo Bosi denominou de liberalismo, parcial e seletivo que “operava a filtragem dos significados compatíveis com a liberdade intra-oligárquica e descartava as conotações importunas, isto é, as exigências *abstratas* do liberalismo europeu que não se coadunassem com as *particularidades* da nova nação.” (BOSI, Alfredo. A escravidão entre dois liberalismos. p. 217).

¹⁰⁶⁸ LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. Rio de Janeiro : Typ. Nacional, 1824-1825. p. 368.

¹⁰⁶⁹ Segundo Nelson Saldanha “como forma política, foi a contemporização, quase sempre, a arma tática dos conservadores. [...] Contemporização que é, noutros termos, conciliação” (SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 146). No “Liberal Pernambucano” de 18 de julho de 1857 lê-se, por exemplo, que “a *conciliação* deve consistir em continuarem os chamados conservadores no poder e irem favorecendo a este ou aquele de seus adversários políticos com um sorriso, com um perdão, com um obséquio!” (LIBERAL Pernambucano, 18 jul. 1857 apud SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 146).

¹⁰⁷⁰ Assim, na opinião de Cairu, o problema da escravidão deveria ser equacionado buscando conciliar exigências inconciliáveis, pois se os deveres da humanidade impõem a extinção da escravidão em vista de sua injustiça, os deveres da sã política demandam sua manutenção em razão de sua utilidade (LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 368).

¹⁰⁷¹ LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Estudos do bem-comum e Economia Política*. Rio de Janeiro: Imprensa Régia, 1819-1820. p. 153 apud ROCHA, Antonio Penalves. *Visconde de Cairu*. p. 47.

que denominou “benevolência natural”, que “a benevolência é uma afeição do espírito e virtude de sentimento (não de raciocínio) mais geral e preponderante do que se pensa na Sociedade Civil: ela é a grande corregedora do egoísmo”¹⁰⁷². Para Cairu, a igualdade se realiza através da “caridade” que, enquanto imitação humana da “Bondade Divina”, se “começa por si mesmo”¹⁰⁷³, ou seja, não pode e não deve ser imposta¹⁰⁷⁴.

Como exemplo e prova dessa “caridade voluntária”, refere as doações entre vivos¹⁰⁷⁵, as fundações de estabelecimentos pios¹⁰⁷⁶, a assistência cotidiana¹⁰⁷⁷, a prática filantrópica¹⁰⁷⁸, o empenho cordial¹⁰⁷⁹ dentre outros fatos.

Fundamental era, para Cairu, como instrumento de correção do egoísmo estimulado pelo sistema econômico, a intervenção moralizante da “caridade legal”, entendida não como uma “caridade imposta”, mas como “a *financeira-mor*, que (em parte corrigindo a extrema desigualdade das condições) supre o *déficit* dos provimentos necessários à pobreza e doença, onde é frouxa a *caridade cristã*”¹⁰⁸⁰. Como exemplo dessa “caridade legal” refere o Estatuto dos Pobres editado pela Inglaterra¹⁰⁸¹, ou seja, a *Poor Law*.

¹⁰⁷² LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 187.

¹⁰⁷³ LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 189, 190.

¹⁰⁷⁴ É possível identificar aqui ecos da “Teoria dos Sentimentos Morais” de Adam Smith exposta anteriormente.

¹⁰⁷⁵ “Se tais liberalidades fossem raras, não valeriam a pena da atenção dos legisladores.” (LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 190).

¹⁰⁷⁶ “[...] prova de benevolência e beneficência dos ricos, que se estende à posteridade.” (LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 190).

¹⁰⁷⁷ “[...] os pequenos e diários bons ofícios das pessoas compassivas e prestadias!”, isto é, um eufemismo para a esmola “com que os abastados socorrem aos indigentes [...]” (LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 191).

¹⁰⁷⁸ “[...] pela qual todas as pessoas dão seus receituários aos doentes e conselhos aos aflitos, [...]” (LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 191).

¹⁰⁷⁹ “[...] favor e auxílio (oferecido pelos “favorecidos da fortuna”) aos que imploram o seu patrocínio, a fim de exercerem a sua influência para recomendarem o mérito desvalido e promoverem ao serviço do Estado os hábeis e dignos da confiança pública, [...]” (LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 191).

¹⁰⁸⁰ LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 193.

¹⁰⁸¹ LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 192.

O apelo de Cairu ao “dever de benevolência” é semelhante ao enfoque dado por Von Gierke à necessidade de um retorno a padrões normativos pré-capitalistas. Em ambos esse recurso semântico-ideológico tem relação com o que foi denominado anteriormente de “romantismo anti-capitalista”. Porém, no pensador alemão identifica-se uma perspectiva “restitucionista”, enquanto no pensador brasileiro manifesta-se uma perspectiva não somente conservadora, mas verdadeiramente retrógrada por meio da pré-compreensão que possui acerca do problema da igualdade.

Com efeito, no que diz respeito ao pensamento de Cairu, não deve causar espanto que adote, não obstante o seu liberalismo, “toda uma estrutura feudal de pensamento, tão patente no seu discurso, qualquer que seja a sua modulação ou qualidade”¹⁰⁸². Como destaca Montenegro, tendo a cultura política luso-brasileira um *background* conservador, reflexo da continuidade histórica da ordem econômica escravocrata e imobilista, crescem inúmeros elementos retrógrados subjacentes a esse pensamento, o que transparece na densa conotação autoritária do discurso iluminista-liberal apesar dos subsídios franceses radicais (jacobinismo)¹⁰⁸³.

Ao dever moral positivo da benevolência Cairu irá opor o dever jurídico negativo do respeito:

Os gerais ofícios que a Lei dita a toda pessoa prestar a cada indivíduo da espécie humana, seja como cidadão do Estado em que vive, seja como homem de qualquer país, se podem reduzir a dois grandes deveres, que também se dizem *civis* e *sociais*: um é *dever negativo*, que consiste em *não fazer mal*, isto é, em abster-se de toda a ofensa aos nossos semelhantes; outro é *dever positivo*, que consiste em *fazer bem*, quanto está nas próprias faculdades, a nacional ou a estrangeiro, ou, ao menos, não podendo, *desejar-lhe* ajuda e prosperidade. Cumprimos o primeiro dever, não obrando *atos de injustiça*; executamos o segundo dever, efetuando *atos de beneficência*. Portanto, *justiça e benevolência* são (por assim dizer) os dois pólos do círculo máximo da Moral Pública.¹⁰⁸⁴

Assim, para o jurista baiano: “*a caridade é justiça*, com a diferença que a rigorosa justiça se limita a dizer: ‘Não faças a outro o mal que não quererias que te fizesse’; a *caridade*, ou o amor do próximo, se estende a dizer: ‘Fazei a outro o bem que quererias receber dele’”¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸² MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 65.

¹⁰⁸³ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 65.

¹⁰⁸⁴ LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 333.

¹⁰⁸⁵ LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 108.

Em Cairu o “dever de benevolência” além de “natural impulso” (ou seja, além de decorrer da natureza humana, como também o afirmava Adam Smith) surge como resultado da abundância natural de bens, e do “progresso da inteligência dos homens”. Assim,

[...] nos países em que os Governos promovem o espírito de invenção, a franqueza do comércio, sendo maior a riqueza particular e pública, não só o corpo do povo tem melhor vestido, agasalho e conforto da vida, e mais certeza de emprego produtivo ou ocupação decente, mas também se distingue em beneficência e pios estabelecimentos de caridade cristã¹⁰⁸⁶

A “caridade legal”, enquanto organização estatal do “dever de benevolência”, é, para Cairu, um dos modos pelos quais se dá a intervenção do Estado para a correção/manutenção, dentro de certos padrões, das desigualdades. Conforme João Alfredo, o pensamento ilustrado de Cairu, embora tenha sofrido as influências do liberalismo econômico, acaba, mesmo assim, por “incidir no Estatismo, no controle, em última instância, pelo Estado, da vida econômica”. Percebe-se, em seu discurso, tons autoritários que refletem “essa estrutura de autoridade, sempre no velho estilo de conciliação, reservando ao Monarca um papel que extrairia da retórica feudal, com ingredientes do constitucionalismo da Restauração, modelo de conciliação”¹⁰⁸⁷.

Constata-se, pois, no liberalismo deliberadamente conservador de Cairu, a conciliação entre um projeto liberal igualitário de emancipação de origem alienígena e um projeto autoritário de modernização nacional, realizado através da referência às regras legais (deveres negativos) e morais (deveres positivos). Essa conciliação “institucionaliza, portanto, artifícios jurídico-morais de dominação através da prática da liberdade sem poder, sem suportes econômicos, para a maioria da população, e, com tais suportes, para a minoria privilegiada, com poder, com saber-poder”¹⁰⁸⁸.

Também no compêndio de filosofia do padre Diogo Antonio Feijó, escrito entre 1818 e 1821 para uso de seus alunos, podemos encontrar o resultado da conjugação de “idéias antigas” – especialmente a doutrina do bem comum – com “novas doutrinas”, neste caso o pensamento gnoseológico de Kant¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. p. 349.

¹⁰⁸⁷ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 69.

¹⁰⁸⁸ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 97.

¹⁰⁸⁹ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. p. 14, 25; REALE, Miguel. Introdução. In:

O referido compêndio, na parte relativa à Filosofia Moral, é organizado através da polaridade entre duas propensões: o *amor de si* – identificado com o desejo de felicidade – e a *estima de si* – identificada com o amor da justiça¹⁰⁹⁰. Para Feijó, diz Reale, o segredo da lei moral residiria nesse sentimento nobre e desinteressado que atuaria “como que o amor próprio integrado na ordem do universo, segundo as exigências de uma ‘legislação moral natural’”¹⁰⁹¹, legislação essa que seria a origem de toda e qualquer obrigação¹⁰⁹².

Feijó se pergunta “onde descobrirá a razão êstes motivos de justiça”, e na resposta que dá a essa questão fica evidenciado o desvio em relação ao pensamento de Kant que influencia seu “Caderno de Metafísica”, o caderno inicial do compêndio: ao invés de um pressuposto transcendental de inspiração kantiana, a referida “legislação moral natural” teria, para Feijó, origem na “revelação sobrenatural”¹⁰⁹³. Conforme Feijó, “o homem sente *necessidade da revelação*, para o segurar na prática do que é justo”¹⁰⁹⁴. Há, porém, na definição do direito à liberdade, traços da concepção negativa e liberal – liberdade enquanto limite – também presente em Kant: “Todo o homem é, portanto, obrigado a respeitar êste direito e não pode embarçar o exercício da liberdade de outrem, senão quando injustamente atentar contra o seu direitos”¹⁰⁹⁵.

Já quanto ao direito à igualdade parece que há uma diferença de perspectiva entre o pároco brasileiro e o filósofo alemão. Feijó afirma que seria “um atentado contra o direito de igualdade” se alguém “pretender tornar outro homem instrumento e meio para chegar a seus fins”¹⁰⁹⁶. Vê-se, assim, que, enquanto Kant concebe o respeito à pessoa como decorrência do imperativo autônomo da vontade pura, aquele o apresenta como consequência do direito à igualdade existente entre os homens, fundamentado na distinção entre Criador e criaturas¹⁰⁹⁷.

É na agressão aos direitos de liberdade e de igualdade, tomados na acepção negativa que os dá Feijó, ou seja, é no trespasse dos limites impostos por esses direitos que surge o “direito de

FEIJÓ, Diogo Antonio. *Cadernos de Filosofia*. p. 29-30.

¹⁰⁹⁰ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. In: _____. *Cadernos de Filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1967. p.23.

¹⁰⁹¹ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil*: dois ensaios. p. 25.

¹⁰⁹² FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 126.

¹⁰⁹³ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 126-127.

¹⁰⁹⁴ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 127.

¹⁰⁹⁵ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 145.

¹⁰⁹⁶ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 146.

¹⁰⁹⁷ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 146.

defesa” e, acompanhando esse, o “direito de reparo”, direito “pelo qual o atacado exige a reparação do dano feito por todos os meios necessários a conseguí-lo a custo do danificador”¹⁰⁹⁸. A referida concepção negativa dos direitos de liberdade e igualdade e a relação desses com o denominado “direito de reparo” pode ser esclarecida à luz da significação, dada por Feijó, ao “dever de justiça” enquanto “dever de deixar a cada um gozar do que é seu; direito perfeito, porque sempre se pode respeitar e que, por isso, é acompanhado do direito de segurança, defesa e reparo”¹⁰⁹⁹.

Ao “dever de justiça”, passível de imposição pela coerção, opunha-se o “dever de beneficência” que seria realizável de forma eminentemente espontânea: “*Beneficência* é o dever de concorrer para os fins da criação ou, por outras palavras, dever de socorrer, de fazer bem a outrem; direito imperfeito, porque nem sempre se pode fazer bem e, por isso, nem sempre é acompanhado do direito de segurança, defesa e reparo”¹¹⁰⁰.

O dever de beneficência, em Feijó, está vinculado à realização do bem comum, uma vez que para ele “tudo decide que o homem nasce para a sociedade de seus semelhantes, que é obrigado ao socorro mútuo e que todos os seus direitos e faculdades estão subordinados e hipotecados ao bem geral.”¹¹⁰¹.

Há, para Miguel Reale, nessa passagem de Feijó uma exaltação à *sociabilidade* entendida “não apenas como uma inclinação a viver em comum, mas também como propensão natural à ajuda mútua, à comunicação e à solidariedade”¹¹⁰²; respeitada a opinião acima exposta deve ser sublinhado porém que, em Feijó, essa “solidariedade social” não se realiza por meio da implementação de direitos¹¹⁰³, mas pelo cumprimento voluntário de “deveres morais”, o que leva-nos, necessariamente, a descobrir nessa “exaltação à sociabilidade” feita por Feijó uma diferença fundamental para com a atual “exigência de solidariedade”.

¹⁰⁹⁸ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 147.

¹⁰⁹⁹ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 148.

¹¹⁰⁰ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 148-149.

¹¹⁰¹ FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 149.

¹¹⁰² FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 149. Nota de Miguel Reale.

¹¹⁰³ Discorda-se aqui de Miguel Reale para quem o conceito de “beneficência” é “a raiz de uma idéia destinada a expandir-se e a se afirmar nos horizontes da vida social e jurídica: *a de justiça social e dever social*, abrangendo a de *assistência social* (FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. p. 148. Nota de Miguel Reale).

O dever de beneficência, por ser “efeito de amor”¹¹⁰⁴, não é passível de imposição coercitiva: “Tendo todo homem direito à beneficência de outro, não o tem, contudo, de violentá-lo a que lhe faça bem. Cada um é livre para reconhecer suas circunstâncias e só êle sabe, completamente, como e quando pode fazer o bem”¹¹⁰⁵.

Ou seja, tal dever de beneficência configura-se como um “dever moral” do sujeito beneficente, e não como um “direito” do beneficiário¹¹⁰⁶.

Há nas teses expostas por Cairu e Feijó – por influência das noções de “simpatia” (presente na filosofia da escola escocesa representada, aqui, por Adam Smith), de “caridade” (base da filosofia cristã), e “benevolência” (presente na filosofia kantiana) – a presença do que poderíamos chamar “solidariedade dos antigos”¹¹⁰⁷, uma solidariedade concebida como “virtude familiar”, e não da “solidariedade dos modernos”, entendida como “objetivo social” cuja realização passa pela comunidade política¹¹⁰⁸.

Diante das idéias defendidas por Cairu e Feijó, podemos afirmar que se no Brasil conciliou-se o ideário liberal com conceitos que lhe seriam, em tese, antípodas. Tal ocorreu porque “não há, com efeito, melhor instrumento de conciliação no tempo do que o Liberalismo, afeito a acomodações pelo seu caráter normativo-abstrato, sempre racionalizando situações autoritárias, procedimentos de força, no contexto socio-econômico, na vida política”¹¹⁰⁹. Aliás, não há nada melhor para instrumentar retórica e ideologicamente “conciliações teóricas” do que o ideário liberal, “pois se sabe que ele não associa a problemática estrutural, a história sociológica aos mecanismos de organização política ou político-jurídica, a estes se restringindo, dentro dos quais situa e isola o dado da liberdade”¹¹¹⁰.

Segundo Montenegro, foi a interação íntima e estreita entre sentimentos fraternais e necessidades recíprocas, presentes entre dominantes e dominados, a responsável pela

¹¹⁰⁴ FEIJÓ, Diogo Antonio. *Filosofia moral*. p. 154.

¹¹⁰⁵ FEIJÓ, Diogo Antonio. *Filosofia moral*. p. 155.

¹¹⁰⁶ FEIJÓ, Diogo Antonio. *Filosofia moral*. p. 158-159.

¹¹⁰⁷ A expressão é de Gregorio Peces-Barba Matinez (MATINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid: Universidad Carlos III/BOE, 1995. p. 261 e ss., apud NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 75, 1999. p. 149.

¹¹⁰⁸ NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. p. 149.

¹¹⁰⁹ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 96.

¹¹¹⁰ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 97.

formação de uma locução que “integra humanitarismo cristão e pragmatismo econômico, simbiose no caso deveras forçada, possibilitada pela ênfase retórica, que confisca valores, desenraizando-os dos condicionamentos socioculturais, com propósito de dominação”¹¹¹¹.

O desenvolvimento desse liberalismo eclético, no Brasil, ganha novos impulsos com a independência e a criação dos cursos jurídicos.

O primeiro desses fatores, – a Independência – é o momento no qual a transplantação se torna uma estratégia lúcida e consciente para o estabelecimento de instituições preocupadas não mais com a “exploração comercial de uma colônia”, mas com a “formação cultural de uma nação”¹¹¹².

Com a independência, o liberalismo, importado pela elite e que por aqui começa a vingar, ganha ares de “liberalismo romântico”, “um liberalismo já entrado na fase das experiências e das reformulações, passada que estava a das instaurações e das anunciações, correspondente aos entrechoques revolucionários”¹¹¹³, embora sejam franceses¹¹¹⁴ os principais modelos de renovação intelectual, em razão do trabalho de disseminação de idéias feito pela maçonaria no século XIX, tal como no anterior¹¹¹⁵, as idéias liberais da tradição inglesa não deixam de manter seu peso.

Se antes mesmo da promulgação da Constituição Imperial, uma Proclamação assinada por D. Pedro em 15 de julho de 1823 enunciava que, se não tinha ainda o país uma Constituição, tinha já “aquelas bases estabelecidas pela razão, as quais devem ser invioláveis, quais sejam o respeito à segurança individual, propriedade e domicílio”¹¹¹⁶, não é de admirar que as fontes doutrinárias da Constituição de 1824 tenham sido as de um liberalismo e de um

¹¹¹¹ MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. p. 303.

¹¹¹² RAMOS, Alberto Guerreiro. *Cartilha brasileira do aprendiz de sociólogo*. Rio de Janeiro:Editorial Andes, 1954. p. 274.

¹¹¹³ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 89-90.

¹¹¹⁴ Da França, nesse período, eram importadas tanto as idéias progressistas quanto as conservadoras; se a nação de Robespierre e Saint-Just detinha a simpatia dos inconformados contra a ordem dominante, também os defensores dessa ordem se inspiravam na referida nação, ocorre que ao modo de Chateaubriand e Benjamin Constant: “Por conseguinte, a França era festejada por reacionários e progressistas, como matriz intelectual donde importavam as idéias que convinham a cada grupo, embora por diferentes motivos [...]” (CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. 2.ed. Fortaleza: Edições UFC; Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981. p. 18).

¹¹¹⁵ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 89-90

¹¹¹⁶ BRASIL. *Proclamações e Manifesto*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1877. Coleção Leis do Império do Brasil de 1823, apud SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 107.

constitucionalismo já vigentes – as idéias mais em voga eram ainda as de Rousseau e Montesquieu, somadas agora a outras novidades, tais como Filangeri e Benjamin Constant¹¹¹⁷ – em verdade “liberalismos” que iam desde Locke até Chateaubriand somados às “constantes do pensar brasileiro, marcado por ecletismos e ingenuidades”¹¹¹⁸. Conseqüência disso é que a Carta outorgada em 1824 terá como filosofia um ecletismo correspondente à estratégia política de conciliação adotada em 1822¹¹¹⁹.

Já o segundo fator, qual seja, a criação dos cursos de direitos, foi fundamental, no caso brasileiro, pois essas acabaram sendo os mais importantes centros de recepção, elaboração e difusão de idéias políticas à época¹¹²⁰.

Foi em torno das Faculdades de Direito de Recife (fundada em Olinda em 1828 foi transferida para Recife em 1854) e de São Paulo (fundada em 1828) que se desenvolveu toda a vida cultural humanística do país no período que vai do reinado de Pedro I (1822-1831), passando pelas Regências (1831-1840), até o reinado de Pedro II (1840-1889)¹¹²¹. O ingresso das doutrinas políticas e filosóficas se dava sempre por meio desses estabelecimentos de ensino; eram eles, durante o Império e também na República¹¹²², o *locus* de preparação da elite intelectual e política brasileira¹¹²³.

Durante esse período, vários foram os juristas que desempenharam papel fundamental na vida cultural brasileira, não sendo exagerado dizer que foram os bacharéis em Direito os grandes artífices da consolidação do Estado-Nação brasileiro forjado a partir da Independência¹¹²⁴.

¹¹¹⁷ BRASIL. *Proclamações e Manifesto*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1877. Coleção Leis do Império do Brasil de 1823, apud SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 106.

¹¹¹⁸ BRASIL. *Proclamações e Manifesto*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1877. Coleção Leis do Império do Brasil de 1823, apud SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 107.

¹¹¹⁹ MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora*. p. 76.

¹¹²⁰ VELOZO, Maria; MADEIRA, Angélica. *Leituras Brasileiras*. p. 70.

¹¹²¹ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 171.

¹¹²² Essa tarefa de formar a elite intelectual, política e mesmo burocrática do país não se limita ao período imperial, tendo-se estendido ao período republicano: segundo os estudos de Joseph Love (LOVE, Joseph. *São Paulo in the Brazilian Federation: 1889-1937*. Stanford University Press, 1980), Robert Levine (LEVINE, Robert. *Pernambuco in the Brazilian Federation: 1889-1937*. Stanford University Press, 1978) e John Wirth (WIRTH, John. *Minas Gerais in the Brazilian Federation: 1889-1937*. Stanford University Press, 1977), que abrangeram um total de 753 de pessoas (mineiros, paulistas e pernambucanos que chegaram, no período, a altos cargos políticos ou administrativos em áreas estaduais ou federais); percebeu-se que 70% eram formados em direito, sendo a maioria pelas faculdades de direito de São Paulo ou de Pernambuco (TOPIK, Steven. *A presença do estado na economia política do Brasil de 1889 a 1930*. p. 35).

¹¹²³ SCHWARZ, Lila Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 141 e ss.

¹¹²⁴ MOTA, Carlos Guilherme. *Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro*. p. 134.

É esse intelectual, forjado em Coimbra pelas matrizes liberais mais conservadoras, aquelas produzidas no período da contra-revolução francesa¹¹²⁵, o sujeito histórico com maior parcela de responsabilidade pela construção da fisionomia igualmente conservadora do nascente Estado-Nação brasileiro¹¹²⁶.

E é no seio desse estrato social, os bacharéis de direito – “um tipo de intelectual produtor de um saber sobre a nação, saber que se sobrepôs aos temas exclusivamente jurídicos e que avançou sobre outros objetos do saber. Um intelectual educado e disciplinado, do ponto de vista político e moral, segundo teses e princípios liberais”¹¹²⁷ –, que se desenvolverá mais adiante, mormente durante o Segundo Reinado, um outro liberalismo associado ao discurso da socialidade resultante da introdução de um conjunto de idéias novas que viriam a ampliar o espectro do pensamento liberal brasileiro de então.

4.2 O discurso da socialidade no Segundo Reinado

O Segundo Reinado tem início em julho de 1840 com a antecipação da maioria de Dom Pedro II, e em verdade a geração de bacharéis formada em Coimbra continuou a exercer o poder político durante o início do Segundo Reinado¹¹²⁸, razão pela qual ainda nos anos 60 do século XIX era possível encontrar manifestações no sentido de que as medidas de proteção a certas classes de pessoas, assim como as providências tomadas com a finalidade de evitar ou reprimir vícios e escândalos, se faziam sempre no exercício de “certos deveres morais em nome da sociedade”, o que significava que, embora impostas por “razões da moralidade”, eram “estranhas ao direito propriamente dito”¹¹²⁹ estando limitados apenas as situações envolvendo cuidados devidos aos órfãos, a instalação de hospitais, estabelecimentos de beneficência pública, etc.¹¹³⁰. É somente no final desse período, já nos anos 70 do século XIX, momento em que definitivamente “convertia-se o bacharel no grande intelectual da sociedade

¹¹²⁵ MOTA, Carlos Guilherme. *Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro*. p. 145.

¹¹²⁶ MOTA, Carlos Guilherme. *Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro*. p. 146.

¹¹²⁷ ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 79.

¹¹²⁸ FERREIRA, Gabriela Nunes. *O coração do Estado Imperial*. In: MOTA, Carlos Guilherme (coord.) *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (século XVI a 1850)*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 345.

¹¹²⁹ BAPTISTA, Francisco de Paula; RAMALHO, Joaquim Ignácio; TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 18.

¹¹³⁰ BAPTISTA, Francisco de Paula; RAMALHO, Joaquim Ignácio; TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. p. 18, nota 1.

local, chamando atenção o **ecletismo das idéias** e o pragmatismo em sua definição¹¹³¹, é que surgirá, de forma mais representativa, nas escolas de Direito brasileiras, um pensamento social crítico com bases filosóficas mais assentadas que aproximará as novas gerações de bacharéis às idéias presentes no discurso do denominado liberalismo social¹¹³².

A adoção, por essa geração, de uma teoria social mais crítica permitirá o desenvolvimento, no Brasil no início do século XIX, de uma perspectiva “liberal social” embebida em um “romantismo liberal”, entendido como um paradigma teórico resultante da combinação entre liberalismo clássico e revolta romântica anticapitalista. Esse modelo teórico de equilíbrio instável tem por base a idéia de que “o paraíso perdido não é inteiramente incompatível com o presente capitalista: bastaria curar os males mais flagrantes deste com reformas sociais e morais”¹¹³³. Essa perspectiva do romantismo liberal pode ser definida como aquela que, “mesmo fazendo a crítica do mundo moderno burguês regido pelo poder do dinheiro, não tira conseqüências radicais dessa crítica, contentando-se em fazer votos de reformas quaisquer e não de mudanças mais fundamentais”¹¹³⁴.

Se, até essa década, o pensamento crítico social e político “vivia de frases cortantes, e penetração literária” faltava-lhe, porém “núcleo filosófico”, uma vez que “não tinha bastante acento ideológico, nem autoconsciência”; falava-se muito, “denunciava-se, ridicularizava-se: mas a análise a fundo ficava por fazer, e os problemas radicais não se punham”¹¹³⁵.

Um desses problemas era a centralização político-administrativa, em outras palavras, a configuração do espaço público associada única e exclusivamente ao fenômeno da concentração de poder junto à burocracia estatal. Apontava Tavares Bastos que um dos problemas do Brasil era a ausência de espírito público, devido às notas características do sistema colonial¹¹³⁶. Esse tema foi abordado por Tavares Bastos; porém, nesse autor, diferentemente do que costumava acontecer com o pensamento crítico à época, “a problemática geral não se cultivava por si mesma; ela vem a propósito das questões concretas,

¹¹³¹ SCHWARZ, Lila Moritz. *O espetáculo das raças*. p. 142. Grifo nosso.

¹¹³² Sobre o “liberalismo social” ver abordagem de José Guilherme Merquior.

¹¹³³ LÖWY, Michel; SAYRE, Robert. *Romantismo e Política*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993. p. 31.

¹¹³⁴ LÖWY, Michel; SAYRE, Robert. *Romantismo e Política*. p. 58.

¹¹³⁵ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 214.

¹¹³⁶ MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2001. p. 19.

embora seja usada na plenitude de suas dimensões”¹¹³⁷, se servia ele, de um método que conjugava análise sincrônica e diacrônica para realizar a pregação das reformas que entendia necessárias¹¹³⁸.

Segundo Evaristo de Moraes Filho, em Tavares Bastos há a precedência, em muitos pontos, à várias das teses da Escola de Recife¹¹³⁹. Uma das semelhanças, com o pensamento que viria a seguir, seria a análise científica da realidade, o que Evaristo chamou de “método realista de análises”¹¹⁴⁰. Declarava Tavares Bastos: “Tenho procurado tratar todas as questões sob um ponto de vista geral.[...] Eu esqueço os homens para só me lembrar do fatos”¹¹⁴¹.

A doutrina que informava Tavares Bastos era a doutrina liberal¹¹⁴², majoritariamente de origem francesa¹¹⁴³, que assim qualificava:

A doutrina liberal não é no Brasil fantasia momentânea ou estratagem de partido; é a renovação de um fato histórico. Assim considerada, tem ela um valor que só a obcecção pode desconhecer. Como a França voltando-se agora para os princípios de 89, nós volvemos a um ponto de partida bem distante, o fim do reinado de Pedro I; queremos, como então queriam os patriotas da independência, democratizar nossas instituições.¹¹⁴⁴

Mas como não poderia deixar de ser, como todo liberal era um conciliador na prática e na teoria (ecletismo):

Em política eu parto da conciliação como princípio e como base.(...) Mas, em que consiste a conciliação?

Do seio fecundo da constituição, dois princípios fundamentais, nascidos para viverem combinados, desprenderam-se, separaram-se, combateram-se. O primeiro é caracterizado pela revolução de 1831; o segundo pela data reacionária de 1837. O primeiro é o princípio de liberdade distendido até a anarquia, o segundo é o princípio da ordem levado até a compressão. Pois bem, certo dia, essas idéias extremas fizeram parada, recuaram nas suas

¹¹³⁷ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 218.

¹¹³⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 23.

¹¹³⁹ MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 51.

¹¹⁴⁰ MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 51.

¹¹⁴¹ BASTOS, Tavares. *Cartas do solitário*. 3. ed. São Paulo, 1938. p. 90 apud MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 63.

¹¹⁴² MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 33.

¹¹⁴³ Conforme Evaristo, uma das predileções de Tavares Bastos, em economia, era Bastiat, era desse autor e de Montalembert que retirava seu credo na liberdade e no progresso (MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. 33, 46). Segundo Evaristo, o liberalismo de Tavares Bastos “não foi balofo, nem oca a sua mensagem”, pois “pregou sempre uma democracia, não só política e formal, mas igualmente social, pluralista e aberta a todos, baseada no mérito e na responsabilidade de cada um.” (MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 51).

¹¹⁴⁴ BASTOS, Tavares. *A província*. 2. ed. São Paulo, 1937. p. 113 apud MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 103.

exagerações paralelas, retrataram-se de seus erros e confessaram as suas mútuas verdades; numa palavra, transigiram. No ano de 1853 começou o trabalho de reconstituição da harmonia perdida entre os dois princípios fundamentais, isto é, surgiu a nova era, ou a política da conciliação.”¹¹⁴⁵

Sabia o autor que essa “harmonia perdida” era passível de críticas e defendendo-se, reafirmava o princípio: “Sei bem que a imoralidade de uns, o ceticismo de outros e a obstinação de muitos comprometeram a conciliação; confesso mesmo que até foi preciso banir a palavra do vocabulário político. Mas a conciliação, se desapareceu como fórmula, ficou como idéia”¹¹⁴⁶.

Essa “conciliação como idéia” fez com que Tavares Bastos, talvez pelas leituras de Bentham e de Stuart Mill, tenha defendido sempre um liberalismo-social, com as mesmas características desse que hoje é propugnado por muitos cientistas políticos contemporâneos, como por exemplo, Norberto Bobbio¹¹⁴⁷. Se “não admitia o Estado como produtor em prejuízo da iniciativa privada, via-o como provedor do bem comum, das necessidades sociais indispensáveis”¹¹⁴⁸.

Exemplo desse social-liberalismo¹¹⁴⁹ tem-se no seguinte trecho:

Com efeito, meu amigo, o que distingue o grande século democrata em que vivemos é essa tendência de todos os espíritos para acharem a pedra filosofal do bem-estar. Produzir muito, comprar barato, eis a economia das sociedades contemporâneas, eis a ciência do bom homem Ricardo, protótipo do povo, eis o fim de toda a atividade. [...] Hoje, é preciso trabalhar para viver, e vive-se trabalhando. Todos os homens de todas as raças, de todos os continentes, são chamados pelo gênio cosmopolita, que é o distintivo do gênero humano, a partilharem a concorrerem fraternalmente para a produção do mundo, isto é, para a riqueza, para a iluminação, para o progresso, para a moralidade, para o bem-estar dos povos. Eis o Evangelho, não humildemente beato, mas o Evangelho nobre, solene, criativo, fraternal,

¹¹⁴⁵ Discurso proferido por Tavares Bastos em 18/07/1861 (DISCURSOS parlamentares. Brasília: Ed. do Senado Federal, 1977. p. 17-18 apud MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p.56-57).

¹¹⁴⁶ Discurso proferido por Tavares Bastos em 18/07/1861 (DISCURSOS parlamentares. Brasília: Ed. do Senado Federal, 1977. p. 17-18 apud MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p.56-57).

¹¹⁴⁷ MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 325.

¹¹⁴⁸ MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 325-326.

¹¹⁴⁹ Evaristo aproxima o pensamento de Tavares Bastos de dois argentinos que considera partidários do liberalismo social: Sarmiento e Alberdi (MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 325-326), que para José Guilherme Merquior, são exemplos de propugnadores de um “liberalismo-conservador” (MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo*. p. 326).

Evangelho como Cristo o pregou. Em séculos destes o direito vale a utilidade, quero dizer, não pode haver direito que importe um dano.¹¹⁵⁰

Encontra-se nas soluções preconizadas por Tavares Bastos para os problemas existentes à época no mercado de mão-de-obra, qual seja a inserção e proteção dos “homens de cor, dos emancipados e dos livres pobres”, o início, no pensamento social brasileiro, de uma preocupação com a parte mais fraca da relação, com o hipossuficiente econômico e social. Tavares Bastos é um dos precursores da prática de inserção da problemática social nos modelos jurídicos, precursor de um direito preocupado com o “social”. Um exemplo disso se encontra no texto “Comércio a retalho e caixeiros nacionais”, de 1869, em que defende, entre outras medidas de caráter protetivo, que os menores não podem trabalhar além das seis horas da tarde¹¹⁵¹.

Também Tobias Barreto em seu famoso “Discurso em mangas de camisa”, publicado em 11 de fevereiro de 1879¹¹⁵², aponta o que percebia como uma hipertrofia do espaço público, criticando o que denominava “maquinismo burocrático”¹¹⁵³ do Estado brasileiro. Asseverando que “entre nós, o que há de organizado, é o Estado, não é a Nação; é o governo, é a administração, por seus altos funcionários da Corte, por seus sub-rogados nas províncias, por seus ínfimos caudatários nos municípios”, sublinhava “a falta de coesão social, o desagregamento dos indivíduos, alguma coisa que os reduz ao estado de isolamento absoluto, de átomos inorgânicos, [...] de poeira impalpável e estéril”¹¹⁵⁴. E concluía: é “deste modo de viver *à parte*, de sentir e pensar *à parte*” que surge “a indiferença, com que olha cada um para aquilo que pessoalmente não lhe diz respeito, e enquanto não chega o seu dia, contempla impassível os tormentos alheios”¹¹⁵⁵. Desses fatores decorreria “uma certa ausência de sincero amor e caridade, nas relações puramente humanas”¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁰ BASTOS, Tavares. *Cartas do solitário*. 3. ed. São Paulo, 1938. p. 256-357 apud MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 92.

¹¹⁵¹ BASTOS, Tavares. *Comércio a retalho e caixeiros nacionais*. 1879 apud MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. p. 315.

¹¹⁵² BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. In: ROCHA, Hildon (org.). *A questão do poder moderador e outros ensaios*. São Paulo: Vozes; Brasília: MEC, INL, 1977. p. 175-176.

¹¹⁵³ BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. p. 182.

¹¹⁵⁴ BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. p. 175.

¹¹⁵⁵ BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. p. 176.

¹¹⁵⁶ BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. p. 176.

Embora critique a ausência de solidariedade na sociedade brasileira de sua época¹¹⁵⁷ e, ao que tudo indica, tenha sido o primeiro autor nacional a citar Marx no Brasil¹¹⁵⁸, não se pode daí concluir-se que fosse o pernambucano um socialista¹¹⁵⁹; aliás, é ele mesmo que o afirma deixando claro também que não poderiam ser enquadradas dentro dos esquemas clássicos do liberalismo:

Eu não sou socialista: não encarno o número dos que cuidam poder, com um traço de pena, extinguir os males humanos quasi irremediáveis. Mas também não faço coro com a escola de Manchester; não penso que a pobreza é sempre o castigo da preguiça econômica, e que, como tal, qualquer medida de socorro ou alívio para ela, importa premiar os inertes e preguiçosos.¹¹⁶⁰

Para Tobias a construção da solidariedade, isto é, o enfrentar da desigualdade, devia se dar, *evolutivamente*, isto é, com a manutenção do *status quo*, pois causava-lhe “horror a idéia de uma *liquidação social*”, mas concebia e afagava “a idéia de uma *liquidação literária*”. Concordava com a idéia de que o “o socialismo é a *lucta contra a lucta pela existencia*”, e isto era para ele – em contradição com o que veio a defender posteriormente em seu artigo “Variações anti-sociológicas”, conforme veremos abaixo – incompatível com as descobertas científicas de Darwin¹¹⁶¹.

Se não admitia “socialismos”, admitia o “darwinismo” e o “haeckelismo”, daí porque admitir também a existência de “desigualdades” sociais: “É certo que haverá sempre indivíduos

¹¹⁵⁷ Segundo Evaristo de Moraes Filho, Tobias Barreto conseguiu identificar uma das características do povo brasileiro, a falta de espírito público, ou seja, a “ausência de pronunciado sentimento ou de sólidas instituições de solidariedade social.” (MORAES FILHO, Evaristo de. *Tobias Barreto, intérprete do caráter nacional*. In: ROCHA, Hildon (org.). *A questão do poder moderador e outros ensaios*. São Paulo: Vozes; Brasília: MEC, INL, 1977. p. 60).

¹¹⁵⁸ Em discurso de colação de grau dos bacharéis de 1883: “Karl Marx diz uma bela verdade, quando afirma que cada período tem as suas próprias leis. [...] Logo que a vida atravessa um dado período evolutivo, logo que passa de um estágio a outro, ela começa também a ser dirigida por leis diferentes.” (BARRETO, Tobias. *Questões Vigentes*. In: _____. *Obras completas*. Sergipe, 1926, p. 217 apud CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Organização Simões Editora, Instituto Nacional do Livro, 1969. v.1 p. 31). Para Hermes Lima, Tobias Barreto citara Marx porque havia em sua obra uma coincidência com uma opinião sua, já enunciada em 1871: “As idéias também têm a sua biografia. O que se costuma às vezes chamar de força da lógica é apenas a necessidade dos tempos.” (LIMA, Hermes. *Tobias Barreto*. São Paulo: Editora Nacional, 1939. p. 217).

¹¹⁵⁹ “Rebelde, às vezes; revoltado, quase sempre; crítico da sociedade do seu tempo, mas nunca um revolucionário que pretendesse realmente transformá-la em sua estrutura e em seus alicerces” (MORAES FILHO, Evaristo de. *Tobias Barreto, intérprete do caráter nacional*. p. 52). O próprio Tobias admitia: “[...] não ataco a sociedade em suas raízes, mas, se assim posso dizer, apenas em seus ramos; não faço guerra aos seus costumes, aos seus hábitos morais, porém somente aos seus sestros políticos [...]” (BARRETO, Tobias. *Discurso em mangas de camisa*. p. 51). Texto que, com o título de “Glosas a alguns preconceitos brasileiros”, será o capítulo XLIV dos “Estudos Alemães” editados por Sílvio Romero).

¹¹⁶⁰ BARRETO, Tobias. *Discurso em mangas de camisa*. p. 183.

¹¹⁶¹ BARRETO, Tobias. *Socialismo em literatura*. In: _____. *Obras completas*. Sergipe, 1926. v. 3, p. 251

superiores: mas releva notar que só duas coisas constituem de direito a superioridade individual, que são a ciência e a virtude”¹¹⁶². Tanto a ciência quanto a virtude decorriam, para ele, da luta e seleção naturais, excelentes limites a qualquer projeto que tivesse por pretensão “igualar” os indivíduos¹¹⁶³.

De acordo com Miguel Reale¹¹⁶⁴, pode-se perceber em Tobias, por influência de Hermann E. Post, a idéia de “evolução” cunhada por Darwin. Essa idéia “determinou profundas alterações nos estudos sociais e históricos, inclusive sobre a origem do Direito, campo de interesse principal de Tobias”¹¹⁶⁵. Segundo Reale, num momento histórico dominado pelos paradigmas estabelecidos pelo darwinismo, Tobias afirma o primado da “seleção cultural” sobre a “seleção natural”, pois ao mesmo tempo em que admitia que “o característico da sociedade é *lutar contra a luta natural pela existência*, tratando sobretudo de corrigir seus maus efeitos”¹¹⁶⁶, ressaltava que se “o argumento da naturalidade de uma coisa ou de um fato tem honras de irrefutável”, apenas em vista de certas falácias, pois de algo “ser *natural* não [o] livra de ser *ilógico, falso e inconveniente*”, pois “as coisas que são naturalmente regulares, isto é, que estão de acordo com a leis da natureza, tornam-se pela maior parte outras tantas irregularidades sociais”. Diante disso, e como “o processo geral da cultura, inclusive do direito, consiste na eliminação destas últimas”, produz-se um “antagonismo entre a seleção artística da sociedade e as leis da seleção natural”¹¹⁶⁷. Dessarte, para Tobias era “naturalmente” explicável que a escravidão existisse, porém era “culturalmente” inadmissível a sua existência¹¹⁶⁸.

Tobias acabará por concluir que “a mais importante forma de eliminação consciente das anomalias da vida social, que é a verdadeira vida do homem” é a forma que ele denominará de *seleção jurídica*. A essa se agregariam outras formas de “seleções culturais”, tais como as seleções religiosa, moral, intelectual e estética, “todas as quais constituem um processo geral de depuramento, o grande processo da cultura humana” e assim a sociedade, entendida como

¹¹⁶² BARRETO, Tobias. Homens e princípios. In: ROCHA, Hildon (org.). *A questão do poder moderador e outros ensaios*. São Paulo: Vozes; Brasília: MEC, INL, 1977. p. 188.

¹¹⁶³ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 222.

¹¹⁶⁴ REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. 2. ed. São Paulo: Siciliano, 1994. p. 52-53.

¹¹⁶⁵ REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. p. 53.

¹¹⁶⁶ BARRETO, Tobias. Variações anti-sociológicas. In: _____. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseler, 2000. p. 28.

¹¹⁶⁷ BARRETO, Tobias. Variações anti-sociológicas. p. 29.

¹¹⁶⁸ BARRETO, Tobias. Variações anti-sociológicas. p. 29.

o espaço de tais seleções, pode bem ser definida como “um sistema de forças que lutam contra a própria luta pela vida”¹¹⁶⁹.

Com isso Miguel Reale destaca que a “compreensão da cultura como forma por excelência da emancipação ética e estética do homem” presente em Tobias Barreto acaba por coincidir, respeitados certos limites, “com uma das teses de Krause (tão ridicularizado por Tobias por seus vínculos com a maçonaria) sobre a díade civilização/desenvolvimento”¹¹⁷⁰. Essa mesma tese está igualmente presente no pensamento de Pimenta Bueno e de Teixeira de Freitas, bem como no de representantes do krausismo ibérico, infundindo forte sentido ético às idéias liberais desses autores¹¹⁷¹.

Ainda que a aproximação com o pensamento evolucionista possa levar a uma associação do pensamento social de Tobias com o pensamento liberal conservador como o de Herbert Spencer, por exemplo, é importante ter destacar que o autor sergipano é mais apropriadamente qualificado como liberal no sentido em que essa expressão se opunha à palavra “conservador” no período do Segundo Império no Brasil, pois havia em Tobias a crença de que “o verdadeiro solar do liberalismo é a democracia”, e de que o princípio democrático “é em suma a liberdade operando como força, e a igualdade operando, como tendência”¹¹⁷². Há aqui uma limitação na operabilidade da liberdade, pois, para Tobias, “a igualdade só pode obrar como tendência, não pode obrar como direito”¹¹⁷³. Se a liberdade pode ser exigida enquanto direito é porque “é uma força individual, força ativa e consciente”; já a igualdade por ser apenas “um pendor social”, somente pode ser “esperada/desejada/almejada”, mas não exigida: “A democracia sensata que proclama a liberdade como o seu magno princípio, não pode proclamar a igualdade senão como resultante de todas as forças contrabalançadas no seio da sociedade”¹¹⁷⁴.

No que diz respeito ao que denominou “trindade revolucionária”, ou seja, a tríade de valores liberdade, igualdade e fraternidade, afirma que são “três palavras que se espantam de se acharem unidas, porque significam três cousas reciprocamente estranhas e contraditórias”¹¹⁷⁵.

¹¹⁶⁹ BARRETO, Tobias. *Variações anti-sociológicas*. p. 28.

¹¹⁷⁰ REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. p. 56.

¹¹⁷¹ REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. p. 56.

¹¹⁷² BARRETO, Tobias. *Homens e princípios*. p. 189, 191.

¹¹⁷³ BARRETO, Tobias. *Homens e princípios*. p. 192.

¹¹⁷⁴ BARRETO, Tobias. *Homens e princípios*. p. 192.

¹¹⁷⁵ BARRETO, Tobias. *Discurso em mangas de camisa*. p. 176.

Opõe a liberdade como direito e como condição de progresso à igualdade como sentimento e postulado da razão¹¹⁷⁶. Para Tobias, “a liberdade entregue a si mesma, à sua própria ação, produz naturalmente a desigualdade, da mesma forma a igualdade, tomada como princípio prático, naturalmente produz a escravidão”¹¹⁷⁷. Quanto à fraternidade afirma que a considera “mais um conceito religioso, do que um conceito político”¹¹⁷⁸, porém

[...] dentro dos limites, em que pode ser realizada, ela não é o sacrifício da pessoa, pelo qual se recebe uma bofetada, e oferece a face para receber segunda, mas é somente a união de todos numa mesma idéia, num mesmo sentimento, – a idéia da pátria, o sentimento do direito. E destarte exercida, a fraternidade torna-se fecunda, porque conduz à conquista da liberdade, pondo de parte os sonhos extravagantes de uma igualdade impossível.¹¹⁷⁹

Se, para Nelson Saldanha, a crítica cética de Tobias à famosa “trilogia” era resultado de um “preconceito meio positivista contra a raiz metafísica daqueles conceitos”¹¹⁸⁰, é fundamental perceber que há, também, em Tobias a presença de uma crítica contra o simplismo mecanicista e o gigantismo do positivismo comteano¹¹⁸¹, o que porém não impediu que o autor – quando do início de suas análises do pensamento político e social no Brasil, a partir da década de 70 do século XIX – defendesse um “reformismo social” amparado em uma “ciência política positiva”. Essa plataforma o aproximava do projeto de reforma social proposto por Comte. Não por acaso, nesse período encontra-se Tobias mergulhado nas leituras de Augusto Comte e de Littré; esta fase de sua evolução mental, apesar de breve, irá marcá-lo definitivamente em sua busca incessante de uma ciência política objetiva (a política e o direito), de idéias e de princípios, e não mais de *nomes* próprios¹¹⁸².

Evaristo de Moraes Filho aponta em vários momentos as várias áreas de semelhança entre o pensamento de Tobias e de Comte¹¹⁸³. Há ensaios de Tobias onde essa proximidade é mais presente como, por exemplo, em “Homens e os princípios” e “Política brasileira”, ambos

¹¹⁷⁶ BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. p. 177.

¹¹⁷⁷ BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. p. 177. Nesse sentido, afirmava Tobias que “o mais alto grau imaginável da igualdade, – o comunismo, – porque ele pressupõe a opressão de todas as inclinações naturais, é também o mais alto grau da servidão.”(BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. p. 177).

¹¹⁷⁸ BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. p. 177.

¹¹⁷⁹ BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. p. 177-178.

¹¹⁸⁰ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 223.

¹¹⁸¹ BARRETO, Tobias. *Questões Vigentes*. In: _____. *Obras completas*. Sergipe, 1926, p. 217 apud CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Organização Simões Editora, Instituto Nacional do Livro, 1969. v.1, p. 35, 78.

¹¹⁸² MORAES FILHO, Evaristo de. *Tobias Barreto, intérprete do caráter nacional*. p. 24.

¹¹⁸³ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tobias Barreto, intérprete do caráter nacional*. p. 21-63.

publicados em 1870¹¹⁸⁴; porém, essa proximidade se dá muito mais quanto a um propósito comum do que quanto ao caminho a percorrer na realização daquele:

Há nos escritos de ambos [Tobias e Comte] o mesmo propósito; idênticos são os seus anseios: criar uma ciência positiva – sociologia, política, direito, pouco importa – capaz de reorganizar a sociedade; e de lhe dar ordem, decência, moralidade, desenvolvimento, mas sem violência nem ímpetos revolucionários. Desejam ambos criar uma convergência de opiniões, um meio-termo de idéias opostas, acima das pessoas e dos nomes, mas em torno de princípios, de idéias e de ideais.[...] dizem-se realistas, mostrando a necessidade de uma teoria prévia, compreensiva e orgânica, para a ação posterior.¹¹⁸⁵

No ensaio “Homens e princípios”, Tobias afirma que “as idéias políticas e sociológicas, sobre que ainda se discute e quer-se sempre discutir, são suscetíveis de uma análise e de uma completa organização científica”¹¹⁸⁶. Já no ensaio “Política brasileira”, afirma que “também a política tem a força de fazer o homem divinizar seus desejos, a projetá-los além, sob a forma de leis eternas e verdades infalíveis”¹¹⁸⁷.

Embora Miguel Reale afirme que, ao contrário do que muito se diga, reduzida foi a influência do positivismo comtiano na história das idéias jurídicas brasileiras¹¹⁸⁸, será o mesmo Reale, entretanto, levado a admitir a importância e o significado da filosofia positiva, do positivismo *lato sensu*, abrangendo o primeiro Augusto Comte e toda a filosofia científico-positiva baseada nas teorias de Spencer, Stuart Mill, Haeckel etc. Assinala, a propósito, que, à época, essa consistia na “[...] forma possível e mais consciente de filosofia crítica entre nós, abrindo-nos as portas da ‘modernidade’”¹¹⁸⁹.

Segundo Reynaldo Porchat¹¹⁹⁰ no final do século XIX a doutrina positivista comtiana mais as doutrinas evolucionistas (de Darwin e de Spencer) e sociológicas adentram o pensamento juscivilístico brasileiro através da influência dos italianos: Cogliolo, Vadllá-Papale, Chironi,

¹¹⁸⁴ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tobias Barreto, intérprete do caráter nacional*. p. 24-25.

¹¹⁸⁵ MORAES FILHO, Evaristo de. *Tobias Barreto, intérprete do caráter nacional*. p. 25.

¹¹⁸⁶ BARRETO, Tobias. *Homens e princípios*. p. 187.

¹¹⁸⁷ BARRETO, Tobias. *Política brasileira*. In: ROCHA, Hildon (org.). *A questão do poder moderador e outros ensaios*. São Paulo: Vozes; Brasília: MEC, INL, 1977. p. 202.

¹¹⁸⁸ Reale referindo refere como adversários declarados dessa doutrina tanto Tobias Barreto como Silvio Romero, que eram, respectivamente, adeptos do monismo e do evolucionismo spenceriano, numa concepção eclética, em que se percebia a influência do criticismo kantista (REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. p. 175).

¹¹⁸⁹ REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. p. 15.

¹¹⁹⁰ PORCHAT, Reynaldo. O pensamento philosophico no primeiro século da academia. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, vol. XXIV, p. 332-374, 1928.

Cimbale, Gianturco, Gabba, etc.¹¹⁹¹. E parece igualmente perceber um ponto de contato entre certas idéias propagadas pelos defensores do positivismo e pelos defensores do kantismo como, por exemplo, Silvio Romero e Tobias Barreto:

Mas é um facto notável na história da philosophia de direito que os positivistas, tendo partido de um ponto completamente diverso daquelle de onde partira o idealista KANT, para as suas elocubrações metaphysicas, e tendo usado instrumentos methodologicos de todo differentes, pois enquanto aquelle partia dos postulados da razão, partiram estes do estudo dos factos, com o critério sociológico, tiveram de chegar a um conceito de direito que é fundamentalmente o mesmo de KANT.¹¹⁹²

Segundo Reale¹¹⁹³, no Brasil imperial vivenciamos a experiência de Kant, mas não a experiência do criticismo, pois desse filósofo, nesse período, estuda-se o “que êle desenvolveu a partir do pensamento francês, notadamente de Jean Jacques Rousseau, no plano ético e social, correspondente aos valores em ascensão do individualismo burguês”. Daí porque, inicialmente, importamos da filosofia kantiana a idéia de vida social no Estado de Direito compreendida como uma “limitação recíproca de liberdades”¹¹⁹⁴, ou seja, de uma organização social fundada no reconhecimento e tutela de deveres recíprocos de omissão¹¹⁹⁵.

De Kant vingaram no Brasil da época mais as idéias jusfilosóficas que eram um prolongamento do jusnaturalismo do século XVIII do que seu criticismo crítico. Tais idéias jusnaturalistas passaram a fazer parte de nossa experiência jusfilosófica por intermédio do krausismo, “um *kantismo* de terceiro grau, visto como já se desprendia de uma derivação, que é a de FICHTE e SCHELLING”¹¹⁹⁶. O kantismo exerceu, assim, uma influência indireta¹¹⁹⁷

¹¹⁹¹ PORCHAT, Reynaldo. O pensamento philosophico no primeiro século da academia. p. 359. No mesmo sentido ver mais recentemente: TRINDADE, Hêlgio. A república positivista: teoria e prática. In: TRINDADE, Hêlgio (org.). *O Positivismo: teoria e prática*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1999. p. 109.

¹¹⁹² PORCHAT, Reynaldo. O pensamento philosophico no primeiro século da academia. p. 370.

¹¹⁹³ REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. Porto Alegre: Instituto de Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul, s/d, p. 24-25.

¹¹⁹⁴ REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. 2.ed. São Paulo: Grijalbo/EDUSP, 1976. p. 19.

¹¹⁹⁵ Para Paulo Bonavides “a filosofia kantista, em matéria política, é o coroamento doutrinário do liberalismo e se enquadra indiscutivelmente na fase já adiantada desse movimento” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 3.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972. Publicado pela primeira vez em 1958). Para fazer justiça ao filósofo de Koenigsberg, reconhece que no concernente à idéia moderna de liberdade é ele o mais ocidental, o mais francês, o mais individualista de todos os teóricos ilustres do liberalismo burguês, irmão, portanto, de Locke, Montesquieu e Rousseau, na medida em que convergiram as idéias destes, após o milagre da Revolução Francesa, para afirmar aquele conceito de liberdade humana, que a célebre declaração francesa dos Direitos do Homem herdou às constituições modernas” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 28).

¹¹⁹⁶ REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. p. 59.

¹¹⁹⁷ Indireta se levarmos em consideração que o pensamento de Krause se caracteriza como uma metamorfose

através da adoção em nossas faculdades de direito, à época, do compêndio acerca do Direito Natural escrito por Ahrens, no qual é exposta a doutrina de Karl. Friedrich. Christian. Krause representativa de uma das inúmeras tentativas de desenvolvimento da doutrina de Kant ocorridas no século XIX¹¹⁹⁸.

Devido às suas fontes de ingresso no pensamento filosófico brasileiro, que se caracterizavam por autores que “lhe alteraram a substancia crítica” o kantismo aqui acabou tomando formas menos ortodoxas¹¹⁹⁹, e porque não dizer, conciliatórias. Observe-se, por exemplo, que uma das constantes de Tobias Barreto, Silvio Romero e outros pensadores que compuseram a Escola de Recife é “conciliar sempre Kant com os mais conspícuos e ‘atuais’ resultados das ciências, com aquilo que parecia ser mais ‘moderno’, a filosofia da última hora”¹²⁰⁰.

Quanto a Tobias Barreto já foi dito que:

[...] querendo acompanhar HAECKEL, tido como a máxima expressão das conquistas científicas do século, mas não desejando se afastar de KANT, o pensador sergipano, em cujo espírito a doutrina finalística de IHERING exerceu a mais poderosa influência, preferiu uma linha de conciliação, uma espécie de resultante de forças, parecendo-lhe encontrá-la na doutrina de NOIRÉ.¹²⁰¹

A não-ortodoxia do pensamento kantiano se deve principalmente à influência de Krause¹²⁰², durante a época do Brasil imperial, uma das grandes influências no pensamento brasileiro¹²⁰³.

O desenvolvimento do krausismo no Brasil se deu, além do mais, por vias indiretas. Krause não era haurido diretamente na fonte nem por Galvão Bueno, nem por João Teodoro, mas por

do kantismo, tratando-se, em verdade, de “um Panteísmo quase esotérico, associado ao Solidarismo da Ética cristã.” (CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. São Paulo: Summus Editorial, Secretaria de Estado da Cultura, 1980. p. 145).

¹¹⁹⁸ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 56.

¹¹⁹⁹ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 58.

¹²⁰⁰ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. p. 227 ; REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 79.

¹²⁰¹ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 77.

¹²⁰² Essa projeção do pensamento krausista não foi um fenômeno restrito à experiência brasileira, tendo ocorrido no mesmo período também na península ibérica e na América Latina, por sobre o corpo doutrinário da antiga escolástica, um desenvolvimento espantoso das idéias autor alemão (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*, p. 471).

¹²⁰³ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 59.

intermédio da leitura de Ahrens e Tiberghien¹²⁰⁴. O que não é de estranhar diante da constatação de Nelson Saldanha de que:

[...] sempre faltou, aos nossos intelectuais daquele tempo [meados do século XIX], algo fundamental para a compreensão dos debates europeus e para o aproveitamento deles na problemática nacional: o acesso aos *textos*, o conhecimento das obras realmente mestras, que estavam na base das discussões. Vivia-se quase sempre de divulgações, hoje naturalmente meio esquecidas.¹²⁰⁵

Assim o que foi recebido do pensamento de Krause, além do mais, foi mais o “complexo total do seu pensamento” e não tanto suas contribuições originais. Esse “complexo total de seu pensamento” compreende para Recasens Siches¹²⁰⁶

[...] uma espécie de ensaio de síntese harmônica dos principais ingredientes da moderna filosofia alemã, na qual pululam KANT e FICHTE, SCHELLING e HEGEL; que traz em seu seio um patos liberal e democrático e, ao mesmo tempo, um sentido orgânico da Sociedade e do Estado; que entranha uma delicada atitude profundamente espiritual e religiosa ante o mundo e a vida; e que encarna um aspecto romântico, com o qual se sintonizou, naturalmente, a consciência espanhola daquela época, predisposta àquela maneira de sentir.¹²⁰⁷

Também no Brasil foi o aspecto romântico da doutrina de Krause, resultado da influência de Fichte e Schelling¹²⁰⁸, o responsável por sua grande aceitação, uma vez que se encaixava como uma luva à ambigüidade cultural presente no período¹²⁰⁹.

De acordo com Ubiratan Borges de Macedo, também é possível compreender a fortuna do krausismo entre os nossos católicos nesse período em razão dos muitos pontos de contato que esse sistema filosófico possuía com o pensamento católico, agregada a vantagem de

¹²⁰⁴ REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 29.

¹²⁰⁵ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 194.

¹²⁰⁶ Para Recasens Siches, passagem em que aborda a repercussão do pensamento de Krause na Espanha, mas que se aplica perfeitamente ao Brasil.

¹²⁰⁷ SICHES, Recasens. Adiciones à Filosofia del Derecho de Giorgio del Vecchio. In: VECCHIO, Giorgio. *Filosofia del Derecho*. v. II, p. 285-286 apud REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 60-61.

¹²⁰⁸ É importante destacar que o “aspecto romântico” aqui mencionado é o “misticismo monista” que pretende suprimir as distinções entre liberdade e necessidade, ser e dever-ser, espírito e natureza, etc.; não se trata aqui de outra característica, presente em inúmeros autores românticos: a hostilidade ao direito (GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 426-427).

¹²⁰⁹ Michel Löwy e Robert Sayre destacam o “caráter essencialmente ambíguo, contraditório e ‘hermafrodita’ dessa *Weltanschauung*” o que “torna possíveis as mais diversas soluções e passagens de uma a outra [posição ideológica] sem que o autor tenha rompido com os fundamentos de sua problemática anterior.” (LÖWY, Michel; SAYRE, Robert. *Romantismo e Política*. p. 34).

apresentar-se como uma filosofia moderna herdeira da Crítica da Razão Pura, e à altura das exigências da filosofia crítica. Porém, a decisão de 1879 em favor do tomismo, por parte da Igreja minará, entre nós, a adesão ao krausismo¹²¹⁰.

Segundo Miguel Reale¹²¹¹ as idéias de Karl Friedrich Krause inseriram-se no Brasil por via indireta através da difusão da obra “*Cours de Droit Naturel*” de Ahrens, sendo que dessa influência não teria escapado nem Teixeira de Freitas, e que produziria efeitos “nas gerações posteriores, de Pedro Lessa e João Arruda, que vão, porém, além de Freitas, focalizando o Direito à luz de um socialismo de base democrática, de inspiração krausista”¹²¹².

Coincidência ou não um dos caminhos de entrada de um discurso crítico voltado para preocupações sociais e humanistas e uma das fontes iniciais das idéias “socialistas”, no Brasil do século XIX, se deu através da leitura de Ahrens, o que merecem a crítica de Romero:

Sôbre o *socialismo* ouvem-se nas preleções acadêmicas coisas interessantíssimas. A totalidade confunde-o com o *comunismo*, um de seus sistemas condenados, e desconhece inteiramente a sua teoria. Os mais avisados sabem-no pelo *Curso de Direito Natural* de Ahrens e pelo livro de Thiers sôbre a *Propriedade*, duas obras incompetentes para fornecer o conhecimento da doutrina e de suas transformações. Outros só leram a respeito o livro nulo e nocivo de Abreu e Lima!¹²¹³

Essa raiz dará ao socialismo brasileiro do início do século XIX um caráter bem ao gosto de um romantismo utópico¹²¹⁴. Tomemos como exemplo inicial o socialismo propalado por

¹²¹⁰ MACEDO, Ubiratan Borges de. *A liberdade no Império: o pensamento sobre a liberdade no império brasileiro*. São Paulo: Editora Convívio, 1977. p. 142.

¹²¹¹ REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. In: SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Pádua: Cedam, 1988. p. 42.

¹²¹² REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. p. 43.

¹²¹³ ROMERO, Silvio. Se a economia política é uma ciência. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo (org.) *Obra filosófica*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969. p. 691, nota 8. Texto originalmente publicado em 1885.

¹²¹⁴ Haverá, aqui, a formação do que Michel Löwy e Robert Sayre denominaram “romantismo anticapitalista” expresso por um “socialismo utópico-humanista” entendido como o pensamento socialista que aspira a realização de uma utopia coletivista (pós-capitalista) tendo por protagonista desse projeto não uma classe social particular, como o proletariado industrial, mas a humanidade como um todo, ou mais especificamente, a humanidade sofredora (LÖWY, Michel; SAYRE, Robert. *Romantismo e Política*. p. 32). Observe-se, porém, que, segundo Vamireh Chacon, o “Romantismo” teria exercido no Brasil um papel histórico distinto do que geralmente a ele é atribuído por certa escola crítica europeia (mais especificamente Lukács e sua leitura do romantismo alemão como um movimento reacionário): “O Romantismo exerceu um papel histórico mais positivo, no Brasil, que na Alemanha analisada pelo pensador húngaro. Entre nós, o Romantismo não reagiu contra a expansão do Realismo crítico de Machado, Euclides ou Lima Barreto. O Romantismo brasileiro foi combatido, direta ou indiretamente, pelo Naturalismo cientificista e pelo Parnasianismo, estes sim, descendentes da forma fundamental do Irracionalismo brasileiro: a degeneração do Barroco em Retórica e Academicismo.” (CHACON,

Antônio Pedro de Figueiredo. Tal socialismo tinha por base uma “fé societarista”, isto é, era um “socialismo utópico”¹²¹⁵, como aliás parece ter sido todo o socialismo desse período¹²¹⁶. Seu pensamento se caracterizava por “um certo desejo de equilíbrio”¹²¹⁷ com pretensões de solidariedade e fraternidade¹²¹⁸ fundadas em um sentimento cristão¹²¹⁹, daí criticar os comunistas, “por serem extremados quanto à propriedade privada e por serem ateus”¹²²⁰. Além disso, o temor do “privatismo dominante” representado pelos senhores rurais fazia com que “temperasse” seu socialismo utópico com a defesa de um estado intervencionista¹²²¹.

Nesse sentido também o pensamento de Abreu Lima – um socialista cujo socialismo “bordado de idealismo romântico” estava fundado no amor de Deus e limitado pelo respeito à propriedade – que não era nada mais do que “uma forma de individualismo”¹²²². Para Abreu Lima, o socialismo era “um desígnio da providência” e consistia “na união dos homens todos

Vamireh. *Histórias das idéias socialistas no Brasil*. p.96).

¹²¹⁵ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 199. Em sentido diverso, Vamireh Chacon afirma que Antônio Pedro de Figueiredo, embora influenciado pelo socialistas utópicos, desenvolveu um socialismo romântico “sem pieguice”, isto é, capaz de compreender a inter-relação entre a evolução da conscientização nacional e o desenvolvimento das forças econômicas: “[...] para que as letras e artes se desenvolvam, releva primeiro que a sociedade seja rica e poderosa, que o homem no meio dela possa facilmente chegar ao bem ser; [...] Tudo é, pois, como já dissemos, ligado ao domínio da natureza: os progressos num sentido implicam necessariamente os progressos em todos os outros: caminhemos, pois! e (sic) abramos caminho ao progresso com todas as nossas forças” (O PROGRESSO, primeiro número, julho de 1846 apud CHACON, Vamireh. *Histórias das idéias socialistas no Brasil*. p. 96). Para Figueiredo, esse progresso seria “a abolição das distinções fictícias entre os cidadãos, ao melhoramento da condição geral, à difusão das vantagens e dos direitos sociais” (A CARTEIRA, 7 de setembro de 1857 apud CHACON, Vamireh. *Histórias das idéias socialistas no Brasil*. p. 97)

¹²¹⁶ Nelson Saldanha para ilustrar essa conjectura refere uma conferência sobre socialismo realizada por um estudante de nome Manuel Porfírio de Oliveira Santos, tendo por fontes autores da geração de Saint Simon e autores como M. Block, Ahrens, Oliveira Martins, Donoso Cortés e Balmes (SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 205).

¹²¹⁷ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 200.

¹²¹⁸ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 201.

¹²¹⁹ Conforme Vamireh Chacon (CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. p. 37), Antônio Pedro de Figueiredo misturava ao seu socialismo utópico influenciado por Saint-Simon Fourier, Proudhon e Cabet ao cristianismo social de Lammenais e Lacordaire, o que, porém, não impediu que ele entrasse em choque com Pedro Autran de Matta e Albuquerque, líder católico, lente de economia na Faculdade de Direito de Recife e representante de um pensamento conservador que defendia o progresso em termos distintos, onde havia a necessidade de conciliar a justiça (enquanto dever negativo) e a caridade (enquanto dever positivo): “Queremos *justiça e caridade*; aquela para que não sejamos esbulhados do que é nosso, e esta para que voluntariamente nos beneficiemos uns dos outros. Queremos, pois, os dois elementos de *ordem e progresso social*, fora dos quais é vã toda a tentativa do melhoramento social e material do homem; queremos em suma o Cristianismo, e não o Socialismo abjeto e brutal.”(FIGUEIREDO, Antônio Pedro apud CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. p. 87)

¹²²⁰ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 200.

¹²²¹ MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora*. p. 132.

¹²²² SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 201-202.

numa só *família*”, essa “fraternidade universal” nasceria do amor de Deus e dos semelhantes¹²²³.

Havia em Recife, então, à época, a emergência de um socialismo utópico de influência francesa mesclado com referências cristãs que, exatamente por lhe faltar o instrumental dialético, não buscava a síntese decorrente do conflito, mas a conciliação entre capital e trabalho, conforme fica expresso nessa manifestação de Abreu Lima: “[...] o capital e o trabalho se harmonizam, porque disto e somente disto depende a ordem, a paz, a permanência, a organização democrática da sociedade.”¹²²⁴.

Há aqui o que poderíamos chamar hoje de “socialismo de conciliação”¹²²⁵. Nesse sentido Nelson Saldanha, ao analisar o pensamento socialista que se desenvolve em nosso país a partir da década de 50 do século XX, afirma que:

[...] o meio-termo, no problema do socialismo, não deixou porém de existir, e muitos escritores realmente sérios têm assumido posições populares, sem aderir por isso ao marxismo como teoria ou ao comunismo como solução, bastando-se com a consciência de que o país nem pode continuar dominado por minorias inescrupulosas nem precisa daquelas extremações.¹²²⁶

Essas soluções teóricas ecléticas (ecletismo¹²²⁷) são uma constante do pensamento luso-brasileiro, tendo sido já observado que a razão dessa característica pode estar em certa

¹²²³ LIMA, Abreu. *O Socialismo*. Recife: Tipografia Universal, 1855. Prólogo, apud SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 202.

¹²²⁴ LIMA, Abreu. *A Barca*, nº 19 apud CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. p. 114-115.

¹²²⁵ Qual o sentido da conciliação como prática social no Brasil? Para Vamireh Chacon significa uma “ideologia do amaciamento”, que não deve sua explicação somente a nossas origens rurais, sendo também fruto da miscigenação cultural, “através do predomínio português num subcontinente onde não entram culturas capazes de resistir como no México e Peru. E já a própria Cultura portuguesa era muito mais Sancho Pança que Dom Quixote, ao contrário da espanhola... Tudo isso amoleceu as antíteses, desde o berço da nacionalidade brasileira.” (CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. p. 256). Para José Honório Rodrigues a nossa era uma “conciliação de cúpulas, às custas do povo”, conciliação que praticada pela elite, pela *intelligentsia*, era por essas atribuída à nação como um todo, como exemplo registre-se aqui o adágio do Barão de São Lourenço que resume de maneira lapidar essa estratégia: “o caráter brasileiro tende sempre para fraternizar” (Manifestação no Senado Imperial, junho de 1864 apud RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil*. p. 27). Para Paulo Mercadante, conforme já referido, à conciliação como prática política correspondia o ecletismo como filosofia, sendo que dessa característica não escapavam nem os pensadores críticos, assim é que, para Paulo Mercadante, há em Antonio Pedro de Figueiredo “um socialismo utópico dependurado do ecletismo”, socialismo esse que, embora superasse, “sob certo aspecto, na crítica social, as limitações do socialismo utópico”, acabava por acomodar em seu bojo “os princípios da revolução unidos ao ideal do Cristianismo.” (MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora*. p. 132-133).

¹²²⁶ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 330.

¹²²⁷ Segundo Miguel Reale o ecletismo “foi entre nós, acima de tudo, uma ato de conciliação ou de

propensão cultural nossa para as questões de ordem prática. Tal tendência, diz Reale, “talvez tenha se acentuado em virtude do autodidatismo filosófico de nossos bacharéis, cujo ritmo dialético se desenvolve entre os pólos da ‘lide’ e da ‘conciliação’, da ‘polêmica’ e da ‘transação’”¹²²⁸.

Desse ecletismo tem-se um testemunho em Tobias Barreto:

Não sou, não posso ser conservador e isto por índole. Liberal, não sei se sou, ao menos entre nós os liberais me repelem, e eu de minha parte os acho sofrivelmente ridículos, desde os chefes que comprometem o partido, até qualquer desses desfrutáveis *quarentaeoitista* que têm na parede o retrato de Nunes Machado abaixo do registro de N. S. da Penha, sem falar no resto. E quanto a republicano, teria, não medo, porém pejo de sê-lo. Para ter-se-me em tal conta, por força dos meus escritos, é de supor que se maneje um princípio velho e estragado, o princípio de contradição, que entre nós, e em matéria de política, de bípede que era, tornou-se trípede: A, B, C; – o que não é A, é B, o que não A nem B, é C; quem não é conservador é liberal, quem não é nem um nem outro é republicano.¹²²⁹

Assim também Joaquim Nabuco, que perguntava se “entre a conservação absoluta que vai até à inércia e o progresso precipitado, não pode haver uma conservação que, obedecendo ao espírito do tempo e da civilização, admita o progresso justificado pela experiência?”¹²³⁰

O momento posterior ao primado desse socialismo cunhado em Recife se dá com a ascensão econômica de São Paulo e o impulso que ganha a filosofia de Krause entre os pensadores paulistas¹²³¹, que desenvolverão o que Miguel Reale¹²³² denominou de “socialismo filantrópico”.

E é aquela preocupação com os problemas de ordem prática no plano da organização e dinâmica do Estado que, talvez, nos forneça a razão pela qual, em momento próximo ao da vigência do positivismo e do evolucionismo entre nós, tenhamos passado pela experiência

compromisso, suscetível de gerar a paz interior das consciências, e, ao mesmo tempo, um acordo sobre os pontos essenciais de uma cosmovisão tranqüila e harmônica, correspondente a uma fase histórica ainda não tomada do frenesi das conquistas devidas às ciências positivas e à técnica.” (REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 25). Ao ecletismo porém faltava um “conteúdo social definido”, ou seja, “uma clara determinação de fins políticos.” (REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 26).

¹²²⁸ REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 22.

¹²²⁹ BARRETO, Tobias apud PAIM, Antonio. *A filosofia da Escola de Recife*. 2.ed. São Paulo: Ed. Convívio, 1981. p. 157.

¹²³⁰ NABUCO, Joaquim. *Um estadista no Império*. São Paulo: Topbooks, 1997. p. 325.

¹²³¹ CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. p. 214.

¹²³² REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. p. 7-30.

curta, mas não menos significativa, do krausismo, com o qual se pretendeu mitigar os efeitos do individualismo jurídico de Kant¹²³³.

Segundo Ubiratan Borges de Macedo¹²³⁴:

A atitude krausista em face da liberdade é positiva, além de defenderem-na [os pensadores católicos] com muita agudeza perceberam que o liberalismo político podia ser usado para sufocar a liberdade econômica e em defesa desta ergue-se o socialismo de João Teodoro entendido em termos de solidariedade humana e filantropia, e como repúdio à ação do Estado.

Ainda que tido na Europa, por “pensador secundário”, Krause, em realidade, representa junto com Von Gierke, um dos mais lúcidos reveladores dos valores sociais do Direito no século XIX¹²³⁵, sendo esse “sentido social e ético de sua doutrina o que explica, segundo Miguel Reale¹²³⁶, “seu acolhimento na cultura ibérica, como um instrumento de ação pedagógica e política” de influxo socializante, não socialistas¹²³⁷, legitimando um certo tipo de intervencionismo estatal¹²³⁸.

Em nosso país, a doutrina de Krause surgirá no período em que o pensamento liberal brasileiro busca apresentar respostas à então chamada “questão social” por meio de um conjunto de novas idéias que acabariam por produzir um liberalismo social¹²³⁹.

Será inicialmente introduzida por intermédio da obra “Elementos de Direito Natural ou de Filosofia do Direito”, do português Vicente Ferrer Neto Paiva, que buscava conciliar Kant e Krause. Ressalte-se que sem ter a mesma amplitude e profundidade do krausismo espanhol, o

¹²³³ REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 26.

¹²³⁴ MACEDO, Ubiratan Borges de. *A liberdade no Império*. p. 142-143.

¹²³⁵ GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social*. p. 457, 535 ; REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. p.42.

¹²³⁶ REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 29.

¹²³⁷ Com relação a mutação socializante do pensamento de Krause em Portugal e no Brasil, temos que “não se tratava de um Socialismo, porém de um Neo-Liberalismo socializante, embora ainda precursor” (CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. p. 147)

¹²³⁸ Segundo Vamireh Chacon (CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. p. 145): “O alemão Karl Christian Friedrich Krause nunca poderia imaginar que o seu pensamento servisse de base filosófica para qualquer espécie de interesse pela Questão Social. Sem dúvida havia nele uma subjacente mensagem humanitária, porém seus discípulos espanhóis e brasileiros foram mais longe nas conclusões, menos por força do próprio sistema krausista, que pela necessidade de encontrar um fundamento filosófico para novas formas de Intervencionismo laico, que moderassem os efeitos do ‘laissez-faire’. Noutros países, o Krausismo teve menor repercussão.”

¹²³⁹ PAIM, Antonio. *O Krausismo brasileiro*. Londrina: Centro de Estudos Filosóficos de Londrina, 1999. p. 8-10.

krausismo português acabou por traduzir “o mesmo anseio de uma solução espiritualista de cunho democrático e de forte inspiração ética, sôbre cujas bases se assentasse a estrutura do regime constitucional romanticamente idealizado como chave para todos os males dos povos”¹²⁴⁰.

A partir de 1876, com a obra “Theoria Transcedental do Direito” de João Teodoro Xavier de Matos e, em 1877, com a obra “Noções de Philosophia (Accomodadas ao systema de Krause e extraídas das obras philosophicas de G. Tiberghien e Ahrens)” de C. M. Galvão Bueno, começa, por meio de sua inserção na Faculdade de Direito de São Paulo¹²⁴¹, no Brasil, a se desenvolver as idéias de Krause desvincilhadas das tentativas de conciliação com o sistema de Kant¹²⁴².

Segundo Paim, o socialismo em Xavier de Matos é visto em termos “filantrópicos de solidariedade humana”¹²⁴³. Já Nelson Saldanha vê nesses autores proposições socialistas feitas como “uma ênfase, um sombreamento, que se dá ao credo liberal”¹²⁴⁴, como ocorreu com o socialismo romântico europeu que era, em realidade, um “espichamento do individualismo liberal”¹²⁴⁵.

Na obra “Theoria Transcendental do Direito”, em que recolheu as lições do curso que ministrava, João Teodoro propõe aos leitores “uma reacção contra as idéias de Vicente Ferres, e, através d'elle, de Cousin e Kant, e, ao mesmo tempo, uma amplificação da theorias harmônicas de Ahrens e Krause”¹²⁴⁶. Adota de Kant os ensinamentos acerca da distinção entre moral e direito, afirmando serem ambos “dous grandes ramos, derivados d’um só tronco, animados por um só princípio vital – a metaphysica dos costumes, a Moral geral”¹²⁴⁷, em mais um exemplo do ecletismo.

¹²⁴⁰ REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 27.

¹²⁴¹ Já na Faculdade de Recife era combatido pelo professor de economia, Pedro Autran da Mata Albuquerque, em polêmicas com seu defensor Antônio Pedro de Figueiredo (CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. p. 149).

¹²⁴² REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 28 ; CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. p. 148-149 ; MACHADO NETO, A. L. *História das idéias jurídicas no Brasil*. p. 40

¹²⁴³ PAIM, Antonio. *O Krausismo brasileiro*. p. 22.

¹²⁴⁴ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 196

¹²⁴⁵ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 196

¹²⁴⁶ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. São Paulo: Typographia de Jorge Seckler, 1876. p. IX.

¹²⁴⁷ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 104 (cap. VI - “Das relações do Direito Natural”, § 111 – Relação com a moral, quanto aos direitos).

De Kant, João Teodoro adota a sua tese primordial acerca do deveres jurídicos entendidos como “*abstenção de ofensas directas a si e aos outros*”¹²⁴⁸, visto que “é a coexistência das liberdades, ideal definitivo e supremo de todo o direito na vida humana”¹²⁴⁹. Para João Teodoro, somente o dever de abstenção de ofensas diretas a si e aos outros, isto é, o dever geral de respeito, pode ser entendido como verdadeiro dever jurídico, sendo que “todos os outros deveres de abstenção de ofensas indirectas, e de coadjuvação, ou beneficência, passarão ao domínio exclusivo da Moral”¹²⁵⁰, segundo ele “a regra de auxílios humanitários, de serviços e cooperações positivas é o elemento dominante em Moral, e de considerável amplitude”¹²⁵¹.

Depois de expor a doutrina de Kant, o autor paulista complementa a definição “negativa” do Direito proposta pelo filósofo de Königsberg – delimitação recíproca das liberdades individuais – com base nas concepções do filósofo de Einsenberg conforme a exposição que delas fez Ahrens¹²⁵²: “Krause não he sectario de Kant; aceita seos princípios puramente negativos do direito, e completa-os. A justiça, que proclama, impõem deveres de duas categorias distintas: de abstenção e de acção; prohihe e ordena; não he individualista, he humanitaria”¹²⁵³.

Para João Teodoro, o sistema de Krause contém “inúmeras verdades”. A mais importante foi a que “transfigurou as theorias precedentes, e dominantes na ordem jurídica; e que, como pretendeo Kant, reduzirão os princípios *originários* de direito á obrigações puramente negativas, individualistas e egoístas. Krause os ampliou com a nova ordem de deveres positivos”¹²⁵⁴.

¹²⁴⁸ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 107 (cap. VI, § 114 - Quanto às regras).

¹²⁴⁹ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 108 (cap. VI, § 115 - Quanto à regra sobre ofensas directas).

¹²⁵⁰ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 108 (cap. VI, § 115).

¹²⁵¹ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 110 (cap. VI, § 119 - Regras de auxílios).

¹²⁵² Sobre Ahrens disserta: “Sucessor de Kant, Fichte, Schelling e Hegel, completou, desenvolveu e coroou as doutrinas destes philosophos; por sua concepção superior, diz Tiberghien, constitui sua theoria philosophica o ponto de partida de um desenvolvimento novo, destacado de todo character exclusivo, de todo espirito de opposição. Ahrens, em seu Direito Natural, foi um continuador e hábil interprete de suas opiniões. Na parte histórica pag. 492 assim se exprime: as condições de sistema orgânico e harmônico são, segundo nossa intima convicção, perfeitamente preenchidas pela doutrina philosophica de Krause, que nos tem constantemente guiado neste trabalho sobre o Direito Natural.” (MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 323-324 § 313. Sistema de Krause. Idéias Preliminares).

¹²⁵³ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 326-327 (§ 317 – Deveres originários positivos de direito).

¹²⁵⁴ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 333 (§ 322 – Erro nos

Por influência das idéias de Krause, expostas em Ahrens, João Teodoro assevera que à ordem jurídica compete assegurar as condições da existência e desenvolvimento da vida humana. Conseqüência disso é que “a formula do direito não limita-se a traçar uma linha divisória entre as actividades livres, não restringe-se ao dever negativo de mutuo respeito entre os homens”, mas é “antes de tudo um principio de acção, e de cooperação recíproca; aproxima a espécie humana, estreita os vínculos sociaes, cimenta e fecunda o espírito de sociabilidade”¹²⁵⁵. O Direito surge assim como garantia da sociabilidade humana¹²⁵⁶.

Princípios de Direito).

¹²⁵⁵ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 326 (§ 317 – Deveres originários positivos de direito).

¹²⁵⁶ Observe-se que embora a expressão “sociabilidade” que ingressa em nossa língua por volta de 1720, a partir da influência da palavra francesa “sociabilité”, indicando a “aptidão para viver em sociedade”, isto é, a civilidade, urbanidade, afabilidade, transmite, quanto a essa última, idéia semelhante à denotada pela expressão “cordialidade”, que ingressou em nossa língua em torno de 1836, com significado, dentre outros de afabilidade (HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001. p. 836, 2595); o uso que dessa última faz Sérgio Buarque de Hollanda em sua obra “Raízes do Brasil”, de forma a determiná-la como o traço distintivo da sociedade brasileira, revela um sentido exatamente oposto à idéia de “sociabilidade” defendida por João Teodoro, senão vejamos: Para Sérgio Buarque de Hollanda, “a palavra ‘cordial’ há de ser tomada, neste caso, em seu sentido exato e estritamente etimológico” de maneira que “se antepõe à cordialidade assim entendida o ‘capital sentimento’ dos brasileiros, que será a bondade e até mesmo certa ‘técnica de bondade’, ‘uma bondade mais envolvente, mais política, mais assimiladora’”. Salienta o autor que essa cordialidade, “estranha, por um lado, a todo formalismo e convencionalismo social, não abrange, por outro, apenas e obrigatoriamente, sentimentos positivos e de *concordia*”. Destaca ainda que os sentimentos cordiais da amizade e da inimizade podem, ao abandonar esse âmbito doméstico e privado ao qual estão circunscritos, quando muito se converterem, respectivamente, em benevolência e hostilidade no espaço público e político (HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. p. 204-205). Antonio Candido, de forma lapidar, conclui que: “Ao que se poderia chamar ‘mentalidade cordial’ estão ligados vários traços importantes, como a sociabilidade apenas aparente, que na verdade não se impõe ao indivíduo e não exerce efeito positivo na estruturação da ordem coletiva. Decorre deste fato o individualismo, que aparece aqui focalizado de outro ângulo e se manifesta como relutância em face da lei que o contrarie. Ligada a ele, a falta de capacidade para aplicar-se a um objetivo exterior.” (CANDIDO, Antonio. O significado de ‘Raízes do Brasil’. In: HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17). Podemos concluir que, diferentemente do que acreditava João Theodoro, os laços de cooperação recíproca na sociedade brasileira não se encontravam, assim como ainda não se encontram, no espaço público, lugar por excelência do fenômeno jurídico, mas no espaço privado, lugar do fenômeno afetivo. À “solidariedade dos interesses” buscada por João Theodoro se opõe a “solidariedade dos afetos” identificada por Sérgio Buarque: “Efetivamente o esforço humilde, anônimo e desinteressado é agente poderoso da solidariedade dos interesses e, como tal, estimula a organização racional dos homens e sustenta a coesão entre eles. [...] A bem dizer, essa solidariedade, [...], existe [na sociedade ibérica] somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse – no recinto doméstico ou entre amigos. Círculos forçosamente restritos, particularistas e antes inimigos que favorecedores das associações estabelecidas sobre o plano mais vasto, gremial ou nacional.” (HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. p. 39).

Como “krausista”, João Teodoro fez sua filosofia jurídica desembocar em uma política¹²⁵⁷ com traços de socialismo assistencial¹²⁵⁸. Para João Theodoro, além da parte das doutrinas socialistas que impunham ao Estado o “dever capital de garantir as actividades”, era indisputavelmente verdadeira a que impunha, igualmente, “a coadjuvação effectiva e positiva de meios imprescindíveis á vida e ao trabalho”¹²⁵⁹. Entretanto, embora admitisse – inspirado em Ahrens e Krause – que “os direitos de existencia e de occupação productiva dos homens emanão de seos fins racionaes e naturaes” e que “a nobre missão do governo político he de os defender, e de auxilia-los”¹²⁶⁰, percebe-se que seu socialismo (cuja fonte direta parece ser Thiers¹²⁶¹) limita-se a uma espécie de assistencialismo. Isto porque era inspirado por doutrinas socialistas que “assignando ao Estado, como fim especial, o fornecimento obrigatório e rigoroso de condições positivas á vida e trabalho de seos membros, organização nelle instituições societarias, ou de outra natureza, segundo as quaes *constante e sistematicamente* essas condições ou cooperações positivas devem ser prestadas”¹²⁶².

Admitia, João Teodoro, uma ampliação dos deveres positivos de auxílio desde que fossem mantidos na periferia do sistema político, ou seja, desde que não fossem consagrados como efetivos deveres jurídicos passíveis de exigência permanente. Eram admissíveis então apenas e tão somente como concessão, favor, desempenhados arbitrariamente por instituições filantrópicas ou de caridade – ainda que organizadas e controladas pelo Estado -, estavam situadas na esfera privada. Daí a afirmação de que:

[...] a parte pratica porém em que o socialismo determina a extensão desses direitos originários, ampliando immensamente a intervenção obrigatória do Estado, e convertendo em dever normal, permanente e sistemático, a prestação de socorros, que somente circunstancias extremas podem tornar

¹²⁵⁷ Ressalte-se que, para Krause e, conseqüentemente, para Ahrens, a ciência jurídica se divide em filosofia do direito, história do direito e ciência política, sendo que a essa última, entendida como o elemento intermediário entre as duas primeiras, Ahrens atribuía à responsabilidade de guiar as reformas para o progresso da sociedade (AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit completé dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques*. vol. 1, p. 5-6).

¹²⁵⁸ De acordo com Miguel Reale, o “socialismo” de João Teodoro se configura em “termos filantrópicos de solidariedade humana.” (REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 31). O próprio João Teodoro afirma que “as vistas do socialismo são eminentemente philanthropicas.” (MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 335). Daí porque “não se pode dizer que João Teodoro tenha sido um krausista de fachada: ele o foi por seu pronunciado propósito de realizar a cooperação social, não tendo, todavia, chegado a assumir uma posição definida e coerente diante das questões propostas.”(REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 32).

¹²⁵⁹ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 333-334.

¹²⁶⁰ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 334.

¹²⁶¹ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 339, 343, 344.

¹²⁶² MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 333.

obrigatória – he exactamente a que encerra numerosos erros, anima os abusos, e provoca explosões revolucionárias.¹²⁶³

Para Miguel Reale¹²⁶⁴, “é a preocupação pelos problemas sociais que empresta significado especial à obra de João Teodoro”, pois teria sido dele o mérito de ter sido um dos precursores, no Brasil, do que se convencionou, em determinada época, denominar “Direito Social” ou “Direito do Trabalho”, estando entre os primeiros autores a apontar entre nós o caminho da socialização ou humanização do fenómeno jurídico¹²⁶⁵. Afirmava João Teodoro, já em 1876, que “os infortúnios e misérias, que se multiplicão no seio das sociedades, confirmão a imperioza necessidade de medidas positivas dos governos no sentido de suavizarem os males, já que impossível he extirpa-los completamente”¹²⁶⁶.

Percebe-se também a influência de Krause na obra de pensadores conservadores, tais como José Maria Correia de Sá e Benevides¹²⁶⁷. Esse invoca Cousin e Krause¹²⁶⁸, elogia o ecletismo e o krausismo¹²⁶⁹. Segundo Nelson Saldanha, excluído Krause, lido através da obra de Fernando Elias (divulgador ibérico do krausismo), a obra de Sá e Benevides era uma mistura de publicismo à francesa e jusnaturalismo à italiana¹²⁷⁰. Aponta Miguel Reale¹²⁷¹ que em Sá e Benevides a influência de Krause não produziu nada além de um “ecletismo impreciso”, convertendo-se, como em tantos outros autores, em “mero lugar comum espiritualista”.

Porém, o próprio Reale admite que esse ecletismo racionalista inspirado no “racionalismo harmônico” de Krause favoreceu uma atitude dogmático-jurídica possuidora de certo equilíbrio e na qual “os princípios gerais inspirados em AHRENS, BELIME OU JOUFFROY se casavam às conquistas mais atuais da Dogmática francesa e alemã, com apoio em SAVIGNY, HUGO, ZACHARIE, MACKELDEY, THIBAUT, etc. além dos mestres lusitanos como MELO FREIRE e LOBÃO”¹²⁷².

¹²⁶³ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 334.

¹²⁶⁴ REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 30.

¹²⁶⁵ REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. p. 31 ; REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 67.

¹²⁶⁶ MATOS, João Teodoro Xavier de. *Theoria Transcendental do Direito*. p. 336.

¹²⁶⁷ Membro do que Nelson Saldanha denomina “conservadorismo acadêmico paulista” (SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 118).

¹²⁶⁸ BENEVIDES, José Maria Correia de Sá e. *Análise da Constituição Política do Império do Brasil*. São Paulo: Tipografia King, 1890 apud SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 118.

¹²⁶⁹ BENEVIDES, José Maria Correia de Sá e. *Filosofia Elementar do Direito Público: interno, temporal e universal*. São Paulo, 1887 apud SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 119.

¹²⁷⁰ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 119-120.

¹²⁷¹ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 68.

¹²⁷² REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 68.

Dentre os juristas brasileiros inspirados por esse “ecletismo racionalista” temos então: Teixeira de Freitas¹²⁷³, contratado em 1855 para coligir e classificar toda a legislação aplicável no país, inclusive a de Portugal, anterior à proclamação da independência do Brasil¹²⁷⁴ e, em 1858, para a elaboração de trabalho preparatório para a edição da codificação do direito civil de acordo com as prescrições constantes no arts. 1º, do Decreto 2318 de 22/12/1858 e 179, XVIII da Constituição Imperial de 1824¹²⁷⁵; Antonio Joaquim Ribas e Lafayete Rodrigues¹²⁷⁶ são autores cuja posição resulta de uma forte influência do criticismo kantiano juntamente com a adoção de certas idéias jusnaturalistas tributárias do krausismo¹²⁷⁷.

Segundo Reale¹²⁷⁸, o influxo da Escola da Exegese é maior nos dois últimos, e da Escola Histórica de Savigny sobre o primeiro, apesar disso podemos identificar a presença de um elemento comum entre os juristas desse período, conforme esclarecemos abaixo.

Conforme o Conselheiro Joaquim Ribas, a “ampliação da sociabilidade” junto com o “benefício influxo do Christianismo” e dos “progressos da sciencia e da industria” somados a

¹²⁷³ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876. p. XIII, XXXI.

¹²⁷⁴ O papel fundamental da “Consolidação das Leis Civis” realizada por Teixeira de Freitas está no fato de que ela “condensa os resultados da experiência jurídica lentamente acumulada sobre a carcaça das Ordenações valetudinárias”. Sendo, de certa forma, responsável pela “continuidade da tradição jurídica do país, apesar de todas as conquistas do espírito inovador, e da influência, então inevitável, dos Códigos e dos autores estrangeiros.” (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. p. 12). Note-se que, em 1850, já havia sido editado o Código Comercial, o que significa que tínhamos no direito privado brasileiro uma reprodução do jogo de duplicidade de nossa economia, simultaneamente, liberal (no comércio, principalmente) e escravista (na produção), ou seja, “desde que não se comprometessem as relações escravistas de produção, permitiam-se o liberalismo e o individualismo.” (MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora*. p. 174).

¹²⁷⁵ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Embora Teixeira de Freitas tenha sido contratado em 1858, a aprovação do referido contrato somente se deu em 11 de janeiro de 1859 por intermédio do Decreto 2337, tendo sido rescindido em 18 de novembro de 1872 (FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. XVII, XXX).

¹²⁷⁶ Seu trabalho tinha por base a elaboração científica que naqueles tempos havia passado o Direito Romano na Alemanha, e os grandes trabalhos de exegese sobre o Código francês (REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. p. 174). A prova da influência krausista pode ser encontrada, por exemplo, na forma como Lafayete compreende o “direito positivo”, entendido como uma “espécie de matéria plástica destinada a acomodar o Direito Natural à vida pratica como ela é” (RODRIGUES, Lafayete. *Vindiciae*. p. 133 apud REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 94), assim como na concessão que faz ao elemento empírico quando defende a necessária concretização do fenômeno jurídico (RODRIGUES, Lafayete. *Vindiciae*. p. 13 apud REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 94).

¹²⁷⁷ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clovis Bevilacqua*. p. 87, 94.

¹²⁷⁸ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. p. 198.

“mil outras circunstâncias, nascidas da natural evolução dos factos históricos” produzem o emergir de novas necessidades e de novas relações jurídicas¹²⁷⁹.

No capítulo destinado ao estabelecimento do elemento constitutivo geral do Direito, Joaquim Ribas afirma que tal elemento é a *pessoa* compreendida como sujeito tanto de existência individual como de existência coletiva. Para Ribas essa polaridade individual-social é responsável por uma polaridade de obrigações, respeito e cooperação: “Destinados, porém, a viver em sociedade, e possuindo, além da sua existência individual, a existência colectiva como membros do grande organismo – a humanidade, deve os homens não só se respeitar, como se coadjuvar reciprocamente”¹²⁸⁰.

Ocorre que somente a obrigação negativa de respeito é juridicamente enquadrável, ou seja, pode ser imposta pelo Direito:

Cumpra observar que cada pessoa é obrigada a não impedir o exercício dos direitos de todas as outras, ainda daquellas a que não se acha immediatamente sujeita pelas próprias estipulações, ou pelas relações de família; de sorte que, quanto a esta obrigação negativa, cada pessoa pode ser considerada como objecto mediato dos direitos de todas as outras.¹²⁸¹

Aliás, é da violação dessa obrigação negativa que resultará, para Ribas, o dever de reparar os danos sofridos por terceiros¹²⁸².

Em Teixeira de Freitas os elementos teóricos não têm como fonte única a obra de Savigny, sendo resultantes igualmente de fontes tão díspares quanto o praxismo português sistematizado por Melo Freire, o direito romano, e as lições jusnaturalistas de Ahrens, e por consequência Krause¹²⁸³. Com isso, “poder-se-á dizer, pois, que no espírito de Teixeira de Freitas casam-se, embora sem explícito tratamento filosófico unitário, elementos da Escola Histórica e do Direito Natural, concebido como exigência ideal da razão, em função da realidade, numa compreensão, ao mesmo tempo, individual e social do Direito”¹²⁸⁴. Tal

¹²⁷⁹ RIBAS, Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983. p. 73.

¹²⁸⁰ RIBAS, Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. p. 263.

¹²⁸¹ RIBAS, Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. p. 263. Importante referir que sobre essa matéria Ribas refere na nota 01, à pág. 264, única nota do capítulo, a obra *Cours de Droit Naturel* de Ahrens, parte geral, cap. 3, §§ 1,2 e parte especial, cap. 1º.

¹²⁸² RIBAS, Joaquim. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. p. 511-519.

¹²⁸³ REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. p. 42.

¹²⁸⁴ REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. p. 43.

junção eclética na base das concepções do jurista baiano somente não produz uma obra teoricamente desarticulada em razão da referência constante ao direito romano¹²⁸⁵, que surge “como uma espécie de pedra de toque ou de aferição de diagnósticos jurídicos, que assegura unidade às concepções de Teixeira de Freitas, o qual alia poderosa capacidade inovadora à múltiplos valores tradicionais”¹²⁸⁶.

A opinião eclética de Teixeira de Freitas acerca da necessidade de conciliar exigências sociais com as demandas dos particulares reflete-se, por exemplo, na crítica que dirige ao “Digesto Portuguez” de Corrêa Telles que, “imbuído nos princípios de um falso Direito Natural que não combina com os interesses da sociedade as relações entre as partes contractantes”¹²⁸⁷, resolveu adotar a perspectiva expressa no art. 1583 do Código Civil francês.

É nesse instante, quando aborda o problema acerca das regras de transmissão da propriedade, que Teixeira de Freitas sublinha a importância das exigências do “bem social” no direito civil. Ao criticar a opção do sistema francês pela transmissão da propriedade *solo consensu*, afirma que “esta doutrina suppunha um *estado de natureza*, que não é o do homem no estado social. Todos esses Escriptôres reconhecem, que na sociedade civil o consentimento só não basta para transferir a propriedade, sendo necessário além d'elle um acto sensível e positivo de entrega, como testemunho desse consentimento”¹²⁸⁸. A necessidade da tradição justifica-se, para Teixeira de Freitas, “pela natureza das cousas, por uma simples operação lógica, por um sentimento espontâneo de justiça, pelo interesse da segurança das relações privadas á que liga-se a prosperidade geral,” por tudo isso “decide-se de prompto, que o *direito real* deve-se manifestar por outros caracteres, por outros signaes, que não os do *direito pessoal*; e que esses signaes devem ser tão visíveis, tão públicos, quanto fôr possível”¹²⁸⁹.

¹²⁸⁵ Destaca Marcos de Campos Ludwig (LUDWIG, Marcos de Campos. *Kant, o krausismo e sua repercussão na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas*. Porto Alegre: 2006, p. 20. Datilografado) que é o modelo do direito romano “que fará com que Teixeira de Freitas jamais descure dos aspectos empíricos e históricos do fenômeno jurídico”, daí porque quando lança mão do direito romano o referido jurista “não busca apenas apresentar um argumento à autoridade, ‘senão...manifestar verdades que são da primeira intuição’” que entendia de utilização indispensável para a organização racional do material jurídico (FREITAS, Teixeira de. *Nova apostilla à censura do Senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil portuguez*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859. p. 24-25, apud LUDWIG, Marcos de Campos. *Kant, o krausismo e sua repercussão na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas*. p. 15).

¹²⁸⁶ REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. p. 43.

¹²⁸⁷ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LIX.

¹²⁸⁸ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. CXCI-CXCII.

¹²⁸⁹ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. CLXXXIII.

É a tradição a forma de se atender ao elemento social do direito de propriedade¹²⁹⁰. Esse elemento social do direito de propriedade é destacado por Teixeira de Freitas em razão da influência que sobre o jurista exerceu o pensamento de Ahrens¹²⁹¹. Segundo esse autor, o direito de propriedade “pode ser visualizado sob um duplo ponto de vista, de um lado como regulador das relações de propriedade em vista dos interesses morais e econômicos da sociedade e de outro como regulador das mesmas relações em vista do interesse privado”¹²⁹².

É no conceito de “pessoa”, concebida por Teixeira como “um ente ao mesmo tempo individual e social, que se torna clara a influência de Ahrens e do krausismo na construção do sistema jurídico proposto pelo jurista baiano, pois se percebe a admissão da interferência das “condicionalidades sociais” na formação do direito, a superação da noção kantiana de “individualidade” pela admissão da inserção da “personalidade” no processo das relações sociais¹²⁹³. Para Teixeira de Freitas “os direitos existem por causa das *pessoas*; onde não há pessoa, não pode haver questão de direito”¹²⁹⁴.

Teixeira de Freitas acreditava que “o systema inteiro de um Codigo depende muitas vezes de uma só disposição”¹²⁹⁵, bem como acreditava que “é na distinção dos *direitos reaes*, e dos *direitos pessoaes*” que “repousa todo o systema do Direito Civil”¹²⁹⁶. A distinção estaria no fato de que aos direitos absolutos¹²⁹⁷ corresponderia uma obrigação¹²⁹⁸ *negativa*, que “consiste na inacção, isto é, na abstenção de qualquer acto, que possa estorvar o direito”¹²⁹⁹,

¹²⁹⁰ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. CXCII.

¹²⁹¹ “A propriedade (Ahrens, *Droit Naturel*, 4ªed. pag. 390) compõe-se de dois elementos, um individual, e o outro social; se o primeiro é a base, o segundo é o regulador, do direito de propriedade; e ambos devem ser combinados, e harmonizados, para darem á propriedade um caracter orgânico, reflexo das relações orgânicas, que existem entre o individuo e a sociedade, entre o homem e a humanidade. Do mesmo modo que o individuo não deve ser absorvido pela sociedade, tambem o direito individual de propriedade não se perde no direito social.” (AHRENS apud FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. CXCII).

¹²⁹² No original: “peut être envisagé lui-même d’un double point de vue, d’un côté en tant qu’il règle les rapports de propriété dans les intérêts moraux et économiques de la *société* (§ 64), et d’un autre côté en tant qu’il règle ces rapports dans l’intérêt privé.” (AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit completé dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques*. Tomo II, § 61, p. 145).

¹²⁹³ REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. p. 44.

¹²⁹⁴ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. CXLVI.

¹²⁹⁵ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LIX.

¹²⁹⁶ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXII.

¹²⁹⁷ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXVI.

¹²⁹⁸ Teixeira afirma que o conceito de “obrigação” que ele utiliza nesse ponto é um conceito de obrigação em sentido largo, “que não é o do Direito Civil”, explicando que, para ele, “a obrigação de respeitar os direitos absolutos é logicamente posterior, e que a obrigação em tal caso é *protectora*, e não *constitutiva*, como nos direitos *pessoaes*” (FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXIV).

¹²⁹⁹ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXV.

sendo que aos direitos relativos corresponderia tanto uma obrigação *negativa* quanto *positiva*¹³⁰⁰. A diferença entre as obrigações negativas correspondentes a um direito absoluto ou a um direito relativo está no fato de que

[...] a inacção indispensável á effectividade dos *direitos absolutos* nunca induz a privação de um direito da parte daqueles, á quem a obrigação incumbe: essa inacção é necessária para coexistência dos direitos de todos, ou, por outro modo, é o justo limite dos direitos de cada um. Quando, porém, os *direitos pessoas* correspondem á uma obrigação de não fazer, ou de abstenção, a pessoa obrigada priva-se do exercício de um direito que tinha, e que voluntariamente renunciou em favôr do agente do direito.¹³⁰¹

Teixeira de Freitas, com base no art. 179, *caput* de Constituição Imperial, asseverava que os direitos absolutos eram o direito à liberdade, à segurança (individual) e à propriedade¹³⁰²; desses, apenas o último fazia parte da “legislação civil”¹³⁰³; já os chamados “direitos absolutos de personalidade”¹³⁰⁴ – que podemos associar com o direito à liberdade e à segurança pessoal e à reputação¹³⁰⁵, isto é, os “direitos imediatamente concernentes á personalidade do homem”, embora absolutos, “são alheios da Legislação Civil”¹³⁰⁶, somente ingressando nessa

¹³⁰⁰ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXV.

¹³⁰¹ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXV.

¹³⁰² Percebe-se pela análise do sentido que Teixeira atribui ao vocábulo “propriedade” que ele é usado tanto para referir o direito de propriedade quanto para expressar a noção jurídica do que alguns autores (Aubry et Rau) denominaram “patrimônio”: “A idéia geral da *propriedade* é ampla: ela compreende a universalidade dos objetos exteriores, corpóreos e incorpóreos, que constituem a fortuna ou patrimônio de cada um. Tanto fazem parte da nossa propriedade as *cousas materiaes*, que nos pertencem de um modo mais ou menos completo, como os *factos* ou *prestações*, que se nos devem, e que, á semelhança das *cousas materiaes*, tem um valor apreciável, promiscuamente representado pela moeda.”(FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXIX-LXX). À nota 72 (FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXIX) refere que Ahrens no “Curso de Direito Natural” aplica “a expressão - *propriedade* - como synonyma do *direito real*, aos objectos materiaes somente, o que está nos hábitos da linguagem; e, para enunciar a idéia mais extensa, serve-se do termo - *l'avoir* -. Tanto importa, que se mude de expressão para designar as duas idéias, como enunciá-las pelo mesmo vocábulo, contanto que bem se percebam as acepções diversas. Isto acontece com a maior parte dos termos jurídicos. O mesmo Ahrens diz depois - a propriedade é o ponto central deste - haver -, concebido no ponto de vista do direito, porque as prestações concernem ás cousas, ou são apreciáveis em dinheiro, signal representativo das cousas.”. À nota 73 (FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXX) esclarece que “tomada a propriedade neste sentido amplo, como complexo de direitos pessoas – *obligationes* -, e dos direitos reaes – *ius in re* -, é o objecto do que chamam os Allemães *theoria do patrimônio*, ou – *direitos patrimoniaes*. [...] Estes *direitos patrimoniaes* contrapõem-se em tal caso aos *direitos pessoas* em sentido muito diferente do nosso, isto é, compreendendo os direitos concernentes ao estado do homem, sua capacidade de obrar, adquirir e dispor; e até os direitos políticos, que não pertencem ao Direito Privado.”

¹³⁰³ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXVII.

¹³⁰⁴ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXVII.

¹³⁰⁵ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. CIII.

¹³⁰⁶ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXIX.

legislação quando violados, pois aí passam a ter um caráter de “direitos pessoais”, uma vez que surge a “obrigação de indenizar”¹³⁰⁷.

Quanto aos direitos relativos, entende que fariam parte da “legislação civil” aqueles que tratam das obrigações dos indivíduos entre si, isto é, os “direitos pessoais” no sentido de que “necessariamente dependem da intervenção de pessoas individualmente passivas”¹³⁰⁸.

Ao fim e ao cabo a distinção se dá em vista do tipo de dever correlacionado com a espécie de direito: “Se os chamados direitos absolutos correspondem á inacção, a violação só pode sêr uma acção. Os direitos pessoais reclamão a acção, e a violacção só pode sêr a omissão”¹³⁰⁹.

Pode-se dizer então que para Teixeira de Freitas, assim como para os demais autores analisados acima, ao direito à segurança individual enquanto “direito absoluto” correspondia somente um “dever negativo”, isto é, uma abstenção, e nunca um “dever positivo”, um comportamento ativo de quem quer que seja com vistas a efetivar tal segurança. Tal conclusão não deve gerar estranhamento algum, pois a percepção, à época, acerca do sistema normativo, devido às suas origens – o pensamento político europeu de fins do século XVII –, era a de que o mesmo deveria organizar a convivência entre os homens de modo negativo, isto é, em nome da segurança individual fixava-se o que não se deveria fazer¹³¹⁰.

Como se vê, o pensamento de Teixeira de Freitas, nesse ponto particular, não se distancia dos seus contemporâneos. Ainda que houvesse o reconhecimento da existência de deveres positivos de auxílio isso se dava juntamente com o não-reconhecimento de um direito efetivo ao auxílio àquele correlacionado.

¹³⁰⁷ “Eles [os direitos absolutos de personalidade] não se manifestam activamente senão nos casos, em que têm sido lesados em consequência de delictos ou quase delictos, e então dão lugar a ações de perdas e danos.” (FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXVII, nota 67). “Sem duvida, os direitos de personalidade, quais são todos os que resultam do desenvolvimento de nossa liberdade, que tem hoje tantas denominações, carecem de explicações ou restrições, como carece o direito de propriedade, restrições que os harmonizam com as exigências do **bem social**; mas se as explicações da propriedade pertencem em regra á Legislação Civil, as outras entram na esphera das Leis Administrativas, e particularmente das Leis de Policia.” (FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. CV-CVI. Grifo nosso). Para Teixeira de Freitas essa distinção é fundamental para a sobrevivência da autonomia científica do direito privado: “Não haja distinção entre as relações jurídicas, já do poder publico com os indivíduos, já dos indivíduos entre si; não haja distinção entre os direitos de personalidade, e os da propriedade, não se restrinja tambem a significação da palavra *delicto*; e será impossível marcar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal.” (FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. CVI).

¹³⁰⁸ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXIX.

¹³⁰⁹ FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. p. LXVII.

¹³¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abril-junho, 1998. p. 40.

A aceitação de que há um dever de assistência, associada ao argumento de que o mesmo é inexistente juridicamente, será o problema fundamental do discurso jurídico diante da “questão social”. Do seu equacionamento adequado dependeria a manutenção da marginalidade de um número crescente de cidadãos – o que implicava um risco crescente à própria sobrevivência do estado de direito – ou a transformação desse problema em ponto central da reconfiguração do próprio estado de direito nos moldes liberais clássicos, a transformação desse mesmo estado de direito em um estado de bem-estar social. A Primeira República é o período de grande embate entre essas duas possibilidades.

4.3 O discurso da socialidade na República Velha: entre evolucionismo e socialismo de cátedra

A Primeira República (1889-1930) é comumente associada ao surgimento da crença de que “a questão social é um caso de polícia”¹³¹¹, exemplo cabal de uma certa mentalidade desatenta ao fenômeno da socialização do Direito como um todo, mentalidade essa que somente foi dissipada a partir da Revolução de 1930¹³¹².

Para Josaphat Marinho, a Constituição de 1891 não se afastou do espírito liberal que, “em grande parte, marcou a constituição política do Império”¹³¹³, e por essa razão, como todas as

¹³¹¹ A frase tem sido atribuída à Washington Luís, presidente do Brasil entre 1926 e 1930, que, em carta à Evaristo de Moraes Filho, afirmou jamais tê-la dito ou escrito (MAGANO, Octávio Bueno. Washington Luís e a questão social. *Rev. da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 90, 1995). Segundo Octávio Bueno Magano (MAGANO, Octávio Bueno. Washington Luís e a questão social. p. 50), a referida atribuição resulta de um equívoco na compreensão do tópico abaixo reproduzido, constante da plataforma de governo apresentada, em 25 de janeiro de 1920, no Teatro Municipal: “[...] Ainda por muitos anos, e eu vos falo para o minuto de um quadriênio, entre nós, em São Paulo pelo menos, a agitação operária é uma questão que interessa mais à ordem pública do que à ordem social [...]” (EUGENIO, Egas. *Quatriênio Presidencial do Dr. Washington Luís: 1920/1924*. São Paulo, 1924, p. 96, apud MAGANO, Octávio Bueno. Washington Luís e a questão social. p. 51). Segundo Octávio Bueno Magano (MAGANO, Octávio Bueno. Washington Luís e a questão social. p. 50), foi a Aliança Liberal, especialmente Getúlio Vargas, o responsável pela disseminação de uma interpretação “equivocada” e fora de contexto da afirmação do então Presidente Washington Luís; exemplo disso tem-se no discurso proferido por Vargas em Belo Horizonte no dia 01 de julho de 1944 onde asseverava que “em vez de ser de polícia, como diziam nos governos passados, os problemas do operariado brasileiro são de integração social” (VARGAS, Getúlio. *Nova política do Brasil*. vol. X, p. 18-19 apud SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. Porto Alegre: LP&M, 2004. p. 143).

¹³¹² VENÂNCIO FILHO, Alberto. Análise da Constituição de 1934. In: *O pensamento constitucional brasileiro*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. Ciclo de conferências realizado pela Universidade de Brasília. p. 85

¹³¹³ MARINHO, Josaphat. Análise da Constituição de 1891. In: *O pensamento constitucional brasileiro*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. Ciclo de conferências realizado pela Universidade de Brasília. p. 60.

Constituições liberais da época, “ignorou os problemas sociais e do trabalho”. Esse “descaso constitucional” iria permanecer até 1930¹³¹⁴. Tem a Carta de 1891 a estrutura típica de uma Constituição Liberal, tendo mantido uma linguagem abstencionista que pressupunha uma negação da possibilidade de intervenção do Estado no campo econômico¹³¹⁵ e que entendia que qualquer que fosse o que se tomasse por “justiça social” era algo que extrapolava os limites do sistema jurídico e que deveria se expressar pela caridade¹³¹⁶.

Embora possamos identificar alguns exemplos de “legislação social”, tais como o Decreto 439, de 31 de maio de 1890 – que estabelece as bases da assistência aos menores carentes, revelando a preocupação com o trabalho infantil, posteriormente regulamentado pelo Governo Provisório através do decreto 1313 de 17 de janeiro de 1891 –, é o individualismo que irá pautar a produção legislativa da República nascente, assim como já havia sido no Império, pois era ele uma das idéias-fontes do liberalismo brasileiro.

Para Nelson Saldanha, “o liberalismo que tinha existido no Império – tanto no Partido Liberal como no Conservador, dependendo das concepções de certos homens – tinha, como liberalismo, a mesma fonte que o dos republicanos: era burguês, individualista, etc.”¹³¹⁷. A diferença básica estava no fato de que a característica do liberalismo na República era a presença do cientificismo que, adornando as novas versões do ideário liberal,¹³¹⁸ reforçava o persistente individualismo clássico alongado em um conservadorismo¹³¹⁹ que se escondia por trás da defesa da liberdade¹³²⁰.

O cientificismo, na sua versão darwinista, foi o grande polarizador de idéias durante a República, assim é que a influência das idéias Augusto Comte, apesar de muito ligada ao

¹³¹⁴ Posição divergente encontramos em Dória Sampaio que, ao tratar do capítulo da “ordem econômica e social” da Carta de 1946 que entendia como resultante de “onda demagógica”, afirma que a “verdade é que a Constituição de 1891 não se deixou mestiçar pela demagogia populista”, embora “ligeiras pintas de sangue estranho pode o microscópio descobrir.” (SAMPAIO, Dória. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1960. v. 4, p. 704).

¹³¹⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. O discurso intervencionista nas Constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 21, n. 81, janeiro/março 1984. p. 335.

¹³¹⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Conflitos ideológicos na Constituição Econômica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 74/75, janeiro/julho 1992. p. 24.

¹³¹⁷ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 238.

¹³¹⁸ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 238.

¹³¹⁹ Segundo Nelson Saldanha, na virada do século XIX para o XX “as ciências sociais no Brasil adotavam o spencerismo como um padrão, quando não faziam do ‘darwinismo social’ um dogma quase onivalente: e muito atuavam ainda Comte e Haeckel, embora um aligeiramento liberal afetasse a teoria econômica por força inclusive da influência de Leroy-Beaulieu, Jules Simon ou mesmo Thiers.” (SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 263-264).

¹³²⁰ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Pp. 238.

advento do regime republicano, por sua preponderância no meio militar, desenvolveu-se “em correlação concomitante com as diretrizes do evolucionismo spenceriano, do monismo haekeliano, bem como dos ensinamentos metodológicos de Stuart Mill”, tendo todos esses conjuntos de idéias um marco referencial comum, qual seja “a profunda alteração produzida nas ciências sociais pela idéia matriz de *evolução* introduzida por Darwin no plano biológico, espalhando-se por todos os domínios da cultura”¹³²¹; daí porque “não se deve reduzir o pensamento brasileiro, dos vinte anos finais do século XIX, ao positivismo”¹³²².

Embora não tenha sido o único conjunto filosófico estudado e debatido durante a República, não se pode desconsiderar a grande ascensão do mesmo a partir desse período histórico, aliás, uma das possíveis causas dessa ascensão é sua vinculação com uma tradição luso-brasileira, que remonta a Pombal, de crença na existência de uma moral e uma política cientificamente fundamentadas e organizadas¹³²³. Segundo Antonio Paim, o mérito do comtismo brasileiro foi ter explicitado algo que estava implícito no ideário pombalino, de maneira que se constitui como “uma justaposição dessas teses à tradição precedente e não uma apropriação completa do que disse e prometeu Comte”¹³²⁴. A recepção e desenvolvimento do comtismo em terras brasileiras serão analisados, com mais pormenores, no parágrafo relativo aos desdobramentos teóricos e políticos do Estado Novo.

Será a chamada “geração de 1870” que, embebida de espírito cientificista, desferirá o golpe fatal no Romantismo¹³²⁵. A obra de Sílvio Romero será um exemplo da influência da *forma mentis* cunhada pela geração de 1870 sobre os desígnios da Primeira República¹³²⁶.

Para Miguel Reale¹³²⁷, Sílvio Romero politicamente “integrava-se na concepção spenceriana, individualista e burguesa”. Já, segundo Alfredo Bosi¹³²⁸, o evolucionismo de tipo spenceriano

¹³²¹ REALE, Miguel. Gény na cultura jurídica brasileira. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milão. n. 20, 1991. p. 351.

¹³²² SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 241.

¹³²³ PAIM, Antonio. *A filosofia da Escola de Recife*. p. 134.

¹³²⁴ PAIM, Antonio. *As filosofias nacionais*. 2. ed. Londrina: Edições Cefil, 1999. Estudos Complementares à história das idéias filosóficas no Brasil, v. II. p. 20.

¹³²⁵ VELOZO, Maria; MADEIRA, Angélica. *Leituras Brasileiras*. p. 75.

¹³²⁶ “Na obra de Sílvio, o aspecto literário se entrelaça ao social e ao político – o crítico buscando uma base sociológica, esta levando-o a encarar as soluções políticas, e o resultado sendo um dos conjuntos mais coerentes da ideologia burguesa brasileira do século XIX.” (CANDIDO, Antonio. *O método crítico de Sílvio Romero*. São Paulo: FFLCH/USP, 1988. p. 118).

¹³²⁷ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. p. 225.

¹³²⁸ BOSI, Alfredo. A escravidão entre dois liberalismos. p. 237.

adotado por Sílvio Romero “pendia para o liberalismo clássico e acreditava na sabedoria da seleção natural que, mediante processos de concorrência, premiaria os mais capazes”.

O pensamento de Sílvio Romero, como não poderia deixar de ser, também resulta de uma posição intelectual eclética, conforme se percebe da análise desta passagem:

O meu sistema filosófico reduz-se a não ter sistema algum; porque um sistema prende e comprime sempre a verdade.
Sectário convicto do *Positivismo* de Comte, não na direção que êste lhe deu nos últimos anos de sua vida, mas na ramificação capitaneada por Émile Littré, depois que travei conhecimento com o *transformismo* de Darwin, procuro harmonizar os dois sistemas num *criticismo* amplo e fecundo.
Nem é isto alguma novidade esquisita, quando a tendência filosófica principal na Alemanha, Inglaterra, França, Itália e Espanha na atualidade é justamente êste criticismo independente, firmado nos dados positivos, espécie de *neokantismo*, não por ir pedir idéias a Kant, mas por tomar-lhes o espírito. Neste sentido moderno, ‘é preciso voltar a Kant’ é verdadeiro.¹³²⁹

Assim é que sua definição do “Direito” é, para ele, no fundo, a definição kantiana revigorada e alargada pela doutrina de Spencer¹³³⁰: “Direito é o complexo das condições, criadas pelo espírito das várias épocas, que servem para, limitando o conflito das liberdades, tornar possível a coexistência social”¹³³¹.

Sílvio, ao estabelecer a distinção entre o Direito e a Moral, afirma que enquanto o primeiro é a esfera de realização da justiça, o segundo é a esfera da prática do bem¹³³². Assevera, então, que o Direito “funda-se na liberdade que se limita, como dizia Kant, para produzir a harmonia e a disciplina social” e que a Moral funda-se “na *consciência da identidade dos destinos humanos*”, dando a ela “uma base capaz de conciliar em síntese ampla o individualismo com o altruísmo”¹³³³.

¹³²⁹ ROMERO, Sílvio. A filosofia no Brasil. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo (org.). *Obra filosófica*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969. p. 146.

¹³³⁰ Sílvio faz questão de frisar que não se trata de conciliar ambas teorias, pois “não são dois sistemas opostos, [...] são duas doutrinas idênticas nos pontos cardiais; aqui não há necessidade de conciliação; há mister apenas indicar as linhas convergentes.” (ROMERO, Sílvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo (org.). *Obra filosófica*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969. p. 648).

¹³³¹ ROMERO, Sílvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*. p. 647-648.

¹³³² ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra Doutrina: o Evolucionismo e o Positivismo no Brasil*. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo (org.). *Obra filosófica*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969. p. 340.

¹³³³ ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra Doutrina*. p. 340. Na obra “Ensaio de Filosofia do Direito” a fórmula acerca do Direito é repetida: “A faculdade em que assenta é a liberdade que se limita, como dizia Kant, para produzir a existência, a disciplina e a harmonia social. O alvo a que se dirige, protegendo os interesses respeitáveis, regulamentando a liberdade, é a realização do *justo*.” (ROMERO, Sílvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*. p. 600).

Em Sílvio Romero, o Direito é decorrência natural da “*consciência da identidade dos destinos humanos*, que é o fundamento de toda a ética, de toda a boa conduta, segundo o nosso peculiar modo de pensar”¹³³⁴. Essa concepção do Direito enquanto totalidade orgânica das condições dependentes da liberdade com vistas à obtenção harmônica dos destinos humanos pode ser também encontrada no pensamento de Krause, expresso por Ahrens, conforme se percebe pelo cotejo da seguinte passagem:

É Krause que – partindo da idéia de ordem divina como ordem organizada junto à necessidade na Natureza e a organizar com liberdade o mundo moral e social – concebe o princípio de condição em seu sentido completo como o termo característico para expressar as relações orgânicas de determinação, de ação e de influência recíprocas, nas quais existe e se desenvolve tudo no mundo moral e social; e esse princípio orgânico regulador, destinado a manter a harmonia e a saúde do corpo social, foi reconhecido por ele como o princípio completo do direito, determinado como o “conjunto orgânico das condições livres (dependentes da vontade) para a realização harmônica do destino humano”.¹³³⁵

Pode-se assim afirmar então que há indícios da presença do pensamento de Krause na recepção das idéias de Kant por Sílvio Romero.

Quanto à influência das idéias de Spencer na obra de Sílvio Romero¹³³⁶, temos que para esse a democracia se divide em duas grandes facções, em um lado posicionar-se-iam os “*individualistas e endeusadores da liberdade*”, ou seja, “aquêles que esperam que a evolução seja feita gradativa e harmonicamente pela energia latente que dirige o progresso”, enquanto que do outro estariam os “*socialistas, os fanáticos da igualdade*”¹³³⁷, isto é, aqueles “que

¹³³⁴ ROMERO, Sílvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*. p. 655.

¹³³⁵ No original: “C’est Krause qui, partant de l’idée de l’ordre divin, organisé avec nécessité dans la Nature et à organiser librement dans le monde moral et social, conçut le principe de condition dans son sens complet comme le terme caractéristique pour exprimer les rapports organiques de détermination, d’action et d’influence réciproques, dans lesquels existe et se développe aussi tout dans le monde moral et social; et ce principe organique régulateur, destiné à maintenir l’harmonie et la santé du corps social, fut reconnu par lui comme le principe complet du droit, déterminé dès lors comme “l’ensemble organique des conditions libres (dépendantes de la volonté) pour l’accomplissement harmonique de la destination humaine”.(AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit completé dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques*. p. 136-137).

¹³³⁶ A influência do pensamento de Spencer assim como de Darwin sobre certos pensadores do século XIX é um indício do que Carlos Guilherme Mota aponta ser nossa dependência mais sofisticada em relação à Inglaterra naquele século (MOTA, Carlos Guilherme. *Ideologia da cultura brasileira*. p. 255).

¹³³⁷ Vinculados por Sílvio Romero a um “resto de doutrinário romântico-revolucionário, que agita no ar velhas fórmulas, palavras da *liberdade, igualdade, fraternidade, dos direitos do homem, da razão universal, da soberania dos povos*, e outras *inania verba*, sem valor prático, tomadas aos grossos armazéns de 89 e 48.” (ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra Doutrina*. p. 278). Haveria no socialismo enquanto teoria da sociedade um grave erro doutrinário, qual seja “esse otimismo quase pueril e quase

pretendem intervir francamente na direção dos fenômenos históricos, reorganizando a sociedade”¹³³⁸; e ao que parece o sergipano encontrava-se ao lado dos individualistas, visto que adotara, de Spencer, “a idéia fundamental” da “*evolução* constante, firmada na diferenciação progressiva, no conceito de *luta*, fatal no mundo físico, estimuladora no plano moral”¹³³⁹. Ora, em sendo a “luta intelectual”¹³⁴⁰ a causa da evolução social, não seria legítima a intervenção do Estado buscando obter dita evolução através da tutela desse “conflito intelectual”, pois se tal ocorresse teríamos uma evolução artificial e, portanto, frágil, pois, para Sílvio, “as grandes construções políticas é que são corolários das profundas reformas intelectuais”¹³⁴¹; daí porque aspirava “a uma organização política, onde o governo tenha o mínimo de poder e seja apenas a garantia de policiamento geral”¹³⁴², uma vez que para acabar com a distinção entre as classes sociais “o simples vaivém da história é suficiente”, o ritmo evolutivo da sociedade produzindo, fatalmente¹³⁴³, a democratização geral¹³⁴⁴.

Essa opinião irá se alterar posteriormente, conforme se percebe nos “Ensaio de Sociologia e Literatura”¹³⁴⁵. Ali afirmava Sílvio Romero, simultaneamente, que no Brasil desde “bem cedo tivemos a lucta de classe, especialmente em Pernambuco, Maranhão, São Paulo e Minas”, e que “[...] o Brasil não tem povo”; disso concluía que seu ideal político-econômico para o país, diferentemente do sugerido anteriormente, era o “modelo japonês de desenvolvimento” com o Estado intervindo no processo e impulsionando e controlando a iniciativa privada: “Olhemos para o Japão: transformemo-nos como elle”.

inacreditável em nossa civilização, já tão experimentada por tantas desilusões: a crença de que os males humanos são remediáveis.” (ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra Doutrina*. p. 310).

¹³³⁸ ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra Doutrina*. p. 270.

¹³³⁹ ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra Doutrina*. p. 374.

¹³⁴⁰ Perceba-se que, embora Sílvio critique o “idealismo” das teorias socialistas expresso em seu “otimismo pueril”, conforme vimos anteriormente; também ele na aplicação que faz da noção de “luta” ao plano moral é vítima de um certo “idealismo” - a crença de que os efeitos (idéias) podem se tornar causas (fatos) - Conforme destaca Antonio Candido, em razão das convicções científicas que possuía, Sílvio Romero “acreditava na evolução natural, regida pela seleção e influenciada pelo meio”; assim sendo, as idéias seriam produtos, “mas produtos que, no jogo da seleção, se tornavam agentes, fatores, e transformavam o meio” daí porque o problema fundamental, para ele (Sílvio) era o de alterar as concepções intelectuais predominantes no meio nacional (CANDIDO, Antonio. *O método crítico de Sílvio Romero*. p. 119).

¹³⁴¹ ROMERO, Sílvio. Cansação de Sinimbu. In: ROMERO, Sílvio. *Ensaio de Crítica Parlamentar*. Rio de Janeiro: Editores Moreira, Maximino e Cia, 1883. p. 43.

¹³⁴² ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra Doutrina*. p. 376.

¹³⁴³ O autor dizia-se inteiramente convencido “de ser uma necessidade fatal da história o advento da democracia social” (ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra Doutrina*. p. 272).

¹³⁴⁴ ROMERO, Sílvio. *Doutrina contra Doutrina*. p. 268, 269.

¹³⁴⁵ ROMERO, Sílvio. *Ensaio de sociologia e literatura*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1901. p.122-123, 42.

Segundo Vamireh Chacon a realização desse ideal “era uma tentativa do Capitalismo de Estado” que embora fosse progressista em vários sentidos, possuía a crença de que a transformação da sociedade poderia ser feita de cima para baixo, esperança “mais próxima do sonhado por Schmoller, List e Keynes, que de Marx”¹³⁴⁶.

Esse mesmo ideal de desenvolvimento por meio do intervencionismo estatal era, aliás, segundo Vamireh Chacon, compartilhado por outros partícipes da Escola de Recife como, por exemplo, Artur Orlando (influenciado pelas idéias de Schmoller) e Higinio Cunha (mais próximo das idéias de Marx), contrários ao puro privatismo de Clóvis Beviláqua; o que permite notar que a Escola do Recife, mais que um bloco monolítico, também possuía suas contradições internas¹³⁴⁷.

A Escola do Recife desempenhou um papel importante no campo da discussão filosófica brasileira da segunda metade da década de 80 do século XIX, ao apresentar-se como uma crítica às correntes positivistas e espiritualistas presentes no país, inspirada por idéias provenientes do monismo, do evolucionismo, do historicismo e, naquilo que tinha de mais geral, pelo neokantismo alemão. Este, segundo Antonio Paim, era “carente de unidade interna na própria Alemanha, sobretudo na fase inicial, precisamente aquela que repercutiu no Brasil”¹³⁴⁸.

Enquanto primeira manifestação orgânica do processo de aburguesamento social refletido nas esferas mentais, ou seja, enquanto primeira expressão, nos campos literário e filosófico, de uma verdadeira ideologia burguesa no Brasil¹³⁴⁹, no sentido da defesa da universalização de um sistema social que estimulasse a competição individual organizado através de uma ordem contratual¹³⁵⁰, não pôde fugir a Escola do Recife de um traço fundamental ao ecletismo da cultura brasileira, a “ambigüidade”¹³⁵¹ que o facilita: o mesmo movimento que produzirá Clóvis Beviláqua e suas concepções liberais fará surgir Higinio Cunha e suas idéias socialistas.

¹³⁴⁶ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 76.

¹³⁴⁷ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 76.

¹³⁴⁸ PAIM, Antonio. *A filosofia da Escola de Recife*. p. 2.

¹³⁴⁹ CANDIDO, Antonio. *O método crítico de Silvio Romero*. p. 116.

¹³⁵⁰ VENTURA, Roberto. *Estilo Tropical: história cultural e polêmicas literárias no Brasil (1870-1914)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 153.

¹³⁵¹ “Na nossa cultura há uma ambigüidade fundamental: a de sermos um povo *latino*, de herança cultural européia, mas etnicamente mestiço, situado no trópico, influenciado por culturas primitivas, ameríndias e africanas.” (CANDIDO, Antonio. *Literatura e Sociedade*. 8. ed. São Paulo: Publifolha, T. A. Queiroz Editor, 2000. p. 110). O uso da expressão “cultura brasileira” faz-se aqui com a consciência de seu viés ideológico, ou seja, tem-se presente o fato de que ela historicamente constituiu-se como uma ideologia

A Clóvis Beviláqua coube a concretização de todas as grandes idéias que em seu tempo resplandeciam no solo brasileiro. Assim, o Germanismo e as dúvidas de Tobias, os estudos de Direito nacional e Positivismo de Sílvio Romero e Martins Júnior, as análises objetivas do Brasil ainda em Sílvio e mais em Artur Orlando¹³⁵² tudo conflui para o trabalho daquele no campo do direito. Em Clóvis Beviláqua convergem a duas principais correntes ideológicas da ascendente burguesia de então, as idéias do Positivismo e da Escola do Recife, ambas formas de Evolucionismo. Assim, é a obra daquele “o ponto máximo em que, principalmente a segunda, consegue influir na organização social do seu tempo, deixando marcas que vêm até hoje”¹³⁵³.

É através da codificação de 1916 que se dá a influência da Escola do Recife no Direito Civil brasileiro¹³⁵⁴. O projeto de CC de Clóvis Beviláqua produziu uma obra de cunho doutrinário em que se mesclam inúmeras influências “não só jurídicas, mas filosóficas”¹³⁵⁵. Das influências filosóficas foi o liberalismo individualista e burguês “dominante no plano literário, também no oficial, que preponderou (como tinha preponderado na elaboração da Constituição) nos debates sobre o Código Civil”, fazendo com que esse diploma legal recebesse uma estrutura legal privatista-individualista-liberal¹³⁵⁶.

Para Clóvis Beviláqua, o Código Civil deveria albergar os “reclamos sociais que merecem ser ouvidos”¹³⁵⁷. Mas que reclamos mereceriam ser ouvidos? Citando ensinamentos de Gianturco, afirmava Clóvis Beviláqua que um individualismo abstrato e caótico não deveria ser chancelado pelo ordenamento jurídico devendo, portanto, ser substituído por um “individualismo que se adapte organicamente aos fins sociais do Estado”, isto é, “a moral individualista deve completar-se com a moral social”. Sendo assim, “os códigos de simples

dos estamentos dominantes utilizada para a construção de perfis interpretativos de nosso processo histórico que privilegiaram visões conciliadoras e diluidoras das contradições reais de nossa sociedade, conforme destacado por Carlos Guilherme Mota (MOTA, Carlos Guilherme. *Ideologia da cultura brasileira*. p. 180, 285). Diante dessa observação e tomando-se a noção de cultura como a “maneira de se articular, de se arranjar, de se definir uma ideologia numa ‘região’ da superestrutura considerada uma formação econômico-social, num dado momento histórico” (MOTA, Carlos Guilherme. *Ideologia da cultura brasileira*. p. 289) é possível afirmar que a ambigüidade destacada por Antônio Cândido é um dos traços fundamentais da forma como historicamente a elite intelectual brasileira articulou suas idéias.

¹³⁵² CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 140.

¹³⁵³ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 169.

¹³⁵⁴ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 151.

¹³⁵⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. O direito brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, 1987. p. 135.

¹³⁵⁶ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 266.

¹³⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projeto do Código Civil Brasileiro*. p. 39.

direito privado devem transformar-se em códigos de direito privado social”¹³⁵⁸. Ocorre, porém, que caberia, conforme Beviláqua, ponderar que: “esse direito privado social não pode ser outra cousa mais do que o equilíbrio dos interesses do individuo e da sociedade pela disciplina das relações entre as classes. Dentro dessas raias são possíveis e benéficas as reformas, fóra serão subversivas”¹³⁵⁹.

Por essa razão um código deveria “ser a resultante de forças collidentes, orientação synergica de elementos aparentemente antagonicos, obra de compromisso e transacção”¹³⁶⁰. Essa posição Beviláqua faz questão de tornar expressa na introdução que escreve ao CC de 1916:

Mas por isso mesmo que o Direito evolui, o legislador tem necessidade de harmonizar os dois princípios divergentes (o que se amarra ao passado e o que propende para o futuro), para acomodar a lei e as novas formas de relações e para assumir discretamente a atitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horizonte.¹³⁶¹

Surge, então, o Código Civil de 1916 como forma de acomodar cautelosamente o sistema jurídico, ainda vinculado ao passado, frente aos desafios que o esperam num futuro já próximo¹³⁶².

Segundo Beviláqua, o Código Civil deveria evitar do individualismo o que ele contém de “exageradamente egoístico e desorganizador”, e do socialismo o que possui de “absorvente e aniquilador dos estímulos individuaes”¹³⁶³. Admitia um socialismo que se apresentasse como “solução empírica das duras contingências do presente” e abominava o que “investe contra a organização da propriedade, da família e do governo”¹³⁶⁴; se ao primeiro caberia – orientado pela sociologia – a tarefa de aplainar “as duras arestas do individualismo para a facilidade da

¹³⁵⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projeto do Código Civil Brasileiro*. p. 40.

¹³⁵⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projeto do Código Civil Brasileiro*. p. 40.

¹³⁶⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projeto do Código Civil Brasileiro*. p. 40.

¹³⁶¹ BEVILÁQUA, Clóvis. Introdução. In: BRASIL. Código Civil (1916) apud REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.28.

¹³⁶² Algo não muito distinto ocorreu com o novo Código Civil brasileiro de 2002, pois segundo o coordenador da comissão responsável pela formulação do referido estatuto legal, Miguel Reale, de quatro posições ideológicas possíveis diante de um Código Civil já estabelecido quais sejam, a tradicional, a reformista, a evolucionista e a revolucionária, a comissão acabou por adotar a terceira onde o texto é revisto “para conservá-lo ou inovar com prudência” (REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. p. 28). Além disso, o relator do parecer final no Senado acerca do projeto de lei do Código Civil de 2002, senador Josaphat Marinho, no Parecer Final exarado em 05 de novembro de 1997 na Comissão Especial do Código Civil ratifica o caminho adotado pela comissão e a justifica citando Rui Barbosa em passagem na qual afirma que “toda obra de legislação em grande escala há de ser obra de transacção” (MARINHO, Josaphat. Parecer Final. 1997 apud REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil*. p. 121).

¹³⁶³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projeto do Código Civil Brasileiro*. p. 41.

¹³⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projeto do Código Civil Brasileiro*. p. 41.

convivência, e para que os fracos se reconheçam amparados pelo braço forte da lei no conflito de interesses que travarem com os ricos e os poderosos”¹³⁶⁵, o segundo seria responsável pela produção de um nefasto estado de inquietação e constrangimento¹³⁶⁶.

Observe-se que, para Beviláqua, “o pecado original do socialismo é querer nivelar as classes sociais, quando é certo que é de sua desigualdade, da diversidade de suas funções que resulta a harmonia e o progresso humano”¹³⁶⁷. Há aqui, ao que parece, uma confusão, produzida pela influência do “evolucionismo”, entre “desigualdade” e “diversidade”.

Temos então, nas manifestações de Beviláqua, uma confusão entre “socialismo” entendido como ideologia inspiradora do movimento que iria levar ao reconhecimento constitucional dos direitos sociais, e “anarquismo” entendido como ideologia inspiradora das iniciativas individuais e coletivas de revolta contra toda e qualquer ordem social¹³⁶⁸; embora conhecesse o movimento incipiente de renovação do direito privado¹³⁶⁹ estava convencido que os novos paradigmas não possuíam substância, não se lhes devendo, por isso, estimulá-los. Com essa opção, Beviláqua “assumia, de modo nítido e firme, uma posição categórica contra as inovações de fundo social que se infiltravam, desde então, na legislação dos povos mais adiantados”¹³⁷⁰.

Um exemplo dessa desconsideração para com inovações em vista de sua possível influência nefasta em nosso sistema jurídico encontra-se no caso da responsabilidade objetiva: embora já se discutisse em nosso país, pelo menos desde 1904¹³⁷¹, a necessidade de adoção de medidas de proteção social inspiradas na doutrina do risco e, inclusive já a tivéssemos adotado em setores específicos – no Decreto-Lei 2681 de 1912 que instituiu a responsabilidade objetiva no transporte ferroviário¹³⁷² e no Decreto-Lei 3724 de 15 de janeiro de 1919 que estabelece a

¹³⁶⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projeto do Código Civil Brasileiro*. p. 42.

¹³⁶⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projeto do Código Civil Brasileiro*. p. 42.

¹³⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Estudos de Direito e Economia Política*. Recife: Oficina Tipografica, 1886 p. 45 apud CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 173.

¹³⁶⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. p. 36.

¹³⁶⁹ Tal resta claro, por exemplo, na seguinte passagem: “Por ocasião de se discutir o código civil alemão, agitou-se, como era de se prever, a questão social e nas disposições dele penetraram algumas gotas de socialismo.” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projeto do Código Civil Brasileiro*. p. 40).

¹³⁷⁰ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. p. 37.

¹³⁷¹ Exemplo disso são os projetos de lei sobre acidentes do trabalho encaminhados pelo Deputado Medeiros de Albuquerque em 1904, os projetos do Deputado Graccho Cardoso e Wenceslau Escobar apresentados em 1908, e o do Senador Adolfo Gordo em 1915 (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. pp. 32-33).

¹³⁷² SILVA, Clóvis do Couto e. *O direito brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. p. 137.

responsabilidade objetiva do empregador pelos acidentes de trabalho¹³⁷³ –, tal doutrina foi deixada de lado por nosso Código Civil¹³⁷⁴.

Essa opção temerosa em relação à vaga socializante que, segundo Beviláqua, ameaçava o direito privado resta clara quando, ao pretender estabelecer uma análise sociológica do trinômio revolucionário “liberdade, igualdade e fraternidade”¹³⁷⁵, manifesta-se no sentido de que a preocupação com o social não corresponde a admissão de um aumento da imposição do valor da fraternidade como efetivo produtor de normas jurídicas.

Embora, citando Gurvitch¹³⁷⁶, destaque a “dilatação do valor social do indivíduo”¹³⁷⁷, Beviláqua não aponta esse valor como relevante dentro do sistema jurídico: enquanto delineia a liberdade como “faculdade de agir, segundo as normas jurídicas estatuidas para conciliar a autonomia do indivíduo e as necessidades sociais”¹³⁷⁸ e defende ser a mesma a “base e finalidade de toda organização social, justa e progressiva”¹³⁷⁹, conceitua a igualdade como “capacidade de direito a mesma para todos”¹³⁸⁰, delineando-a como “condição essencial de uma organização social justa e progressiva”¹³⁸¹, à fraternidade atribui apenas um papel secundário entendendo-a como consciência da “comunhão de vida” presente na família, na nação e na humanidade. Por isso conceitua-a como um mero “sentimento afetivo”, como o “fenômeno sociológico da união dos homens”¹³⁸². Em resumo: enquanto liberdade e igualdade surgem como conceitos jurídicos com operabilidade técnica e função definida dentro do sistema jurídico, a fraternidade surge como uma virtude, sem dúvida, importante, mas não realizável juridicamente.

¹³⁷³ SANTOS, Wanderley Guilherme. A práxis liberal e a cidadania regulada. p. 77.

¹³⁷⁴ Outro exemplo está no fato de que na parte relativa ao direito contratual não se levou em conta o surgimento dos “contratos de adesão”, fenômeno esse analisado por Raymond Salleiles, análise essa já conhecida, à época, em nosso país (SILVA, Clóvis do Couto e. O direito brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. p. 136).

¹³⁷⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula Liberdade, Igualdade e Fraternidade: sociologicamente considerada. *Revista dos Tribunais*, Bahia, v. 35, n. 3, p. 179-181, nov.-dez. 1943.

¹³⁷⁶ GURVITCH, Georges. Democracy as social problem. *Journal of Legal and Political Sociology*, Oct. 1942 apud BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula Liberdade, Igualdade e Fraternidade: sociologicamente considerada. *Revista dos Tribunais*, Bahia, v. 35, n. 3, p. 179-181, nov.-dez. 1943. p. 180).

¹³⁷⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula Liberdade, Igualdade e Fraternidade. p. 180.

¹³⁷⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula Liberdade, Igualdade e Fraternidade. p. 180.

¹³⁷⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula Liberdade, Igualdade e Fraternidade. p. 180.

¹³⁸⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula Liberdade, Igualdade e Fraternidade. p. 180.

¹³⁸¹ BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula Liberdade, Igualdade e Fraternidade. p. 181.

¹³⁸² BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula Liberdade, Igualdade e Fraternidade. p. 181.

As “restrições” as idéias representativas dessa “dilatação do valor social do indivíduo” presente no pensamento de Beviláqua não eram compartilhadas por outro membro da Escola de Recife: Higino Cunha. Para esse o socialismo era

[...] o verdadeiro ideal da fraternidade universal em oposição ao individualismo, que é o culto de si mesmo, desviando os recursos e os meios da civilização do uso legítimo da comunidade, e applicando-os aos seus instintos e apetites, aos seus caprichos e phantasias.[...] é contra este estado social, filho do materialismo atheu e do egoísmo infrene, que se surge o socialismo, cujos progressos são evidentes por toda a parte.¹³⁸³

O socialismo defendido por Higino Cunha é fruto de uma reação ético-religiosa ao que identificava como efeitos nefastos de um individualismo exacerbado, não estando, de maneira alguma, ligado a uma visão dialética da realidade, em termos de conflito entre classes ou coisa que o valha¹³⁸⁴. Essa reação de fundo ético e religioso se explica, em parte, pela influência exercida, em nossos meios intelectuais da época, pela reação francesa ao marxismo¹³⁸⁵, qual seja o “socialismo humanista” de Proudhon, Blanqui, Louis Blanc, Jaurès, Blum, Ramadier, que culminará, bem mais adiante, na capitulação keynesiana de André Philipe e Mendès-France¹³⁸⁶.

Porém nem a posição de Beviláqua nem a de Cunha será a que irá frutificar, mas sim uma posição intermediária, conciliadora, antecipadora das teorias nacionais justificadoras do intervencionismo estatal na década de 30, já esboçada, anteriormente a ambos, por Artur Orlando.

Com relação a Artur Orlando, temos que ao seu interesse pela exuberância do desenvolvimento capitalista norte-americano somava-se o interesse pelo socialismo enquanto doutrina. Segundo Vamireh Chacon, a luta evolucionista não podia aos olhos sentimentais de

¹³⁸³ CUNHA, Higino. *O idealismo filosófico e o ideal artístico*. Teresina: Imprensa Oficial, 1912-1913, apud CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 180-181.

¹³⁸⁴ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 181.

¹³⁸⁵ Na opinião de Vamireh Chacon “nos países ainda satélites culturais da França, como o são economicamente doutros mais fortes, e de tendência católica, ao modo do Brasil, pretende-se amaciar Karl Marx com Leuret e ‘Economia e Humanismo’, Teilhard de Chardin, Mounier e Esprit, padres-operários, Jesuitismo de Bigo e Calvez, Ação Popular, Abbé Pierre, etc.” (CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 183).

¹³⁸⁶ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 183.

Artur Orlando “exceder o ‘homo lupus homini’, remontando a Hobbes; tinha de ser adoçada pela Fraternidade, muito brasileiramente”¹³⁸⁷.

Para Artur Orlando, o socialismo não pretenderia a supressão da propriedade privada, nem mesmo sua substituição pela coletiva, afirmando ser sua idéia capital

[...] a de uma justiça distributiva, de uma organização social, em que as capacidades e as necessidades de cada individuo são tomadas em consideração e accordo com o bem-estar geral da sociedade. Também o socialismo não elimina a iniciativa individual, nem se apóia exclusivamente sobre a acção do Estado, embora este possa e deva intervir com sua influencia moderada e impulsionadora.¹³⁸⁸

Para Chacon, a idéia de um “Estado ‘moderador e impulsionador’, presente em Artur Orlando, aproximava-o da posição keynesiana em voga no momento em que o primeiro escrevia (1969), posição essa que Chacon afirmava ser “preferida pelos Partidos socialistas da Alemanha Ocidental, França, Itália, Bélgica, Holanda, Escandinávia e pelos Partidos trabalhistas da Comunidade britânica, em prejuízo das teses marxistas iniciais, com seus corolários leninistas”. Essa posição teria sido precedida pelo chamado ‘Socialismo de Cátedra’, pregado por Schmoller e adeptos entre os quais, Artur Orlando chegou a se incluir¹³⁸⁹, além de se mostrar “influenciado também pelas propostas comteanas de ‘incorporação do proletariado na sociedade’ ao citar o ‘precioso livro’ *Higiene social contra o Pauperismo*”¹³⁹⁰.

Artur Orlando confiava como instrumento dessa reforma social no que denominava de “Direito Econômico” ou “Economia Jurídica”, “apelando para a intervenção estatal no sentido de completar a iniciativa privada, e não substituí-la, quase ao modo pregado por Schmoller, no seu tempo e a quem êle cita, e por Keynes, anos depois”¹³⁹¹.

É possível perceber, portanto, nas idéias de Artur Orlando, indícios da influência do pensamento do “socialismo de cátedra” expresso pela defesa imprecisa de um “intervencionismo estatal”. A adoção, por Artur Orlando, de idéias originárias do “socialismo

¹³⁸⁷ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 103.

¹³⁸⁸ ORLANDO, Artur. *Propedêutica Político-Jurídica*. Recife: Tip. J. B. Edelbrock, 1904. p. 135-140 apud CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p.103-104.

¹³⁸⁹ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 104.

¹³⁹⁰ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 113.

¹³⁹¹ CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 112.

de cátedra” acabou resultando na antevisão da necessidade de uma legislação trabalhista, enquanto tentativa de estabelecimento de um Estado mediador, corolário do Estado intervencionista-impulsionador da economia e realizador de reformas pacíficas sem ataques à propriedade individual¹³⁹².

Na mesma época também um socialismo eclético que possuía notas krausistas, bem como influências da Doutrina Social da Igreja e do “Socialismo de Cátedra”, de molde conciliador e reformista é defendido por alguns dos professores da Faculdade de Direito de São Paulo; tendo se desenvolvido como “um dos frutos do crescimento econômico paulista, acelerado, no fim do Império, pela imigração estrangeira, ascensão do café e abalo maior da Abolição da escravatura noutras regiões”¹³⁹³; esse socialismo começa pouco a pouco a fazer eco no Brasil.

Exemplo desse socialismo encontra-se em Dario Sebastião de Oliveira Ribeiro. Esse autor prevenia que o uso de teorias sociais radicais produziria mais malefícios do que benefícios: “Não é com essas theorias exageradas, que o senso commum repelle como inexequíveis no estado actual da sociedade, que esta será economicamente melhorada, o mal é grande e tão grande que si fosse possível fazer uma reforma radical como resultado viria a anarchia”¹³⁹⁴.

Oliveira Ribeiro critica o “espírito exagerado de MARX” que teria deixado “os germens de uma theoria subversiva que os seus discípulos mais exageram”¹³⁹⁵, ao mesmo tempo que elogia o “socialismo catholico”¹³⁹⁶ enquanto espécie de “socialismo conservador”¹³⁹⁷ que prega a intervenção corretiva do Estado na organização econômica do trabalho: “[...] o socialismo catholico preconiza essa intervenção compreendendo que é preciso equilibrar as forças dos opprimidos e fracos ás forças dos fortes para poderem lutar, repellindo assim a escola socialista que pretende o nome de darwiniana”¹³⁹⁸.

Além do “socialismo católico” Oliveira Ribeiro opõe ao “exagero socialista marxista” o denominado “socialismo de cátedra” (*Kathedersocialist*). Dentre os autores que representam

¹³⁹² ORLANDO, Artur. *Propedêutica Político-Jurídica*. p. 199-200 apud CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p.106.

¹³⁹³ CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. p. 150.

¹³⁹⁴ RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. 1897. Dissertação - Faculdade de Direito de São Paulo. p. 49.

¹³⁹⁵ RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. p. 50-51.

¹³⁹⁶ RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. p. 50.

¹³⁹⁷ RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. p. 51.

¹³⁹⁸ RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. p. 51.

essa escola destaca Schmoller e assevera tratar-se do “mais moderado entre os moderados”¹³⁹⁹ – ao afirmar que os partidários desse último não são “exagerados como os socialistas de outras escolas; querem a intervenção do Estado na produção e distribuição das riquezas, não como uma coacção á liberdade, mas como meio regenerador da Justiça e do equilíbrio econômico”¹⁴⁰⁰, advogam a intervenção não para modificar radicalmente as leis civis, sobretudo as referentes à propriedade e à herança, mas “para proteger os fracos e lutar com as conseqüências desastrosas do regimen industrial”¹⁴⁰¹.

Advoga Oliveira Ribeiro, a intervenção do Estado somente para a realização de reformas parciais, uma vez que “as reformas radicaes apresentadas não servem, porque a sua victoria é a completa desorganização da ordem social”. Entende “que as reformas parciaes estabelecidas e firmadas pelo Estado produzirão o seu effeito melhorando o estado social”¹⁴⁰². Por isso, na opinião de Vamireh Chacon, Dario Sebastião de Oliveira Ribeiro compreende o socialismo – defendido, principalmente na obra *O Socialismo* –, como resultante da adaptação da chamada escola socialista de cátedra (*Kathedersocialist*) ao socialismo krausista e à Doutrina Social da Igreja¹⁴⁰³. Mas se a obra de Oliveira Ribeiro pode ser compreendida como sendo o resultado de uma conexão entre socialismo krausista e socialismo de cátedra na qual se destaca mais o primeiro¹⁴⁰⁴, é a obra de Pedro Lessa aquela que irá Chacon dar maior ênfase¹⁴⁰⁵.

Embora Pedro Lessa fosse um adversário do positivismo ortodoxo¹⁴⁰⁶, junto com João Mendes Júnior (ambos professores da Faculdade de Direito de São Paulo e depois Ministros do Supremo Tribunal Federal), inseria-se naquele movimento que se denominou pomposamente “Escola Científica do Direito”. Este movimento, na realidade, constituía expressão particular da “filosofia positiva”, no sentido amplo deste termo, numa composição eclética de princípios e métodos de A. Comte, H. Spencer, Stuart Mill, Ardigò etc, sob a

¹³⁹⁹ RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. p. 60.

¹⁴⁰⁰ RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. p. 59-60.

¹⁴⁰¹ RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. p. 60.

¹⁴⁰² RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. p. 64.

¹⁴⁰³ CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. p. 150.

¹⁴⁰⁴ Na obra de Oliveira Ribeiro, Chacon encontra uma possível conexão entre o socialismo krausista e o socialismo de cátedra, associados por Oliveira Ribeiro à Doutrina Social da Igreja. Para Chacon, caberia a São Paulo o pioneirismo desta forma de socialismo no Brasil, como a Pernambuco houvera cabido antes a precedência do socialismo utópico dos “quarante-huitards” (CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. p. 216).

¹⁴⁰⁵ CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. p. 217.

¹⁴⁰⁶ Segundo Ubiratan Macedo, “ao morrerem em 78 João Teodoro e em 83 Galvão Bueno, dissolve-se esta interessante tentativa de aclimatar a metafísica alemã em nossas terras, deixando uma ligeira influência em Pedro Lessa, contribuindo para sua independência e espírito crítico face ao positivismo da época.” (MACEDO, Ubiratan Borges de. *A liberdade no Império*. p. 143).

crecente influência dos estudos sociológicos e antropológicos, movimento esse que disseminou, no trato com o fenômeno jurídico, uma atitude “científico-positiva” que prevaleceu no pensamento jurídico brasileiro até a década de 30¹⁴⁰⁷.

Pedro Lessa, em suas próprias palavras, evidencia uma atitude distante das doutrinas metafísicas, buscando explicar o fenômeno jurídico a partir da observação dos fatos:

Durante todo o tempo em que professei a filosofia do direito na Faculdade de São Paulo, uma idéia capital dominou o meu espírito: não tendo podido jamais compreender, desde os primeiros anos do meu tirocínio acadêmico, a confusão do direito com a religião, que faziam as escolas muito em voga naquela época, nem a vaga, balofa e incolor explicação do direito, contida nas doutrinas metafísicas, dentre as quais a mais propagada em nosso país era então a de Krause, exposta por Ahrens, esforcei-me sempre por estudar esse fenômeno social pelos mesmos processos lógicos, pelo mesmo método, composto exclusivamente da indução e da dedução, por que se estudam os fenômenos do domínio das outras ciências, sociais e inferiores”¹⁴⁰⁸

Preocupava-se Pedro Lessa, porém, com o fato de que, mesmo com o surgimento e desenvolvimento de uma atitude mais científica e objetiva no estudo do fenômeno jurídico, ainda havia a persistência de um conceito subjetivo de Direito, o conceito kantiano:

Tanto se divulgou essa idéia do direito, e tanto se radicou no espírito dos filósofos e dos juristas, que o próprio Spencer, embora tenha traçado os lineamentos fundamentais da teoria científica da moral e do direito, não logrou subtrair-se em tudo à corrente dominante, e, inspirando-se evidentemente em Kant, assim formulou o seu conceito do direito: “*Every man is free to do that which he wills, provided he infringes not the equal freedom of any other man*”. Ainda é na coordenação das liberdades que consiste o direito¹⁴⁰⁹

Acreditava o professor paulista que esse conceito era por demais restrito, uma vez que somente pressupunha como fundamento do direito o valor da liberdade individual, ou seja, identificava no Direito apenas uma forma de “limitação de liberdades”, de imposição de deveres limitadores da liberdade, deveres negativos; essa visão reduzida do fenômeno jurídico acreditava poder complementar com a idéia de que o Direito surge em normas que pretendem “coordenar as liberdades” buscando estabelecer e garantir de forma igualitária “*à sociedade e aos seus membros as condições de vida e desenvolvimento*”.¹⁴¹⁰

¹⁴⁰⁷ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 13-14.

¹⁴⁰⁸ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*.

¹⁴⁰⁹ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 94.

¹⁴¹⁰ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 95. Grifo do autor.

Para Pedro Lessa foi somente a falta de uma noção exata da “igualdade antropológica”, o fato da inexistência de um “conceito verdadeiro, seguro e divulgado” relativamente “*a igualdade dos atributos fundamentais da natureza humana*”, que permitiu se tolerasse uma organização política e civil em que privilegiava uns membros da sociedade em detrimento de outros, garantindo a uns poucos as condições necessárias ao seu desenvolvimento e negando aos demais o indispensável para a simples sobrevivência¹⁴¹¹.

A assunção pelo referido autor da premissa de que essa igualdade era imposta por constatação antropológica fundada cientificamente¹⁴¹², levava-o à conclusão de que a formulação das normas jurídicas não poderia ser uma tarefa do empirismo, mas a resultante de um trabalho científico¹⁴¹³: “Depois de sabermos que antropológicamente os homens são todos iguais, que em todos há os mesmos atributos fundamentais, somáticos e psíquicos, como poderemos admitir a desigualdade jurídica?”¹⁴¹⁴.

Não admitir a desigualdade levava Pedro Lessa a se aproximar de algumas aspirações socialistas que acreditava serem “fatalmente concretizadas em leis”¹⁴¹⁵. Tal não ocorreria por outra razão senão o fato de que “não há um só homem de coração bem formado, que não se sinta confrangido ao contemplar o doloroso quadro oferecido pelas sociedades actuaes com a sua moral mercantil egoística”¹⁴¹⁶. Porém ao mesmo tempo que acreditava nesse triunfo, vaticinando-o infalível e necessário, agregava que seria “parcial” e que “surgiria um problema” *in verbis*:

[...] conciliar os princípios da egualdade e da justiça com o da utilidade, [para] que, mitigados os males econômicos do proletariado, se não suprimam os estímulos egoísticos da produção, o que seria supprimir o

¹⁴¹¹ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 96.

¹⁴¹² “O direito não é um produto *natural*, sujeito a uma evolução idêntica à assinalada por Darwin nas ciências naturais. O direito positivo é um conjunto de regras, que se formulam – tendo como critérios certas verdades gerais, as leis que se descobrem pelo estudo da sociedade e da natureza humana, isto é, conhecimentos científicos.” (LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 297).

¹⁴¹³ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 349. Pedro Lessa chega afirmar que após as obras “Bases da moral” e “Justiça” ambas de Spencer não mais seria permitido negar a existência de uma teoria científica tanto da moral como do direito (LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 80).

¹⁴¹⁴ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 345-346.

¹⁴¹⁵ LESSA, Pedro. O Direito no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. VIII, 1900. p. 206.

¹⁴¹⁶ LESSA, Pedro. O Direito no século XIX. p. 206.

progresso da espécie humana, pois não ha desenvolvimento intellectual e moral sem certas condições de bem-estar material.¹⁴¹⁷

O *socialismo de cátedra*, com o qual tinha contato por intermédio da obra de Gide¹⁴¹⁸, parece surgir no pensamento do professor paulista como a forma de conciliar os princípios da igualdade e liberdade¹⁴¹⁹.

Entre os mais modernos e aplaudidos cultores da Economia Política atualmente não é a escola liberal, nem a socialista, a mais em voga. Predomina a escola *histórica, realista* ou *socialista da cátedra*, cujos adeptos mais inclinados a dilatar a ação do Estado tomam o nome de *socialistas d'Estado*. Na Alemanha tem essa escola representantes da estatura de Schmoller e Wagner.¹⁴²⁰

É com base em opinião de Schmoller que defenderá a limitação, pelo direito, da liberdade de atuação econômica, como fica claro na passagem em que afirma que “nada mais natural do que a conclusão do sábio economista” que, em contraposição à organização da economia em termos individualistas, “preconiza a necessidade de, ainda por amor à justiça, não deixar sem limites a liberdade de que, no combate econômico dos fortes contra os fracos, podem aqueles utilizar-se para oprimir os últimos”¹⁴²¹.

Pedro Lessa referendava Gide e pensava encontrar essa conciliação através do estabelecimento de um “Direito Social”: **“Cumprir descobrir um termo de conciliação. Tal é precisamente o objeto da economia social e do direito social, que se esforçam por harmonizar por meio de justas concessões o princípio social e o princípio individual”**¹⁴²².

Nessa passagem, Pedro Lessa mostra um exemplo do “pensamento eclético-conciliador” brasileiro, também manifestado nas idéias de seu contemporâneo, Reynaldo Porchat.

¹⁴¹⁷ LESSA, Pedro. O Direito no século XIX. p. 206.

¹⁴¹⁸ GIDE. *Principes d'Economie Politique* apud LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 103, 105-107, 109.

¹⁴¹⁹ A influência dos autores dessa corrente pode ser percebida também quando do tratamento que Pedro Lessa dá as relações entre direito e política, onde cita obra de Schäffle em tradução para o italiano (“Struttura e vita del Corpo Sociale”) e opinião de De Mohl quando da conceituação de política (LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 113-114).

¹⁴²⁰ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 105.

¹⁴²¹ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 110.

¹⁴²² GIDE. *Principes d'Economie Politique*. v.1, p. 29 apud LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 105. Grifo nosso.

Reynaldo Porchat¹⁴²³, ao analisar a proximidade de certas conclusões obtidas pelos defensores de Comte e de Kant, afirma que é dessa situação que surge à época, nos domínios do que denomina “filosofia social”, a “escola crítica conciliadora” na qual os membros, sem limitar-se ao ecletismo materialista de Cousin, esforçam-se por realizar uma sistematização de conhecimentos por meio do que acreditavam ser uma seleção científica de verdades e princípios. Daí porque tanto Pedro Lessa, mais ligado ao positivismo, quanto João Mendes Júnior, tributário à tradição escolástica “a despeito das brilhantes lutas em que por vezes pelejaram brandindo talento e saber estavam sempre ligados por um substratum philosophico que a ambos ensinava, como se fossem da mesma escola, a mesma idéia e o mesmo sentimento do direito e da justiça”¹⁴²⁴.

Se no que diz respeito a Pedro Lessa constata-se uma simpatia ao socialismo, que se revela no que restou denominado de *positivismo ilustrado*¹⁴²⁵, há ainda também que registrar a presença, dentre as doutrinas conciliatórias e ecléticas, do *Socialismo Harmônico* de Braz de Souza Arruda, uma tentativa de conciliar o Krausismo, o Socialismo de Cátedra e a Doutrina Social da Igreja com o Evolucionismo¹⁴²⁶.

Se, de acordo com Antonio Paim, é verdade que o pensamento liberal-social vigente ao longo da República Velha tinha um compromisso, pelo menos declarado, com a democracia representativa, e na verdade a entendia “como uma espécie de desdobramento natural do liberalismo”¹⁴²⁷, é igualmente verdade que durante esse período a combinação, a conciliação entre “um liberalismo elitista e as teorias evolucionistas” levou a um Estado centralizador que privilegiava certos interesses marcadamente regionais, através de um autoritarismo eleitoral e de um elitismo do governo¹⁴²⁸, que sempre receou identificar representação e interesse e sempre supôs que “pudesse a República ser proclamada como governo de todo o povo, destinando-se as eleições ao simples encontro da média das opiniões”¹⁴²⁹.

¹⁴²³ PORCHAT, Reynaldo. O pensamento philosophico no primeiro século da academia. p. 371.

¹⁴²⁴ LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. p. 372.

¹⁴²⁵ PAIM, Antonio. *História do Liberalismo brasileiro*. São Paulo: Ed. Mandarim, Instituto Tancredo Neves, 1998. p. 158.

¹⁴²⁶ ARRUDA, Braz de Souza. O Socialismo harmônico e a questão social. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XXIII, 1926. p. 14-19, 22, 23, 10.

¹⁴²⁷ PAIM, Antonio. *História do Liberalismo brasileiro*. p. 157, 165.

¹⁴²⁸ SCHWARZ, Lila Moritz. *O espetáculo das raças*. p. 182, p. 265.

¹⁴²⁹ PAIM, Antonio. *História do Liberalismo brasileiro*. p. 162.

Porém, se no início os defensores desse pensamento liberal estiveram preocupados com a questão social – nunca desvinculada da questão policial, pois a noção de liberdade sempre esteve condicionada, no Brasil, a noção de ordem, reconhecendo-se também no modelo paulista o influxo de um liberalismo conservador, nos moldes do presente na reação posterior à Revolução Francesa¹⁴³⁰ –, envolvendo-se inclusive na luta por uma legislação social, acabaram por permitir, no final da República Velha, que as bandeiras do intervencionismo e da reforma social ficassem em mãos dos agrupamentos responsáveis pela Revolução de 30¹⁴³¹.

João Braz de Oliveira Arruda é um dos representantes desse pensamento liberal-social presente na República Velha¹⁴³². Sucedendo em 1911 a Pedro Lessa na cátedra de Filosofia do Direito da Faculdade de São Paulo – após breve interregno de dois anos em que a cátedra foi regida por Veiga Filho –, não se desvia, no essencial, da orientação jus-filosófica de seu antecessor¹⁴³³, embora não nutra como o antecessor simpatias pelas teorias socialistas¹⁴³⁴.

Na obra “Filosofia do Direito”, João Arruda afirma, quanto à importância do krausismo em São Paulo, que havia de

[...] dar a glória a Krause, a Ahrens, a aos seus sequazes de haverem modificado as doutrinas de Kant, aceitando o elemento racional e o empírico que formavam a escola harmônica, a qual tanto tempo dominou na Filosofia do Direito. [...] Essas doutrinas influíram profundamente nos compêndios de Ferrer e nas exposições de Dias Ferreira, que foram os oráculos do Direito Natural desta Academia até a época em que o meu mestre João Teodoro adotou para compêndios os seus ‘Princípios Transcendentais de Direito’, vazados nos moldes de Krause, embora com grandes modificações.¹⁴³⁵

Afirma João Arruda que sua escola “é a escola positiva, que outros denominam científica, é a escola da evolução, e é a escola do darwinismo moderado”¹⁴³⁶. Podemos concluir que decorrência desse evolucionismo, desse “darwinismo moderado”, está na defesa que faz da necessidade de reformas sucessivas e contínuas¹⁴³⁷, pois “não há motivo para se precipitar a

¹⁴³⁰ NOGUEIRA, Almeida. *A Academia de São Paulo: tradições e reminiscências*. São Paulo: Saraiva, 1977. p.67.

¹⁴³¹ PAIM, Antonio. *História do Liberalismo brasileiro*. p. 163.

¹⁴³² PAIM, Antonio. *História do Liberalismo brasileiro*. p. 157.

¹⁴³³ MACHADO NETO, A. L. *História das idéias jurídicas no Brasil*. p. 183.

¹⁴³⁴ PAIM, Antonio. *História do Liberalismo brasileiro*. p. 158.

¹⁴³⁵ ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. 3.ed. São Paulo: USP, 1949. v.1. p. 103.

¹⁴³⁶ ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. p. 219.

¹⁴³⁷ ARRUDA, João. *Do Regimen Democrático*. 2. ed. São Paulo: USP, 1949. p. 130.

transformação social, dando-lhe o cunho de revolução, deixado o de evolução”¹⁴³⁸; desse modo, “em vez de traçar um *plano geral de reforma*, devem as pessoas que se interessam pelo bem estar da humanidade procurar *reformas parciais*, para a consecução do alvo do socialismo, que é diminuir a diferença entre a sorte dos homens”¹⁴³⁹.

No prefácio à segunda edição de sua obra “Do Regimen Democrático” avisa que:

[...] o que se vae ler não passa de um apanhado das obras de Stuart Mill, Spencer, Montesquieu, Laboulaye, Novicow e outros espíritos liberaes. Sou da escola liberal, ou melhor *ultra liberal*, que, de nenhum modo, se pode confundir com a dos anarchistas ou nihilistas. Não adopto nenhum dos conceitos de Bakounine. O que defendo, quanto à organização política, é o que está consagrado como legal nos Estados Unidos, na Hollanda, na Noruega, em vários cantões da Suissa [...]”¹⁴⁴⁰

Segundo palavras do próprio autor, sua empresa é dar forma própria para a divulgação, para a vulgarização das boas idéias que encontrava inscritas “na obras primas, pouco lidas, de Stuart Mill, Montesquieu, Jellinek, Duguit, Spencer [...]”¹⁴⁴¹.

Embora “ultraliberal”, acredita, influenciado pelo comtismo¹⁴⁴², que “há no Direito uma solidariedade, como existe a solidariedade entre os interesses do particular e os interesses da sociedade: há aquilo que, [...], foi chamado por Augusto Comte o *consensus*”¹⁴⁴³. Daí porque pode-se compreender que defendesse a idéia (para ele uma variante da defendida por Adam Smith) de que “deve o Estado fazer tudo quanto se mostrar o individuo incapaz de levar a termo”¹⁴⁴⁴. Esse interesse da sociedade, ao que parece, em João Arruda está delineado em termos próximos aos do interesse da classe média, da pequena burguesia paulista. Sua preocupação com os possíveis efeitos desequilibradores das reformas projetadas e introduzidas visando simplesmente o atendimento dos interesses do operariado se dá porque a melhoria da condição do operário naquele período não teria vindo da “*sobra do opulento*”,

¹⁴³⁸ ARRUDA, João. *Do Regimen Democratico*. p. 130.

¹⁴³⁹ ARRUDA, João. *Do Regimen Democratico*. p. 132.

¹⁴⁴⁰ ARRUDA, João. *Do Regimen Democratico*. p. 4.

¹⁴⁴¹ ARRUDA, João. *Do Regimen Democratico*. p. 12.

¹⁴⁴² Observe-se que “na verdade, da divisa revolucionária ‘liberdade, igualdade, fraternidade’, Comte só incorporava a fraternidade, que lhe parecia a única compatível com a ordem.” (PICKERING, Mary. Augusto Comte e a esfera pública de Habermas. In: Trindade, Hégio (org.). *O Positivismo – teoria e prática*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1999. p. 67).

¹⁴⁴³ ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. p. 462.

¹⁴⁴⁴ ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. p. 127.

mas da “*migalha tirada* da classe imediatamente superior: sofreu a classe representada pelos empregados no commercio, nos escriptorios dos industriaes e nas repartições publicas”¹⁴⁴⁵.

De acordo com Antonio Paim, a obra de João Arruda padece das mesmas limitações de todo o liberalismo republicano do período, qual sejam a incapacidade de perceber a importância do papel a ser desempenhado pelo Estado e de entender a verdadeira magnitude da questão social¹⁴⁴⁶, tanto que, em artigo intitulado “Democracia e liberalismo”, afirmava que a “regulamentação é synonymo de despotismo na vida pratica. Liberalismo é synonymo de democracia, mas só pelo aspecto pratico”¹⁴⁴⁷.

O mesmo João Arruda, em artigo intitulado “Indigência e Socorros”¹⁴⁴⁸, ao tratar do problema dos socorros públicos à indigência tranquiliza seus leitores: “Não se pense que ha, na luta pelos auxílios aos pobres, o mais leve ataque às idéas conservadoras da actual sociedade”¹⁴⁴⁹.

Nesse texto, a expressão “solidariedade social” surge associada com as atividades realizadas por instituições como asilos para velhos¹⁴⁵⁰. Para o autor, o primeiro país em “socorros públicos” é a França e o segundo a Alemanha¹⁴⁵¹. Como forma de combate à indigência sugere a adoção da proposta de um desembargador, Clementino Castro, qual seja a organização de grêmios de auxílio por classes, sob o argumento de que os chefes de uma classe estariam em muito melhores condições para conhecer “os verdadeiros necessitados do que os philanthropos que distribuem socorros à massa geral dos indigentes: estes tratam com um grande numero, aquelles com limitadissimo grupo”¹⁴⁵².

Ligada à questão da solidariedade social também está o “grande vulto” da responsabilidade objetiva na França, Marcel Planiol, que João Arruda associa com o crescimento do movimento socialista naquele país, sendo aquele consequência desse¹⁴⁵³. Assevera, com base

¹⁴⁴⁵ ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. p. 141-142.

¹⁴⁴⁶ PAIM, Antonio. *História do Liberalismo brasileiro*. p. 162.

¹⁴⁴⁷ ARRUDA, João. Democracia e liberalismo. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v.XXV, p. 352-358, 1929. p. 358.

¹⁴⁴⁸ ARRUDA, João. Indigência e socorros. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v.XXIII, p. 247-252, 1927.

¹⁴⁴⁹ ARRUDA, João. Indigência e socorros. p. 253.

¹⁴⁵⁰ ARRUDA, João. Indigência e socorros. p. 254.

¹⁴⁵¹ ARRUDA, João. Indigência e socorros. p. 255.

¹⁴⁵² ARRUDA, João. Indigência e socorros. p. 258.

¹⁴⁵³ ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. p. 403.

em Planiol¹⁴⁵⁴, que as idéias de “risco do negócio”, “risco profissional” e “responsabilidade objetiva” são distintas da verdadeira “responsabilidade” que seria sempre subjetiva¹⁴⁵⁵:

Não há responsabilidade objetiva, há o *risco do negócio*, há uma percentagem de indenização que deve ser levado à conta dos prejuízos da empresa. E tanto não há uma responsabilidade propriamente, que pode suceder não ser o empresário quem pague a indenização pelo fato acontecido a certos e determinados empregados seus: êle pode ficar única e exclusivamente responsável pelo risco, em abstrato. Temos a responsabilidade pelo risco em abstrato, eximindo-se o patrão de pagar êste ou aquele sinistro, quando a empresa concorre com uma certa quantia em forma de taxa para o Estado, ou em forma de prêmio para uma companhia de seguros, ou ainda em forma de prêmio ou contribuição para um sindicato.¹⁴⁵⁶

Se é possível afirmar do socialismo de cátedra brasileiro que esse, na prática, se diluiu num “vago intervencionismo”¹⁴⁵⁷, o mesmo também pode ser dito do liberalismo social brasileiro, ou seja, ambos conjuntos de idéias comungam de uma vagueza e de um ecletismo em suas proposições basilares que acabaram por se conciliar na prática intervencionista do Estado brasileiro.

Dessa forma a atuação do Estado brasileiro acabou sendo tímida no que diz respeito à concretização de direitos sociais. Tal pode ser detectado, por exemplo, no fato de que legislações sociais de importância fundamental como as relativas a acidentes de transporte e acidentes de trabalho acabaram sendo compreendidas apenas como instrumentos de solução de conflitos individuais, ou seja, com uma instância de mediação do conflito entre as estradas de ferro e seus usuários, além dos proprietários lindeiros; dos patrões e seus empregados¹⁴⁵⁸. Abordava-se o acidente como um risco exclusivo das pessoas envolvidas pela atividade empresarial (patrões, empregados, usuários, etc.), mas não como um risco social, ou seja, um

¹⁴⁵⁴ ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. p. 404.

¹⁴⁵⁵ ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. p. 403.

¹⁴⁵⁶ ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. p. 403-404.

¹⁴⁵⁷ CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. p. 151.

¹⁴⁵⁸ Se tomada como exemplo a famosa lei Eloy Chaves (Decreto Lei 4682 de 24 de janeiro de 1923) que instituiu a Caixa de Aposentadoria e Pensão dos Ferroviários, vê-se que esse formato de caixas de aposentadoria e pensão, posteriormente adotado por inúmeros outros setores econômicos, tinha como pressuposto a celebração de um contrato através do qual empresa e empregados comprometiam-se a garantir o sustento do empregado atual, em determinado momento no futuro, em troca de parcela da renda deste, no presente. Formava-se um crédito do empregado em relação à empresa, e não um direito social inerente a todo e qualquer membro comunidade política, ou seja, “não se tratava de um direito de cidadania, inerente a todos os membros da uma *comunidade*, quando não mais em condições de participar do processo de acumulação, mas de um compromisso a rigor privado entre os membros de uma sociedade – a empresa, seus proprietários e seus empregados.” (SANTOS, Wanderley Guilherme. *A práxis liberal e a cidadania regulada*. p. 79).

problema de toda a sociedade¹⁴⁵⁹, o que somente irá ocorrer alguns anos depois, como veremos mais adiante.

4.4 O discurso acerca da socialidade após a Revolução de 1930: para um Estado Novo uma nova solidariedade?

Com a revolução de 30, a questão social deixa de ser uma questão preponderantemente ilegal e subversiva, tratada no interior dos aparelhos repressivos do Estado, e passa a ser um problema fundamental para equacionar a situação do crescimento e desenvolvimento econômico e da estabilidade política, absorvendo, portanto a atenção de todo o aparelho Estatal.

Pontes de Miranda, já em 1928, compartilhava da opinião conforme a qual caberia ao aparato estatal estabelecer as bases para o avanço social; entedia que “apriorismo da Revolução francesa, positivismo de August Comte, plutocratismo liberalista, grandes haveres fundiários de associações, tudo isto concorre para o entrave da evolução econômica do país e, principalmente, do Estado”. Daí o motivo pelo qual acreditava que em nenhuma nação senão a nossa seria mais oportuna “a difusão da concepção do socialismo de Estado, a fim de que, por intermédio dela, viessem as medidas eugênicas, a instrução pública obrigatória, o serviço militar geral associado a serviço do Estado (estradas de ferro, estradas de rodagem, etc.)”¹⁴⁶⁰.

Para Oliveira Viana, coube à Revolução de 30 o mérito “de elevar a questão social à dignidade de um problema fundamental do Estado e dar-lhe um conjunto de leis, em cujos preceitos domina, com um profundo senso de justiça social, um alto espírito de harmonia e colaboração”¹⁴⁶¹; segundo o referido autor, o Estado na sua função moral¹⁴⁶² e primordial de

¹⁴⁵⁹ Essa observação é feita por Wanderley Guilherme dos Santos (SANTOS, Wanderley Guilherme. *A práxis liberal e a cidadania regulada*. p. 78) em vista da questão envolvendo os acidentes de trabalho, mas parece não existir empecilho algum para estendê-la à questão do transporte público de passageiros.

¹⁴⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. p. 447.

¹⁴⁶¹ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social: o problema da incorporação do trabalhador no Estado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1951. p. 11.

¹⁴⁶² Moral, pois para ele a questão social, no Brasil, não surgia como “um problema decorrente da luta aberta entre o patronato e a classe trabalhadora, mas, como um imperativo puramente moral, que se impôs à consciência dos responsáveis pela direção do país desde 1930” (VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 114). Essa perspectiva era compartilhada por outros sujeitos, tais como alguns representantes classistas dos empregadores na Assembléia Constituinte de 1933, os quais “viam a legislação social sob a óptica do estabelecimento de medidas de solidariedade humana, tendo o Estado um

realizar uma nova organização social deveria cumprir alguns objetivos, quais sejam: a alteração da mentalidade do patronato e do proletariado, a criação de um ambiente “material e social próprio a fazer ressurgir e desenvolver, na consciência do trabalhador, o sentimento da sua dignidade humana e da sua elevação social”, a organização social da classe trabalhadora, e implementação de uma moderna atividade assistencial¹⁴⁶³.

Segundo Oliveira Viana, ecoando concepções que encontramos em Bourgeois e mesmo Comte, o pagamento pelo empregador do salário ao empregado, ainda que feito de forma regular e conforme os parâmetros fixados, não saldava inteiramente o débito daquele para com o trabalhador em razão da colaboração desse para a concretização dos objetivos da empresa. Daí porque caberia ao empresário “desobrigar-se por outros meios do restante de sua dívida sagrada”¹⁴⁶⁴. Isso se daria com a organização pelo Estado de um sistema que permitisse a concretização desses deveres de solidariedade e de fraternidade que Oliveira Viana entendia terem os patrões para com os empregados, pois a simples caridade privada produziria apenas o “socorro aleatório de uma assistência insuficiente”¹⁴⁶⁵. Por isso, entendia ser necessário passar-se “das prestações de favor para as prestações de direito”¹⁴⁶⁶, afirmando: “Toda tendência do direito social moderno é no sentido de transformar a filantropia dos patrões, expressa nestes ‘serviços’ ou ‘obras sociais’, em direitos do trabalhador ou operário, exigíveis dos patrões como uma obrigação legal por eles devida – e não mais como favores ou caridades”¹⁴⁶⁷.

Se o espírito para animar essa política social Oliveira Viana vai buscar na Idade Média – momento onde, segundo ele, o sentimento de solidariedade e colaboração envolvia patrões e empregados numa atmosfera de fraternidade¹⁴⁶⁸, referindo também a importância da doutrina social da Igreja também como fonte de inspiração¹⁴⁶⁹ –, o mecanismo para sua implementação

papel reparador, quase criativo. A política social surgia de interferência da moral nas relações econômicas até então dominadas por um individualismo desumano; sua finalidade era de natureza espiritual.[...] A legislação social era colocada como uma iniciativa de caráter quase religioso, doada a elementos extremamente desprotegidos da sorte, por elites esclarecidas.” (GOMES, Ângela Maria de Castro. *Burguesia e trabalho: política e legislação social no Brasil: 1917-1937*. Rio de Janeiro: Campus, 1974. p. 294-295 apud WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1989. p. 109).

¹⁴⁶³ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 34-49.

¹⁴⁶⁴ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 23.

¹⁴⁶⁵ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 24.

¹⁴⁶⁶ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 50.

¹⁴⁶⁷ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 141.

¹⁴⁶⁸ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 31, 107, 110.

¹⁴⁶⁹ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 30.

será a organização sindical compreendida mais como uma técnica de organização social do que como uma técnica de organização profissional¹⁴⁷⁰. Daí o motivo dos sindicatos constituírem para ele um capítulo importante no enfrentamento do problema da deficiente solidariedade social do povo brasileiro¹⁴⁷¹. Afirmava que: “Estas instituições sindicais são verdadeiras escolas de educação moral e de educação cívica; quero dizer – de educação do homem brasileiro no sentimento da solidariedade social, na compreensão do interesse coletivo, na consciência do bem comum das suas respectivas profissões”¹⁴⁷².

Tem início, assim, com a atuação do aparato estatal brasileiro após 1930, uma tentativa de transformação da sociedade brasileira através da concretização de um projeto de “modernização conservadora”¹⁴⁷³, conduzido pelo alto, isto é, através da promoção estatal de um amplo programa econômico-social, construído estrategicamente sobre medidas legislativas que reconheciam e sistematizava um conjunto de direitos sociais¹⁴⁷⁴.

Identificando no positivismo brasileiro um discurso antiliberal, afirma Bosi que esse “enxerto ideológico de longa duração” acabou por vingar “na mente dos nossos homens de Estado”

¹⁴⁷⁰ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 82.

¹⁴⁷¹ VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 78.

¹⁴⁷² VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social*. p. 85.

¹⁴⁷³ A expressão é aqui usada para indicar um projeto de modernização dependente da atividade estatal; há aqui uma similitude com o uso que se dá à mesma quando do uso da expressão “socialismo conservador”: Para Ludwig Von Mises socialismo estatal ou socialismo conservador quer significar uma sociedade na qual ‘a administração da propriedade é reservada aos indivíduos’, mas seu emprego é supervisionado e orientado pela coletividade como um todo [...]” (VON MISES, Ludwig. *Uma crítica ao intervencionismo*. p. 76). Ver conceito de “modernização recuperadora” de Robert Kurz, para quem nas economias situadas nas regiões pouco desenvolvidas o impulso à modernização assume um caráter recuperador do atraso em relação as regiões já desenvolvidas dentro do sistema capitalista e para isso é necessário “forçar” o *take-off* através de uma acentuada intervenção estatal “em que não apenas se repetia o estatismo dos inícios da época moderna, mas que também se apresentava numa forma muito mais pura, conseqüente e rigorosa que a dos originais ocidentais esquecidos há muito tempo” (KURZ, Robert. *O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial*. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 39).

¹⁴⁷⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1989. p. 22, 42-43, 45, 46. O referido autor identifica, inicialmente, a forma de intervencionismo estatal brasileiro com o modelo “bismarquiano” alemão (WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. p. 22-23), porém depois afirma que o modelo intervencionista dado pela Constituição de 1934 se pautou “muito mais no relativismo corporativista que no suposto liberalismo reformador” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. p.119). Parece-me mais adequada a conclusão de Raymundo Faoro, para quem o “positivismo pombalino” produziu, no século XX, “dois frutos tardios”: 1937 e 1964 (FAORO, Raymundo. *Existe um pensamento político brasileiro*. São Paulo: Ática, 1994. p. 108). Percebe o referido autor nesses fatos históricos a persistência de uma certa herança do modelo “pombalino” português, onde o Estado realizou reformas que não tocaram as camadas populares, estabelecendo-se com isso um modelo liberal “oficial e dirigido do alto, como apêndice do Estado” (FAORO, Raymundo. *Existe um pensamento político brasileiro*. p. 41, 48). Para Faoro a anomalia desse liberalismo está na “tônica do sistema constitucional, colocada no Estado, e não no indivíduo, em seus direitos e garantias” (FAORO, Raymundo. *Existe um pensamento político brasileiro*. p. 80).

provando-se “pela sua capacidade de receber e adaptar a si tendências modernas poderosas, como o reformismo social de esquerda e o autoritarismo de direita”¹⁴⁷⁵. Para Bosi, a modernização brasileira promovida por um Estado centralizador fez com que nosso Direito Social, produto dessa modernização, fosse “ao mesmo tempo progressista e autoritário, moderno e conservador; numa palavra: positivista”¹⁴⁷⁶.

Getúlio Vargas representará o confluir de dois pensamentos autoritários, quais sejam, os de Júlio de Castilhos, identificado com o positivismo comtiano¹⁴⁷⁷ e de Alberto Torres e de Oliveira Viana, defensores da tese de que a participação popular era menos importante do que a modernização da sociedade por meio da organização estatal¹⁴⁷⁸.

Para Getúlio, o estado podia ser definido como o “coordenador e disciplinador dos interesses coletivos, ou a sociedade organizada como poder, para dirigir e assegurar o seu progresso”¹⁴⁷⁹. Daí porque concluir que toda a estrutura constitucional implica a estrutura das funções do Estado¹⁴⁸⁰.

É ao Estado que cabe organizar o mundo da economia, ou mais especificamente, o mundo em que atuam capital e trabalho, o que deve ser feito “mediante inteligente, ponderada e sistemática coordenação para conciliar e garantir os seus mútuos interesses”¹⁴⁸¹, e tal organização não poderia descuidar, segundo Getúlio, do fato de que a vida econômica tem seu

¹⁴⁷⁵ BOSI, Alfredo. A escravidão entre dois liberalismos. p. 304-305.

¹⁴⁷⁶ BOSI, Alfredo. A escravidão entre dois liberalismos. p. 305.

¹⁴⁷⁷ Embora o Positivismo não contribuísse para a solução da “moderna questão social”, acabou por ajudar a “minorá-la, no Brasil, através da Legislação trabalhista da era getuliana, onde se pode vislumbrar não só a influência fascista – ou sociologicamente patriarcal, de Lindolfo Collor e Oliveira Viana – como também positivista, através do próprio Getúlio” (CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. p. 71-72). Segundo Alfredo Bosi (BOSI, Alfredo. A escravidão entre dois liberalismos. p. 236): “ainda não foi explorado em toda a sua potencialidade o veio reformista social do positivismo entre nós. Ele fluirá, entre os oficiais jovens do Exército, dos jacobinos aos tenentes, em sua áspera luta antioligárquica de que a Coluna Prestes e a Revolução de 30 serão os momentos mais complexos. Em outra vertente, os esquemas políticos comtianos emprestariam moldes organizatórios a inquietudes sociais modernas que viriam a codificar-se no *trabalhismo gaúcho* de um Lindolfo Collor, a quem o positivista Getúlio Vargas nomeou primeiro ministro do trabalho em 1931, e de quem recebeu quase toda a nova legislação social”. Sobre a relação entre a “ditadura republicana” positivista e o projeto político de Getúlio Vargas ver também na obra *O Positivismo – teoria e prática*, os capítulos A república positivista: teoria e prática (p. 85-129) e O jacobinismo castilhisto e a ditadura positivista no Rio Grande do Sul (p.151).

¹⁴⁷⁸ CHACON, Vamireh. *Vida e morte das constituições brasileiras*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 176-178.

¹⁴⁷⁹ SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. p. 56.

¹⁴⁸⁰ SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. p. 56.

¹⁴⁸¹ SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. p. 57.

fundamento na solidariedade¹⁴⁸² e a democracia deve associar o regime da liberdade com o da responsabilidade¹⁴⁸³.

O referido projeto de modernização a ser concretizado pelo Estado deveria ser capitaneado por um novo pacto político e social, uma nova constituição, que deveria ter, segundo Getúlio, como fundamento o valor da solidariedade:

O fundamento sociológico da vida econômica é, hoje, a solidariedade. O princípio da livre concorrência cedeu ao da cooperação. As tendências solidárias propiciam a formação dos agrupamentos coletivos, cada vez mais fortalecidos para a defesa dos interesses de grupo, sob o controle e em colaboração com o poder público.¹⁴⁸⁴

A Constituição brasileira de 1934 continha, por influência da constituição de Weimar de 1919, marcantes traços social-democráticos, incluindo importantes dispositivos que permitiam a interferência do Estado na ordem econômica, na relação capital-trabalho e que pretendiam fazer do organismo estatal um espaço de composição de interesses de classe¹⁴⁸⁵.

É em vista da influência da Constituição alemã¹⁴⁸⁶ acima referida que a Constituição de 1934 recolherá em sua estrutura dispositivos que contemplarão aquilo que os autores denominavam à época de “sentido social do direito”¹⁴⁸⁷ ainda que inclinando-se mais a um corporativismo centralizador do que a um liberalismo reformador¹⁴⁸⁸. Em seu art. 113, restava estabelecido que “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que assegure a todos uma existência digna do homem. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica”. De acordo com o art. 124,

¹⁴⁸² VARGAS, Getúlio. Mensagem aos parlamentares da Assembléia Constituinte pronunciada em 15 de novembro de 1933 (publicado originalmente em “Nova política do Brasil”, Rio de Janeiro, José Olympio, 1938. p. 30-1) apud SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. p. 57.

¹⁴⁸³ VARGAS, Getúlio. Discurso proferido em São Paulo no dia 16 de janeiro de 1947 (publicado originalmente em “Nova política do Brasil”, Rio de Janeiro, José Olympio, 1938. p. 165) apud SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. p. 156.

¹⁴⁸⁴ VARGAS, Getúlio. Mensagem aos parlamentares da Assembléia Constituinte pronunciada em 15 de novembro de 1933 (publicado originalmente em “Nova política do Brasil”, Rio de Janeiro, José Olympio, 1938. p. 30-1) apud SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. p. 57.

¹⁴⁸⁵ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 293. No mesmo sentido, POLETTI, Ronaldo, A constituição de 1934. In: CONSTITUIÇÕES brasileiras. 2.ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Escola de Administração Fazendária, 2001. vol. III, p. 19, 34.

¹⁴⁸⁶ Se em nosso pensamento social “até o século XIX, eram francesas quase totalmente nossas idéias, [...] Agora, notícias alemãs e italianas traziam um modelo novo” (SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 295).

¹⁴⁸⁷ VENÂNCIO FILHO, Alberto. Análise da Constituição de 1934. p. 90 e 93.

¹⁴⁸⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. p. 119.

a intervenção legislativa nas relações entre capital e trabalho se daria “para os colocar em pé de igualdade”, tendo em vista, simultaneamente, a “proteção social do trabalhador” e os “interesses econômicos do país”, o que denota que não era só o interesse do proletariado que estava contemplado no dispositivo em análise, mas também os interesses de um estado intervencionista e centralizador. Outro ponto a ser destacado é que a uma “proteção social do trabalhador” (art. 124), correspondia uma “assistência aos pobres” (art. 125), ou seja, àqueles que contribuíam para o desenvolvimento econômico da nação destinava-se a proteção legalmente organizada, àqueles que não se apresentavam como “cidadãos economicamente produtivos” restava a assistência implementada pela Administração Pública, porém essa distinção não produzia maiores efeitos, pois ambas – proteção e assistência – eram tratadas como “concessão e prerrogativa de controle” por parte do poder dominante estatal¹⁴⁸⁹.

Já em 1932 Getúlio Vargas, em discurso à classe trabalhadora, adotava a opinião acima defendida por Oliveira Viana, qual seja, a idéia de que àquilo que aos pobres pareceria privilégio a lei transformaria em prerrogativas jurídicas a que corresponderiam deveres, agregando que todos quantos cooperam com seu trabalho para o desenvolvimento da Nação possuem “direitos ao bem-estar, aos cuidados de saúde e às garantias de previsão social contra os acidentes do labutar afanoso”¹⁴⁹⁰. Esses não eram, segundo o próprio Vargas, direitos dos indivíduos contra a sociedade, mas direitos da coletividade, uma vez que o Estado Novo apenas reconhecia direitos a essa e fazia cumprir o que entendia serem deveres (dos indivíduos) para com ela¹⁴⁹¹.

Ao que tudo indica padeceu a Constituição de 1934 do mesmo problema que atacou a Constituição de Weimar, ou seja, sendo resultado de frágil “compromisso e dissensão”¹⁴⁹²

¹⁴⁸⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. Segundo Wolkmer, no Brasil: “os direitos sociais não aparecerão de forma espontânea e acabada mediante processos democráticos, lutas populares e avanços da sociedade civil, sendo, portanto, muito mais resultante de imposições e resistências, concessões e favores no jogo estratégico das velhas elites oligárquicas. Comprova-se, assim, a inexistência em nossa evolução político-jurídica de uma tradição participativa de base popular-burguesa, pois o constitucionalismo brasileiro, quer seja o político, quer seja o social, tem sido, até hoje, o permanente produto da ‘conciliação-compromisso’ entre autoritarismo social modernizante e o liberalismo burguês conservador.” (WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. p. 142).

¹⁴⁹⁰ VARGAS, Getúlio. Discurso proferido em 29 de outubro de 1932 (publicado originalmente em “Nova política do Brasil”, Rio de Janeiro, José Olympio, 1938. v. II, p. 97-99) apud SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. p. 112.

¹⁴⁹¹ VARGAS, Getúlio. Discurso proferido em 23 de julho de 1938 (publicado originalmente em “Nova política do Brasil”, Rio de Janeiro, José Olympio, 1938. v. V, p. 311) apud SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. p. 123.

¹⁴⁹² Segundo Francisco Wefort (WEFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz

entre a estrutura de poder do Estado, amparada por setores emergentes que buscavam impor seu modelo de modernização e antiga estrutura de poder regional e oligárquica, surgiu como um estatuto híbrido e ambíguo. Esse estatuto não conseguiu “resistir à confluência e ao recrudescimento de segmentos distintos e ideologicamente distintos”, razão pela qual em menos de dois anos já demonstrava “sinais visíveis de inoperosidade”¹⁴⁹³.

Já a Constituição de 1937 estabelecia que a riqueza e a prosperidade nacionais fundar-se-iam “na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público” (art. 135). Sendo o trabalho um “dever social” (art. 136), tinha o trabalhador um “direito à proteção e solitudes especiais do Estado” (art. 136), possuindo o Estado o correspectivo dever de proteção “assegurando-lhe condições favoráveis e meios de defesa” (art. 136). Percebe-se, aqui, tanto a influência da Carta do Trabalho italiana¹⁴⁹⁴ como da doutrina positivista de Auguste Comte e sua ênfase sobre os “deveres sociais”, essa última especialmente sobre Getúlio Vargas, para quem:

[...] as leis sociais, para serem boas e adaptáveis, devem exprimir o equilíbrio dos interesses da coletividade, eliminando os antagonismos, ajustando os fatores econômicos, transformando, enfim, o trabalho em denominador comum de todas as atividades úteis. O trabalho é, assim, o primeiro dever social. Tanto o operário como o industrial, o patrão como o

e Terra, 1980), após 1930 “estabelece-se uma solução de compromisso de novo tipo, em que nenhum dos grupos participantes do poder (direta ou indiretamente) pode oferecer as bases da legitimidade do Estado [...]” (WEFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. p. 47); disso resultou a formação do que Wefort chamou “Estado de Compromisso”, sendo ele uma “alternativa encontrada para a reformulação da estrutura de poder, dada a incapacidade de qualquer dos grupos em confronto assumir a hegemonia do processo político.” (WEFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. p. 50). Cabe apenas ressaltar que esse “Estado de Compromisso” não foi apenas um mero mediador e conciliador dos interesses díspares, num “esforço de ajustamento entre os setores tradicionais, grupos oligárquicos dissidentes e os setores emergentes, como os grupos empresariais e a classe média urbana” (WEFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. p. 50), mas “ao aproveitar-se das fissuras existentes entre as frações dominantes”, empreendeu um projeto que se dirigiu para a constituição de uma infraestrutura industrial e logística fundamental para a expansão capitalista no Brasil, e que “ultrapassou inclusive aos interesses imediatos das classes dominantes agrárias e mesmo da burguesia industrial” (ANTUNES, Ricardo. *Classe operária, sindicatos e partidos no Brasil*. São Paulo: Global, 1982. p. 70).

¹⁴⁹³

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. p. 130.

¹⁴⁹⁴

Cesarino Júnior pretende sublinhar diferenças entre a legislação social brasileira e a italiana afirmando que enquanto “a Carta do Trabalho italiana declarava que ‘o trabalho é um *dever social*’ e a este título e só a este título é tutelado pelo Estado com seu caráter nitidamente totalitário, objetivando o desenvolvimento da potência nacional”, nossa Constituição, em seu art. 136, “declarava que ‘o trabalho, como meio de subsistência do indivíduo, constitui um bem que é dever do Estado proteger’, demonstrando assim seu caráter solidarista.” (CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. São Paulo: LTr, 1980. p. 80). Para Ludwig Von Mises, em um sociedade organizada nos termos propostos pelo “socialismo estatal” ou “socialismo conservador”, “toda empresa torna-se uma repartição pública e toda ocupação, um ‘compromisso’.” (VON MISES, Ludwig. *Uma crítica ao intervencionismo*. p. 77).

empregado, realmente voltados às suas tarefas, não se diferenciam, perante a nação, no esforço construtivo; são todos trabalhadores.¹⁴⁹⁵

No Direito do Trabalho, que começa a ser sistematizado na década de 30 com Getúlio Vargas, cabe às obras “Direito Social Brasileiro” e “Evolução do Direito Social Brasileiro”, ambas de Antonio Cesarino Júnior, um papel pioneiro¹⁴⁹⁶.

Cesarino Júnior afirmava em seu “Direito Social Brasileiro”, referindo opiniões de Le Fur, Jossierand e Radbruch, que todo o direito à época se socializava, isto é, se imbuía de um sentido social, ressaltando que “apesar do sentido social da ‘Humanização do Direito’ ser comum a todos os seu ramos, ele se acentuou, se concentrou no ramo dos conhecimentos chamados *Legislação* ou *Direito Social*”, que identificava com o Direito do Trabalho, denominando-o Direito Social *stricto sensu*¹⁴⁹⁷. Já por Direito Social *lato sensu* entendia o

[...] complexo de princípios e normas imperativas que têm por objeto a adaptação da forma jurídica à realidade social, considerando os homens na sua personalidade concreta e como membros dos grupos sociais diferentes do Estado e, tendo em vista, principalmente, as diferenças de situação econômica entre eles existentes.¹⁴⁹⁸

Tal Direito Social Genérico, além do aspecto social do Direito Civil, Comercial, Processual, Penal, etc., compreenderia mais dois ramos novos, o Direito Econômico e o Direito Social Restrito (o Direito do Trabalho)¹⁴⁹⁹. Entedia Cesarino Júnior que o direito novo não era somente o Direito do Trabalho, sendo este apenas uma de suas partes; o direito novo seria o Direito Social tomado em sentido amplo, compreendido como o conjunto de normas, presentes no ordenamento jurídico, que visam estabelecer o equilíbrio social, pela proteção aos economicamente fracos; assim, a idéia que a expressão “Direito Social” evocava ao autor era “a de um complexo de normas tendentes à proteção dos economicamente débeis”¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁵ VARGAS, Getulio. Discurso proferido em 11 de novembro de 1940 (publicado originalmente em “Nova política do Brasil”, Rio de Janeiro, José Olympio, 1938. v. III, p. 163) apud SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. p. 136.

¹⁴⁹⁶ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. p. 189.

¹⁴⁹⁷ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. p. 20.

¹⁴⁹⁸ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. p. 28.

¹⁴⁹⁹ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. p. 29.

¹⁵⁰⁰ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. p. 27.

Citando Ripert, Cesarino Júnior asseverava que o Direito Social seria antes “ ‘a adaptação da forma jurídica à realidade social em virtude da consideração do homem concreto e socializado’, no lugar do indivíduo abstratamente considerado”¹⁵⁰¹. Fazendo suas as palavras de João Mangabeira, defendia que “a igualdade não é, nem pode ser nunca um obstáculo à proteção que o Estado deve aos fracos”, pois consistiria, sobretudo, na consideração desigual das condições desiguais, “de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da sorte das classes” e a fazer desaparecer a concepção individualista diante da socialização do direito entendida “como instrumento de justiça social, solidariedade humana e felicidade coletiva”¹⁵⁰².

Mesmo tendo, na década de 30, o sistema jurídico sofrido alterações significativas em seu marco fundamental, a Constituição, o Código Civil de 1916 manteve-se incólume. O que permitiu sua contínua operacionalidade foram as adaptações teórico-dogmáticas entre o novo espírito socializante e o antigo corpo de normas civilísticas feitas pelo influxo de novas doutrinas e novos doutrinadores.

Se na confecção do Código Civil por Beviláqua é possível identificar a adoção de uma posição de conciliação entre inovação e tradição que possibilitou adaptação do Código às novas exigências da vida contemporânea, nota-se, sobretudo, que as exigências da humanização ou socialização do Direito estavam presentes em valiosos trabalhos doutrinários, basicamente monografias, que vieram colocar sobre novos termos a problemática de institutos como a propriedade, o contrato e a responsabilidade¹⁵⁰³. São as opiniões de alguns dos autores dessas monografias que iremos, a seguir, analisar¹⁵⁰⁴.

¹⁵⁰¹ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. p. 29.

¹⁵⁰² MANGABEIRA, João apud CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Direito social brasileiro*. p. 33.

¹⁵⁰³ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. p. 190-191.

¹⁵⁰⁴ No que diz respeito às “valiosas monografias” Miguel Reale refere, à nota 63 do referido texto, os nomes de Arnaldo Medeiros, Aguiar Dias, Santiago Dantas, Alvino Lima, Agostinho Alvim, Clóvis do Couto e Silva e Orlando Gomes, todos eles autores de “livros clássicos” de nossa dogmática jus-civilística. Por “clássico” queremos indicar “um livro que nunca terminou de dizer aquilo que tinha para dizer” (CALVINO, Italo. *Por que ler os clássicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 11), aquela obra que chega até nós “trazendo as marcas das leituras que precederam a nossa” e atrás de si os traços que deixou na cultura ou nas culturas (linguagem, costumes, etc.) que atravessou, daí porque “um clássico é uma obra que provoca incessantemente uma nuvem de discursos críticos sobre si, mas continuamente as repele para longe” (CALVINO, Italo. *Por que ler os clássicos*. p. 11, 12).

Alvino Lima, em lição inaugural proferida na Faculdade de Direito de São Paulo, já em março de 1939¹⁵⁰⁵, afirmava que, contra a concepção individualista do direito, um sem-número de doutrinas anti-individualistas ganhava fôlego, doutrinas que tinham por defensores nomes tão diversos quanto Comte, Duguit, Gurvitch, Le Fur, Josserand, Rardbruch, dentre outros¹⁵⁰⁶; doutrinas que, em oposição a uma concepção individual do direito, proclamam a existência de uma concepção social do direito que, “tomando como ponto primacial a sociedade, os seus interesses, fixa o indivíduo como ser social, unidade componente do tódo e cujos direitos se realizam em função da sua própria missão”¹⁵⁰⁷.

Para Alvino Lima a concepção “socializadora”¹⁵⁰⁸ ou “socialista”¹⁵⁰⁹ do direito, ao invés de dar exclusividade ao conceito de igualdade formal ineficaz na solução dos problemas decorrentes das desigualdades sociais e econômicas, tais como a preponderância dos poucos e mais fortes sobre os muitos e mais fracos, funda-se na idéia de igualdade material, ou melhor, na idéia de equação, procurando, através de várias estratégias e políticas sociais, reestabelecer o equilíbrio dos interesses em choque, isto é, busca organizar “o jogo das solidariedades sociais, de tal maneira que o direito seja, para todos, a maior fonte do bem e a menor fonte do mal”¹⁵¹⁰. Entendia que nessa concepção enfatizava-se “ao invés de uma justiça comunicativa da concepção individualista, uma justiça distributiva”¹⁵¹¹. Observe-se que a defesa dessa concepção “socializante” é feita, paradoxalmente, entendendo-se ser ela “obra do mais nobre e elevado individualismo”¹⁵¹², qual seja o “individualismo da igualdade e da fraternidade na liberdade”¹⁵¹³ que não olvida a “solidariedade social”¹⁵¹⁴, e não de um “individualismo artificial” que “isola o homem do meio social, por considerá-lo como a única força propulsora das idéias e conquistas humanas”¹⁵¹⁵.

¹⁵⁰⁵ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XXXV, p. 199-213, 1939.

¹⁵⁰⁶ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 201, 203.

¹⁵⁰⁷ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 201.

¹⁵⁰⁸ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 203.

¹⁵⁰⁹ Expressão que para ele significa “socialização do direito, que é coisa diversa de socialismo jurídico ou de direito social” (LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 201).

¹⁵¹⁰ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 202.

¹⁵¹¹ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 202.

¹⁵¹² LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 210.

¹⁵¹³ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 211.

¹⁵¹⁴ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 210.

¹⁵¹⁵ LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 210.

E é no campo da responsabilidade extra-contratual que afirmava Alvinio Lima encontrar-se “as mais graves restrições à concepção individualista do direito”¹⁵¹⁶, pois lhe parece que: “[...] as grandes empresas criando para o operário uma fonte assustadora de lesões de direitos e redundando para o patrão em uma fonte de riqueza, fazem surgir a idéia de que o risco, como elemento na organização econômica, deve ser suportado pelo seu criador”¹⁵¹⁷.

É a extensão dessa idéia que permite “a aceitação da responsabilidade objetiva nos acidentes de aeronaves, em minas, em estradas de ferro e em outros caso especiais”¹⁵¹⁸.

Em seu livro “Da culpa ao risco”¹⁵¹⁹ assevera, influenciado pelas idéias de Saleilles, que “acima dos interesses de ordem individual devem ser colocados os sociais e só consultando estes interesses, e neles se baseando, é que se determinará ou não, a necessidade da reparação”¹⁵²⁰. Segundo Alvinio Lima, “foi em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências (sic) e desenvolvimento dos sentimento de responsabilidade, como afirma JOSSERAND (Cours de Droit Civil Français, Paris, 1930, p. 41), que se ergueu a teoria do risco”¹⁵²¹. Tal teoria, explica, funda-se na idéia de “socialização”, mas não uma socialização do direito que “nega o indivíduo, que o relega a segundo plano, que lhe recalca os direitos”, mas que “ante o perigo real da insegurança material dos indivíduos, refletindo-se nos interesses coletivos, proclama, defende e quer a ‘segurança jurídica’”¹⁵²²; assim sendo, o autor insere a responsabilidade objetiva “dentro de um sistema solidarista, que não enxerga indivíduos juxtapostos (sic) e isolados, mas um organismo de humanidade no qual todos os membros são solidários”¹⁵²³.

Também assim pensara Francisco Clementino de San Tiago Dantas na obra “O conflito de vizinhança e sua composição”¹⁵²⁴, resultante da tese apresentada à Congregação da Faculdade Nacional de Direito, em 1939, com vistas à obtenção da Cátedra de Direito Civil¹⁵²⁵, um

¹⁵¹⁶ LIMA, Alvinio. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 207.

¹⁵¹⁷ LIMA, Alvinio. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 207-208.

¹⁵¹⁸ LIMA, Alvinio. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. p. 208.

¹⁵¹⁹ LIMA, Alvinio. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

¹⁵²⁰ LIMA, Alvinio. *Da culpa ao risco*. p. 90.

¹⁵²¹ LIMA, Alvinio. *Da culpa ao risco*. p. 144.

¹⁵²² LIMA, Alvinio. *Da culpa ao risco*. p. 144.

¹⁵²³ LIMA, Alvinio. *Da culpa ao risco*. p. 221.

¹⁵²⁴ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

¹⁵²⁵ O referido trabalho foi produzido após “os acontecimentos de 1937”, isto é, “a evolução do fascismo europeu, cujo centro de gravidade se desloca do corporativismo italiano ao nazismo alemão e a guerra do

marco na bibliografia nacional sobre o assunto. Nessa obra, que pretende se debruçar sobre os desdobramentos do “sistema dos ‘direitos de vizinhança’ ordenado pelo legislador brasileiro” para desse sistema “induzir os princípios capazes de integrar a teoria do problema”¹⁵²⁶, faz referência aos ensinamentos de Josserand¹⁵²⁷ que defende que a responsabilidade do proprietário do imóvel vicinal em razão dos danos produzidos ao vizinho decorre de um exercício irregular, anormal do direito de propriedade, vindo aí uma extensão da teoria do risco, pois o uso excepcional aumenta os proventos do proprietário, e no mesmo golpe lhe acarreta um aumento de responsabilidade (*ubi commoda, ibi incommoda*).

Ainda analisando a teoria do “uso anormal da propriedade”, San Tiago Dantas, transcreve seu aluno Arnold Wald em artigo em que esse refere o pensamento de Boris Starck¹⁵²⁸, para destacar a importância do direito à segurança:

A revolução feita por STARCK consiste em abandonar o ponto de vista do autor do dano da justiça do seu comportamento para atender à vítima, ao agente passivo. Em vez do direito de não reparar os danos causados involuntariamente sem culpa, voltamos o nosso pensamento para o direito inerente a cada ser humano, direito à segurança¹⁵²⁹.

Eixo contra os países ocidentais” que, segundo Hélio Jaguaribe, conduziram San Tiago Dantas “a uma profunda revisão de idéias” que o levará, em 1942, a romper publicamente com o integralismo, “procedendo a uma lúcida análise, que é também uma auto-análise, dos equívocos da direita, nas condições do mundo contemporâneo”. Segundo Hélio Jaguaribe, há uma evolução perceptível no pensamento de San Tiago Dantas que “consiste na superação de uma concepção autoritária para a organização da sociedade e sua substituição por uma concepção consensualista.” (JAGUARIBE, Hélio. San Tiago Dantas e o Projeto Nacional. In: _____. *San Tiago Dantas: um seminário na Universidade de Brasília*. Brasília: Ed. UNB, 1985. p. 23). Ainda conforme Hélio Jaguaribe, é importante ressaltar que a mensagem consensualista da maturidade de San Tiago Dantas não é simples reflexo de uma das nossas tradições sociopolíticas mais caras, qual seja “a do liberalismo dos bacharéis, que encontraria em Rui Barbosa, na Velha República e, em tempos recentes, na UDN, suas expressões mais típicas”, mas um consensualismo que agregado a visão sócio-desenvolvimentista do trabalhismo, “é um humanismo político e social, fundado na convicção da igualdade dos homens e da comunidade de seu destino, por baixo das contingentes diferenciações de classe.” (JAGUARIBE, Hélio. San Tiago Dantas e o Projeto Nacional. p. 25-24). Nessa definição do “humanismo” de San Tiago Dantas percebe-se, na referência à “comunidade de destino” entre os homens independentemente de classes, traços do krausismo. Ressalte-se que o próprio Santiago Dantas possuía algumas reservas ao conceito de “humanismo jurídico”: “A saber: que o conceito de humanismo jurídico como adequação do Direito ao homem é uma afirmação equívoca, inteiramente destituída de interesse científico. Ela não se opõe a nenhum outro conceito, convém, pelo contrário, a todos, e por conseguinte exprime apenas um juízo de valor que cada sistema emite sobre si mesmo, e não um traço objetivo que o distingue dos demais.” (DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Palavras de um professor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 93-94).

¹⁵²⁶

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 9.

¹⁵²⁷

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 155.

¹⁵²⁸

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris : L. Rodstein, 1947.

¹⁵²⁹

WALD, Arnold. A evolução da teoria dos Direitos de Vizinhança. *Revista do Serviço Público*, ano XVII, v. 67, n. 3, p. 508-509, jun. 1955, apud DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 158.

Arnold Wald, com base em Boris Starck, afirma que aquilo que “o direito moderno reconhece sob os disfarces de técnica que são a guarda da coisa, o encarregado de riscos, a obrigação contratual de segurança, é na realidade o direito intangível que cada um tem à saúde, à integridade física corpórea, à conservação dos seus bens”¹⁵³⁰, ou seja, tem-se que, uma vez reconhecido o direito à segurança, todo dano não autorizado torna-se, em razão disso, um dano ilícito, a violação do direito de outrem¹⁵³¹.

Segundo Arnold Wald, as conclusões de Starck, ao defender a existência do direito à segurança, permitem com que se reconciliem “CAPITANT e RIPERT, JOSSERAND e os irmãos MAZEAUD, DUGUIT e PICARD, todos reconhecendo na base do conflito o imperativo de não prejudicar que se explica pelo direito que cada homem tem à segurança”¹⁵³². Porém, acaba por concluir, ainda com base em Starck, que, mesmo partindo do reconhecimento do mesmo direito, isto é, o direito à segurança, há uma distinção entre a justificativa de imputação ao ressarcimento dos danos ilícitos vinculados à realização de atos ilícitos e a de imputação de danos ilícitos vinculados à execução de atos lícitos, pois, enquanto para os últimos estaríamos diante de uma obrigação derivada da idéia de solidariedade social que impõe a aceitação de suportar certos prejuízos, em relação aos primeiros estaríamos diante de obrigação derivada da idéia de responsabilidade¹⁵³³.

Essa oposição entre imputação de danos fundada na responsabilidade e imputação de danos fundada na solidariedade se assemelha ao esquema apresentado por Fernando Pessoa Jorge¹⁵³⁴ que afirma: “[...] ao problema da imputação dos prejuízos correspondem, portanto, dois institutos distintos, embora interligados: a *responsabilidade civil*, que pressupõe, na delimitação que adoptámos, a inexecução ilícita, e o *risco*, que pressupõe a inexecução lícita”.

Assim, teríamos que a imputação do dever de arcar com os custos decorrentes dos danos poder-se-ia produzir com fundamento nas noções de responsabilidade ou de solidariedade (para Wald e Starck) e risco (para Pessoa Jorge), a primeira vinculada à noção de violação de

¹⁵³⁰ WALD, Arnold. A evolução da teoria dos Direitos de Vizinhaça. p. 509 apud DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhaça e sua composição*. p. 158.

¹⁵³¹ STARCK. Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. p. 39-40.

¹⁵³² WALD, Arnold. A evolução da teoria dos Direitos de Vizinhaça. p. 509 apud DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhaça e sua composição*. p. 158.

¹⁵³³ WALD, Arnold. A evolução da teoria dos Direitos de Vizinhaça. p. 510 apud DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhaça e sua composição*. p. 158.

¹⁵³⁴ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 34.

dever jurídico previamente ao dano, a segunda dispensando tal vinculação. Ou, como afirma Wald, referindo a figura do abuso de direito tal qual tratada por Josserand, haveria uma forma de imputar o dever de pagar pelos danos que privilegiaria uma análise qualitativa e outra quantitativa – essa última associava com a idéia de risco¹⁵³⁵. Poder-se-ia concluir que, enquanto na primeira forma de análise a preocupação está em qualificar o comportamento do sujeito a quem se pretende atribuir a responsabilidade pelos danos (o procedimento básico é atribuir-lhe uma ato doloso ou culposos), na segunda interessa identificar se o evento lesivo em questão possui uma ocorrência quantitativamente relevante, isto é, se é um fenômeno recorrente na sociedade, se corresponde a um risco com probabilidade significativa de ocorrência.

San Tiago Dantas parece concordar com Boris Starck e Arnold Wald, que o cita, quando sustenta que o problema contemporâneo tem a ver com fato de que:

[...] a vida moderna diminui a *segurança* da existência criando riscos que as épocas passadas não conheceram senão em diminutas proporções. Os que mais insistentemente se nos patenteiam são os derivados dos transportes e de outros serviços mecanizados de utilidade comum, mas os há em grande número derivados da indústria e de outras utilizações da propriedade.¹⁵³⁶

O interesse de San Tiago Dantas para com o tema “conflito de vizinhança” pode então ser compreendido como decorrência de uma crença, a de que “a cultura jurídica, renovada ao contato do mundo moderno”, poderia não somente inspirar, mas realizar uma “transformação do direito, em cujos quadros se atinja e se discipline a mais completa reforma da sociedade”¹⁵³⁷, isto é, o credo de que há uma relação intrínseca entre o fenômeno político e o jurídico. Assim, para San Tiago Dantas, se era certo que “nem toda política cria um Direito”, também era certo que “criar um Direito é a suprema verificação histórica a que se pode submeter uma política”, pois “o Direito é o fixador das inovações e das criações políticas, as quais têm vida e sentido efêmeros se não produzem logo um resíduo jurídico através do qual se incorporem à vida das sociedades”; com isso, tem-se que determinada política se legitima graças ao sistema jurídico que se mostra capaz de engendrar¹⁵³⁸.

¹⁵³⁵ WALD, Arnold. A evolução da teoria dos Direitos de Vizinhança. p. 506 apud DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 158.

¹⁵³⁶ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 28.

¹⁵³⁷ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Palavras de um professor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 25.

¹⁵³⁸ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Palavras de um professor*. p. 14, 16, 17.

Ao analisar San Tiago Dantas a essência da noção de abuso do direito – para ele um dos fundamentos para a sanção jurídica em vista do “mau uso da propriedade –, afirma que tal conceito é um dos instrumentos disponíveis ao magistrado para corrigir a “iniquidade ou a anti-socialidade do direito”¹⁵³⁹. Encerra sua argumentação asseverando que: “[...] consagrada na lei de vários países, vitoriosa junto aos mais respeitados escritores, pode-se dizer que a teoria do abuso é uma das valiosas aquisições do direito moderno e um dos recursos postos em ação por êste, para atingir o ideal legislativo da socialização do direito”¹⁵⁴⁰.

Aliás, é com base na tendência à socialização do direito e na relevância crescente do princípio da supremacia do interesse público¹⁵⁴¹ que San Tiago Dantas, com base em Minozzi¹⁵⁴², realiza a distinção entre “ressarcimento” e “indenização”, o primeiro entendido como o resultado de um dano resultante de um ato contrário ao direito, a segunda, não:

Êstes [os ressarcimentos] derivam do inadimplemento das obrigações ou dos atos ilícitos; aquelas [as indenizações] de atos autorizados pelo contrato ou pela lei. Êstes [os ressarcimentos] têm um caráter de obrigação secundária, isto é, surgem no lugar de outra que se deixou de cumprir (fôsse obrigação contratual, fôsse a de *neminem loedere* (sic)); aquelas têm caráter de obrigação primária, isto é, surgem imediatamente, como conseqüência do exercício de um direito.¹⁵⁴³

Em sendo assim, se um contrato ou uma lei atribui a alguém uma faculdade juntamente com a obrigação de reparar os danos a que o exercício da mesma der lugar, restará definir se essa reparação entra na categoria dos ressarcimentos ou das indenizações. Para responder será imprescindível examinar se o dever de reparação decorrerá da simples verificação do dano, ou da sua verificação por culpa do agente: no primeiro caso, estaremos diante do que San Tiago Dantas denominou “indenização eventual”, em oposição ao que denominou “indenizações necessárias” – definidas como as absolutamente indispensáveis ao exercício do direito independentemente da existência de dano¹⁵⁴⁴ –; no segundo caso, quando estamos diante de danos decorrente de atos culposos ou dolosos, há um simples “ressarcimento” de danos¹⁵⁴⁵. Há assim um dever de reparar que decorre da ocorrência de um dano causado por ato culposos

¹⁵³⁹ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 101.

¹⁵⁴⁰ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 101.

¹⁵⁴¹ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 264, 278-280.

¹⁵⁴² MINOZZI, Alfredo. Responsabilità e colpa. *Diz. Prat. di Dtto. Priv.*, III, parte 1ª. p. 492 e ss.

¹⁵⁴³ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 255.

¹⁵⁴⁴ Como exemplo o referido autor refere as indenizações previstas nos arts. 559, 567 e 579 do CC de 1916. A essas pode ser agregada a indenização prévia no caso de desapropriação.

¹⁵⁴⁵ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 255-256.

ou doloso, denominado pelo autor de dever de ressarcimento e um dever de reparar que decorre da simples ocorrência do dano, denominado de dever de indenização eventual¹⁵⁴⁶.

Diante das perspectivas de San Tiago Dantas e Arnold Wald tomadas como paradigmas de um certo pensamento jurídico muito em voga na década de 30 em nosso país é possível perceber que influenciadas, como vimos, pelas idéias de Boris Starck, assumem o dever de indenizar (tanto em sua forma eventual como necessária) como mais um dos deveres positivos impostos pela lei¹⁵⁴⁷ em nome da solidariedade social¹⁵⁴⁸. É a expansão dessas idéias dentro do pensamento jus-privatista nacional, ocorrida em maior medida a partir do período destacado, que levará à crescente incorporação do discurso relativo à solidariedade social aos argumentos dogmáticos apresentados como fundamentação às regras de responsabilidade civil objetiva.

4.5 O discurso da socialidade nos anos 40 e 80 do século XX: a solidariedade e a democracia

Se, no decorrer do tempo, se soma à influência dos jusfilósofos que representavam as idéias do século XIX a influência de pensadores mais identificados com o espírito do século XX, como Duguit, Gény¹⁵⁴⁹ e Holmes, a verdade é que somente a partir de 1940 se verificará uma

¹⁵⁴⁶ Em sentido semelhante se encaminha o jurista português Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge quando afirma que o problema da imputação de prejuízos é tratado por dois institutos distintos e interligados: a “responsabilidade civil”, que tem como pressuposto a inexecução ilícita de um dever ou de uma obrigação e o “risco”, que tem como pressuposto uma inexecução lícita. Importante destacar que para esse autor há uma identificação entre culpabilidade e ilicitude (JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. p. 34-36).

¹⁵⁴⁷ Como o são os deveres impostos ao proprietário de um imóvel, deveres esses decorrentes das normas inscritas nos arts. 569 e 588 do CC de 1916 (DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 230).

¹⁵⁴⁸ Refere San Tiago Dantas opinião de R. Tardivo que afirma: “Il concetto di solidarietà sociale varrà a stabilire i casi in cui l'immissione nell'autrui sfera è consentita; quello di tollerabilità il limite oltre il quale, pur dovendosi consentire l'immissione (ove risponda naturalmente al criterio di necessità secondo il concetto dato), questa dà luogo ad un indennizzo pecuniario.” (TARDIVO, R. Preoccupazione ed obbligo di indennizzo nei rapporti di vicinato. *Riv. Dir. Priv.*, 1931, II, p. 17, apud DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. p. 169).

¹⁵⁴⁹ Após a Primeira Guerra Mundial, o pensamento de François Gény começará a repercutir na cultura jurídica brasileira (REALE, Miguel. Gény na cultura jurídica brasileira. p. 351). Segundo Miguel Reale, a recepção da obra de Gény, no Brasil, foi fundamental, pois estabeleceu uma diretriz adequada e capaz de atender o anseio da cultura jurídica brasileira da época: “conciliar, sem rupturas arriscadas, o que havia de vivo na grande herança jurídica do século XIX com a necessidade por todos sentida de atender aos valores éticos, sociais e históricos supervenientes”, ou seja, atuou a referida doutrina como um “porto seguro” capaz de resistir à “ventania idealista” que se abadia sobre a ciência do direito no período (REALE, Miguel. Gény na cultura jurídica brasileira. p. 352-353).

alteração substancial no plano das idéias jurídicas, com a superação das propostas da Escola Positiva e com o afastamento do risco de retorno ao Direito Natural de inspiração tomista¹⁵⁵⁰.

Miguel Reale, por exemplo, afirma que, já mais ao fim da década de 30, começa a dar maior atenção à obra de Gény, conjugando-a com a de Duguit e Hariou, o que lhe levará a fortalecer seu convencimento acerca da “necessidade de proceder-se a um estudo da realidade jurídica dotado, de integralidade (repulsa a toda e qualquer forma de reducionismo) e de distinções essenciais, evitando-se, assim, a perda do fino labor conceitual e hermenêutico legado por exegetas e pandectistas”¹⁵⁵¹.

No art. 4º da lei de introdução ao Código Civil de 1916 (Decreto-Lei nº. 4657/42), é possível ver, embora não exclusivamente, uma influência das idéias de Gény acerca do papel transformador de certas exigências históricas, axiológicas e sociológicas sobre o sistema da legislação positiva¹⁵⁵², pois o referido pensador francês “ao lado dos costumes, via, outrossim, o mundo dos *princípios*, a um só tempo *racionais e ideais*, desafiando a livre pesquisa das exigências normativas a partir das conquistas das ciências sociais e históricas. Essa constitui, sem sombra de dúvida, uma *atitude metodológica de cunho cultural*”¹⁵⁵³.

Dessa “atitude metodológica de cunho cultural” identificada no pensamento de Gény, Miguel Reale vem a inferir que, para aquele, o conceito de “dado” não pode ser entendido como absolutamente oposto ao de “construído”:

O que Gény quer dizer é, no meu entender, bem outra coisa, ou seja, que toda a construção jurídica *qua talis* (cada momento, em suma, do incessante processo de investigação e elaboração técnica) *pressupõe sempre ‘donnés’ como pressupostos da indagação e da construção*, muito embora esses ‘donnés’, como históricos, já possam ser o resultado de uma construção técnica.¹⁵⁵⁴

Para Reale, numa interpretação assumidamente conservadora e culturalista da obra de Gény, o que esse pretende é que “o que se tornou *história* seja respeitado como um *dado* por quem (legislador ou jurista) esteja *construindo* novas normas”¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵⁰ REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. p. 176.

¹⁵⁵¹ REALE, Miguel. Gény na cultura jurídica brasileira. p. 361.

¹⁵⁵² REALE, Miguel. Gény na cultura jurídica brasileira. p. 352, 359.

¹⁵⁵³ REALE, Miguel. Gény na cultura jurídica brasileira. p. 364.

¹⁵⁵⁴ REALE, Miguel. Gény na cultura jurídica brasileira. p. 362.

¹⁵⁵⁵ REALE, Miguel. Gény na cultura jurídica brasileira. p. 363.

Note-se que, a partir de fins da década de 40 início da de 50, desempenharão Miguel Reale e o grupo do Instituto Brasileiro de Filosofia papel fundamental no processo de superação de uma mentalidade jurídica onde imperava extremado apego ao texto legal; em torno de ambos se reunirá um grupo de pensadores culturalistas das mais variadas tendências¹⁵⁵⁶, que acabará por condensar “tôdas as tentativas de superação do positivismo do século XIX, incluindo ali tôdas as vertentes justeoréticas derivadas, desde o idealismo neokantiano à filosofia da existência”¹⁵⁵⁷, ou seja, será também o culturalismo, guardada as devidas proporções, um movimento eclético.

Quanto à Constituição brasileira de 1946, já se disse que “mantinha um liberalismo geral, ao qual juntava pinceladas de democracia social”¹⁵⁵⁸; seu art. 145, *caput*, estabelecia que a ordem econômica e social configurava-se com base nos “princípios da justiça social” e na conciliação entre a “liberdade de iniciativa” e a “valorização do trabalho humano”. O parágrafo único estabelecia que a todos era assegurado trabalho que possibilite existência digna, além do que fixava o trabalho como uma “obrigação social”. Entretanto, a doutrina interpretava tais dispositivos muito mais como reveladores de uma intenção que devia ser lembrada quando da interpretação das verdadeiras normas jurídicas, do que como efetivas diretrizes normativas que deveriam ser utilizadas na produção de efeitos concretos nas relações inter-subjetivas.

Pontes de Miranda, em seus “Comentários à Constituição de 1946”, numa perspectiva que lembra a de Ripert em seu “O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno”, afirma a necessidade de uma legislação especial¹⁵⁵⁹ que tenha como objeto as “forças econômicas” para que, uma vez sacrificado o “liberalismo econômico”, reste salva a “democracia clássica”, pois a outra forma de lidar com o problema seria “trazê-las [as forças econômicas] ao seio do Estado, de modo que se tornem comuns os interesses e os perigos do Estado e do corporativismo, atitude que não salva o *liberalismo*, nem a *democracia clássica*”. E concluía:

¹⁵⁵⁶ MACHADO NETO, A. L. *História das idéias jurídicas no Brasil*. p. 218.

¹⁵⁵⁷ MACHADO NETO, A. L. *História das idéias jurídicas no Brasil*. p. 218.

¹⁵⁵⁸ SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. p. 315.

¹⁵⁵⁹ “Todo programa de solução do problema social mediante leis ordinárias, ou leis de direito privado, nenhuma probabilidade pode ter de êxito. Só no terreno do direito público, do *direito constitucional*, é que poderá apresentar-se em termos hábeis. Só assim é possível direito que seja ao mesmo tempo do Estado democrático-liberal e das forças econômicas.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4.ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963. Tomo V, p. 420).

“Nunca nos esqueça que a Constituição de 1946, na parte econômica, é de inspiração social-democrática. Assim é que deve ser interpretada”¹⁵⁶⁰.

Segundo Sampaio Dória, o art. 145 era a consagração constitucional do ideal da “solidariedade de todos na luta de cada um pela vida”, ideal que “contrapõe-se à indiferença do Estado pela sorte dos indivíduos que o compõem” – assim se revelaria a preocupação do poder público em “suprir as deficiências individuais”¹⁵⁶¹.

Para Pontes de Miranda, a fórmula textual, a expressão “justiça social” encontrada no referido artigo 145, *caput* – a qual traduzia na forma da noção de “justiça distributiva”¹⁵⁶² –, constituía mera recomendação, sendo frágil a sanção de seu descumprimento, devendo, porém, servir à interpretação do sistema jurídico enquanto revelador da “programática constitucional”¹⁵⁶³.

Também Carlos Maximiliano, em seus comentários à Constituição brasileira de 1946, estabelece uma relação entre o princípio da justiça social e a noção de justiça distributiva, e o termo de ligação é a idéia de “Direito Social” apreendida no pensamento de Georges Gurvitch, para quem “o Direito Social é fundado sobre a confiança [...]”, um Direito onde “as pretensões (sic) e os deveres de (sic) interpenetram e formam um todo indissolúvel [...]” e “predomina a justiça distributiva”¹⁵⁶⁴. No Direito Social haveria uma preponderância do social sobre o individual, daria ele uma “preferência ao todo sobre a parte, aos grupos sobre a unidade; à associação, à família sobre o homem isolado”, razão pela qual o indivíduo seria “protegido mais indireta que diretamente; como fator de produção e de prosperidade geral”¹⁵⁶⁵.

¹⁵⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo V, p. 447.

¹⁵⁶¹ SAMPAIO, Dória. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1960. v. 4. p. 707.

¹⁵⁶² Para Pontes de Miranda “a distribuição, e não a produção, é que dá o índice da felicidade material.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4.ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963. tomo V. p. 444).

¹⁵⁶³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo V. p. 439-440. Nos Comentários à Constituição de 1967 - com a emenda n. 1, de 1969 (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. tomo V), Pontes repete muitos dos argumentos por ele esgrimidos quando da análise da Constituição de 1946. Exemplo disso é o que ocorre na página 03 da referida obra.

¹⁵⁶⁴ GURVITCH, Georges. *Éléments de Sociologie Juridique*. p. 156-158 apud MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. III. p. 177-178.

¹⁵⁶⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. III. p. 177-178.

Identifica-se aqui uma idéia de proteção social absolutamente vinculada aos objetivos da produção social, ou melhor, da produção econômica. Daí o motivo pelo qual o Estado, na qualidade de regulador da vida coletiva, “persegue e pune a vadiagem; porquanto o trabalho não é só um *direito*; constitui também uma *obrigação social*”, e porque “a ninguém se atribui a faculdade de figurar como pêso morto para a coletividade”¹⁵⁶⁶.

Pontes de Miranda associava o problema da realização da justiça social também ao problema do que denominava “*novos direitos do homem*”¹⁵⁶⁷. Em sua obra “Democracia, Liberdade, Igualdade (os três caminhos)”¹⁵⁶⁸, afirma que os fins da sociedade “progressiva” do século XX eram: assegurar as liberdades individuais, manter a democracia e realizar certo grau de igualdade crescente, através da implementação dos “novos” direitos do homem, isto é, os direitos sociais¹⁵⁶⁹.

Pontes argumentava que o conceito de direitos sociais é impróprio, pois tem por base a velha teimosia de separar individualismo e socialismo¹⁵⁷⁰ sem atentar que o ser humano está à base deles, e tais distinções metafísicas servem mais a confusões que a esclarecimentos¹⁵⁷¹. A única distinção possível é a que se dá entre os denominados “direitos sociais”, que associa com o valor igualdade¹⁵⁷² e os “direitos individuais”; tal distinção teria por fundamento o fato dos primeiros “serem positivos, isto é, exigirem prestação positiva da sociedade ou do

¹⁵⁶⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. p. 181.

¹⁵⁶⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. tomo V. p. 443.

¹⁵⁶⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

¹⁵⁶⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. p. 573.

¹⁵⁷⁰ Conforme Pontes de Miranda “a personalidade surge como representação do sujeito.[...] Mas a personalidade não é menos dependente das relações sociais em que é termo o indivíduo.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1972. Tomo IV, p. 244). Assim sendo, “se quisermos precisar o pensamento, teremos de considerar como partes de um todo os indivíduos, de modo que, socialmente, é como um espaço intermolecular a separação *social* entre os membros da comunidade, e as separações não são indicadas por linhas divisionárias, nem por números, como se tratássemos de quantidades descontínuas.[...] O individualismo, e principalmente o jurídico, assenta na ignorância desta coigualdade de subordinação de cada parte ao todo.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. p. 246-247).

¹⁵⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. p. 489.

¹⁵⁷² Segundo Pontes de Miranda: “às vezes, a igualdade tem de ser recriada. Nesse recriar de igualdade, há toda uma política de plano, meios e de ação. Vale dizer-se: a sociedade tem de executar isso. São pois igualdades que exigem todo um programa para se fazer e se conservar a igualdade. A esse programa hão de corresponder direitos dos indivíduos a que se execute o programa, ou ficará ele à mercê dos planificadores e executores.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. p. 489).

Estado”, enquanto os últimos, por se configurarem como direitos-liberdades, seriam negativos (liberdade física, liberdade de ensino, liberdade de trabalho, etc.)¹⁵⁷³.

Pontes cita a encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII e refere que a idéia de justiça distributiva é fundamento de certos modelos de ação pregados pela doutrina católica; além disso, entende, citando o Código Social de Malines, de 1927, que a justiça deve ser realizada “não em função do indivíduo só, mas em função da família”¹⁵⁷⁴.

Nessa esteira, Haroldo Valladão entendia que a justiça social seria atingida uma vez a sociedade se reorganizasse “evoluindo, equilibradamente, do amor ao próximo e da caridade, para a equidade e o direito”¹⁵⁷⁵; e, também citando Leão XIII, defende que é a caridade “o antídoto mais seguro contra o orgulho e o egoísmo do século”¹⁵⁷⁶, concluindo que:

[...] na Encíclica, a caridade não exclue a justiça, antes as duas se completam. Aquela antecede a esta; o que atualmente se tem por justiça, muitas vezes se tinha outrora pela caridade e, segundo afirmou um ilustre pensador francês, Cartier, “a justiça de hoje é a caridade de ontem, a caridade de hoje será a justiça de amanhã”.¹⁵⁷⁷

Exemplo da influência dessa “doutrina social cristã” no pensamento jurídico brasileiro¹⁵⁷⁸ pode ser percebido nas idéias presentes na “Contribuição ao personalismo jurídico”, obra escrita por Edgar de Godoi da Mata-Machado como tese para o concurso de Livre Docência da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em 1953, e publicada em 1954¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. p. 490.

¹⁵⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo V, p. 442.

¹⁵⁷⁵ VALLADÃO, Haroldo. *Amor e caridade: equidade e justiça*. Conferência no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, 29 de maio de 1941. In: _____. *Direito, Solidariedade e Justiça*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943. p. 56.

¹⁵⁷⁶ VALLADÃO, Haroldo. *Amor e caridade: equidade e justiça*. p. 61.

¹⁵⁷⁷ VALLADÃO, Haroldo. *Amor e caridade: equidade e justiça*. p. 61.

¹⁵⁷⁸ A influência da doutrina social cristã na dogmática jurídica brasileira não é um fenômeno recente; nesse sentido, assevera Vamireh Chacon que “a mania do ‘Socialismo cristão’ é, aliás, mais antiga do que, se pensa. Desde 1897, pelo menos, Dario Sebastião de Oliveira Ribeiro, futuro professor de Economia na Faculdade de direito de São Paulo, defendia em tese as excelências do ‘Socialismo Católico’ de Leão XII” (CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. p. 252) Observe-se porém que essa influência nunca conseguiu produzir “um conseqüente programa de socialização a longo prazo.” (CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. p. 253).

¹⁵⁷⁹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Contribuição ao personalismo jurídico*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1999. Originalmente publicado em 1953 como tese de Livre Docência apresentada à Fac. De Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Para Mata-Machado, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 é responsável pela “volta da Pessoa Humana *concreta* ao centro da especulação e da pesquisa jurídica”¹⁵⁸⁰, pelo resgate de um pensamento humanista cristão de caráter ético-político que se opõe ao individualismo e ao coletivismo, tendo em vista a concepção de “pessoa humana”. Tendo como guia as idéias de Étienne de Greef, E. Mounier e de Jacques Maritain¹⁵⁸¹, afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem é resultante de três choques intelectuais sofridos pela “teoria do homem”: o darwinismo, o marxismo e a psicanálise; para concluir que “em definitivo, todos esses impactos sobre o pensamento moderno vieram desembaraçar o caminho para o progresso da idéia cristã do homem”¹⁵⁸².

Segundo Mata-Machado, “após o segundo conflito mundial [...] e ainda no seu curso, há uma irrupção da Pessoa no mundo jurídico, através de nova declaração dos direitos do Homem, agora, e pela primeira vez em toda a história, com o expresso cunho de universalidade”¹⁵⁸³.

Para ele, a Carta das Nações e a Declaração Universal dos Direitos do Homem refletiam a antinomia individual *versus* social, cujas bases reais tinha intenção de estabelecer, além de propor uma solução fundada em conceitos filosóficos que lhe pareciam os mais consentâneos¹⁵⁸⁴. Segundo o autor mineiro, citando Curcio¹⁵⁸⁵, essas Declarações de Direitos de âmbito internacional seriam a prova da “afirmação mais completa da personalidade humana”¹⁵⁸⁶, a mais fácil explicação dos direitos que lhe são inerentes, constituindo sua plena valorização no “reconhecimento da dignidade que ao indivíduo compete como valor autônomo, sem que para tal haja necessidade de referir-nos a realidade transcendente”¹⁵⁸⁷; seria esse regresso da Pessoa Humana o que, para Mata-Machado, fixaria os limites da

¹⁵⁸⁰ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 105.

¹⁵⁸¹ O debate cristão das décadas de 50 e 60 foi marcado por autores como Maritain, Teilhard de Chardin e Mounier: Jacques Maritain foi talvez o intelectual católico mais influente do seu tempo, segundo Henrique de Lima Vaz (VAZ, Henrique de Lima. *Conversas com filósofos brasileiros*. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 33); importância semelhante teve E. Mounier: “Creio que a presença de Mounier, cujos livros eram também leitura quase obrigatória, foi, antes de tudo, a presença de um modelo. Ele soube unir reflexão e ação sob a inspiração de uma doutrina ao mesmo tempo comunitária e personalista, e aqui residia, parece-me, o segredo da atração por ele exercida sobre a juventude universitária cristã.” (VAZ, Henrique de Lima. *Conversas com filósofos brasileiros*. p. 34).

¹⁵⁸² MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 111.

¹⁵⁸³ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 84.

¹⁵⁸⁴ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 97.

¹⁵⁸⁵ CURCIO, Massimo. *La dichiarazione dei diritti delle nazioni unite*. Milão: D. Giuffrè, 1950. p. 27 apud MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 100.

¹⁵⁸⁶ CURCIO, Massimo. *La dichiarazione dei diritti delle nazioni unite*. Milão: D. Giuffrè, 1950. p. 27 apud MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 100.

¹⁵⁸⁷ CURCIO, Massimo. *La dichiarazione dei diritti delle nazioni unite*. Milão: D. Giuffrè, 1950. p. 27 apud MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 100.

antinomia individual *versus* social no campo do Direito, mais especificamente do denominado Direito Social¹⁵⁸⁸, sendo que a solução da referida antinomia dependeria “**da rigorosa distinção entre indivíduo e pessoa e duma autêntica noção do bem comum, que, numa sociedade política, só pode ser considerado como bem comum de pessoas humanas**”¹⁵⁸⁹.

Bem comum que está submetido, segundo Mata-Machado citando Maritain¹⁵⁹⁰, a duas leis, a lei de redistribuição e a lei de superação, que atuam da seguinte forma:

[...] em primeiro lugar, estando as pessoas engajadas na vida social, é essencial ao bem comum reverter-se ou redistribuir-se a elas (*é a primeira lei*); em segundo lugar, como as pessoas transcendem a ordem social, é essencial ao bem comum favorecer sua progressão no sentido dos bens absolutos que superam a sociedade política (*é a segunda lei*).¹⁵⁹¹

Bem comum é entendido como a soma de todos os bens presentes “nas vidas individuais dos membros da comunidade, enquanto tudo isso é, em certa medida, *comunicável* e se reverte em certa medida sobre cada um, e ajuda cada um a realizar sua vida e sua liberdade de pessoa. É tudo isso que faz a boa existência humana da multidão”¹⁵⁹². Interessante destacar que Mata-Machado, tendo por base Maritain, denomina *sociabilidade da pessoa* “a esse reclamo essencial de comunicação, inerente ao ser humano”¹⁵⁹³, que decorre tanto das virtudes quanto das fragilidades do homem. Segundo Maritain, “tomada sob o aspecto da sua generosidade radical, a pessoa humana tende a superabundar nas comunicações sociais”, essa tendência da sociabilidade denomina-se lei da superabundância da *personalidade*; já no que diz respeito às indigências, às necessidades provenientes da *individualidade*, tem-se que “o homem necessita, para a plenitude de sua vida e de seu desenvolvimento, de um *corpo de comunicações sociais*, dispensador dos bens essenciais à expansão de sua natureza.”¹⁵⁹⁴.

Para Mata-Machado, influenciado pela opinião de Maritain, após o estabelecimento do acordo prático que permitiu a Declaração de Direitos do homem caberia enfrentar o problema da

¹⁵⁸⁸ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 105.

¹⁵⁸⁹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 101. Grifo nosso.

¹⁵⁹⁰ MARITAIN, Jacques apud MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 219.

¹⁵⁹¹ MARITAIN, Jacques apud MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 219.

¹⁵⁹² MARITAIN, Jacques apud MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 220.

¹⁵⁹³ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 194.

¹⁵⁹⁴ MARITAIN, Jacques. *La personne* apud MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 195.

justificação racional desses direitos, ou seja, “propor às estruturas em formação elementos capazes, tanto quanto possível, de suscitar acordos teóricos”¹⁵⁹⁵. A doutrina que, segundo o autor mineiro, estaria em condições de estabelecer os alicerces desse acordo teórico que se busca seria a doutrina do personalismo tomista tal qual exposto por Jacques Maritain¹⁵⁹⁶, que se expressa em um “personalismo comunitário, de fundo cristão e democrático”¹⁵⁹⁷, doutrina essa que “não é estranha ao melhor da tradição de cuja seiva bem ou mal ainda vivem as teorias individualistas”¹⁵⁹⁸, além do que “pela transcendência de seu fundamento último, está aberta, na ordem do temporal e do político, a toda afirmação de humanismo que não contrarie ou violente a natureza humana”¹⁵⁹⁹.

Esse “paradigma personalista” defendido por Mata-Machado será a base sobre a qual se estruturará a defesa, empreendida por Wilson Melo da Silva, da adoção e desenvolvimento da responsabilidade objetiva. Em sua obra “Responsabilidade sem culpa e socialização do risco” é possível ler que:

O Direito deveria ter como norma o bem-comum, não apenas aquilo que, como tal, por vêzes, equivocadamente se entende, isto é, o simples bem-comum da vida civil, infravalente, relativo, o *finis ultimus secundum quid*, mas o bem comum transcendente, absoluto, o *finis ultimus simpliciter*. E por isso mesmo é que, como acentuou, com acuidade e justeza, o Prof. MATA MACHADO, não se poderia ter por bem-comum aquele mesmo da conceituação de ROUBIER que acaba por identificá-lo, em sua essência, com o “desenvolvimento da civilização”.¹⁶⁰⁰

Para Melo da Silva, a ascensão da corrente do direito social com o concomitante declínio da corrente individualista, faz surgir uma nova encruzilhada à frente da responsabilidade civil, resumida na dicotomia “culpa ou não-culpa” e que impõe a questão de se, diante da tendência de socialização do dano, esse continuaria a implicar em agressão apenas à vítima ou se, pelo contrário, implicaria sempre em um atentado à própria coletividade: “A equação se deveria armar entre dano e vítima ou entre dano e sociedade?”¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁵ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 172.

¹⁵⁹⁶ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 175.

¹⁵⁹⁷ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 173. Sobre uma visão da doutrina humanista cristã intitulada “personalismo” ver: MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. 2.ed. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1964.

¹⁵⁹⁸ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 173.

¹⁵⁹⁹ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. p. 174.

¹⁶⁰⁰ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962. p. 33-35.

¹⁶⁰¹ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. p. 35.

Em vista do exposto, defende Wilson Melo da Silva que as regras relativas à responsabilidade objetiva seriam resultado de “imperativos de alta política social, preservativos da paz pública, indispensáveis ao harmônico e tranqüilo desenvolvimento das atividades humanas”, além de serem impostas “pelas necessidades mesmas do bem-comum no seu sentido mais lato”¹⁶⁰², ressaltando, porém, que não era correto afirmar que “pela solidariedade social a repartição dos danos e dos cômodos devesse de se processar sempre, e obrigatoriamente, em partes matematicamente iguais”¹⁶⁰³, pois, se é certo que o “Direito aspira a um ideal de igualdade”, também é certo que “a idéia da alteridade, ínsita na idéia de Justiça, tem de ser entendida e aplicada com base no suposto da própria natureza humana”, pois a desigualdade é da essência humana, assim “a verdadeira igualdade não poderia ser aquela matemática, dos enciclopedistas, da justiça comutativa em tese, mas tão somente a da justiça distributiva”¹⁶⁰⁴.

Segundo Wilson Melo da Silva seria, a noção grega de *epieikeia*, tomada por ele como sinônimo de equidade¹⁶⁰⁵, conjuntamente com as noções da “solidariedade e da paz social, do bem-comum, um dos grandes instrumentos de justificação da tese da responsabilidade objetiva”¹⁶⁰⁶; opinião essa que prosperou em autores e em obras mais recentes¹⁶⁰⁷.

Perspectiva diversa, isto é, não inspirada por “doutrinas sociais cristãs”, era a delineada por Aliomar Baleeiro, para quem “os constituintes de 1946 partiam do princípio filosófico kantiano de que o Estado não é fim em si mesmo, mas meio para o fim. Esse fim seria o

¹⁶⁰² SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. p. 268. É o próprio Wilson Melo da Silva, mais adiante em sua obra, em parágrafo intitulado “A responsabilidade objetiva em face do bem comum”, que fornecerá elementos para a compreensão do que entende por bem-comum e qual o seu alcance: “O bem-comum, pois, no seu sentido mais geral, materializar-se-ia [...] naquela conjunção de bens de ordem material e moral, posta pela sociedade à disposição de seus membros, a fim de lhes possibilitar a realização de *leur destinée personnelle*. O bem-comum, *lato sensu*, seria, assim, transcendente e diria respeito, mais de perto, à pessoa humana, ao passo que o bem-comum, *stricto sensu*, gravitaria mais dentro da órbita do indivíduo.” (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. p. 260).

¹⁶⁰³ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. p. 269.

¹⁶⁰⁴ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. p. 247.

¹⁶⁰⁵ Judith Martins-Costa também ao tratar da responsabilidade objetiva se serve da expressão grega *epicikia*, dando-lhe o sentido de equilíbrio, para afirmar que a máxima objetivação do conceito de responsabilidade está na compreensão da mesma como resposta a perturbação de uma ordem que deve ser restabelecida (MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 93, 1991, pp. 34 e 35).

¹⁶⁰⁶ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. p. 271.

¹⁶⁰⁷ Assim, Paulo Sérgio Gomes Alonso, em livro que aborda os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, ao elencar o que denomina elementos informadores dessa forma de responsabilidade destaca a paz pública e o bem comum, a solidariedade, a equidade e a repartição do dano, limitando-se, como se vê, a basicamente reproduzir a opinião de Wilson Melo da Silva (ALONSO, Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 45-48, 55).

homem. O Estado deveria fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar material, física, moral e intelectualmente *o homem*”¹⁶⁰⁸.

A defesa da socialização do direito também se encontra em Paulo Bonavides¹⁶⁰⁹. Afirmava esse autor que a substituição do Estado liberal pelo Estado social deveria ser realizada de forma a “conservá-lo democrático, amparado na idéia de conciliação da personalidade com a justiça social”¹⁶¹⁰, substituição essa que decorreria duma correção do conceito moderno de liberdade através do reconhecimento de direitos “que se dirigem para o teor material da mesma liberdade, enriquecida aí com as conquistas operadas na esfera social e econômica” e de garantias “que se orientam no sentido de preservar o velho conceito formal de liberdade”¹⁶¹¹.

Para Bonavides, “a socialização branda, cujo sôpro vitaliza e regenera as constituições modernas, sem contudo calcar aos pés a personalidade humana” seria resultado da influência de um “bom liberalismo”, isto é, um “liberalismo humano e cristão”¹⁶¹² que incorporasse “os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade”¹⁶¹³.

Afirma Bonavides que a sobrevivência da democracia no século XX se ligava ao possível êxito de uma teoria política que afirmasse e reconciliasse a idéia dos direitos sociais com a do individualismo, tornando lícita uma maior intervenção do Estado na esfera econômica e cultural ao mesmo tempo em que mantivesse a segurança e o reconhecimento de certos direitos fundamentais da personalidade, “sem os quais esta se deformaria e definharia, como fonte que se deve sempre conservar de iniciativas úteis, livres e fecundas”¹⁶¹⁴.

Bonavides sustenta que a idéia liberal de direito, tendo em Kant uma de suas bases, é a idéia de restrição da liberdade individual, manifestando-se, sempre, através de regras de limitação da vontade, regras negativas. Bonavides repelia esse conceito “negativo” de liberdade e buscava, segundo ele com base em Hegel, estabelecer um conceito “positivo” que visse “na

¹⁶⁰⁸ BALEEIRO, Aliomar. A Constituição de 1946. In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras. 2.ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Escola de Administração Fazendária, 2000. v. 5. p. 18-19.

¹⁶⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*.

¹⁶¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. prefácio.

¹⁶¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 29.

¹⁶¹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 32.

¹⁶¹³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 33.

¹⁶¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 144.

liberdade aquêlo estado cultural, espiritual e social, intimamente vinculado ao desenvolvimento da comunidade, fora da qual não chegará jamais o homem à sua condição de ‘ser livre’¹⁶¹⁵, que se realizaria somente no Estado entendido como “realidade da idéia moral”¹⁶¹⁶.

Para Bonavides, Hegel defendia que se compreendesse o Estado como organismo¹⁶¹⁷, tendo sido a defesa da idéia de “organicismo estatal” – enquanto doutrina de combate ao liberalismo – um “esforço reacionário de restauração do prestígio da autoridade e do passado”¹⁶¹⁸, e contou com a adesão de pensadores como Burke e Savigny¹⁶¹⁹, passando por Ahrens e Gierke¹⁶²⁰. Daí porque, conforme Bonavides, as idéias de Hegel desfrutaram da simpatia e favor da ordem política restaurada: “Sua filosofia caiu nas graças da Reação e se fês (sic) a filosofia oficial do Estado prussiano. A monarquia de Frederico Guilherme se comprazia com suas idéias e ele se converteu por isso mesmo no teorista dileto e de maior evidência da ordem dominante”¹⁶²¹.

Ocorre, porém, que, segundo Bonavides, esse mesmo conceito de liberdade positiva que foi utilizado como freio ao movimento liberal apresenta-se também como impulsionador de um modelo de estado – Estado Social – superador do liberalismo moderno e instituidor de uma situação histórica de “reconciliação entre capital e trabalho, por via democrática”, onde “todos lucram”¹⁶²².

Essa liberdade, que o mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, os que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que a liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência.¹⁶²³

¹⁶¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 149.

¹⁶¹⁶ HEGEL apud BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 127.

¹⁶¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 136.

¹⁶¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 62.

¹⁶¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 62.

¹⁶²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 64-65.

¹⁶²¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 132.

¹⁶²² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 213.

¹⁶²³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 211.

É a esse Estado Social intervencionista, paternalista¹⁶²⁴, de feição jurídico-constitucional, inspirado na Constituição francesa de 1946 e na Constituição de Bonn, e, simultaneamente, provedor e garantidor dos direitos sociais e dos direitos da personalidade¹⁶²⁵, que Bonavides consagra a sua preferência¹⁶²⁶.

Já Miguel Reale, embora admita as influências de Kant e Hegel, defende a superação, ou melhor, a sua complementaridade. Por essa razão, entende o ser humano como ser bivalente, simultaneamente, individual e social¹⁶²⁷:

Nem Kant, nem Hegel, digamos assim, nos satisfazem, mas é mister partir deles para superá-los, a fim de tentar responder ao nosso problema, ao mais angustiante de todos os problemas, que é o do *homem* e o da *comunidade*, termos em gigantesco conflito, um a proclamar a sua ‘personalidade’ autônoma e livre, apoiado na irredutibilidade do ‘eu’; o outro a exigir o reconhecimento da ‘personalidade’ coletiva, a superioridade do espírito que historicamente se objetiva e integra em unidade dialética a excelência do humano.¹⁶²⁸

Para Miguel Reale, são inerentes à “consistência da pessoa” tanto os valores transcendentalmente inferidos quanto os historicamente formados. Daí porque, para ele, “não tem sentido tanto um humanismo a-histórico, ou meta-histórico quanto um humanismo que se revela integral e absolutamente na história, aniquilando a condição mesma de sua possibilidade”¹⁶²⁹; assim sendo, defendeu, nos anos 60, que a forma de “composição pragmática” entre os fatores teóricos acima referidos e outros fatores práticos, como, por exemplo, o desenvolvimento econômico, encontrava-se na formação e consolidação de uma “democracia social” expressa no “imperativo da socialização do progresso”¹⁶³⁰, ideal de “progresso” esse que se configuraria na Carta outorgada de 1967 sobre o trinômio: ordem, liberdade e desenvolvimento¹⁶³¹.

A Carta outorgada de 1967 não fugiu ao “regime de compromisso e transação” característico de nossos textos constitucionais que sempre buscaram conciliar a defesa da liberdade

¹⁶²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 232.

¹⁶²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 233.

¹⁶²⁶ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. p. 234.

¹⁶²⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito: situação atual*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 86.

¹⁶²⁸ REALE, Miguel. Personalismo e historicismo axiológico. In: _____. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 136.

¹⁶²⁹ REALE, Miguel. Personalismo e historicismo axiológico. In: _____. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 141.

¹⁶³⁰ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. p. 210.

¹⁶³¹ REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. p. 211.

individual (e sua realização em uma economia de mercado pautada pela livre iniciativa de uns poucos) e a promoção da igualdade coletiva (admitida a intervenção do Estado na economia, quando imprescindível, para garantir o interesse da maioria). Na Carta outorgada de 1967 – com as alterações que lhe foram impostas pela Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969 – estava estabelecido que a ordem econômica e social tinha por finalidade “realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social” (art. 160, *caput*), tendo como princípios, dentre outros, a “liberdade de iniciativa”, a “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”, a “função social da propriedade” e a “harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção” (art. 160, I, II, III e IV).

Importante notar que a Emenda Constitucional nº 01/69, ao alterar o texto da CF/67, acabou por estabelecer o “desenvolvimento nacional” como fim da ordem econômica e social; com isso transformou um dos meios de se obter a justiça social num objetivo tão importante quanto essa¹⁶³², o que levou a uma equivocada dissociação entre crescimento econômico e distribuição de renda e a noção de que aquele era um objetivo preponderante.

Modesto Carvalhosa¹⁶³³, conquanto ressaltasse que o art. 160, *caput*, da Carta Constitucional havia estabelecido uma anterioridade ao desenvolvimento nacional em relação à justiça social, identificava no mandamento constitucional propugnador dessa última uma opção pela estruturação do campo econômico tendo por base a justiça distributiva¹⁶³⁴, ou seja, um sistema de regras articuladas em torno da idéia de solidariedade e de direitos e obrigações comunitários¹⁶³⁵.

Em suas “Considerações sobre direito econômico”, Modesto Carvalhosa apontaria a legitimação recente da intervenção estatal nos conflitos de interesse existentes entre os agentes econômicos como resultado do movimento solidarista cujas idéias, para ele, abalavam “os dogmas do constitucionalismo, fazendo com que surja, no sistema, a tutela do *momento*

¹⁶³² No mesmo sentido: CORRÊA, Oscar Dias. A crise da constituição e as mudanças: a ordem econômica e social. In: _____. *A crise da Constituição, a Constituinte e Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 29-30.

¹⁶³³ CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 69.

¹⁶³⁴ Para Carvalhosa a expressão justiça distributiva, desde o final do século XIX, estava associada com a função distributiva da economia compreendida como imperativo da justiça social por força da influência das encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno* e *Mater et Magistra Gentium* (CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na constituição de 1969*. p. 58, 59, 60).

¹⁶³⁵ CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na constituição de 1969*. p. 66.

coletivo, em substituição ao atomismo individualista”¹⁶³⁶. Para ele o “Estado intervém no campo econômico-social fundado nas propostas do solidarismo”¹⁶³⁷, entre outros motivos, pela “necessidade de substituição do egoísmo individual pela solidariedade social, como preceito diretivo do progresso social”¹⁶³⁸. A esse movimento solidarista vinculava as idéias de Thomas Hill Green, principalmente as desenvolvidas em sua obra “Lectures of political obligation” anotando que, no autor inglês, “a idéia de bem-estar coletivo ou de bem comum estão latentes em toda pretensão de direito privado”¹⁶³⁹.

Resultado do campo econômico segundo essas premissas solidaristas seria, para Modesto Carvalhosa, “a modificação das estruturas de troca e a difusão, pelo corpo social, das rendas produzidas” (que entendia serem os fundamentos econômicos da justiça distributiva) acabaria por criar não só o bem-estar material, “mas também um significado mais concreto à dignidade e à liberdade humanas”¹⁶⁴⁰, permitindo a superação das necessidades ao nível da subsistência¹⁶⁴¹.

O modo como foi delineada a relação entre desenvolvimento nacional e justiça social na Carta Constitucional também sofreu a análise de outros autores.

Para o então Ministro do STF, Oscar Dias Corrêa, a justa redistribuição da renda social não era um objetivo antagônico ao desenvolvimento econômico, pois, sem que aquela “possa atender à justiça social e dela se avizinhar, não há como falar em *paz social*, nem em *desenvolvimento*, se aquela e este só podem concretizar-se com a efetiva realização do equilíbrio e da harmonia entre as classes e categorias sociais, equanimemente partícipes da ordem social (nos seus vários aspectos) e atendidas da repartição dos resultados que nela se alcancem”¹⁶⁴²; portanto, para ele, o desenvolvimento econômico era apenas um dos

¹⁶³⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre direito econômico*. 1971. Dissertação (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1971. p. 96.

¹⁶³⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre direito econômico*. p. 96.

¹⁶³⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre direito econômico*. p. 96.

¹⁶³⁹ GREEN, Thomas Hill. Lectures of political obligation, apud CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre direito econômico*. p. 104.

¹⁶⁴⁰ CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na constituição de 1969*. p. 61.

¹⁶⁴¹ CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na constituição de 1969*. O retorno à coletividade, da renda produzida pela atuação dos agentes econômicos, deveria ocorrer – segundo o autor – através da justa remuneração pelo trabalho, pelo aumento da margem de poupança e do crédito individual e social (CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na constituição de 1969*. p. 62).

¹⁶⁴² CORRÊA, Oscar Dias. A crise da constituição e as mudanças: a ordem econômica e social. p. 43.

fundamentos, um dos meios de realização da justiça social¹⁶⁴³ e uma das formas de garantir a liberdade individual¹⁶⁴⁴.

De forma semelhante entendia Eros Roberto Grau que, após definir “justiça social”, em termos amplos, como “superação das injustiças na repartição”¹⁶⁴⁵, sustentava não ser plausível contrapô-la ao “desenvolvimento nacional”, mas, pelo contrário, compatibilizá-los através da noção de “bem-estar”: nesse sentido, “o desenvolvimento é também bem-estar em dinamismo; mas quando afetado pelo princípio da *justiça social*, bem-estar – em dinamismo – com repartição”¹⁶⁴⁶.

Na mesma linha de raciocínio, San Tiago Dantas acreditava que haveria, ao invés de uma contraposição entre desenvolvimento econômico e justiça social, com a conseqüente preponderância do primeiro, uma intrínseca ligação que desembocaria na “correlação inevitável entre a democracia e a reforma social” e entre essas e o Direito¹⁶⁴⁷, pois nem a fidelidade aos princípios jurídicos, nem o crescimento da riqueza bastariam para “preservar a democracia e adaptá-la ao mundo moderno”, sendo “indispensável reconhecermos a necessidade de aditar a esses dois fatores um terceiro: a reforma social.”¹⁶⁴⁸. A referida reforma deveria enfrentar de frente “o problema vital da segurança econômica do indivíduo na sociedade”, além de ter de produzir, com respeito aos direitos subjetivos, “uma redistribuição

¹⁶⁴³ CORRÊA, Oscar Dias. A crise da constituição e as mudanças: a ordem econômica e social. p. 39.

¹⁶⁴⁴ A preocupação do ex-ministro do STF com a justiça – que “é o fundamento e o cimento da solidariedade humana” (CORRÊA, Oscar Dias. A crise da constituição e as mudanças: a ordem econômica e social. p. 30) – e, especialmente, com a “justiça social” se dá dentro de uma abordagem cristã, logo a importância do desenvolvimento econômico é avaliada tendo em vista seus efeitos sobre os indivíduos: “no *plano individual*, seguindo a orientação do ensinamento da Igreja, considerado o indivíduo como *pessoa*, na sua ‘eminente dignidade’, visa-se à sua realização, isto é, ao cumprimento de seus desígnios para os quais foi criado; mas, como não vive isolado, nem é possível a realização do bem-estar individual sem a integração social, tal aspecto é expressamente consignado [...]” (CORRÊA, Oscar Dias. A crise da constituição e as mudanças: a ordem econômica e social. p. 39). Interessante observar que a abordagem de Amartya Sen, embora diversa no fundamento (uma vez que se apresenta como “abordagem laica”), produz conclusões semelhantes às expostas acima no que diz respeito à função do desenvolvimento econômico. Para Amartya a expansão da liberdade individual (expansão das capacidades das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam) é o principal fim e o principal meio do desenvolvimento (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10, 32).

¹⁶⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1981. p. 56.

¹⁶⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. p. 57.

¹⁶⁴⁷ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Idéias e rumos para a revolução brasileira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963. Discurso proferido em 1963 por ocasião da entrega do prêmio “Homem de Visão de 1963” apud JAGUARIBE, Hélio. San Tiago Dantas e o Projeto Nacional. p. 26.

¹⁶⁴⁸ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Idéias e rumos para a revolução brasileira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963. Discurso proferido em 1963 por ocasião da entrega do prêmio “Homem de Visão de 1963” apud JAGUARIBE, Hélio. San Tiago Dantas e o Projeto Nacional. p. 26.

da renda social”¹⁶⁴⁹ que assegure e crie um número crescente de ocupações e atividades e proteja os setores desvalidos¹⁶⁵⁰.

Vê-se, portanto, conforme se depreende, por exemplo, da manifestação de San Tiago Dantas acima referida, que no campo doutrinário sustentava-se que a interpenetração entre os valores do Estado de Direito e do Estado Social. Havendo inclusive, já à época quem sustentasse a incompatibilidade entre uma estrutura econômica que se propusesse a realizar a justiça distributiva e uma estrutura política em que se violasse “a liberdade e a dignidade e os valores espirituais do homem”, entendidos ambos como “requisitos indispensáveis para que possa gozar da prosperidade material”¹⁶⁵¹.

Ocorre porém que, a partir de 1964, desponta, em nosso país, uma situação histórica na qual junto a uma insofismável e violenta restrição dos direitos civis e políticos se apresenta uma indiscutível ampliação dos direitos sociais.

Assim é que junto às violações aos direitos fundamentais, como o direito à vida e à liberdade, surgem medidas de reconhecimento e satisfação de direitos sociais, como por exemplo, o fato dos acidentes de trabalho terem, a partir de 1967, obtido *status* legal de “risco social” ao passarem a integrar o sistema de previdência social (lei 5316 de 14 de julho de 1967), no exato período em que se inicia a universalização da mesma, com a criação, em 1966, do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), processo que culmina, no biênio 1972-1973, com a incorporação ao sistema de proteção social previdenciário das empregadas domésticas e dos trabalhadores autônomos (últimas categorias a serem incorporadas). Outro exemplo dessa ampliação do direito social à segurança tem-se no tratamento dado a partir dessa época aos acidentes de transporte, ou melhor, aos danos pessoais causados por veículos automotores terrestres que passam a ser reparados através do seguro obrigatório instituído pela lei 6194 de

¹⁶⁴⁹ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Idéias e rumos para a revolução brasileira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963. Discurso proferido em 1963 por ocasião da entrega do prêmio “Homem de Visão de 1963” apud JAGUARIBE, Hélio. *San Tiago Dantas e o Projeto Nacional*. p. 28.

¹⁶⁵⁰ DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Idéias e rumos para a revolução brasileira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963. Discurso proferido em 1963 por ocasião da entrega do prêmio “Homem de Visão de 1963” apud JAGUARIBE, Hélio. *San Tiago Dantas e o Projeto Nacional*. Aqui encontra-se expressa a relação complementar entre a liberdade substancial (entendida como “expansão das ‘capacidades’ das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam”), meio e fim do desenvolvimento econômico e uma das liberdades instrumentais a esse desenvolvimento, qual seja a “segurança protetora” contra a vulnerabilidade e a privação, ou seja, a rede de segurança social responsável por uma justa redistribuição da renda social (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. p. 32, 57). Dessa rede de segurança social fazem parte os sistemas de previdência, assistência, seguro e responsabilidade civil.

¹⁶⁵¹ CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na constituição de 1969*. p. 67.

19 de setembro de 1974.

Assim, no que diz respeito à relação entre direitos civis e políticos e direitos sociais, no Brasil, pode-se perceber que “os governos militares repetiram a tática do Estado Novo: ampliaram os direitos sociais, ao mesmo tempo em que restringiam os direitos políticos”, concluindo-se então que “o autoritarismo brasileiro pós-30 sempre procurou compensar a falta de liberdade política com o paternalismo social”¹⁶⁵².

É somente no período de “abertura democrática” que surgirão normas de caráter social fruto da pressão exercida pelos denominados “movimentos sociais”¹⁶⁵³. Entre essas normas é possível destacar: a Lei 6938 de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e que entre seus objetivos elenca “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” (art. 4º, VII), contando com a responsabilidade civil objetiva (art. 14, § 1º) para a sua implementação; e a lei 7347 de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, I, II e IV), e que além de estabelecer a “legitimidade processual ativa” das “associações civis” nas demandas dessa espécie, estabelece, também, que o obtido com o pagamento das indenizações será revertido a um fundo¹⁶⁵⁴ – gerido por um Conselho composto, necessariamente, pelo Ministério Público e por representantes da comunidade – cujos recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados.

A partir da Constituição Federal de 1988, busca-se a integração maior entre o estabelecimento de instrumentos de garantia dos direitos civis e políticos e de realização dos direitos sociais; aliás, é desse período em diante que se dará a experiência mais significativa em termos de “democracia social” no Brasil. Segundo Caio Tácito¹⁶⁵⁵, a partir 1988 toda uma nova gama de

¹⁶⁵² CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil*. p. 190.

¹⁶⁵³ Para Vera da Silva Telles, a partir dos anos 80 “foi construída uma trama social formada por movimentos sociais, organismos de representação de interesses e entidades civis” que acabou por mapear e explicitar campos específicos de conflitos, “fazendo circular a linguagem dos direitos” projetando, no cenário público, demandas e aspirações. (TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* p. 140-141). Na mesma direção, Oscar Dias Corrêa argumenta que os anos 80 iniciaram sob o signo da mudança social fruto de uma crescente conscientização e participação popular na vida nacional. (CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da constituição e as mudanças: a ordem econômica e social*. p.12).

¹⁶⁵⁴ Fundo de Defesa dos Direitos Difusos regulamentado pelo decreto nº. 1306/94.

¹⁶⁵⁵ TÁCITO, Caio. *A Constituição Federal de 1988*. In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras. 2.ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Escola de Administração Fazendária, 2000. v. 3. p. 23.

direitos do homem agrega-se ao elenco tradicional com o objetivo de completá-los, entre esses está o “direito à segurança social”¹⁶⁵⁶.

Poderíamos dizer, junto com Eros Roberto Grau, que a Constituição de 1988 é uma constituição progressista, isto é, supõe um avanço e uma evolução social, “no sentido de prover alterações na organização de um sistema dado, sem contudo ferir a essência do sistema.”¹⁶⁵⁷. Segundo o referido autor, no bojo da ordem econômica¹⁶⁵⁸ instituída pela Constituição de 1988, encontra-se, dentre outros “princípios que conformam a interpretação de que se cuida”¹⁶⁵⁹, o inscrito nos arts. 1º, IV e 3º, I, e III, quais sejam, respectivamente, a “dignidade da pessoa humana” como fundamento e a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” e a “erradicação da pobreza e da marginalização” como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

De acordo com Eros Roberto Grau, a dignidade da pessoa humana reaparece no *caput* do art. 170, como norma-objetivo¹⁶⁶⁰ (“a ordem econômica [...] tem por fim assegurar a todos existência digna”), o que significa dizer que “o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição”¹⁶⁶¹; afirma ainda que assegurar a realização dessa norma passa, necessariamente, pela viabilização do “acesso de todos não apenas às chamadas *liberdades formais*, mas, sobretudo, às *liberdades reais*”, essa últimas associadas pelo autor – citando José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira – aos direitos econômicos, sociais e culturais¹⁶⁶².

Para Washington Peluso, o fim mencionado no *caput* do art. 170 da Constituição Federal de 1988, qual seja, a existência digna assegurada conforme os ditames da justiça social, deve ser tomado como objetivo que a Carta pretende fazer implementar e os princípios elencados nos incisos do mesmo artigo são os meios através dos quais a ordem econômica poderá contribuir

¹⁶⁵⁶ Segundo o referido autor: “os direitos econômicos e sociais são um prolongamento dos direitos e garantias individuais, contemplando a pessoa, além de sua qualidade singular, para garantir seus direitos de participação na sociedade [...]” (TÁCITO, Caio. *A Constituição Federal de 1988*. p. 23-24).

¹⁶⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 29.

¹⁶⁵⁸ Embora critique o uso da expressão, a utiliza com ressalvas (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 195).

¹⁶⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 215.

¹⁶⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 218.

¹⁶⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 218.

¹⁶⁶² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 219.

para a obtenção dos objetivos, cujos princípios são tomados como “ponto de partida”¹⁶⁶³. Assim, poderíamos afirmar que, para a concretização desse parâmetro de existência deveríamos, por exemplo, partir de uma defesa do consumidor (inciso V) congregada com um programa de redução das desigualdades sociais (inciso VII) que realizasse a partir da seleção de certos tipos de consumidores, em razão de sua maior vulnerabilidade, uma tutela redistributiva, isto é, que absorvendo a tarefa de realizar justiça social compensasse distorções sócio-econômicas.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso, ao analisar a conformação do valor da liberdade na Constituição brasileira de 1988, assevera que “o humanismo e a solidariedade social hão de estar engajados, não em minimizar o papel da liberdade, mas em ampliar o acesso a ela”¹⁶⁶⁴.

Assim também compreende Fábio Konder Comparato, para quem o art. 3º, IV, ao estabelecer como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” corresponde “ao princípio da igualdade básica de condições de vida, próprio do Estado de bem-estar social”¹⁶⁶⁵.

Essas liberdades formais e reais, referidas acima, também são protegidas, segundo Eros Roberto Grau, pelo art. 3º, I, igualmente uma “norma-objetivo”¹⁶⁶⁶, pois o referido art. 3º fundamenta “à reivindicação, pela sociedade, de *direito à realização de políticas públicas*” que “hão de importar o fornecimento de prestações positivas à sociedade”¹⁶⁶⁷ com o objetivo de, em atendimento aos ditames da justiça social (art. 170, caput)¹⁶⁶⁸, realizar uma repartição do produto econômico, não apenas inspirada em razões micro, mas também macroeconômicas; com isso, “as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista”¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, n. 102, abr.-jun. 1989, p. 31-32.

¹⁶⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. Liberdade, igualdade e fraternidade: as falácias ideológicas do nosso tempo. *Revista Forense*, v. 331, jul.-set. 1995. p. 397.

¹⁶⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. In: _____. *Direito Público: ensaios e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 56-57.

¹⁶⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 237.

¹⁶⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 238.

¹⁶⁶⁸ “Sociedade justa é aquela, na direção do que aponta o texto constitucional, que realiza *justiça social* [...]” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 238).

¹⁶⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 245.

Aliás, à Eros Roberto Grau parece que, da mesma forma que o I, o inciso III do art. 3º, parcialmente reafirmado no art. 170, VI, “atua como fundamento constitucional de reivindicação, da sociedade, pela realização de políticas públicas” que devem funcionar no sentido de superar “as desuniformidades entre os flancos moderno e arcaico do capitalismo brasileiro” para, com isso, atualizá-lo¹⁶⁷⁰ por meio da “instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo do *Welfare State*”¹⁶⁷¹, modelo que, entre nós é revolucionário¹⁶⁷².

É na esteira dessa tentativa de modernização do capitalismo brasileiro que se insere o reconhecimento da proteção do consumidor como direito constitucional fundamental (no art. 5º, XXXII)¹⁶⁷³, e o estabelecimento da “defesa do consumidor” como “norma-objetivo” justificadora da “reivindicação pela realização de políticas públicas”¹⁶⁷⁴. Essa preocupação com a proteção do consumidor irá desaguar na edição da Lei 8078 de 11 de setembro de 1990 (o Código de Defesa do Consumidor), onde se estabelecerá que a “Política Nacional de Relações de Consumo” terá entre seus objetivos “o respeito a dignidade, saúde e segurança dos consumidores”, bem como “a melhoria da sua qualidade de vida” (art. 4º, caput), a serem alcançados por intermédio da “ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho” (art. 4º, II, ‘d’), e da “racionalização e melhoria dos serviços públicos” (art. 4º, VII), dentre outras estratégias. A ferramenta da responsabilidade civil pode ser utilizada para a realização desses objetivos, conforme resta claro da análise dos artigos 6º, I e VI, X; 9º; 12; 13; 14 e 17 da referida lei.

Mas, além das inovações legislativas que surgiram na esteira da nova Constituição, é necessário perceber outra consequência decorrente diretamente do seu advento: a consolidação¹⁶⁷⁵ e disseminação¹⁶⁷⁶, na dogmática civilista brasileira, da defesa do argumento

¹⁶⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 242.

¹⁶⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 241.

¹⁶⁷² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 241. Segundo Eros Roberto Grau, o que se pretende é a reversão de um quadro de subdesenvolvimento: “Essa reversão nada tem, porém, em relação aos padrões do capitalismo, de subversiva. É revolucionária apenas enquanto votada à modernização do próprio capitalismo.” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 241).

¹⁶⁷³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 258.

¹⁶⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 258.

¹⁶⁷⁵ Orlando Gomes já defendia na vigência da Carta Constitucional de 1967, portanto antes da promulgação da Constituição de 1988, que “o tratamento do direito brasileiro das obrigações também deve partir da carta constitucional para determinação de suas diretrizes”, destacando principalmente que “as disposições constitucionais estabelecidas para realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social influíram e

a respeito da impreterível e necessária reformulação dos modelos hermenêuticos utilizados na interpretação das normas do direito civil vigente, argumento a partir daquele momento fortalecido pelas, então, novas diretrizes constitucionais¹⁶⁷⁷.

Nessa perspectiva, conforme Judith Martins-Costa, é permitido supor que do art. 3º, I, da Constituição Federal, “decorram – para permitir a construção de uma sociedade solidária – não só políticas públicas, ações e atividades que a implementem, mas, por igual, certos *deveres de solidariedade* que se impõem a todas as relações de mercado e conformam o seu efetivo modelo”¹⁶⁷⁸, isto é, impõem condutas não só ao Estado, mas também aos agentes do poder econômico e social que atuam fora do âmbito estatal¹⁶⁷⁹. Dessa imposição não está isento o jusprivatista que, como agente do poder social, em seu trabalho intelectual deve ter

continuam a influir na tônica do atual direito brasileiro das obrigações” (GOMES, Orlando. A constituição e seus reflexos no direito das obrigações. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileira*, v. I, p. 33-34.). Ainda sob a égide da Constituição de 1967 publicou Orlando Gomes uma das obras mais importantes da dogmática civilística brasileira do segundo quartel do século XX, o livro “Transformações Gerais do Direito das Obrigações”. Nesse texto – tendo por base as lições de Josserand, Von Ihering, Gierke e Menger – defendia o autor baiano que o “moderno” direito das obrigações orientava-se “no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoísticos”, disso decorrendo a correção das situações injustas produzidas pelas normas jurídicas cunhadas pelo liberalismo oitocentista, conferindo às mesmas um “conteúdo mais humano, social e ético”, tendendo “para a socialização e moralização, na conformidade das convecções a esse respeito dominantes.” (GOMES, Orlando. O sentido das transformações. In: _____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 1, 2)

¹⁶⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 22-23.

¹⁶⁷⁷ O referido autor destaca a presença, no texto constitucional, das idéias de dignidade, liberdade, segurança, igualdade e justiça social (BITTAR, Carlos Alberto *O direito civil na Constituição de 1988*. p. 25), além do o predomínio da preocupação com o “social”, entendida por ele como “opção pelos pobres” (BITTAR, Carlos Alberto *O direito civil na Constituição de 1988*. p. 17), identificando ambos com uma inspiração e uma tradição “romano-cristã” (BITTAR, Carlos Alberto *O direito civil na Constituição de 1988*. p. 25, 17) para, por fim, concluir que: “O destaque dos elementos sociais impregnará o Direito Privado de conotações próprias, eliminando os resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é fim último da norma, equilibrando-se mais os diferentes interesses por ela regidos, à luz de uma ação estatal efetiva, inclusive com a instituição de prestações positivas e concretas por parte do Poder Público para a fruição pela sociedade dos direitos assegurados” (BITTAR, Carlos Alberto *O direito civil na Constituição de 1988*. p. 26).

¹⁶⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 622.

¹⁶⁷⁹ Segundo Judith Martins-Costa, é vaga “a mera alusão a deveres que lhe [a solidariedade] seriam conotados. Por certo, a existência de deveres decorrentes da solidariedade social impõem-se ao intérprete da Constituição à medida que não seria admissível considerar as suas normas como vazias de significado e eficácia verdadeiramente normativos, devendo-se, por isso mesmo, buscar a sua concreção”, daí porque conclui que tais objetivos vinculam juridicamente não somente o Estado, mas também os particulares (MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. p. 628).

presente que “a tarefa de reconstrução do direito privado na atualidade exige a atenta concretização das normas constitucionais, inclusive mediante a percepção dos deveres que delas defluem. Assim o tantas vezes descuro art. 3º da Constituição Federal”¹⁶⁸⁰.

No mesmo sentido assevera Fábio Konder Comparato que os objetivos indicados no referido artigo “orientam todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade”, sendo “juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado”¹⁶⁸¹.

Para José Reinaldo Lima Lopes, essa atuação e oponibilidade dos direitos sociais, não somente contra o Estado, mas também entre os particulares, se dá pela simples razão de que os conflitos de interesse envolvendo a justiça distributiva não dizem respeito exclusivamente às relações entre Estado e cidadãos, mas também às relações entre cidadãos¹⁶⁸².

Com relação à atuação das normas da Carta de 1988 sobre as regras de responsabilidade civil, já no início da década de 90, Carlos Alberto Bittar¹⁶⁸³ defendia que a responsabilidade objetiva “se embasa na defesa da vítima e se conforma à idéia central da dignidade da pessoa, posta como base da sociedade brasileira”, operando conforme critérios de justiça distributiva, ou seja, realizando uma justa distribuição dos riscos sociais a partir de “sistemas de reparação coletiva” organizados em consonância com o potencial econômico dos envolvidos, como é o caso do seguro obrigatório automobilístico.

Mais recentemente Judith Martins-Costa, de forma mais específica, apresenta como exemplo da atuação da norma-objetivo do art. 3º, I, “as regras que consagram a responsabilidade objetiva”¹⁶⁸⁴, tanto assim que assevera que o texto do art. 927, parágrafo único do Código Civil novo – que institui uma cláusula geral de responsabilidade civil fundada no risco – constitui projeção da diretriz da solidariedade social¹⁶⁸⁵. Além disso, aponta que é através dos

¹⁶⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. p. 627.

¹⁶⁸¹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. p. 45.

¹⁶⁸² LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 131.

¹⁶⁸³ BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. p. 164, 167, 174.

¹⁶⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. p. 629.

¹⁶⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.128.

arts. 421 e 422 do novo diploma civil, isto é, “mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista”, que o referido código transforma a diretriz constitucional da solidariedade social em “concreto instrumento de ação”¹⁶⁸⁶.

Resta claro o uso do discurso solidarista ou a referência ao valor da solidariedade social por um grande número de juristas brasileiros¹⁶⁸⁷, bem como sua associação à problemática relativa à responsabilidade objetiva¹⁶⁸⁸. Porém, se temos presente que somente é possível detectar que certos valores possuem uma vida real quando se identifica que são parte da experiência da comunidade, sendo por ela atualizados¹⁶⁸⁹ e que só é possível perceber se uma Constituição atingiu seu objetivo de promoção de integração social quando as forças sociais a absorvem e a utilizam para mediar o conflito¹⁶⁹⁰, a pergunta que necessariamente surge é: e as instituições jurídicas encarregadas de aplicar o direito adotam e instrumentalizam esse discurso? De que forma é possível uma instrumentalização da solidariedade por meio do sistema de responsabilidade civil? Com que efeitos? Pretendemos responder essas questões na parte seguinte deste trabalho.

¹⁶⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. p. 144.

¹⁶⁸⁷ Além dos já citados, ver também: ALONSO, Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 46-47 e VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 86, 111 e ss.

¹⁶⁸⁸ No âmbito judicial ver, por todos, a manifestação unânime do Supremo Tribunal Federal no indeferimento do pedido de medida liminar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1003/DF (relator Min. Celso de Mello) julgado no Tribunal Pleno em 01/08/94: “Ação direta de inconstitucionalidade – Ilegitimidade ativa de federação sindical – Lei 6.194/74 (art. 7º), com a redação dada pela Lei nº 8.441/92 (art. 1º) – Ampliação das hipóteses de responsabilidade civil objetiva das entidades seguradoras – Alegação de ofensa à Constituição – Aparente inocorrência – Não-configuração do *periculum in mora* – Medida cautelar indeferida. – Federação sindical, ainda que de âmbito nacional, não dispõe de legitimidade ativa para promover a instauração do controle normativo abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos federais ou estaduais, eis que, no âmbito da organização sindical brasileira, e para fins a que se refere o art. 103, IX, da Carta Política, somente as Confederações sindicais possuem qualidade para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade. – **Responsabilidade civil objetiva das entidades seguradoras e seguro obrigatório de danos pessoais: O art. 7º da Lei nº 6.194/74, na redação que lhe deu o art. 1º da Lei 8.441/92, ao ampliar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, não parece transgredir os princípios constitucionais que vedam a prática de confisco, protegem o direito de propriedade e asseguram o livre exercício da atividade econômica. – A Constituição da República, ao fixar as diretrizes que regem a atividade econômica e que tutelam o direito de propriedade, proclama, como valores fundamentais a serem respeitados, a supremacia do interesse público, os ditames da justiça social, a redução das desigualdades sociais, dando especial ênfase, dentro dessa perspectiva, ao princípio da solidariedade, cuja realização parece haver sido implementada pelo Congresso Nacional ao editar o art. 1º da Lei nº 8.441/92.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1003*. Grifo nosso).**

¹⁶⁸⁹ SMEND, Rudolf. *Constitution and constitutional law*. p. 229.

¹⁶⁹⁰ SMEND, Rudolf. *Constitution and constitutional law*. p. 241.

PARTE III

OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A CONCRETIZAÇÃO DO VALOR CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE SOCIAL: A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA EM UM ESTADO SOCIAL-DEMOCRÁTICO

5 A CONSTRUÇÃO DOGMÁTICO-JURISPRUDENCIAL DA OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA NO CONTRATO DE TRANSPORTE

“Le leggi son, ma chi pon mano ad esse?”¹⁶⁹¹

Se, é certo que é a prática que confere as palavras seu sentido¹⁶⁹², não é possível compreender o significado da expressão “solidariedade social” sem se verificar como ocorre sua prática. Se o que interessa neste trabalho é, além do mais, compreender qual o específico sentido que aquela expressão assume dentro do direito da responsabilidade civil de nosso país, não é possível desconsiderar que ela (a expressão acima referida) se apresenta aqui como representação discursiva de um valor. Pois bem: uma das formas de verificar como valores constitucionais operam na realidade de uma sociedade é a análise da forma como são incorporados pelos tribunais e se transformam em pautas orientadoras de suas interpretações sobre regras jurídicas. Isso porque a jurisprudência atua, nos sistemas de direito continental, através da mediação entre a lei e o que se denomina “consciência jurídica geral”¹⁶⁹³, da qual participam todos os sujeitos e que não se localiza em lugar algum, mas “é eficaz e está presente onde quer que se julguem questões de direito no ‘espírito’ dessa ordem jurídica”¹⁶⁹⁴.

¹⁶⁹¹ ALIGHIERI, Dante. Purgatorio, Canto XVI, 97. In: _____. *La Divina Commedia*. 14. ed. Milão: Ulrico Hoepli Editore-Libraio, 1949.

¹⁶⁹² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Cultura e valor*. p. 125.

¹⁶⁹³ Para Larenz, essa “consciência jurídica geral” tem sempre um conteúdo mais rico do que o da lei, pois “contém noções jurídicas novas, critérios ético-jurídicos, idéias jurídicas concretas, que não encontram expressão na lei, ou que são apenas vagamente sugeridas por ela” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1978. p. 491).

¹⁶⁹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1978. p. 273.

Essa consciência jurídica é constituída por elementos vários que envolvem desde princípios jurídicos, valores, conceitos, passando por atitudes e sentimentos¹⁶⁹⁵, ou seja, corresponde sempre à determinada experiência jurídica¹⁶⁹⁶.

O valor da “solidariedade social”, bem como os discursos que têm a pretensão de legitimá-lo e operacionalizá-lo são, como vimos anteriormente, fruto da experiência do Estado social. É essa experiência que irá modificar os parâmetros de funcionamento de certas áreas do sistema jurídico tradicionalmente associadas ao direito privado, entre elas a responsabilidade civil.

Quanto à relação entre a experiência do estado social e as transformações sofridas no âmbito do direito privado, argumenta Franz Wiacker que:

[...] a tendência no sentido do estado social foi, no ordenamento privatístico clássico, atraída das zonas de fronteira da codificação para o cerne do direito civil. Por isso, só podemos obter um panorama da situação actual do direito privado através de uma consideração especial do domínio central do direito social, domínio que teve uma influência direta nos direitos e deveres privatísticos dos indivíduos.¹⁶⁹⁷

Sendo assim, conclui que os princípios expressos nesse “novo direito social” estão tão impregnados na consciência social que se transformaram em importante fundamento comum à consciência jurídica alemã da atualidade. Por essa razão a tarefa mais importante da jurisprudência e da dogmática civilísticas é, hoje, o estabelecimento de “uma nova legitimação do direito privado na consciência jurídica do estado social e a sua convincente sintonização com o direito social”¹⁶⁹⁸. Essas observações não dizem respeito a uma característica exclusiva do direito alemão¹⁶⁹⁹, sendo compartilhada, em maior ou menor medida, pelo conjunto dos sistemas jurídicos ocidentais, o que faz com que, conseqüentemente, aquela tarefa seja uma imposição também da jurisprudência e da dogmática de outros países, entre eles o nosso.

¹⁶⁹⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. p. 272-273.

¹⁶⁹⁶ Que, como bem lembra Miguel Reale, enquanto experiência, isto é, enquanto fenômeno historicamente situado, é necessariamente experiência axiológica (REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 51).

¹⁶⁹⁷ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 627.

¹⁶⁹⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. p. 632-633.

¹⁶⁹⁹ No dizer de Ana Prata: “Os direitos sociais surgem assim como elemento identificador de um certo tipo de Estado; mas, simultânea e inversamente, eles são uma consequência (sic) desse dado tipo de Estado, cuja concepção social implica consequências (sic) diversas e mais extensas que a mera consagração constitucional de um leque mais ou menos amplo de direitos subjetivos públicos, qualificáveis como direitos sociais.” (PRATA, Ana. *Tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 114).

Ora, um dos eixos dessa “nova legitimação do direito privado” é, justamente, o direito à segurança social. Este direito, compreendido por alguns autores como um direito de segunda geração¹⁷⁰⁰ e por outros como de terceira ou mesmo quarta geração¹⁷⁰¹, foi construído historicamente dentro do quadro de mudanças sofridas pelo sistema jurídico ocidental, na passagem do século XIX para o XX, situando-se na lógica progressista¹⁷⁰² do Estado Social e Democrático de Direito¹⁷⁰³.

Tal como aponta a sua genealogia, até aqui traçada, é esse direito o resultado da transformação da fraternidade em solidariedade, do dever moral em posição juridicamente acionável¹⁷⁰⁴ e da expansão da estrutura cultural dos direitos sociais surgidos no Direito do Trabalho e da Previdência Social para vários campos do direito, tais como o do consumidor e o do meio ambiente¹⁷⁰⁵, estando fincadas suas raízes nas transformações sócio-econômicas – as exigências do desenvolvimento industrial¹⁷⁰⁶ – e nas transformações políticas – as exigências da moderna democracia¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 6; ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 16, 1999. p. 205; LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. p. 127; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 518.

¹⁷⁰¹ Para José Casalta Nabais, embora a idéia de solidariedade tenha voltado à ribalta com a afirmação da chamada quarta geração de direitos fundamentais, pode a mesma ser igualmente associada aos “direitos de solidariedade em sentido amplo que integram também os (ou alguns dos) direitos da terceira geração ou direitos sociais” (NABAIS, José Casalta. *Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania*. p. 147).

¹⁷⁰² De acordo com J. J. Gomes Canotilho: “[...] é historicamente correcto afirmar que a idéia do Estado de direito serviu para acentuar unilateralmente a dimensão burguesa de defesa da esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos. Só que, uma coisa é a monodimensionalidade liberal do Estado de direito e idéia inaceitável de um ‘Estado de direito em si’, e outra, a idéia de um Estado de direito intimamente ligada aos princípios da democracia e da socialidade. Nessa perspectiva, a idéia de Estado de direito pode transportar um ideário progressista. A mundividência constitucional que hoje se colhe vem demonstrar isto mesmo: a utilização do princípio do Estado de direito, não como ‘cobertura’ de uma forma conservadora de domínio, mas como princípio constitutivo da juridicidade estadual democrática e social.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 369).

¹⁷⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. p. 224-233.

¹⁷⁰⁴ Se é certo que a fraternidade não joga um papel digno de nota na constituição do Estado de Direito do século XIX (FORSTHOFF, Ernest. *The administration as provider of services*. p. 34 e 35), é igualmente certo que do início do século XX em diante “a justa distribuição de riqueza entre todos os membros da sociedade tornou-se um direito humano tão importante para o Direito como o direito à propriedade.” (SCARMAN, Leslie. *O Direito* inglês: a nova dimensão. p. 41). Se até o século XIX a ajuda individual era governada pela “fraternidade”, por uma “obrigação moral e individual”, no século XX a organização de uma efetiva segurança social passa a ser governada pela “solidariedade”, por um “direito social” (EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 94, 329). Segundo François Ewald, a partir do século XX “ils ne suffisait plus que le gouvernement se limitât à faire respecter les stricts rapports juridiques et contractuels consacrés par le droit positif; il lui revenait des fonctions plus amples et plus vastes: il pouvait, il devait même, afin que la sécurité civile fût mieux assurée, transformer certaines obligations morales en obligations légales.” (EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 94).

¹⁷⁰⁵ EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 437.

¹⁷⁰⁶ Ao que tudo indica, “à medida que o progresso econômico pressupõe uma intervenção mais global da

Assim admitida a influência dos imperativos sociais sobre o direito privado, há que se recordar, ainda, a íntima e necessária ligação entre aqueles e o paradigma democrático moderno¹⁷⁰⁸, já que também a concretização dele implicará alteração na estrutura de determinados institutos jurídicos¹⁷⁰⁹. Nesse sentido, Georges Ripert argumentava, já na década de 30, que havia um direito novo fruto do “impulso da ideia (sic) democrática” tendo em vista as transformações incessantes impostas pela democracia que “estabelece como princípio (sic) o progresso indefinido da sociedade e liga êsse (sic) progresso ao desenvolvimento da civilização (sic) material”, essa a razão pela qual propunha-se “investigar a importancia (sic) do factor político na elaboração do direito civil contemporaneo (sic)”¹⁷¹⁰. E é no ponto de contato entre o político e o jurídico, entre o problema da relação entre democracia e direito, que iremos situar a discussão acerca da cidadania¹⁷¹¹ como elemento de base da solidariedade social.

Admitir o paradigma democrático, enquanto princípio constitucional normativo¹⁷¹², importa reconhecer o cidadão como um participante e não como receptor da intervenção social do Estado¹⁷¹³, pois conforme afirma Jorge Novais:

sociedade em si mesma, o problemas do poder ultrapassam mais largamente a empresa. É também o que permite uma certa institucionalização do conflito industrial e a criação de instituições políticas na empresa, tratando dos problemas que vão muito além da gestão interna duma organização do trabalho.” (TOURAINÉ, Alain. *A sociedade post-industrial*. p. 182).

¹⁷⁰⁷ De acordo com François Ewald na passagem do século XIX para o século XX ganha corpo uma nova conjuntura política que, com o nascimento do Estado providência, pode ser denominada modernidade política”. No original: “Ainsi, au passage du XIXe au XXe siècle, prenait corps cette nouvelle conjuncture politique qui voit, avec la naissance de l’État providence, celle de la modernité politique.” (EWALD, François. *L’Etat providence*. p. 351).

¹⁷⁰⁸ Sobre a relação entre o princípio democrático e o princípio da socialidade, ver CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 407-409 e 461-462.

¹⁷⁰⁹ Conforme admite, por exemplo, Ludwig Raiser (RAISER, Ludwig. *Il futuro del diritto privato*. In: *Il compito del diritto privato*. Milão: Giuffrè, 1990. p. 224).

¹⁷¹⁰ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 9, 7.

¹⁷¹¹ Segundo Ronald Dworkin, o sistema jurídico seria “uma instituição que leva algumas questões do campo da batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça.” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.103). Para Raffaele de Giorgi, a possibilidade da democracia decorre do fato de que todos os temas podem tornar-se temas da política e de que todas as decisões políticas encontram-se submetidas ao direito (GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 13).

¹⁷¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. p. 414-415.

¹⁷¹³ Para Hans Kelsen “é o valor de liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a idéia de democracia. [...] Isto fica claramente demonstrado pelo fato de a igualdade material – não a igualdade política formal – poder ser realizada tão bem ou talvez melhor em regimes ditatoriais, autocráticos, do que em regime democrático” (KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993. p. 99), sendo assim é: “a transformação do conceito de liberdade, que, da idéia de liberdade do indivíduo em relação ao domínio do Estado, passa a ser a participação do indivíduo no poder do Estado” que irá assinalar, para ele, a separação entre democracia e liberalismo. (KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 32).

[...] não basta a intervenção organizada e sistemática do Estado na economia, a procura do bem-estar, a institucionalização dos grupos de interesses ou mesmo o reconhecimento jurídico e a consagração constitucional dos direitos sociais; é ainda imprescindível a manutenção ou aprofundamento de um quadro político de vida democrática.¹⁷¹⁴

É nessa perspectiva que Declarações de direitos sociais do século XX se diferenciam dos programas das legislações sociais do século XVIII e XIX. Enquanto nesses o titular efetivo dos direitos é o benfeitor, é o realizador dos “deveres”, restando ao cidadão a posição de mero beneficiário — mais ou menos passivo — dos resultados da implementação (autoritária ou totalitária) dessas promessas, naquelas o cidadão surge como efetivo titular de direitos, como ator e centro ativo de engendramento e defesa desses seus direitos realizados a partir das instituições e dos processos democráticos¹⁷¹⁵.

A conjugação dos imperativos sociais ao paradigma democrático¹⁷¹⁶ remete a discussão necessariamente para o problema da possibilidade e viabilidade de um Estado Social e Democrático de Direito¹⁷¹⁷ bem como sua conexão com o princípio da igualdade. O compromisso entre o social e o democrático necessita para sua concretização da conformação, no e pelo sistema do Estado de Direito, do princípio da igualdade em seu sentido material através da realização dos direitos sociais¹⁷¹⁸, havendo uma necessária complementação entre a igualdade em sentido formal e em sentido material. Se é razoável argumentar que a igualdade formal é, junto com a liberdade, a base da democracia¹⁷¹⁹, também o é argumentar que a democracia exige a liberdade como uma manifestação da igualdade¹⁷²⁰. A democracia

¹⁷¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. p. 202.

¹⁷¹⁵ GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. Nova Iorque : Éditions de la Maison Française, 1944. Collection Civilisation dirigida por Jacques Maritain. p. 44-45.

¹⁷¹⁶ A idéia de um “Direito Social” apartado de um quadro político democrático é um equívoco, pois “elle ne voit en effet, dans les moins favorisés économiquement et les opprimés sociaux, exclusivement que des bénéficiaires et des destinataires passifs des mesures bienfaisantes de l’Etat” ; ora, isso permitiria conceber que “les régimes autoritaires et totalitaires seraient aussi capables, en principe, que les démocraties de réaliser un pareil ‘droit social’ en se préoccupant du bien-être matériel des producteurs et des consommateurs rendus esclaves!” (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. p. 82). Para o referido autor, um efetivo “Direito Social” está fundado sobre uma correspondência e uma interpenetração entre pretensões e deveres que permita o exercício de reivindicações através de demandas jurídicas por parte dos grupos e indivíduos interessados; disso decorre que os direitos sociais proclamados nas declarações devem ser “*droits de participation des groupes et des individus découlant de leur intégration dans des ensembles et garantissant le caractère démocratique de ces derniers*” (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. p. 86-87)

¹⁷¹⁷ Sobre o assunto ver GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco*.

¹⁷¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. p. 477, 479-480.

¹⁷¹⁹ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 27.

¹⁷²⁰ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 132.

necessita da igualdade social, além da igualdade civil e política, pois essas sem aquela são “mais teóricas do que reais”¹⁷²¹.

Pois bem, aqui está o ponto de intersecção com a solidariedade na medida em que a igualdade social exige medidas que têm por finalidade nivelar as desigualdades. Para tanto se estabelecem regras que apenas são aplicáveis no benefício de alguns¹⁷²² tendo em vista às necessidades específicas que os atingem e os diferenciam pois¹⁷²³.

A proteção organizada em vista da natural desigualdade material dos indivíduos foi, historicamente, inspirada no ideal revolucionário da fraternidade¹⁷²⁴. O obstáculo a ser ultrapassado para a aceitação dessa assertiva está em que essa palavra – “chocante naquilo em que pode fazer lembrar a frase evangélica sobre o amor do próximo”, como observara Ripert – vem a despertar no ouvinte, em regra, “mais a ideia (sic) de um sentimento que duma obrigação, e um sentimento não é de modo nenhum susceptível duma consagração legal”¹⁷²⁵.

Por isso é que a democracia moderna “repele a fraternidade no que pode lembrar a caridade. Regeita (sic) a noção do dever, substituindo-a pela noção de direito”¹⁷²⁶. Se os homens

¹⁷²¹ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 94.

¹⁷²² Para George Ripert “[...] a democracia moderna assegura a proteção dos fracos com tanto mais condescendência quanto estes são, de fato, os mais numerosos” (RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 133-134).

¹⁷²³ Segundo J. J. Gomes Canotilho, uma das formas de conexão entre os direitos sociais e a democracia encontra-se no tratamento preferencial que aqueles destinam a certas categorias de sujeitos como forma de promover uma tendencial igualdade de todos os cidadãos (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. p. 477). Para Ana Prata: “a ideia subjacente aos direitos sociais deixa de ser a da igualdade dos sujeitos, convertendo-se na de necessidade de realização do equilíbrio entre pessoas desiguais.” (PRATA, Ana. *Tutela constitucional da autonomia privada*. p. 113). Percebe-se, assim, na medida em que a dinâmica do Estado-providência se estabelece em vista da ideia da superação das necessidades, que existem “fundamentalmente apenas como manifestação de uma situação de divisão social”, ou seja, a necessidade, surgindo da “constatação de uma diferença e do desejo de reduzi-la”, acaba por ter esse Estado sua programação “inteiramente estruturada pela dinâmica social da igualação e da diferenciação”. Se, conforme Rosanvallon, só há libertação da necessidade quando essa dialética é interrompida, se convertendo em unidade, conclui-se que: “A ideia de libertação da necessidade reforça a de igualdade. Neste sentido, o Estado-providência é bem o produto da moderna cultura democrática e igualitária.” (ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. p. 28).

¹⁷²⁴ Para Georges Gurvitch, parece evidente que “la démocratie est fondée sur le principe d’équivalence entre les valeurs personnelles et les valeurs des ensembles, principe se réalisant par la variété dans l’unité, c’est-à-dire que l’idéal démocratique a sa source dans l’idéal pluraliste. **La synthèse de liberté et d’égalité à base de fraternité, synthèse par laquelle s’exprime l’idéal démocratique, accentue la ‘variété’ grâce à la ‘liberté’, ‘l’unité’ grâce à la ‘fraternité’, et la synthèse entre les deux grâce à ‘l’égalité’ des personnes et des groupes participant à la communauté fraternelle.**” (GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. p. 68-69. Grifo nosso).

¹⁷²⁵ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 133-134.

¹⁷²⁶ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 133-134.

deveriam ser iguais e não o são, o mais fraco tem direito à proteção¹⁷²⁷. Dessa premissa se alcança que “o favor dispensado aos fracos é chamado justiça” e “justifica-se efetivamente, pelo desejo de igualdade (sic)”¹⁷²⁸.

Em um Estado Social e Democrático de Direito, a miséria e a desigualdade não parecem impostas inexoravelmente pela Providência. Os fracos não podem ser, por esse Estado, tratados como seres inferiores, então decorrendo que: a atenção recebida não tem sequer necessidade de ser “condoída”; a assistência não é “piedade”, mas “justiça”¹⁷²⁹; “quem é fraco tem o direito de ser protegido”¹⁷³⁰.

Desde então resta atestado – ao menos do ponto de vista doutrinário – que o princípio da igualdade não prescreve que pobres e ricos não possam ser tratados de forma não igualitária. Tais diferenciações são permitidas, observa Alexy, “se para elas existem fundamentos razoáveis”¹⁷³¹, é pois sobre os fundamentos, as razões do tratamento desigual que se estabelecerá a discussão na arena política¹⁷³².

O problema é que a discussão acerca da existência ou não desses fundamentos razoáveis cabe hoje quase que exclusivamente ao sistema judiciário¹⁷³³, o que leva a questionamento de se tal fato é compatível com o princípio democrático, ou seja, se há uma contradição entre a tutela dos direitos fundamentais realizada pelos tribunais e os ideais de persecução dos interesses da

¹⁷²⁷ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 133-134..

¹⁷²⁸ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 160.

¹⁷²⁹ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 160.

¹⁷³⁰ RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. p. 160.

¹⁷³¹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional.

¹⁷³² Raffaele de Giorgi argumenta que “na realidade, a constitucionalização do princípio segundo o qual todos são iguais perante a lei, significa tão somente que tratamentos desiguais são possíveis, desde que suficientemente motivados. O princípio não exclui por completo a desigualdade de tratamento, mas a torna possível ao condicioná-la. O direito retoma no seu interior a relacionabilidade da igualdade: posições jurídicas são iguais ou desiguais em face de um *tertium comparationis*. O que o direito constrói é exatamente esse *tertium*, isto é, a linha que assinala a diferenciação entre igualdade e desigualdade. Fornecer uma justificativa suficiente é traçar essa linha.” (GIORGI, Raffaele de. Modelos jurídicos de igualdade e de equidade. In: _____. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 119-120)

¹⁷³³ Já há algum tempo os tribunais deixaram de ser simplesmente a sede de resolução de conflitos de caráter individual e passaram a servir de “arena de reconhecimento ou negação de reivindicações sociais”, o que implicaria num afastamento do modelo tradicional de democracia representativa, pois “transfere decisões vinculantes do Parlamento para o Judiciário” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 117-118).

maioria presentes na democracia.¹⁷³⁴ Pois, se quanto à questão dos benefícios decorrentes da tutela dos direitos fundamentais sociais não há dúvida que se identificam com os ideais democráticos, se entendidos tais direitos como aqueles dos quais a maioria das pessoas se encontra desprovida, quanto à forma de tutela desses direitos, pode não existir uma relação direta com os princípios democráticos uma vez que as questões relativas a como, quando e em que medida, serão concretizados não é algo definido, por exemplo, por deliberação que envolva representantes populares.

A resposta fornecida por Robert Alexy a essas perguntas é a de que os direitos fundamentais são “paradoxais”, uma vez que, ao mesmo tempo que asseguram as condições funcionais do processo democrático – quando por exemplo garantem a liberdade de informação, opinião e associação –, “desconfiam” desse mesmo processo no instante em que “subtraem da maioria parlamentarmente legitimada poderes de decisão”¹⁷³⁵.

Também, para Hans Kelsen, a democracia tem com característica o fato de que a dominação pela maioria “não apenas pressupõe, por definição, uma oposição (isto é, a minoria), mas também porque, politicamente, reconhece sua existência e protege seus direitos.”¹⁷³⁶ Há aqui o coroamento da visão da democracia enquanto concretização do princípio da tolerância¹⁷³⁷, entendida como “o reconhecimento do igual direito a conviver, que é reconhecido a doutrinas opostas, bem como o reconhecimento, por parte de quem se considera depositário da verdade, do direito ao erro, pelo menos do direito ao erro de boa-fé”¹⁷³⁸. A democracia é, dada a oposição de interesses, conciliação entre interesses opostos¹⁷³⁹, conciliação que nada tem a ver com aceitação irrefletida e passiva de ações e atitudes impostos verticalmente (“de cima para baixo”), mas sim com persuasão¹⁷⁴⁰ e convencimento, pois “democracia é discussão”¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 212.

¹⁷³⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. p. 213.

¹⁷³⁶ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 182-183.

¹⁷³⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 182.

¹⁷³⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 209.

¹⁷³⁹ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 41.

¹⁷⁴⁰ De acordo com Norberto Bobbio: “o método da persuasão é estreitamente ligado à forma de governo democrático” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 213)

¹⁷⁴¹ KELSEN, Hans. *A democracia*. p. 183.

Os tribunais realizam não uma representação política do povo, essa a cargo do parlamento, mas uma “representação argumentativa”¹⁷⁴². Essa ocorre quando são aceitos como “instância da reflexão do processo político”, isto é, quando os argumentos dos tribunais “encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados”. Nessa situação é possível afirmar que direitos fundamentais e democracia apresentam-se como termos complementares¹⁷⁴³.

Tendo essa assertiva como premissa, impõe-se analisar a forma como os tribunais superiores tomam decisões relativamente a fatos que se apresentam como signos distintivos de certos estratos sociais e de que forma tratam as pessoas que são diferenciadas em razão de suas relações com esse mesmos fatos¹⁷⁴⁴.

Mais especificamente se impõe analisar como os tribunais superiores brasileiros – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – tratam o que aqui vem se denominando direito social à segurança, isto é, se impõe averiguar como o reconhecimento ou a ausência de reconhecimento desse direito causa impacto sobre a forma como o poder judiciário brasileiro esse tratamento determinadas demandas, tendo em conta decorrentes de atentados violentos ocorridos em um espaço utilizado por parte significativa da população de baixa renda no Brasil, que embora seja a maioria da população é, em razão de *déficits* de todas as ordens, tratada como minoria pelo nosso sistema democrático¹⁷⁴⁵. Em outras palavras, trata-se de saber como esses tribunais tratam dos direitos dessa minoria diante da desigual distribuição da violência existente em nosso país.

¹⁷⁴² Segundo Owen Fiss, a idoneidade dos tribunais para dar significado aos valores constitucionais e impor medidas para que seja operacionalizados “não está associada a aptidões morais especiais, as quais eles não possuem, mas ao processo que limita o poder que exercem”, processo esse que possui duas importantes características: é dialógico e exige em sua condução a independência em relação aos litigantes particulares (FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. p. 114).

¹⁷⁴³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 214.

¹⁷⁴⁴ Segundo Ronald Dworkin, os tribunais tomam decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o sistema constitucional devem fazê-lo elaborando e aplicando a “teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. p. 101). Ver também CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. p. 431.

¹⁷⁴⁵ Cabe aqui, porém, lembrar que o tribunal não é o porta-voz de minorias sem expressão e sua função não é falar em nome dessas minorias ou ampliar sua expressividade, “mas dotar os valores constitucionais de significado”, ou melhor, “dar aos valores implícitos em tais disposições [constitucionais] significados operacionais” (FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. p. 36, 38).

Através da exposição levada a cabo no capítulo anterior, se pretendeu demonstrar que o valor da solidariedade, que já fundamentou a existência de deveres de caridade (entendidos como deveres morais positivos), vem sendo utilizado para a defesa da atuação de deveres de proteção, entendidos como efetivos deveres jurídicos positivos produzidos por um direito social à segurança. Resta saber se tais deveres são de alguma forma tutelados *in concreto*, ou seja, se a referida diretriz constitucional da solidariedade social está presente não só no discurso dogmático e filosófico, mas – o que é mais importante – se surte algum efeito junto à jurisprudência.

Nosso campo de provas será formado pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça relativas ao contrato de transporte, mais especificamente as que versam sobre o binômio violência urbana-transporte público¹⁷⁴⁶. Mas antes é necessário verificar como se forma o discurso que justifica, de maneira genérica, a responsabilidade do transportador, mais especificamente, no transporte de pessoas.

5.1 As raízes dogmáticas do dever contratual de segurança: a precursora experiência francesa

O surgimento da reflexão sobre o dever de segurança está vinculado ao surgimento de uma inovação tecnológica: a máquina a vapor. É assim que em 1895, no importante *arrêt Cames*¹⁷⁴⁷, o Conselho de Estado francês adotará a opinião segundo a qual se, do emprego de uma máquina numa atividade industrial, surge um dano não vinculado nem à culpa do Estado, nem à do operário, estaríamos diante de uma responsabilidade decorrente de um “fato da indústria”¹⁷⁴⁸, de um “acidente anônimo”, ou melhor, de um risco profissional resultante do

¹⁷⁴⁶ A atenção com a jurisprudência se faz necessária diante da constatação de que embora sua importância seja muito alardeada ainda é válida a constatação feita nos anos 20 do século XX por Eduardo Espínola no sentido de que “infelizmente, as sentenças e acórdãos de nossos magistrados não têm constituído objeto de estudos críticos e doutrinários, que forneçam os elementos necessários para que se apure aquela influencia e se chegue a uma nítida compreensão dos respectivos métodos.” (ESPÍNOLA, Eduardo. A jurisprudência dos tribunais: sua função e técnica, importância e utilidade dos comentários às sentenças. *Pandectas Brasileiras*, Rio de Janeiro, v.1, 1926. p. 22).

¹⁷⁴⁷ Trata-se de ação de indenização proposta contra o estado francês por operário de seu arsenal em razão de ferimento causado por fragmento de metal lançado pelo choque de um martelo-pilão.

¹⁷⁴⁸ Conselho de Estado, 21 de junho de 1895, *Cames*, Recueil Sirey, 1897, 3, 33 apud COLLIARD, Claude-Albert. *La machine et l'évolution du droit*. In : RIPERT, Georges. *Le droit privé français au milieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris : LGDJ, 1950. Tomo I, p. 133.

emprego de máquinas na atividade produtiva¹⁷⁴⁹. Essa orientação, um ano depois, será adotada pela Câmara civil da Corte de Cassação¹⁷⁵⁰ quando do julgamento de ação proposta em razão da morte de um mecânico decorrente da explosão de uma máquina a vapor, mais precisamente uma fornalha¹⁷⁵¹.

Partindo de uma incidência limitada a certos contratos como o de trabalho¹⁷⁵² e o de transporte de passageiros¹⁷⁵³ e inicialmente vinculada aos chamados acidentes anônimos causados pelo emprego de “maquinismos”¹⁷⁵⁴, a obrigação de segurança chegará até o estágio

¹⁷⁴⁹ Antes dessa decisão ser proferida já havia sido editada uma lei, em 21 de abril de 1810, que previa que o concessionário de uma mina seria responsabilizado pelos danos causados aos proprietários da superfície decorrentes da exploração industrial daquela, independentemente da caracterização de culpa.

¹⁷⁵⁰ *Arrêt Teffaine*, Corte de Cassação, 16 de junho de 1896, Recueil Sirey, 1897, 1, 17 apud COLLIARD, Claude-Albert. *La machine et le droit prive français contemporain*. In: RIPERT, Georges. *Le droit prive français au milieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris : LGDJ, 1950. Tomo I, p. 134.

¹⁷⁵¹ COLLIARD, Claude-Albert. *La machine et le droit prive français contemporain*. In : RIPERT, Georges. *Le droit prive français au milieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris : LGDJ, 1950. Tomo I. René Savatier menciona essa decisão como a primeira a fazer uso do parágrafo primeiro do art. 1384 do Código Civil Francês para justificar a responsabilidade de determinado sujeito (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1951. Tomo I, p. 422).

¹⁷⁵² As necessidades impostas pelo desenvolvimento industrial irão primeiro se fazer sentir no interior da estrutura empresarial; assim é que a primeira alteração significativa do regime da responsabilidade civil ocorrerá no tratamento dos danos decorrentes dos riscos aos quais os patrões expunham seus funcionários (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1951. Tomo I, p. 422). Assim também Claude-Albert Colliard para quem a criação mais extraordinária nascida do maquinismo é a regulação da responsabilidade do patrão por danos ocorridos aos empregados na execução do contrato de trabalho (COLLIARD, Claude-Albert. *La machine et le droit prive français contemporain*. p. 119, 133). A invenção e desenvolvimento do sistema de seguridade e previdência sociais vinculadas à relação de trabalho fará com que muito rapidamente a obrigação de seguridade deixe de ser compreendida como elemento do contrato de trabalho e fique intimamente associada com o conjunto de normas legais relativas àquele sistema (RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p.218; GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Sirey: Paris, 1937. p.340). Em França, a incorporação das regras relativas ao acidente de trabalho ao sistema de seguridade e previdência sociais se dará através da lei de 30 de outubro de 1946.

¹⁷⁵³ Paul Esmein, assim como um grande número de autores, afirmava que o contrato de transporte de pessoas gerava para o transportador uma obrigação de seguridade em relação a seus passageiros (ESMEIN, Paul. *L’obligation et la responsabilité contractuelles*. In: RIPERT, Georges. *Le droit prive français au milieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris : LGDJ, 1950. Tomo II, p.104).

¹⁷⁵⁴ Claude-Albert Colliard, assim como um grande número de teóricos do final do século XIX e início do XX, apontava que o maquinismo, expressão que denominava a época a aplicação intensiva de tecnologia mecânica, desempenhava um papel preponderante na transformação do direito, principalmente no campo da responsabilidade civil, mais especificamente no surgimento das teses acerca da “responsabilidade por fato da coisa” (COLLIARD, Claude-Albert. *La machine et le droit prive français contemporain*. p. 132). Também Boris Starck (STARCK, Boris. *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, t. LVI, 1958. p.478) e Philippe Malinvaud (MALINVAUD, Philippe. *Droits des obligations: les mécanismes juridiques des relations économiques*. 5. ed. Paris : Litec, 1990. p. 284) compartilham dessa opinião. Para Graciela Nora Messina de Estrella Gutiérrez, a era industrial acabou por produzir importantes efeitos sobre o sistema de responsabilidade civil, mais especificamente no tratamento dado aos acidentes de trabalho, aos acidentes de circulação decorrentes do transporte terrestre, fluvial, marítimo e aéreo, e no surgimento das teses que justificavam a aplicação e o crescimento da responsabilidade objetiva com base na idéia de risco (GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de Estrella. *La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectiva*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. p. 34).

em que incidirá em todo contrato no qual exista um momento (durante sua execução) em que a incolumidade física de uma das partes está sob o poder e controle da outra¹⁷⁵⁵ que, por essa razão, deve assumir os riscos de dano que pesam nesse momento sobre a integridade corporal daquela¹⁷⁵⁶.

Yvonne Lambert-Faivre destacará que, após o nascimento desse dever na primeira década do século XX, vinculada à jurisprudência sobre o contrato de transporte de pessoas, a questão relativa à obrigação de segurança se expandirá para além daquela figura contratual¹⁷⁵⁷ e, no limite, se transformará numa questão relativa ao direito à segurança, ou seja: substituir-se-á a perspectiva da responsabilidade decorrente do descumprimento da obrigação de segurança pela assunção da noção de que o direito à reparação das vítimas decorre de uma exigência de solidariedade¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵⁵ VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil : Les obligations, La responsabilité, conditions*. Paris : LGDJ, 1982. p. 596 ; CARBONIER, Jean. *Droit civil : vol. IV – Les obligations*. 21.ed. Paris : Thémis, Presses Universitaires de France, 1998. p. 490.

¹⁷⁵⁶ Segundo Philippe Le Torneau, a obrigação de segurança pode ser definida como uma obrigação acessória a uma obrigação contratual principal imposta a um devedor profissional que impõe que esse atue no sentido de evitar colocar em perigo à integridade física da contraparte, funcionando como um mecanismo de transferência de riscos dentro do contrato (LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2004. p. 664, 666).

¹⁷⁵⁷ FAIVRE-LAMBERT, Yvonne. *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*. Sirey : Recueil Dalloz, 1994. p. 83; BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di 'doveri de protezione'. In : _____. *Studi in onore di Biondo Biondi*. Milão: Giuffrè, 1965. v. IV, p. 468 ; LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 654, 656).

¹⁷⁵⁸ Essa é uma perspectiva que já está em germe nos autores defensores das idéias acerca da responsabilidade objetiva, tanto assim que é possível ler em Jossierand que o enfoque do sistema de responsabilidade tende cada vez mais a deslocar-se do patrimônio do autor do delito para pousar, em definitivo, sobre um patrimônio coletivo no qual a realização do direito da vítima irá diluir-se (JOSSERAND, Louis. Teoría general de las obligaciones. In: _____. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch & Cia. Editorial, 1950. Tomo II, v. I, p. 301-302). Ocorre que só a partir da metade do século XX é que surgirão vozes propugnando que esse deslocamento acaba por produzir um estado completamente novo, um sistema que não mais pode ser vinculado à idéia de responsabilidade. Para Boris Starck, trata-se de pensar a questão da responsabilidade tendo conta os direitos das vítimas, ou seja, a resposta para aquela questão passa a depender, necessariamente, do enfrentamento do conflito existente entre o direito à liberdade de uns e o direito à segurança de outros (STARCK, Boris. *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*. p. 502, 505). Para Yvonne Faivre-Lambert, o ponto culminante desse processo está nas leis que regularam o direito à reparação das vítimas de terrorismo (leis de 03 de janeiro de 1977, 08 de janeiro de 1983 e 09 de setembro de 1986), pois ali se reconheceria que é a exigência da solidariedade nacional que constitui o verdadeiro fundamento dessa indenização (FAIVRE-LAMBERT, Yvonne. *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 86, jan.-mar. 1987. p. 17). Philippe Le Torneau (LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 29, 668) defende um sistema em que, com base na solidariedade, todo o dano corporal geraria de pleno direito uma indenização tarifada em moldes semelhantes ao estabelecido pelo Accident Compensation Act de 1972 da Nova Zelândia (sobre esse sistema ver: ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 681).

Se a obrigação de segurança, no surgimento da civilização industrial do século XIX, encontra nos danos decorrentes do transporte a vapor um dos seus maiores desafios, o direito à segurança encontrará no tratamento dado aos danos decorrentes da circulação massiva de automóveis durante o século XX uma das suas mais bem sucedidas configurações¹⁷⁵⁹, como se pode perceber não somente na legislação aplicável nos países desenvolvidos¹⁷⁶⁰, mas também nos em desenvolvimento¹⁷⁶¹.

Como destacado acima, foi no setor dos transportes¹⁷⁶², que se deu um dos pontos de arranque da expansão extraordinária da obrigação de segurança. A partir de então, passa a ser recorrente na doutrina, tanto nacional quanto estrangeira¹⁷⁶³, afirmar-se que junto à prestação

¹⁷⁵⁹ Para Claude-Albert Colliard: “a máquina à vapor de início, símbolo da civilização industrial do século XX, e o automóvel em seguida, símbolo da civilização do petróleo do século XX, criaram um direito novo” (COLLIARD, Claude-Albert. *La machine et l'évolution du droit*. p. 136).

¹⁷⁶⁰ Exemplo disso é a chamada “Lei Badinter” (lei 85-677 de 05/07/1985) editada na França com o objetivo de “melhorar a situação das vítimas de acidentes de circulação e acelerar os processos de indenização”. Antes dessa lei ser editada foi proferido uma decisão importante pela 2ª Câmara Civil da Corte de Cassação: Em 21 de julho de 1982, ficou estabelecido que em caso de acidente de circulação a culpa da vítima não excluiria a responsabilidade daquele que detivesse a guarda da coisa inanimada que serviu de instrumento ao dano, a não ser que tal culpa se apresentasse em relação ao réu como “força maior” (*arrêt Desmares*); segundo Geneviève Viney, essa decisão foi proferida para, dentre outras coisas, incitar uma ação legislativa mais drástica acerca do tratamento dos danos decorrentes da circulação de veículos (VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. In: GHESTIN, Jacques (org.). *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. p. 74). Após a edição da lei Badinter, mais precisamente em 06/04/1987, a 2ª Câmara Civil da Corte de Cassação profere duas decisões que corporificam um recuo à antigas opiniões: nos *arrêts Chauvet e Mettetal* (D. 88, 32, n. chr. Mouly, J. C. P., 88, 2, 20828); se decidiu que a culpa da vítima, em qualquer intensidade, pode ser apreciada pelo juiz como causa de redução da responsabilidade do réu (CARBONIER, Jean. *Droit civil*: vol. IV – Les obligations. p. 455).

¹⁷⁶¹ No Brasil, a lei nº 6194 editada em 19 de setembro de 1974 estabelece um sistema de seguro obrigatório para a cobertura de danos pessoais causados por veículos automotores terrestres.

¹⁷⁶² Para Marcel Cocat, o advento do transporte ferroviário por locomotivas fez com que os acidentes de transporte se tornassem mais frequentes e graves (COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier en matière de transport de personnes*. Paris: Librairie Dalloz, 1923. p. 10). Paul Chauveau destaca o crescimento de danos decorrentes do avanço tecnológico no setor de transportes asseverando que “diante dos perigos engendrados pelo maquinismo acabou-se por acentuar a responsabilidade daqueles que criam o risco”(CHAUVEAU, Paul. *Les responsabilités des transporteurs*. In: RIPERT, Georges. *Le droit prive français au milieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris: LGDJ, 1950. Tomo II, p. 398). No mesmo sentido argumenta Geneviève Viney, para quem a multiplicação dos acidentes provocados pela exploração industrial e pela expansão dos meios de transporte foram situações que revelaram a insuficiência do sistema de responsabilidade individual e subjetivo característico do século XIX (VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. p. 21). Na doutrina brasileira, José de Aguiar Dias (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 184) também ressalta a relação entre o desenvolvimento tecnológico do setor dos transportes e as transformações nas regras de responsabilidade civil.

¹⁷⁶³ Na doutrina estrangeira, o destaque será dado à de origem francesa, pois embora o Código Civil brasileiro de 1916 tenha sofrido uma grande influência da doutrina alemã no trabalho de Clóvis Beviláqua, não se pode esquecer que foi por intermédio da doutrina de Saleilles, Duguit, Gény, etc., bem como das traduções francesas de Savigny, Ihering, que aquelas teorias nascidas no solo germânico tiveram ampliada a sua popularização em nosso país; além disso, foi a dogmática de língua francesa a grande responsável pela disseminação e sistematização da denominada “teoria do risco” no campo da responsabilidade civil em fins do século XIX e início do XX (sobre o assunto ver WALD, Arnold. *Influence du droit français sur le droit brésilien dans le domaine de la responsabilité civile*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1953. p. 20-21,

específica do transporte – que se corporifica no processo de traslado de alguém ou alguma coisa de um ponto geográfico a outro – há uma obrigação de preservar a incolumidade do passageiro e/ou pela inviolabilidade da carga¹⁷⁶⁴.

Essa obrigação de prestar segurança a bens e pessoas transportadas será muitas vezes compreendida como um seguro, legalmente imposto, frente a certos riscos inerentes à atividade empresarial – no caso, a atividade de transporte. Isso ocorrerá tanto nas análises feitas relativamente às legislações germânicas e anglo-saxãs quanto às latinas (como, por exemplo, a francesa).

Quanto à legislação anglo-saxã, há que se destacar o fato de que, em princípio, ao transportador cabia apenas uma obrigação de diligência, restando os riscos do transporte a cargo do cliente. Porém, da segunda metade do séc. XIX em diante, algumas mudanças se processaram e alteraram esse perfil inicial. A primeira delas foi a facilitação da prova da culpa pelo recurso à regra *res ipsa loquitur*¹⁷⁶⁵; a segunda se deu através da introdução da distinção entre “common carrier” entendido como o transportador profissional e “private carrier” sinônimo de transportador não profissional, que fez com que se vinculasse ao primeiro um número maior de obrigações fazendo com que, ao final, fosse visto também como segurador dos riscos do transporte¹⁷⁶⁶.

25-26).

¹⁷⁶⁴ RODIÈRE, René. *Droit des transports*: transports ferroviaires, routiers, aériens et par batellerie. Paris : Éditions du Recueil Sirey, 1955. p. 374.

¹⁷⁶⁵ Também dita “inference of negligence”. Seu *leading case* é a decisão de *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.*, (1865) 3 H. & C. 596, 159 Eng. Rep. 665, prolatada pela Exchequer Chamber. A vítima, quando passeava em um depósito, foi atingida por sacos de açúcar que despencaram inexplicavelmente sobre sua cabeça. Na sentença, a Corte estabeleceu que “quando a coisa se revela estar sobre os cuidados do réu e seus prepostos e o acidente é de tal forma que o curso ordinário dos acontecimentos não teria se produzido senão em razão da falta de uma atenção adequada, permite falar-se em prova razoável, na ausência de uma explicação adequada do réu, de que o evento lesivo se deu em vista da ausência de cuidado” (apud ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 652. Tradução nossa). Sobre o assunto ver: CANE, Peter. *Atiyah’s accidents, compensation and the law*. 6.ed. Londres: Butterworths, 1999. p. 77; THAYER, Ezra Ripley. *Liability without fault*. *Harvard Law Review*, Boston, v. XXIX, n. 8, jun. 1916, p. 807; DELL’AQUILA, Enrico. *I principi generali della responsabilità civile nel diritto inglese*. Milão: Giuffrè Editore, 1989. p. 10.

¹⁷⁶⁶ Segundo Ezra Ripley Thayer, nessa espécie de atividade empresarial – transporte – não há como diferenciar o mais alto padrão de cuidado imposto pela doutrina de *Rylands v. Fletcher* e o padrão imposto, nestas circunstâncias, pela regra da *negligence*. Ambos admitem somente uma hipótese restrita de exclusão de responsabilidade, imprevisível intervenção de alguma força da natureza ou de terceiro; o transportador é compreendido, portanto, como segurador daí porque é responsável ainda que não exista culpa (*fault*) ou causa próxima (*proximate causation*) como na hipótese de dano produzido por fato previsível de terceiro, exemplo roubo de mercadorias (THAYER, Ezra Ripley. *Liability without fault*. *Harvard Law Review*, Boston, v. XXIX, n. 8, jun. 1916, p. 805, 813). Ver também sobre o assunto: CHAUVEAU, Paul. *Les responsabilités des transporteurs*. p. 403, 406.

Já as legislações de origem germânica apresentavam a tendência de encarregar o transportador de todos os riscos, mesmo os eventualmente vinculados a eventos exteriores à atividade de transporte, o que acabava por imputar àquele empresário uma responsabilidade de caráter objetivo¹⁷⁶⁷. Saleilles, em comentário à lei prussiana de 07 de julho de 1871¹⁷⁶⁸ que dispunha sobre a responsabilidade em caso de acidentes em matéria ferroviária e outras indústrias, destaca que o diploma legal, ao dispor que o “chefe da empresa” é presumivelmente responsável pela culpa de seus funcionários e impedir que essa presunção seja afastada por prova em contrário (§§ 1º e 2º da referida lei), acaba por criar em benefício das vítimas um “seguro legal por riscos eventuais”, ou melhor, de uma responsabilidade “pelo fato da exploração”¹⁷⁶⁹.

Essa responsabilidade do transportador era estendida pelos tribunais alemães de forma a abranger danos ocorridos antes do início do transporte em si. O *Reichsgericht*, em julgamento proferido em 15 de março de 1915, condenou a empresa de transporte ferroviário pelos danos sofridos por uma pessoa que na estação, dirigindo-se para alcançar o trem, havia escorregado na neve que havia caído à noite e ainda se encontrava sobre a plataforma. Segundo o tribunal, a empresa era contratualmente responsável, pois deveria ter tomado providências para evitar que seus passageiros, ainda antes de embarcar, tivessem sua integridade física exposta a perigos¹⁷⁷⁰.

Por se aplicar mesmo aos indivíduos “estranhos à companhia [de transporte]” e que não poderiam invocar em relação àquela a existência de um vínculo contratual, Saleilles entende inviável considerá-la uma espécie de responsabilidade contratual que repousaria sobre uma cláusula de garantia tácita¹⁷⁷¹. Conclui, portanto, que ela somente pode se fundar na idéia (extracontratual) de risco expressa na lei:

¹⁷⁶⁷ CHAUVEAU, Paul. Les responsabilités des transporteurs. p. 403.

¹⁷⁶⁸ Em realidade, essa lei era a “ampliação” do regime legal aplicável somente às ferrovias disposto na lei prussiana de 03 de novembro de 1838 que, em seu § 25, englobava responsabilidade contratual e extracontratual por danos patrimoniais e pessoais. Essa responsabilidade somente poderia ser afastada pela prova da ocorrência de ato exclusivo da vítima ou de evento externo e inevitável. Na Áustria, em 1869, essa lei passa a atuar e na Suíça, em 01 de julho de 1875, entra em vigor uma lei federal que responsabiliza as empresas de transporte ferroviário não somente pelos danos decorrentes de sua exploração como também de sua instalação (SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 411-412 ; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 653).

¹⁷⁶⁹ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 357.

¹⁷⁷⁰ BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di ‘doveri de protezione’. p. 465.

¹⁷⁷¹ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code*

Em realidade, estamos diante de um risco, cuja responsabilidade foi posta pela lei a cargo do chefe de indústria; assim, compreende-se que essa responsabilidade legal não possa existir, independentemente de qualquer demonstração de culpa, senão nos casos e nas condições expressamente previstas pela lei.

Tendo em vista o fato de que na Alemanha a responsabilidade objetiva era tradicionalmente compreendida como assunto da alçada do Legislativo (e não do Judiciário), os tribunais superiores apresentavam resistência em ampliar o raio de incidência das normas legais através de interpretações extensivas¹⁷⁷². Assim, ainda que existisse lei regulando o transporte realizado pelas ferrovias, esse tratamento não era aplicado pelos tribunais aos contratos de transporte em geral. É só, pois, no início do século XX que a jurisprudência alemã, a partir das contribuições da dogmática civil que culminariam nas idéias defendidas por Hermann Staub¹⁷⁷³ e Heinrich Stoll¹⁷⁷⁴, que se passou a contar com potentes instrumentos hábeis a solucionar as questões relativas à responsabilidade decorrente dos danos sofridos por pessoas

civil pour l'empire allemand. p. 357.

¹⁷⁷² Para Zweigert e Kötz, indício dessa característica é o julgamento pelo Reichsgericht, em 1912, do caso envolvendo o pouso forçado do Graf Zeppelin (RGZ 78, 171, 172). A questão de direito envolvia a definição da possibilidade de aplicar ao caso, por analogia, os textos legislativos que regulavam a responsabilidade objetiva, tais como o § 833 do BGB, a Lei Imperial de Responsabilidade (como então era denominada a lei relativa à acidentes ferroviários e que depois, em 1943 e 1977, foi ampliada para abranger danos pessoas causados por eletricidade, gases, vapores, ou líquidos provenientes de instalações destinadas à sua conservação e/ou transmissão), ou a lei que regulava a responsabilidade pela custódia de veículos motorizados (1908). O referido tribunal embora admitindo que a operação com aquele artefato aéreo envolvesse atos que produziam riscos muito mais complicados de controlar do que os que estavam envolvidos nas operações ferroviárias e rodoviárias, decidiu que não era possível estender àquele caso a responsabilidade objetiva estabelecida naquelas regras legais (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 657).

¹⁷⁷³ Em 1902, publica artigo intitulado “as violações positivas do contrato e suas conseqüências jurídicas” que alguns anos depois é ampliado e publicado na forma de ensaio com o título “a violação positiva do contrato” e que consiste na justificação da aplicação a situações como as que envolvem o cumprimento defeituoso da prestação de um tratamento juridicamente distinto do fornecido pelas regras do BGB relativas à impossibilidade e à mora (SILVA, Jorge César Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13 ; FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 29). Ver ainda sobre o assunto: WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações – parte geral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983. p. 101-108.

¹⁷⁷⁴ Crítico da teoria desenvolvida por Staub, tendo publicado artigo intitulado “adeus à doutrina da violação positiva”, proporá uma alteração na forma de visualização do vínculo obrigacional que, paradoxalmente, auxiliará o desenvolvimento daquela teoria. Sustentará a necessidade de compreender a relação obrigacional a partir de dois planos que se inter-relacionam: um reservado aos deveres de prestação (*Erfüllungspflicht*) e outro onde se situam os deveres de proteção (*Schutzpflichten*), os primeiros vinculados à realização do interesse da prestação do credor (*Leistungsinteresse*) e os últimos impostos a devedor e credor com vistas a garantir o interesse de ambos em proteger suas esferas patrimoniais e pessoais ao longo da fase das tratativas, durante a execução e após a conclusão da relação contratual (*Schutzinteresse*). Sobre o assunto ver: BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di ‘doveri de protezione’. p. 466; CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 597-601; FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*. p. 41 ; SILVA, Jorge César Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 19.

e coisas transportadas sem que fosse necessário recorrer à prova cabal da culpa do transportador¹⁷⁷⁵.

A edição, em 1952, da lei relativa ao tráfico rodoviário (*Strassenverkehrsgesetz*), por força do seu § 7º, imputará responsabilidade pelos danos produzidos pela operação do veículo ao sujeito que detém a custódia do mesmo. Pelo disposto no § 8º da Lei, o transportador de pessoas, a título oneroso, possui, em razão da relação particular que ali se estabelece, uma responsabilidade que parece estar além da simples responsabilidade por culpa¹⁷⁷⁶, sendo possível apenas afastá-la em hipóteses restritas¹⁷⁷⁷.

Ao estudar a lei francesa sobre acidentes de trabalho de 09 de abril de 1898, Saleilles conclui consistir ela numa aplicação no interior do aparato industrial do regime legal já presente no artigo 1384 do *Code Civil* de 1804 que, por essa razão, é compreendido como configurador de uma obrigação legal fundada no risco¹⁷⁷⁸.

Diferentemente da fundamentação teórica que os pioneiros Sauzet e Sainctelette davam à responsabilidade fundada no risco¹⁷⁷⁹, concebia Saleilles¹⁷⁸⁰ o referido conceito [risco] em

¹⁷⁷⁵ Konrad Zweigert e Hein Kötz mencionam a aplicação da teoria acerca da “violação positiva do contrato” para responsabilizar a companhia de táxi, em razão do passageiro ter sido ferido durante o transporte (RGZ, 62, 102) (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 495). Essa decisão também é referida por Harm Peter Westermann (WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão: direito das obrigações – parte geral*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983. p. 105). Segundo esses autores, a presunção de culpa que pesa contra o devedor repousa sobre a idéia de responsabilidade desse por um âmbito de perigos por ele estabelecido ou dominado (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 495 ; WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão*. p. 107).

¹⁷⁷⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Norma di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte prima). *Rivista critica del diritto privato*, v. I, n. 03, set. 1983, p. 578 ; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 654.

¹⁷⁷⁷ De acordo com Zweigert e Kötz os tribunais alemães exigem, para afastar a responsabilidade do transportador, que esse demonstre que o evento lesivo ocorreu, embora tenha adotado um cuidado que se encontra “além do que é usualmente exigido em termos de extrema concentração e circunspeção”, conforme entendimento expresso na década de 60 pela Suprema Corte Federal (BGH VersR 1962, 164) e desde aí repetido (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 654).

¹⁷⁷⁸ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 442.

¹⁷⁷⁹ Segundo Louis Josserand, os “pioneiros” na defesa da tese acerca da responsabilidade objetiva do transportador adotavam a perspectiva contratual: “M. Sainctelette, en Belgique, et M. Marc Sauzet, en France, ont pensé atteindre à cet objectif [aumentar a proteção à vítima através de uma ampliação da compreensão do fenômeno contratual] en remarquant que bon nombre de conventions recouvrent une trame obligatoire incomparablement plus riche qu’on ne le pense ordinairement; dans notre droit moderne. Tous les contrats sont de bonne foi; ils doivent donc produire des obligations en aussi grand nombre que l’impose la volonté des parties, que le commande l’équité. Et par là même va se trouver amplifié le champ d’action de la responsabilité contractuelle, car plus les obligations issues d’un contrat seront nombreuses, et plus il y aura de chances pour que le dommage éprouvé par l’une des parties, à l’occasion de ce contrat, se ramène à l’inexécution d’une des clauses, expresses ou tacites, qu’il renferme;

íntima conexão com o que define como poder de direção e controle sobre a forma de desempenho de uma dada atividade empresarial¹⁷⁸¹.

Enquanto, para aqueles juristas, o fato do contrato ser regido pela boa-fé faz com que ao transportador não se imponha somente o dever de levar os passageiros até ao destino determinado, mas também o de conduzi-los sãos e salvos, pois “assume frente a eles uma *obrigação de segurança* que é absoluta no sentido de que **todo acidente será considerado uma demonstração de inexecução do contrato e produzirá a responsabilidade do transportador**”¹⁷⁸², Saleilles sustenta que esse dever do empresário – que denomina “dever de seguro” (no original: “devoir d’assurance”) – não é nem contratual, nem delitual, mas legal, dependendo, para surgir, “de características inerentes à própria atividade industrial, dos regulamentos utilizados, da natureza das máquinas, **tornando-se uma questão de ordem econômica, ou melhor, uma questão de direito social mais que de direito individual**”¹⁷⁸³.

Apesar da opinião de Saleilles, na França acabará por prevalecer a idéia de que esse dever de segurança é efeito das regras jurídicas incidentes durante a execução de determinados contratos que têm por finalidade proteger a pessoa e os bens dos contratantes¹⁷⁸⁴. Nesse sentido, por exemplo, manifestava-se Marcel Cocat quando identificava no contrato de trabalho e no de transporte pontos em comum que lhe permitiam sustentar que o mesmo princípio instituidor de responsabilidade fundado no risco era aplicável a ambos, uma vez que

et ainsi se trouvera améliorée, par un déplacement de l’axe de la responsabilité, la situation de la victime, demanderesse dans le procès en indemnité.” (JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 766-767). A Bélgica, país de Saintcetelette, através da edição da lei de 25 de agosto de 1891, estabeleceu o modelo contratual para a responsabilidade do transportador de coisas e pessoas, o mesmo ocorrendo com Luxemburgo através da edição da lei de 08 de fevereiro de 1908 (COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier em matière de transport de personnes*. p. 56).

¹⁷⁸⁰ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après lê premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 442-443.

¹⁷⁸¹ Entre os primeiros críticos dessas idéias estão Henri Capitant e os irmãos Mazeaud. Sobre isso ver: H. Capitant e a elaboração da teoria francesa da responsabilidade civil, artigo de Léon Mazeaud publicado pela *Revista Forense*, vol. LXXXIV, ano XXXVII, fasc. 447, Rio de Janeiro, setembro de 1940, p. 394-400 e o *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, de Henri e Léon Mazeaud e André Tunc, Tomo I, 5ª ed., Éditions Montchrestien, Paris, 1958, p. 419-440 e 319-346.

¹⁷⁸² JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 767. Grifo nosso.

¹⁷⁸³ No original: “des caractères de l’industrie elle-même, des règlements em usage, de la nature de l’outillage, et cella devient une question d’ordre économique, ou plutôt une question de droit social, beaucoup plus que de droit individuel.” (SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après lê premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 444. Tradução nossa. Grifo nosso).

¹⁷⁸⁴ Durante a elaboração, na Alemanha, da doutrina e da jurisprudência relativa aos deveres de proteção no contrato se desenvolve, em França, a doutrina e a jurisprudência relativa à obrigação contratual de segurança (BENATTI, Francesco. *Osservazioni in tema di ‘doveri de protezione’*. p. 465, 467 ; CARBONIER, Jean. *Droit civil* : vol. IV – Les obligations. p. 448).

propunham a mesma questão de justiça social: como repartir entre aquele que explora a coisa e os que sofrem os danos vinculados à sua exploração os custos dela decorrentes¹⁷⁸⁵.

Se é verdade que, para Louis Josserand, a obrigação de segurança não decorria do contrato – fosse de transporte de pessoas ou de qualquer outro tipo –, mas, sim, dos riscos inerentes à exploração de determinada atividade econômica, também é verdade que concordava com a opinião de que a mesma tornava-se mais precisa e se intensificava sob a influência da relação contratual entre transportador e seus clientes, uma vez que, apesar dessa sempre ter existido, encontrava-se, naquele período histórico, sofrendo os efeitos decorrentes de fenômenos como a aplicação intensiva de tecnologia e o crescimento das estruturas empresariais dentro das quais se prestava esse serviço. Diante disso asseverava que, “em virtude de uma salutar lei de simetria os transportadores não visto seus deveres se diversificar e se desenvolver paralelamente ao aumento de seu poder de ação e de seu papel econômico e social”, para, ao fim e ao cabo, restarem como “devedores de segurança”¹⁷⁸⁶.

Queria crer, o jurista francês¹⁷⁸⁷, que se ao transportador de mercadoria se poderia atribuir um dever de custódia acerca das coisas que transporta, por analogia à situação do alberguista, isto é, por analogia à situação do depósito necessário, ao transportador de pessoas tal não era possível¹⁷⁸⁸.

Josserand, a partir das idéias de Saleilles, afirma que, “assim como o chefe de uma usina, o transportador possui a **direção** e obtém o **proveito** de um organismo cujo funcionamento é perigoso”¹⁷⁸⁹; por esse motivo o transportador, como empresário, tem de tomar todas as precauções de forma a salvaguardar a vida e a saúde das pessoas que entram em contato com este organismo e, mais especialmente, proteger os passageiros que, confiando no adequado funcionamento da atividade, se colocam sob os cuidados daquele¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁵ COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier en matière de transport de personnes*. p.139.

¹⁷⁸⁶ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 745.

¹⁷⁸⁷ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 716.

¹⁷⁸⁸ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. No mesmo sentido: COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier en matière de transport de personnes*. p. 48.

¹⁷⁸⁹ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 749.

¹⁷⁹⁰ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 749. Para Josserand, a jurisprudência, partindo dessa concepção ampla, pôde instituir às companhias de transporte uma “obrigação geral de segurança” em relação aos passageiros, obrigação essa que se fragmentava em uma “multidão de obrigações secundárias e extra-regulamentárias” com contornos mais vagos ou precisos. (JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 749).

Após abordar o problema da definição da natureza da responsabilidade do transportador de pessoas por danos sofridos pelos passageiros, acaba por concluir que essa era, diante do estado, à época do direito positivo francês, composta e fragmentária com caráter misto (contratual e extracontratual)¹⁷⁹¹, ou seja, em razão do fato desta responsabilidade estar fundada no risco, a proteção é a mesma tanto para o passageiro (relação contratual) como para terceiro (relação extracontratual) atingido¹⁷⁹².

A tese da responsabilidade contratual, segundo Josserand, tem por base o regime legal instituído para o transportador de mercadorias, isto é, a extensão da obrigação de custódia estabelecida pelo art. 1784 do Código Civil francês às hipóteses de transporte de pessoas, pois não poderiam os passageiros ter uma proteção menor que a estabelecida para os objetos transportados¹⁷⁹³.

Porém, essa tese relativa à ampliação do alcance do artigo 1784 do *Code Civil* foi afastada em definitivo por uma decisão da *Cour de Cassation* proferida em 1884¹⁷⁹⁴, reiteradamente confirmada¹⁷⁹⁵. Então, restou estabelecido que aquele dispositivo não se aplicava ao transporte de pessoas, devendo esse ser regulado pelas regras da responsabilidade civil fixadas com exclusividade pelos artigos 1382 e seguintes¹⁷⁹⁶.

Assim era possível concluir, a partir dessas decisões da Corte de Cassação, que, enquanto no contrato de transporte de mercadorias era admitida a existência de um dever de zelar pela integridade dos objetos transportados decorrentes da identificação desse como uma espécie de “depósito necessário” que produziria uma obrigação contratual de custódia, no contrato de transporte de pessoas não haveria um dever de zelar pela integridade dos passageiros, isto é, não haveria uma obrigação de segurança especializada, mas apenas o dever geral de cuidado (art. 1382, Código Civil francês). A razão dessa distinção estaria no fato de que a mercadoria desempenha, em regra, um papel passivo nos danos que sofre durante o transporte, sendo equivocada a aplicação dessa conclusão com relação aos passageiros, que podem, e, em regra,

¹⁷⁹¹ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 750, 763.

¹⁷⁹² JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 793.

¹⁷⁹³ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 768-769.

¹⁷⁹⁴ FRANÇA. Corte de Cassação. Cass., 10 nov. 1884 (D. 1885, 1, 433, note Sarrut; S. 1885, 1, 129, note Lyon-Caen).

¹⁷⁹⁵ FRANÇA. Corte de Cassação. Cass., 13 mars 1895 (S. 1893, 1, 285); 1 mai 1899 (D. 1899, 1, 558) 14 déc. 1903 (D. 1905, 1, 314).

¹⁷⁹⁶ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 776 ; COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier em matière de transport de personnes*. p. 14.

desempenham um papel ativo nos danos sofridos durante o transporte¹⁷⁹⁷; além disso, segundo um convencimento amplamente difundido à época, não se poderia sustentar que “o passageiro se põe em depósito junto ao transportador”, sem com isso configurar um “abuso da linguagem jurídica”, já que o ser humano pode ser o sujeito, mas não o objeto do contrato; admitir tal asserção implicaria desconsiderar “a personalidade e a dignidade humanas” dos passageiros, seria atentar contra a verdade e a realidade da vida, uma vez que se reduziria sujeitos dotados de movimento e vontade à condição de “matéria inerte”¹⁷⁹⁸.

Diante dessa perspectiva os tribunais franceses passaram a adotar o ponto de vista delitual, passando a sustentar que a responsabilidade do transportador seria uma espécie de responsabilidade extracontratual subjetiva. Porém, diante da necessidade de ampliar a proteção à vítima, facilitavam a prova da culpa do transportador através de uma concretização das noções de boa-fé, ordem pública e segurança¹⁷⁹⁹.

Segundo Jossierand, essas noções (boa-fé, ordem pública e segurança) operavam na jurisprudência como formas de especificação da obrigação geral que, nos termos dos artigos 1382 e seguintes do Código Civil francês, impunha a qualquer cidadão uma interdição: não lesar ninguém¹⁸⁰⁰. Essa obrigação, quando tornada específica para as companhias de transporte, se constituía como uma “trama obrigatória extremamente fechada”¹⁸⁰¹.

Diferentemente dos defensores das teorias contratuais que haviam hipertrofiado o contrato de transporte para colocar os passageiros sob sua proteção, a jurisprudência francesa retirava do artigo 1382 uma “multidão de obrigações especiais cuja inexecução constituía, por si só, prova da culpa do transportador, o que facilitava, em muito, a tarefa da vítima”¹⁸⁰².

Foi graças à utilização engenhosa dos artigos 1382 e 1353 do *Code Civil* – criando, de um lado, uma lista aberta de deveres a cargo das companhias de transporte, de outro recorrendo a uma culpa simplesmente presumida – que a jurisprudência francesa garantiu a operacionalidade de um sistema de responsabilidade extracontratual fundado na culpa. Nesse sistema, a responsabilidade do transportador somente poderia ser afastada se demonstrada a

¹⁷⁹⁷ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 770, 781.

¹⁷⁹⁸ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 781.

¹⁷⁹⁹ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 782.

¹⁸⁰⁰ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 782.

¹⁸⁰¹ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 782.

¹⁸⁰² JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 782-783.

ocorrência de um caso de força maior, de culpa exclusiva da vítima ou, ainda, da inexistência de culpa por parte do empresário¹⁸⁰³.

Na ausência dessa legislação específica verificou-se, em outro engenhoso artifício, a aplicação do art. 1385, do *Code Civil* (que trata da responsabilidade do proprietário do animal ou daquele que se serve do mesmo por danos provocados por esse) nas situações em que havia danos a passageiros por desastres ocorridos em transportes realizados com tração animal¹⁸⁰⁴. Porém, logo o progresso tecnológico acabou por substituir a tração animal pela tração mecânica e, assim, foi necessário aplicar o art. 1384, § 1º do *Code Civil*, sob pena da diversidade de tração resultar em uma contradição: havendo transporte por tração animal haveria responsabilidade objetiva (art. 1385, *Code Civil*); contudo, havendo transporte por tração mecânica haveria responsabilidade subjetiva (art. 1382, *Code Civil*)¹⁸⁰⁵.

À Josserand tal distinção no tratamento parecia absurda, pois a característica da sociedade moderna estava, dizia ele, no fato de que a aplicação intensiva de tecnologia levava à intensificação das relações jurídicas o que, por fim, produzia a multiplicação de riscos até então desconhecidos e que, uma vez concretizados, se transformavam em acidentes anônimos, isto é, de origens obscuras¹⁸⁰⁶. Daí porque defender que a única forma possível para tratar da responsabilidade pelos danos decorrentes desses acidentes estava em assumir-se que “quem põe em ação, em seu interesse, em seu proveito, forças terríveis deve assumir as conseqüências de sua iniciativa”¹⁸⁰⁷. Em outras palavras, “quando se cria um risco, se deve, se tal risco chega a concretizar-se, sofrer suas conseqüências”¹⁸⁰⁸, o que se traduziria na fórmula célebre.

Na mesma época, o belga Laurent, ao abordar o problema dos danos causados pelo funcionamento de máquinas, afirmara que o regulamento adequado escapava tanto das regras dos arts. 1382 e 1383 quanto do art. 1386, concluindo que o correto seria aplicar a regra geral do artigo 1384, pois “essa disposição estabelece uma presunção de culpa a cargo daquele a quem se declara responsável”. Disso decorre, concluía, que o proprietário da máquina é

¹⁸⁰³ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 783.

¹⁸⁰⁴ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 787.

¹⁸⁰⁵ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 790.

¹⁸⁰⁶ JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. p.297 ; JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p.838.

¹⁸⁰⁷ JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. p. 298.

¹⁸⁰⁸ JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. p. 298.

presumido tendo agido com culpa, salvo prove em contrário¹⁸⁰⁹. Assim, Laurent é um dos primeiros, senão o primeiro, a defender – na dogmática francesa – a idéia de que há uma responsabilidade pelo fato da coisa, embora a traduza em uma “presunção de culpa”.

Em obra posterior, Laurent interpretará o mesmo artigo em um sentido mais próximo ao que acabará por constituir a perspectiva de vanguarda no primeiro quartel do século XX. Preocupado com um problema subjacente ao debate sobre a aplicação do art. 1384, § 1º do Código Civil francês, qual seja, a questão relativa a quem deve suportar os ônus do progresso econômico e tecnológico, Laurent escrevia:

É verdade que a imperfeição da máquina pode vir da imperfeição da ciência, fato que não é imputável ao proprietário; mas há que fazer aqui uma consideração de equidade: não é justo que o proprietário da máquina suporte o dano preferentemente àquele que é a vítima?¹⁸¹⁰

Josserand¹⁸¹¹ defendia – partindo do art. 1384, § 1º do Código Civil francês – que a aplicação dessa norma criava, mais que uma mera presunção de culpa, uma presunção de responsabilidade¹⁸¹² que deveria ser compreendida como uma responsabilidade legal e justificada através da noção de “risco criado”, ou seja, entendia-a como fonte de responsabilidade objetiva¹⁸¹³.

¹⁸⁰⁹ No original: “Or cette disposition établit une présomption de faute à charge de celui qui est declare responsable. De là suit que le propriétaire de la machine est presume em faute, sauf à lui faire la preuve contraire.” (LAURENT, F. *Cours Élémentaire de Droit Civil*. Paris : Librairie A. Maresq; Bruxelles : Bruylant-Cristophe, 1887. Tome Troisième. p. 222).

¹⁸¹⁰ No original: “Il est vrai que l'imperfection de la machine peut venir de l'imperfection de la science, laquelle n'est pas imputable au propriétaire; mais alors il y a une considération d'équité: n'est-il pas juste que le propriétaire de la machine supporte le dommage plutôt que celui que en est la victime?” (LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français*. Bruxelles : Bruylant-Cristophe; Paris : Librairie A. Maresq, 1893. p.694).

¹⁸¹¹ JOSSERAND, Louis Teoría general de las obligaciones. p. 428.

¹⁸¹² Ao que tudo indica, a origem dessa expressão (presunção de responsabilidade) foi o famoso *arrêt Jand'heur* em que as Câmaras Reunidas da Corte de Cassação francesa; ao analisarem o § 1º do art. 1384 do *Code Civil*, estabeleceram que esse estabelecia uma presunção de responsabilidade decorrente da simples custódia da coisa e concluíram que “a presunção de responsabilidade estabelecida por esse artigo contra aquele que possui sobre sua guarda coisa inanimada que há causado um dano a outrem não pode ser destruída senão diante da prova de um caso fortuito ou de uma força maior ou de uma causa estranha que não lhe seja imputável; não sendo suficiente a prova de que não agiu com culpa ou que a causa do dano permanece desconhecida” (no original: “la présomption de responsabilité établié par cet article a l'encontre de celui qui a sous as garde la chose inanimée qui a cause um dommage a autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui sont pas imputable; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du fait dommageable est demeurée inconnue”. Câmaras reunidas, 13/12/1930, *Jand'heur*: S. 1930, 1, 121, e *DP* 1930, I, 57, apud MALINVAUD, Philippe. *Droit des obligations*. p. 287).

¹⁸¹³ JOSSERAND, Louis. Teoría general de las obligaciones. p. 441.

E era dentro dessa seara que acreditava se situar a responsabilidade do transportador. Tanto assim, afirmava que “em uma legislação cientificamente estabelecida a responsabilidade do transportador não é nem contratual, nem delitual: ela é legal”¹⁸¹⁴. A idéia de que essa responsabilidade era legal podia inicialmente ser interpretada tanto em sentido amplo, o que significava dizer que livre tanto da noção de culpa contratual como de culpa aquiliana essa responsabilidade decorreria da própria natureza da atividade de transporte, ainda que esse não fosse executado de forma negligente, ou seja, se apresentaria sob uma forma puramente objetiva¹⁸¹⁵, como em sentido mais restrito, o que significava que sua fonte imediata era a imposição legal¹⁸¹⁶.

Disso decorreria que o simples fato da exploração da atividade de transporte o faria responsável pelos acidentes surgidos no curso do transporte, pois, enquanto propagador de forças intensas cuja direção e administração lhe são conferidas, deve reparar todos os danos que essas produzam ao longo do trajeto. Jossierand¹⁸¹⁷ admitindo, assim como Marcel Cocat¹⁸¹⁸, ser o transportador um criador de riscos em vista de seus interesses próprios, defendia que “ele deve suportar a realização daqueles sem que seja necessário perquirir se isso é decorrência ou não de uma culpa, se ele há atuado contra o disposto num contrato ou num regulamento”¹⁸¹⁹. Ambos, Jossierand¹⁸²⁰ e Cocat¹⁸²¹, ainda que com algumas peculiaridades sublinhavam que para um sistema dessa envergadura atuar seria imprescindível uma intervenção legislativa.

¹⁸¹⁴ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 784.

¹⁸¹⁵ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 784.

¹⁸¹⁶ Algo que vem reforçar a correção da afirmação de Jossierand é a edição, em março de 1905, da lei Rabier que irá definir como nulas todas as cláusulas postas no contrato de transporte com a finalidade de excluir o dever de indenizar, autorizando as de limitação desse dever, e com tal medida transformando o regime contratual dessa responsabilidade em um regime estatutário (CHAUVEAU, Paul. Les responsabilités des transporteurs. p. 406).

¹⁸¹⁷ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 784.

¹⁸¹⁸ COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier em matière de transport de personnes*. p. 112-115.

¹⁸¹⁹ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 784.

¹⁸²⁰ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 784.

¹⁸²¹ Especificamente com relação ao contrato de transporte, Marcel Concat, embora defendesse a possibilidade de uma aplicação jurisprudencial do princípio do risco como fundamento da obrigação de segurança a cargo do transportador em relação a seus passageiros, admitia que, diante de certa inércia que identificava nos tribunais, o melhor seria uma intervenção legislativa que estabelecesse o transportador como garante dos passageiros em relação aos riscos do transporte (COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier em matière de transport de personnes*. p. 142-143).

Josserand defendia ainda a aplicação da norma relativa à responsabilidade pelo fato da coisa – art. 1384, § 1º, *Code Civil*¹⁸²² – ao transporte de pessoas, pois acreditava ser esse o caminho para consagrar uma responsabilidade sem culpa efetiva¹⁸²³. Mantinha, porém, a exigência de que a vítima realizasse a prova da relação de causalidade entre o dano sofrido e o funcionamento da coisa inanimada, sublinhando: “Toda a questão se baseia em saber se o dano foi verdadeiramente, na espécie, *causado pela* coisa; ainda que a existência dessa relação [de causalidade] seja independente do papel inerte ou ativo dessa última”¹⁸²⁴.

Como corolário da orientação situando a responsabilidade objetiva como dependente da demonstração da existência do nexu causal, passou-se a admitir como excludentes da responsabilidade do transportador somente a culpa exclusiva da vítima¹⁸²⁵ e a força maior¹⁸²⁶

¹⁸²² Destaque-se, todavia, que consoante se depreende da leitura da exposição de motivos de Teilhard ao *Code Civil*, os casos previstos no art. 1384 haviam sido originalmente imaginados como hipóteses em que a mais leve culpa geraria responsabilidade, isso tudo muito embora os redatores do *Code Civil* defendessem o abandono da distinção entre culpa *lata, levis e levissima*, proveniente do direito romano e incorporada por Acursio e Alciato e deles transmitida para Pothier. A referida distinção passou a doutrina contratual através da percepção de que sendo o contrato apenas no interesse do credor, o devedor responde somente por dolo ou culpa grave, sendo do interesse de ambos, respondem os contratantes por também por culpa leve e sendo apenas do interesse do devedor responderia esse até por culpa levíssima (Sobre o assunto ver: RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Buenos Aires : Ed. La Ley, s.d. Tomo IV - Las obligaciones (1ª parte). v. I. p. 469-470; VINEY, Geneviève. Introduction à la responsabilité. p. 19). Quanto ao direito brasileiro, é fundamental destacar que essa distinção tripartite parece estar na base do regime de responsabilidade previsto no art. 1057 do Código Civil brasileiro de 1916, uma vez que, embora Clóvis Beviláqua em seu comentário ao artigo afirme que o estatuto civil brasileiro não adotou a graduação da culpa divulgada por Pothier, admite que “em algumas situações, a diligência em respeitar o direito não deva ser maior” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Editora Rio, Faculdade de Direito Estácio de Sá, Rio de Janeiro, [19??]. v. II. p. 172). As situações que justificariam um cuidado maior estão vinculadas à natureza da convenção, entendidas não exatamente em vista da “bilateralidade” ou “unilateralidade” do contrato, como o texto do art. 1057 do CC/16 indicava, mas em razão do fato do contrato envolver vantagens para ambas as partes ou apenas a uma delas, conforme aponta a redação do atual art. 392, CC/02; aliás, o responsável pela redação desse artigo, Agostinho Alvim, já apontava, desde a década de 40, que esse era o sentido originalmente pretendido por Clóvis Beviláqua: “Se o que se quer é deixar de atribuir responsabilidade por simples culpa, a quem não tira vantagem do contrato, a referência deverá ser aos contratos benéficos, e não aos unilaterais”, uma vez que é possível o contrato ser unilateral sem ser benéfico (exemplos são o mútuo remunerado, o depósito gratuito, e o mandato gratuito) (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p.198). Por fim, sublinhe-se que a questão acerca da existência ou não de vantagens para todas as partes do contrato é a premissa da qual parte o STJ para estabelecer seu entendimento relativo à responsabilidade do transportador frente ao passageiro quando da realização de transporte gratuito (“No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave” - súmula 145). Esse entendimento, por sua vez, foi levado em consideração quando da criação do artigo 736 do CC brasileiro de 2002: “Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia”.

¹⁸²³ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 791 ; JOSSERAND, Louis. Teoría general de las obligaciones. p.409, 411.

¹⁸²⁴ JOSSERAND, Louis Teoría general de las obligaciones. p. 419.

¹⁸²⁵ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 796.

¹⁸²⁶ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 796-797. ,

(categoria essa abrangente dos atos da natureza e dos atos exclusivos de terceiros)¹⁸²⁷. Assim, para Josserand¹⁸²⁸ só haveria a possibilidade da exclusão da responsabilidade do transportador se estivesse caracterizada sua negligência¹⁸²⁹, em decorrência de seu caráter objetivo¹⁸³⁰. Da mesma forma Cocat¹⁸³¹.

No mesmo debate doutrinário, relevante foi ainda o entendimento de René Savatier. Ao tratar da autonomia do § 1º do art. 1384 em relação ao art. 1382, ambos do *Code Civil*, sustentava ser melhor caracterizar como “responsabilidade legal” o modelo de responsabilidade produzida por aquele em contraposição a “responsabilidade delitual” decorrente do último¹⁸³². Para esse autor¹⁸³³ a idéia de risco, que constitui a fonte da responsabilidade pelo fato da coisa, regulada no § 1º do art. 1384 do *Code Civil*¹⁸³⁴, cria uma imputação de

¹⁸²⁷ A jurisprudência francesa ampliou a responsabilidade do transportador através da utilização de um conceito restrito de força maior designativo da ocorrência de fatos totalmente estranhos ao transporte (événements totalement étrangers au transport) por serem absolutamente imprevisíveis e invencíveis (absolument imprévisibles et insurmontables) (CHAUVEAU, Paul. Les responsabilités des transporteurs. p.406 ; LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 815). A lei Badinter restringiu ainda mais a possibilidade de exclusão de responsabilidade do transportador porque, ao mesmo tempo em que estabeleceu que a responsabilidade pelos danos decorrentes da circulação de veículos decorre do fato de sua “implicação” no acidente (art. 1º), o que significa que não depende do fato de ter tido participação na cadeia causal, impediu que o dever de indenizar pudesse ser afastado com base na ocorrência de força maior (art. 2º).

¹⁸²⁸ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 783-784.

¹⁸²⁹ Segundo René Rodière, a partir de 1908 começam a surgir decisões judiciais que, embora ainda baseadas na idéia de culpa presumida, sustentarão que a responsabilidade do guardião, por força do art. 1384, parágrafo primeiro, somente pode ser afastada pela prova da ocorrência de caso fortuito, força maior e culpa da vítima (RODIÈRE, René. Sur la présomption de responsabilité du fait des choses inanimées (sa force et sa nature). In: *LE DROIT privé français au millieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris: LGDJ, 1950. Tomo II. p. 189). Marcel Cocat destaca que o caso fortuito é em várias situações tido por fato não liberatório; segundo ele, esse entendimento é tradicional, já que foi somente em razão de atenuações sucessivas que os transportadores e alberguistas (a quem os primeiros eram equiparados) foram liberados de sua responsabilidade diante da prova da força maior (entendida como *vis divina*), tanto assim que, por exemplo, o Código Comercial francês quando se refere à excludentes (arts. 97, 98, 103 e 104) somente faz menção a essa excludente e não ao caso fortuito (COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier em matière de transport de personnes*. p. 32).

¹⁸³⁰ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 784 e ss.

¹⁸³¹ Marcel Cocat, comentando a legislação de países como a Alemanha e a Suíça, dentre outros, afirma que o fato de ali não se admitir outras provas de exclusão de responsabilidade ao transportador, senão as relativas à força maior e ao ato exclusivo da vítima, faz com se constitua uma responsabilidade legal objetiva fundada na noção de risco (COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier em matière de transport de personnes*. p. 57).

¹⁸³² SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. p. 440.

¹⁸³³ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. p. 421 e ss.

¹⁸³⁴ É imperioso, porém, ressaltar que essa perspectiva foi construída por certos autores – dentre eles estão Saleilles e Josserand – a partir da leitura que fizeram de determinado material legislativo e jurisprudencial, uma vez que a doutrina tradicional não compreendia o § 1º do art. 1384 como estabelecendo uma hipótese de responsabilidade objetiva. Exemplo disso é a manifestação de Laurent no sentido de que “si l’on est responsable des choses que l’on a sous as garde, c’est parce qui on comment une négligence ou une imprudence dans la garde de la chose. Il n’y a pas de responsabilité sans faute.

responsabilidade que se vincula não somente ao proveito retirado da utilização da coisa, mas à direção que é exercida sobre a mesma. O poder de direção sobre a coisa e a utilização da mesma em proveito de quem a dirige são fatos tomados como critérios inseparáveis para estabelecer a carga dos riscos¹⁸³⁵. O binômio fundamental é, nesse sentido, vantagem e autoridade¹⁸³⁶.

Em Savatier, tanto quanto em Josserand, encontramos o binômio interesse/proveito e autoridade/controle a justificar a responsabilidade fundada no risco¹⁸³⁷. A obrigação de reparar o dano é a contrapartida do fato de que o agente retira um proveito do desempenho da atividade em questão¹⁸³⁸. Há uma imposição de reciprocidade, isto é: beneficia-se a vítima de uma garantia mesmo na ausência da celebração, pela outra parte, de um seguro em favor da primeira¹⁸³⁹.

A jurisprudência demorou a sofrer a influência desse discurso doutrinário. Antes que tal ocorresse o máximo de alteração identificada em suas orientações foi a admissão de que a responsabilidade do transportador em relação ao passageiro era, em realidade, regida pelas regras do direito comum dos contratos¹⁸⁴⁰, o que fazia com que somente se admitisse o

Reste à savoir si celui qui a une chose sous sa garde est présumé en faute” (LAURENT, F. *Cours Élémentaire de Droit Civil*. p. 221-2).

¹⁸³⁵ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. p. 464.

¹⁸³⁶ Para Savatier, a responsabilidade fundada no risco tem como base o binômio “vantagem” (decorrente do uso de determinada coisa) e “autoridade” (exercida sobre a atividade de exploração da coisa): “La responsabilité née du *risque crée* est celle qui oblige à réparer des dommages produits, même sans faute, par une activité qui s’exerce dans votre **intérêt** et sous votre **autorité**.” (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. p. 349. Grifo nosso). Semelhante reflexão encontra-se em JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. p. 424.

¹⁸³⁷ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. p. 349.

¹⁸³⁸ Para Savatier: “todo aquele que se beneficia de uma atividade será equitativamente constrangido à, em retribuição, suportar os riscos do dano que há causado”. No original: “Celui qui profite d’une activité sera équitablement astreint, en retour, à supporter les risques du dommage qu’elle cause.” (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. p. 349).

¹⁸³⁹ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. p. 349.

¹⁸⁴⁰ Essa mudança de orientação começa com o pronunciamento de duas decisões relativas a questões de competência: Civ. Cas., 21 nov. 1911 (S. 1912-1-173) (D. P. 1913-1-249) e Civ. Cas., 27 janv. 1913 (S. 1913-1-177) (D. P. 1913-1-249). Ela se cristaliza com *arrêt* de 21 de abril de 1913, em que a Corte de Cassação estabelece a responsabilidade do transportador em relação ao passageiro fundada na existência de uma obrigação contratual de segurança que impõe àquele o dever de transportar seus passageiros sãos e salvos até o destino; argumentava que a condenação se impunha ao transportador porque “a Companhia não fez a prova de que o acidente proveio de uma causa estranha que não lhe pudesse ser imputada, sendo responsável nos termos do artigo 1147 do *Code Civil*, que dispõe sobre a inexecução do contrato de transporte” (apud COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier en matière de transport de personnes*. p.16-19). Em decisão proferida em 19 de janeiro de 1914 (Req. 19 jan. 1914, S. 1914. I. 128) a Corte de Cassação expressará pela primeira vez o entendimento de que a responsabilidade

afastamento da responsabilidade quando da ocorrência de fatos qualificados como causas estranhas ao contrato e não imputáveis ao devedor¹⁸⁴¹.

A associação definitiva entre a responsabilidade pelo fato da coisa e responsabilidade por risco se deu quando a Corte de Cassação, em *arrêt* proferido em 02 de dezembro de 1941, precisou o sentido da noção jurídica de “guarda”, vinculando-a aos atos de usar, dirigir e controlar uma coisa¹⁸⁴². Para René Rodière, embora essa decisão tivesse fornecido a diretriz hermenêutica, sua fórmula ainda necessitava de maior precisão. Isso somente foi possível após a análise de um conjunto maior de decisões do referido tribunal. Feito isso, concluiu que expressões como “poder de direção e comando”, “poder de vigilância e controle”, “uso e direção”, “poderes de uso, direção e controle” permitem que se conclua que a utilização da expressão “guarda” se refere a uma “obrigação derivada da utilização interessada de uma coisa sobre a qual se exerce poder”¹⁸⁴³.

decorrente do § 1º do art. 1384 somente pode ser afastada diante da prova da ocorrência de força maior, ato exclusivo da vítima ou de terceiro (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 660).

¹⁸⁴¹ A expressão “causa estranha” é a tradução corrente em língua portuguesa da expressão “cause étrangère” presente no art. 1147 do Código Civil francês; a íntegra do artigo dispõe que “o devedor é condenado ao pagamento de perdas e danos, seja em razão da inexecução da obrigação, seja em razão do atraso na execução, todas as vezes que não consiga demonstrar que a inexecução provém de uma causa estranha que não lhe pode ser imputada, ainda que não exista má-fé de sua parte”. Sobre a demonstração da “causa estranha” como fator excludente de responsabilidade, ver: JOSSERAND, Louis. *Force majeure et cas fortuit, chronique*. *Dalloz Hebdomadaire*, Paris, v. 25, 1934 e RODIÈRE, René. *Sur la présomption de responsabilité du fait des choses inanimées (sa force et sa nature)*. p. 192.

¹⁸⁴² Conforme Jossierand (JOSSERAND, Louis. *Teoría general de las obligaciones*. p. 441), já antes desse *arrêt* existiam numerosas decisões que aproximavam a responsabilidade pelo fato da coisa à idéia de risco; entretanto, é no conhecido caso *Franck* que essa ligação se tornará paradigmática. Tratava-se de ação de reparação movida pelos sucessores do sr. Connot contra o sr. Franck, em vista do seguinte fato: Na noite de 24 para 25 de dezembro de 1929 o automóvel pertencente ao sr. Franck e que havia sido confiado por esse a seu filho Claude, ainda um menor, foi furtado por indivíduo desconhecido de uma rua de Nancy onde estava estacionado. Na mesma noite, o veículo conduzido pelo ladrão atropelou e matou o sr. Connot. As Câmaras Reunidas da Corte de Cassação entenderam por rejeitar a demanda dos sucessores do sr. Connot, por entender que o sr. Franck, em virtude do furto, se encontrava na impossibilidade de exercer sobre o referido veículo qualquer vigilância, diante da constatação de que Franck, privado do uso, da direção e do controle sobre o veículo, não possuía mais a guarda e, assim, não estava mais submetido à presunção de responsabilidade estabelecida pelo art. 1384, § 1º. No original: “se trouvait dans l'impossibilité d'exercer sur la dite voiture aucune surveillance; qu'en l'état de cette constatation, de laquelle il résulte que Franck, prive de l'usage, de la direction et du contrôle de sa voiture, n'em avait plus la garde et n'était plus dès lors soumis à la présomption de responsabilité édictée par l'art. 1384, al. 1er., C. civ” (Ch. Réunies, 2 déc. 1941 : *DC* 1942, 25 et note G. Ripert; S. 1941, I, 217 et note H. Mazeaud) apud Philippe Malinvaud, *Droit des obligations: Les mécanismes juridiques des relations économiques*, p. 289). Ressalte-se que a decisão parte da premissa de que o ato criminoso de terceiro constitui, *in casu*, hipótese de impossibilidade assemelhada ao caso fortuito e à força maior.

¹⁸⁴³ No original: “La garde est une obligation dérivée d l'utilisation intéressée d'une chose para celui qui en a la maîtrise”(RODIÈRE, René. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Rosseau et Cie., 1952. Extrato do Tome IXbis do *Cours de Droit Civil Français* de Ch. Beudant. p. 164). Afirma que a responsabilidade pela guarda da coisa seria uma espécie do gênero responsabilidade por risco da atividade (RODIÈRE, René. *La responsabilité civile*. p. 08).

Nessa perspectiva a “responsabilidade pela guarda” não deriva da vontade das partes, mas de uma situação fática em que basta estarem presentes determinadas circunstâncias, tais como a utilização de uma máquina (uma locomotiva, por exemplo) com a finalidade de extrair dela algum proveito, para que a atribuição de um dever de guarda se imponha¹⁸⁴⁴.

Constitui-se, dessa forma, uma responsabilidade fundada numa obrigação de segurança que se apresenta como uma “obrigação positiva universal”¹⁸⁴⁵; por sua vez, essa obrigação jurídica teria seu lastro moral no “dever de caridade”¹⁸⁴⁶.

Embora não se admitisse a aplicação do art. 1384, § 1º aos danos que surgissem em uma relação contratual¹⁸⁴⁷, como a de transporte, por exemplo, a criação doutrinária e jurisprudencial da “obrigação de segurança” acabou por permitir que se alcançasse resultado equivalente, ou seja, a admissão de uma responsabilidade contratual fundada no fato da coisa¹⁸⁴⁸.

A admissão da atuação, por força legal, da obrigação de segurança no contrato de transporte produziu uma modificação profunda na maneira de compreender a relação transportador-passageiro¹⁸⁴⁹. Porém, por mais que essa perspectiva parecesse se distanciar da idéia de culpa

¹⁸⁴⁴ RODIÈRE, René. *La responsabilité civile*. p. 166.

¹⁸⁴⁵ René Rodière fala em “obligation active universelle” (RODIÈRE, René. *La responsabilité civile*. p. 168).

¹⁸⁴⁶ RODIÈRE, René. *La responsabilité civile*. p. 10.

¹⁸⁴⁷ CARBONIER, Jean. *Droit civil*: vol. IV – Les obligations. p. 492.

¹⁸⁴⁸ Marcel Concat afirmava, já nos anos 20 do século XX, que, embora os tribunais franceses não aplicassem o § 1º do art. 1384 aos acidentes de transporte, ninguém poderia se opor à afirmação de que a responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas servia de fundamento à responsabilidade do transportador de pessoas (COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier en matière de transport de personnes*. p.132-133). Para Jean Carbonier, “uma nuance da obrigação decorrente da guarda será a obrigação de segurança” que se apresenta como uma obrigação de garantia, pois não cessa nem mesmo diante da prova de que o guardião não poderia ter evitado o dano resultante da coisa (CARBONIER, Jean. *Droit civil*: vol. IV – Les obligations. p. 449). Em sentido contrário, Paul-André Crepeau afirma que a obrigação de segurança a cargo do transportador é de mera diligência nos momentos imediatamente anteriores e posteriores ao início do transporte e de resultado durante o curso do transporte, sendo que, em relação a essa última, somente se justifica sua impossibilidade de cumprimento diante da prova da ocorrência de “causa estranha” ao contrato (CREPEAU, Paul-André. *L’Intensité de l’obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Québec: Centre de recherche en droit privé & compare du Québec, Lês Éditions Yvon Blais Inc., 1989. p. 50, 16). Ainda sobre o assunto, ver também: MALINVAUD, Philippe. *Droits des obligations*. p. 285.

¹⁸⁴⁹ “Quando a Corte de Cassação em 1911 declarou caber ao transportador conduzir o passageiro são e salvo a seu destino ela produziu um efeito novo no contrato de transporte de pessoas” (RODIÈRE, René. *Sur la présomption de responsabilité du fait des choses inanimées (sa force et sa nature)*. p. 206). No mesmo sentido, Louis Josserand, *Evolução da Responsabilidade Civil*, Conferência pronunciada em Faculdades de Direito e Institutos de Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bucarest, Oradéia, Bruxelas, Madrid, Rabat e Casablanca, publicada originalmente na obra *Evolutions et actualités* (1936) tradução de Raul Lima, *Revista Forense*, vol. 41, junho de 1941, p. 558. Para Paul Esmein, o regime jurídico que, aplicado ao contrato, gerava responsabilidade ao devedor sempre que esse não conseguisse demonstrar que a não

como base da responsabilidade civil, é necessário destacar que ela ainda dependia de uma apreciação da conduta do sujeito a quem se atribui a autoria do dano. Logo, ainda consistia, em certo sentido, uma responsabilidade subjetiva¹⁸⁵⁰.

A alteração do raciocínio se processa quando o guardião da coisa é condenado não porque se presume seja responsável¹⁸⁵¹, mas é condenado por ser responsável, ou seja, é condenado a satisfazer a exigência de garantir, na direção da coisa utilizada em sua atividade, a segurança dos demais sujeitos envolvidos¹⁸⁵². A vantagem de fundar a chamada responsabilidade por risco na idéia de solidariedade social é que surge não tanto como decorrente da violação de uma obrigação contratual de segurança, mas mais como decorrente da tutela de um direito geral à segurança¹⁸⁵³; assim, o direito atribuído à vítima não surge como algo concedido exclusivamente em razão da correspectiva obrigação contratual, mas como desdobramento de direito que corresponde a toda coletividade¹⁸⁵⁴. O direito de que aqui se trata é o que foi qualificado na introdução deste trabalho como “direito social à segurança”.

A experiência francesa¹⁸⁵⁵ mostra como o trabalho da doutrina e as construções jurisprudenciais permitiram superar a ausência de uma legislação específica relativa ao

satisfação do interesse do credor, era resultado da intervenção de caso fortuito e força maior (entendidos estritamente); funcionava de forma a transformar o devedor em segurador (ESMEIN, Paul. L'obligation et la responsabilité contractuelles. p. 115).

¹⁸⁵⁰ Georges Ripert demonstra que, mesmo nas responsabilidades fundadas nas idéias de risco profissional e risco criado, o raciocínio se estrutura de forma a atribuir a obrigação de indenizar ao autor do ato definido como a causa do dano, ou seja, não se prescinde da análise da conduta daquele a quem se denomina autor do dano no momento que antecede o surgimento da lesão (RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 207). No mesmo sentido ver STARCK. Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. p. 10 e STARCK, Boris. *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*. p. 501 e ss.

¹⁸⁵¹ Para Georges Ripert, a expressão “presunção de responsabilidade” não faz sentido, pois, entendida a responsabilidade como o dever de reparar o dano, é forçoso concluir que ou se possui ou não se possui o referido dever (RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 206).

¹⁸⁵² RODIÈRE, Renè. *Sur la présomption de responsabilité du fait des choses inanimées (sa force et sa nature)*. p.206.

¹⁸⁵³ Para Boris Starck, tanto a “responsabilidade pelo fato da coisa” quanto o regime especial da “obrigação contratual de segurança” surgem de uma exigência única: a necessidade de assegurar, de garantir, da forma mais completa, a tutela dos direitos das vítimas. Disso concluía que ambas técnicas de tutela se configuravam da mesma forma, isto é, como obrigações de resultado (STARCK, Boris. *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*. p. 509). Crítica que pode ser endereçada a essa opinião de Starck seria quanto à qualificação da obrigação em questão, pois se, conforme afirma, tal obrigação surge para proteger determinados direitos em vista da ocorrência de certos danos prováveis, isto é, certos riscos, está-se diante de uma obrigação de garantia e não de resultado (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 537). Para Geneviève Viney, o art. 1384, § 1º tutela o que denomina “direito à segurança corporal” (VINEY, Geneviève. *Introduction à la responsabilité*. p. 68).

¹⁸⁵⁴ RODIÈRE, Renè. *La responsabilité civile*. p. 10.

¹⁸⁵⁵ CHAUVEAU, Paul. *Les responsabilités des transporteurs*. p. 407.

transporte terrestre de pessoas para compreendê-lo como fonte de uma responsabilidade objetiva a cargo do transportador¹⁸⁵⁶.

Resta, assim, indagar: qual foi o caminho seguido no Brasil? Quais os efeitos decorrentes da existência precoce de uma legislação específica relativa ao contrato de transporte?

5.2 A consolidação legislativa do dever de segurança do transportador

O divisor de águas na discussão acerca do contrato de transportes foi, no Brasil, em 07 de setembro de 1912, o decreto legislativo 2681. Não que antes do surgimento desse diploma não houvesse regra alguma acerca do contrato de transportes. Como já as Ordenações (Livro 3º, Título 64, princ.) e a lei de 18 de agosto de 1769 mandassem aplicar os princípios do direito romano em todos os caso omissos, até 1857 tínhamos como normas vigentes e reguladoras da atividade o §5º, Título 9º, Livro 4º, do Digesto (*nautae, caupones, stabulari ut recepta restituant*), o §3º, Título 5º, Livro 4º, das *Istitutas* de Justiniano – que regulavam a matéria do transporte no direito romano, consignando a norma de que o condutor só se isentaria provando que o desastre se dera por força divina, o chamado *damnum fatale* (entendido, conforme Gluck, como aquele fato humanamente impossível de evitar)¹⁸⁵⁷. Incidiam, ainda, as regras da Resolução n. 101, de 31 de outubro de 1835, e a Lei n. 641, de 26 de junho de 1852¹⁸⁵⁸, e, desde 1850, o Código Comercial, cujos art. 99 e 102, acabariam por sustentar que a responsabilidade do transportador era subjetiva.

Conforme o aludido art. 99, cabia ao transportador “**empregar toda a diligência e meios praticados pelas pessoas exatas no cumprimento dos seus deveres**”¹⁸⁵⁹. Já o art. 102

¹⁸⁵⁶ Algo semelhante ocorre na Itália onde, diante das regras do Código Civil de 1942 aplicáveis ao contrato de transporte, se exige apenas que a vítima demonstre a ocorrência de um “sinistro de viagem” durante a execução do contrato de transporte, cabendo ao transportador que pretende se exonerar da responsabilidade demonstrar a superveniência de impossibilidade a ele não imputável, conforme as opiniões de Asquini (ASQUINI, Alberto. La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v. II, p. 359-369, 1919), Luigi Mengoni (MENGONI, Luigi. Obligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’: studio critico. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazione*, v. I, p. 380-382, 1954), Francesco Benatti (BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di ‘doveri de protezione’. p. 482) e Mario Claudio Capponi (CAPPONI, Mario Claudio. Responsabilità oggettiva del prestadore di servizi. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazione*, v. IX-X e XI-XII, p. 577-580, 1989).

¹⁸⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I. p. 187.

¹⁸⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. p. 75.

¹⁸⁵⁹ Grifo nosso.

determinava que durante todo o transporte corresse por conta do dono o risco que as fazendas sofressem, proveniente de vício próprio, força maior ou caso fortuito, cabendo ao condutor ou comissário de transportes a prova dos referidos sinistros. O regramento aí estabelecido dizia respeito apenas aos passageiros de embarcações. Quanto a regras de responsabilidade, o art. 631 estabelecia que, se a viagem fosse suspensa ou interrompida por causa de força maior, no porto da partida, rescindir-se-ia o contrato, sem que nem o capitão nem o passageiro tivesse direito a indenização alguma; já no art. 632 estava previsto que o capitão só responderia pelo dano sobrevindo aos efeitos que o passageiro tivesse a bordo debaixo da sua imediata guarda, quando o dano proviesse de fato seu ou da tripulação.

Ainda em 26 de abril de 1857 surge o Dec. 1930, que em seu artigo 117 dispunha sobre o tráfego das estradas de ferro, remetendo, quanto às avarias sofridas pelos bens transportados, às disposições do Código Comercial. No art. 142 estabelecia ainda que: “A administração individual ou coletiva de uma estrada de ferro é civilmente responsável pelos danos que causarem os seus empregados no exercício de suas funções¹⁸⁶⁰”.

Pedro Lessa, em posição inicialmente isolada, entendeu que o art. 142 do decreto 1857 estabelecia uma regra de responsabilidade relativa ao contrato de transporte de pessoas, pois tendo o referido decreto estatuído regra relativa ao contrato de transporte de mercadorias (art. 117), parecia-lhe inquestionável que “no art. 142 o legislador se refere aos danos causados às pessoas”, já que do contrário “teríamos o absurdo sesquipedal de repetir o legislador, na mesma lei, com um intervalo de poucos artigos, a mesma disposição, o mesmíssimo preceito”¹⁸⁶¹.

A existência desse conjunto de regras produziu, na doutrina, a assunção do princípio do *receptum* como premissa da responsabilidade do transportador de mercadorias, e, portanto, como fonte da obrigação de custódia presente no contrato de transporte de mercadorias.

Essa obrigação estava associada, desde o direito romano clássico, a um critério objetivo de responsabilidade que incidia sobre a pessoa que, na base do contrato ou de relação jurídica extracontratual, assumia no seu interesse a guarda de coisa móvel. Nesse sentido, eram

¹⁸⁶⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 187.

¹⁸⁶¹ LESSA, Pedro. Da responsabilidade dos empresários de transporte. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 235.

devedores da custódia, ou seja, os comodatários, transportadores, os proprietários de armazém (*horrearius*), o sócio que se encarregava da fazenda do associado, o vendedor, etc¹⁸⁶².

Segundo J. X. Carvalho de Mendonça, o princípio do *receptum*, surgido no direito pretoriano para dar conta das obrigações atinentes aos donos de embarcações tendo em vista as coisas embarcadas de propriedade de terceiros, se expandiu – no período intermédio – aos transportadores de mercadorias por terra, restando o transporte de pessoas regulado pelas regras da *locatio conductio operis*¹⁸⁶³.

Estabelecido o entendimento doutrinário – e seguido pela jurisprudência – de que essa obrigação de custódia também atuava no contrato de transporte de mercadorias, pois nele podiam ser visualizados elementos presentes no contrato de depósito¹⁸⁶⁴, mormente o princípio do *receptum*¹⁸⁶⁵, houve quem quisesse, em relação ao contrato de transporte de pessoas, ainda que admitida a ausência do elemento emprestado do contrato de depósito, propugnar a aplicação do princípio em questão. Eduardo Espínola foi um desses juristas para quem:

[...] o fundamento legal da responsabilidade das estradas de ferro, por culpa contratual, sempre obedeceu, entre nós, ao princípio do *receptum*, consagrado no edito pretoriano, princípio este, pelo qual se orientaram todas as legislações modernas, como base das obrigações resultantes do contrato de transporte, em geral, compreendendo, na sua extensão atual, a incolumidade da pessoa como obrigação imposta ao condutor.¹⁸⁶⁶

Essa orientação doutrinária que entendia presente no contrato de transporte de mercadorias a obrigação de custódia e no contrato de transporte de pessoas a obrigação de segurança, ambas a cargo dos transportadores, decorrentes ou não da incidência do princípio do *receptum*,

¹⁸⁶² PARIS, Jean. *La responsabilité de la custodia en droit romain*. Paris, 1926. Tese, *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p.196-197.

¹⁸⁶³ É só recentemente, mais especificamente no período moderno, que surgirão alguns códigos e alguns teóricos a estabelecer o referido princípio como fundamento da responsabilidade do transportador de pessoas (MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p. 496-497).

¹⁸⁶⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 192.

¹⁸⁶⁵ Pontes de Miranda, embora admita a presença desse princípio no contrato de transporte de mercadorias, entende que o dever de custódia constante do contrato de transporte de mercadorias não permite equipará-lo ao contrato de depósito, porque ainda que exista aqui responsabilidade *ex recepto*, enquanto não se entrega ao destinatário o que se recebeu, a custódia não é a *causa* do contrato, tendo o transportador dever de custódia porque recebeu a coisa para transportá-la (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. p. 55).

¹⁸⁶⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. Da responsabilidade das estradas de ferro e outras empresas de transportes, pelos danos causados aos passageiros e aos transeuntes. *Revista Direito*, Rio de Janeiro, ano I, v. III, maio-jun. 1940, p. 10.

acabou por se consolidar na legislação específica.

No fim do século XIX, mais precisamente em 18 de junho de 1896, foi apresentado pelo deputado Pandiá Calógeras ao Congresso um projeto de lei sob o número 39 que pretendia regular a responsabilidade das estradas de ferro no transporte de mercadorias¹⁸⁶⁷. Do relator do referido projeto na Câmara dos Deputados é Paulino de Souza que, em 30 de novembro do mesmo ano, apresenta um substitutivo ao projeto, com o objetivo de também tratar da matéria referente ao transporte de pessoas, passando assim a ser denominado projeto 39-A. Após algum tempo esse projeto recebeu, em 07 de outubro de 1898, um substitutivo (substitutivo nº 176), redigido também pelo deputado Paulino de Souza. No ano de 1899 o referido substitutivo foi convertido em projeto de lei (projeto nº 176) e foi, em 15 de setembro de 1905, alvo de outro substitutivo agora de autoria do deputado Pandiá Calógeras.

Na exposição anexa ao projeto 39-A lia-se que, sendo “a aplicação do vapor á indústria [...] o maior facto econômico do século passado, sinão (sic) dos tempos modernos”¹⁸⁶⁸, esse fato, além de “destinado a chamar a atenção do economista e do homem público, não podia deixar também de propor ao jurisconsulto a solução de um serio problema”¹⁸⁶⁹. O “sério problema” não era outro senão o de “pôr as regras de direito de accordo com os novos factos e relações por eles creadas, inspirando-se, como sempre, no princípio da justiça e nas conveniências práticas do comércio”¹⁸⁷⁰.

Ainda que, como visto acima, a regulação do contrato de transporte não fosse nenhuma

¹⁸⁶⁷ O projeto apresentado em 18 de junho de 1896 tinha a seguinte rubrica: “Regula a responsabilidade das estradas de ferro para com o remittente de generos ou quaesquer objectos que receberem a entregar, ainda nos casos de força maior, e para com quem de direito pelos prejuizos resultantes de descarrilamentos, morte de animaes pisados pelas machinas e incêndios produzidos pelo fogo das suas locomotivas” (SOUZA, Paulino de. Exposição anexa ao projeto n. 39-A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez,1909. p.142).

¹⁸⁶⁸ Embora, como já vimos, a palavra indústria no século XIX indicasse basicamente “fazer obras mecânicas” – que, conforme *Dicionário da língua portuguesa* de Antônio de Morais Silva, de 1813, define indústria como “arte, destreza, para granjear a vida, engenho, traça, em lavrar, e fazer obras mecânicas”, isto é, “indústria era inventar maquinismos e fazer a máquina funcionar” (COSTA, Angela Marques da; SCHWARZ, Lilá Moritz. *1890-1914: no tempo das certezas*. p. 129) –, aqui era utilizada para indicar o uso do vapor nos transportes.

¹⁸⁶⁹ SOUZA, Paulino de. Exposição anexa ao projeto n. 39-A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez,1909. p.143.

¹⁸⁷⁰ Embora, como já vimos, a palavra indústria no século XIX indicasse basicamente “fazer obras mecânicas” – que, conforme *Dicionário da língua portuguesa* de Antônio de Morais Silva, de 1813, define indústria como “arte, destreza, para granjear a vida, engenho, traça, em lavrar, e fazer obras mecânicas”, isto é, “indústria era inventar maquinismos e fazer a máquina funcionar” (COSTA, Angela Marques da; SCHWARZ, Lilá Moritz. *1890-1914: no tempo das certezas*. p. 129) –, aqui era utilizada para indicar o uso do vapor nos transportes.

novidade em nosso país, o surgimento da locomotiva e do sistema de trilhos metálicos tornou necessária a edição de regras específicas para esse tipo de transporte. Em artigo publicado em 07 de outubro de 1898 Paulino de Souza propugnava de que a alteração da forma como até aquele momento se regulava o contrato de transporte por estrada de ferro tinha por justificativa o fato de que essa atividade empresarial se apresentava sob um novo aspecto econômico e jurídico: o monopólio¹⁸⁷¹.

Já no projeto 39 A apresentado em novembro de 1896, se afirmava que dessa forma de exploração da atividade de transporte decorria o fato de que “as faltas que cometem e de que redundam prejuízos para os particulares não podem ser facilmente pesquisadas nem provada a culpa que as determinou”¹⁸⁷². Essa mesma condição monopolística justificava que no artigo 1º do substitutivo de 1899 ao projeto nº. 176 restasse estabelecido que pelo contrato de transporte a via férrea se obrigava a transportar com segurança, presteza e fidelidade pessoas e cousas¹⁸⁷³ e, no artigo 6º, fizesse menção ao fato de que nesse contrato a culpa seria sempre presumida, servindo como afastamento da presunção somente a prova da ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa da vítima, definidos¹⁸⁷⁴ os dois primeiros, conforme o parágrafo 2º desse artigo, como “a occurencia (sic) que não possa ser prevista ou á qua (sic), prevista, não se possa absolutamente resistir”¹⁸⁷⁵.

Entretanto, mais do que efeito de uma obrigação contratual de segurança, a responsabilidade do transportador se apresentava como espécie da regra gera responsabilidade por fato de outrem, tanto assim que o art. 4º do projeto de Calógeras previa que: “Os exploradores da industria de transportes são responsáveis pelos actos praticados no exercício de suas funcções

¹⁸⁷¹ No texto Paulino de Souza refere Cogliolo, acerca dos monopólios: “Assim como esses monopólios industriaes, entre os quaes e em primeiro lugar se acham os das companhias de estradas de ferro, escapam á concorrência e são regidos por leis economicas peculiares, assim também a construcção jurídica que lhes corresponde não póde ser feita sobre as bases do typo modesto e commum da locação do serviço, mas sobre princípios differentes e especiaes” (COGLIOLO. *La responsabilitá giuridica de la societá ferroviare*, p. 47, apud SOUZA, Paulino de. Exposição anexa ao projeto n. 39-A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez, 1909).

¹⁸⁷² CALÓGERAS, Pandiá. Projeto nº 39 A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.

¹⁸⁷³ CALÓGERAS, Pandiá. Substitutivo ao projeto nº 176. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.

¹⁸⁷⁴ Paulino de Souza condenava em seu artigo a introdução de definições no texto legal, pois, levada às últimas conseqüências essa prática, “as leis se converteriam em compêndios” (SOUZA, Paulino. Da responsabilidade civil das estradas de ferro. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.)

¹⁸⁷⁵ CALÓGERAS, Pandiá. Substitutivo ao projeto nº 176. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.

pelos seus administradores, prepostos, empregados e agentes de qualquer natureza”¹⁸⁷⁶. Além disso, dos parágrafos 1º ao 5º desse artigo regulava-se as hipóteses específicas dessa responsabilidade, sendo que no parágrafo 6º se definia empregado como “qualquer pessoa que, por encargo desta, tome parte na execução do contracto de transporte em qualquer de suas phases (sic)”¹⁸⁷⁷.

Outro efeito da exploração monopolística do transporte ferroviário seria, conforme descrito por Paulino de Souza na sua justificação ao seu substitutivo ao projeto nº 176, o desaparecimento da liberdade de contratar, pois os passageiros teriam, forçosamente, de se sujeitar às condições impostas pelas empresas de transporte¹⁸⁷⁸; isso, somado ao fato de constituírem um serviço público, exigiria a intervenção do Estado¹⁸⁷⁹. A partir da consideração a essas duas características (serviço público prestado pelo Estado ou por particulares em condição de monopólio), se fazia imprescindível a edição de um conjunto de regras que regulassem adequadamente o referido fenômeno. Foi nesse cenário que se pretendeu estabelecer as regras que regulariam a responsabilidade das estradas de ferro¹⁸⁸⁰.

Diferentemente do que defendia Calógeras, Paulino de Souza parece fazer uma clara opção por um modelo contratual¹⁸⁸¹. Assim, afirma que é da inexecução do contrato de transporte

¹⁸⁷⁶ CALÓGERAS, Pandiá. Substitutivo ao projeto nº 176. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.

¹⁸⁷⁷ CALÓGERAS, Pandiá. Substitutivo ao projeto nº 176. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.

¹⁸⁷⁸ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909. p. 144.

¹⁸⁷⁹ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 144.

¹⁸⁸⁰ A matéria no substitutivo nº 176 ao projeto 39-A, se dividia em duas seções: os arts. 1º a 25 regulariam a responsabilidade por prejuízos causados a passageiros (arts. 1º a 16) e mercadorias (arts. 17 a 25) decorrentes da inexecução ou má execução do contrato; do art. 26 em diante regular-se-ia a responsabilidade por prejuízos sofridos por terceiros, independentemente do vínculo contratual, causados por atos dos agentes ou empregados dessa (SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 145).

¹⁸⁸¹ Modelo esse que somente não vigorará para os danos produzidos sobre transeuntes e/ou propriedades lindeiras à estrada de ferro. A partir da adoção do modelo contratual pelo decreto legislativo 1681 de 1912, ele será assumido pela dogmática civil e será por ela desenvolvida a idéia de que a responsabilidade contratual do transportador para com seus passageiros é decorrente de sua obrigação contratual de segurança, como resta claro das opiniões defendidas por Eduardo Espínola (ESPÍNOLA, Eduardo. Da responsabilidade das estradas de ferro e outras empresas de transportes, pelos danos causados aos passageiros e aos transeuntes. p. 10), José de Aguiar Dias (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 185, 188), Miguel Maria de Serpa Lopes (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Fontes acontratuais das obrigações. In: _____. *Curso de Direito Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 343), Luiz Roldão de Freitas (FREITAS, Luiz Roldão de. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 196), Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 280), Sérgio Cavalieri da Silva (SILVA, Sérgio Cavalieri da. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 212), dentre vários outros.

que surge a responsabilidade da empresa de transporte ferroviário¹⁸⁸².

É por entender essa responsabilidade como espécie da responsabilidade contratual que admitia, no artigo 12 do substitutivo nº 176 ao projeto 39-A, o estabelecimento de “cláusulas de não garantia”, isto é, cláusulas de isenção de responsabilidade especificamente reservadas ao transporte de mercadorias, desde que facultativas e correspondendo a uma diminuição da tarifa. Na apresentação dos motivos relativos ao referido artigo 12, se apresentava de forma clara a relação entre a responsabilidade do transportador e as idéias de risco e seguro através da afirmação de que “a cláusula de não responsabilidade, estipulada por meio de uma tarifa reduzida, equivale a um seguro feito pela companhia contra os accidentes”¹⁸⁸³, pois partia-se da premissa de que o desconto da tarifa serviria para compor um auto-seguro¹⁸⁸⁴; assim, “em vez de ser o segurador um terceiro é o próprio carregador: a diminuição do *quantum* da tarifa corresponde ao prêmio”¹⁸⁸⁵. Na exposição de motivos se sustentava que as partes no contrato podiam resolver de maneira oposta, isto é, deslocar para o transportador certos riscos que recaíam sobre o proprietário das mercadorias através do aumento da tarifa¹⁸⁸⁶.

Uma vez que se estabelecia serem nulas quaisquer outras cláusulas de diminuição e/ou exclusão de responsabilidade¹⁸⁸⁷, alcançava-se a impossibilidade de pactuar cláusulas de exclusão da responsabilidade por danos causados à passageiros, pois entendia-se que tais danos correspondiam à “violação de um direito, que affecta a ordem publica e, pois, não, pode ser objecto de convenções particulares”¹⁸⁸⁸. Temos, pois, nesse ponto, indícios da influência da doutrina francesa¹⁸⁸⁹, mais especificamente por meio da citação à opinião de Saintelette de que toda cláusula através da qual alguém busca afastar a obrigação de prever acidentes e

¹⁸⁸² SOUZA, Paulino de. Da responsabilidade civil das estradas de ferro.

¹⁸⁸³ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 156.

¹⁸⁸⁴ Em outra passagem, logo abaixo na mesma página, se lê que “toda garantia contra um risco é um verdadeiro seguro”, em realidade, assertiva inspirada na opinião de Alfred de Courcy exposta no original em francês: “Toutes les assurances se ressemblent, toutes sont la garantie d’un risque. Toute garantie d’accident est une assurance sans qu’il soit besoin que le garant soit un assureur de profession” (COURCY, Alfred de. *Question de Droit Maritime*. Paris : Imprimerie Administrative de Paul Dupont, 1860. v. IV, p. 89-90). Tradução: “Todos os seguros se assemelham, todos são a garantia de um risco. Toda garantia de acidente é um seguro sem a necessidade que quem o garante seja um segurador por profissão”.

¹⁸⁸⁵ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 156.

¹⁸⁸⁶ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 156.

¹⁸⁸⁷ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 154.

¹⁸⁸⁸ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 156.

¹⁸⁸⁹ Há várias passagens nas quais se percebe a influência da doutrina estrangeira, especialmente a de língua francesa. Por exemplo, no artigo de Paulino de Souza, *Da responsabilidade civil das estradas de ferro*, se encontram referências à Soudart, Saintelette, Lyon Cahen e Renault.

atuar de maneira prudente será contrária à ordem pública e, por essa razão, nula¹⁸⁹⁰.

Ainda que estabelecesse limites às cláusulas de diminuição e/ou exclusão de responsabilidade, o referido substitutivo admitia hipóteses de exclusão de responsabilidade do transportador conforme se percebia na redação dada ao seu artigo 1º, idêntica a do mesmo artigo constante do projeto nº 39 A e completamente diferentemente do que constava no dispositivo de mesmo número do projeto nº 39. O artigo que abria o projeto nº 39 estabelecia que todos os proprietários de estradas de ferro da União, nos Estados e nos municípios eram responsáveis frente ao remetente dos objetos transportados mesmo nos casos de força maior¹⁸⁹¹. Conforme o artigo 2, eram responsáveis “a quem de direito pelos prejuízos resultantes de descarrilamentos, morte de animais pisados pelas máquinas (sic), e incêndios produzidos pelo fogo das suas locomotivas”¹⁸⁹²; já o artigo inicial, tanto do projeto nº 39 A¹⁸⁹³ quanto do substitutivo nº 176 ao projeto 39-A¹⁸⁹⁴, estabelecia que a responsabilidade das estradas de ferro por perda total, parcial, furto ou avaria das mercadorias que essas recebessem para transportar decorreria de culpa presumida que somente se admitiria afastada quando, dentre outras hipóteses, fosse provada a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Assim, tanto o projeto nº 39 A quanto o substitutivo nº 176 ao projeto 39-A deixavam clara a opção por admitir a força maior como excludente.

A explicação para essa possibilidade de exclusão de responsabilidade talvez se encontre no fato de que o projeto, assumindo como elementos constitutivos do contrato de transporte três outras figuras contratuais¹⁸⁹⁵ (quais sejam locação de coisas, locação de serviços e depósito¹⁸⁹⁶), apresentava a responsabilidade por perda, furto ou avaria das mercadorias como consequência da última delas¹⁸⁹⁷, isto é, do depósito.

¹⁸⁹⁰ SAINCTELETTE, Georges Louis. *De la responsabilité et de la garantie aux accidents des transports et de travail*. p. 25 apud SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 156).

¹⁸⁹¹ CALÓGERAS, Pandiá. Projeto nº 39 A. p. 142.

¹⁸⁹² CALÓGERAS, Pandiá. Projeto nº 39 A. p. 142.

¹⁸⁹³ SOUZA, Paulino. Projeto nº 39-A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909. p. 139-140.

¹⁸⁹⁴ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 143.

¹⁸⁹⁵ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 146.

¹⁸⁹⁶ A idéia de que o contrato de transporte de coisas possui elementos dos contratos de locação de coisas, locação de serviços e depósito também está presente em vários autores brasileiros como, por exemplo, José de Aguiar Dias, para quem “no transporte de coisas, o transportador se obriga pelos deveres decorrentes do depósito, enquanto no transporte de pessoas sua responsabilidade nasce da obrigação de assegurar a incolumidade do viajante” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 195).

¹⁸⁹⁷ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 146.

É exatamente por ser um contrato de depósito, isto é, um contrato real que é necessário para o contrato de transporte de mercadorias que se determine o momento de entrega do bem ao transportador¹⁸⁹⁸, já que é somente a partir da tradição do objeto que se torna perfeito o referido contrato e surge o “dever de guarda, há a custódia, a detenção jurídica do objeto”¹⁸⁹⁹.

Segundo J. X. Carvalho de Mendonça¹⁹⁰⁰, a discussão acerca da presença ou não de elementos atinentes ao contrato de depósito no contrato de transporte de pessoas levava a errar o foco, pois, embora o contrato de transporte fosse, por natureza, essencialmente comercial (é em vista dessa concepção que explicará, porque, posteriormente, o Código Civil de 1916 não regularia tal contrato¹⁹⁰¹), isso não impedia que a responsabilidade do transportador tivesse sua base nas regras atinentes ao “inadimplemento contratual”¹⁹⁰². Assim, não cumprindo a obrigação, responderia o devedor por perdas e danos¹⁹⁰³. Essa é a razão porque entende que, mesmo sendo inaplicável o Decreto 2681 ao transporte realizado por bondes¹⁹⁰⁴, a responsabilidade dessas companhias é idêntica à das estradas de ferro:

A responsabilidade do condutor é contratual. O seu fundamento acha-se no art. 1056, do Cód. Civil. A aplicação analógica do art. 103 do Cód. Comercial às pessoas que se transportam nos bondes de emprêsas com escopo de serviço de utilidade pública seria perfeitamente justificável. Repetimos, a obrigação que a emprêsa de bondes assume para com o passageiro é contratual.¹⁹⁰⁵

Fundado nessa perspectiva, o Decreto 2681/12, consagrando as anteriores orientações da jurisprudência¹⁹⁰⁶, estabeleceu um regime de responsabilidade que dispensaria a vítima de

¹⁸⁹⁸ Paulino de Souza afirmava que, sendo o contrato de transporte de coisas um contrato real, “as obrigações da estrada de ferro não começam quando tem lugar ou quando se presume que deve ter lugar o transporte; começam quando se dá a tradição do objecto” (SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 273).

¹⁸⁹⁹ SOUZA, Paulino de. Da responsabilidade civil das estradas de ferro.

¹⁹⁰⁰ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p. 464.

¹⁹⁰¹ Quanto à regulação do contrato de transporte pelo Código Comercial de 1850, ou seja, quanto à questão acerca da “comercialidade” do contrato de transporte, cabe observar que, nas primeiras décadas do século XIX e ainda por algum tempo no início do século XX, “por trás da palavra ‘comércio’ escondiam-se coisas bem mais amplas que as atuais”, o que implicava que “o comércio somava as atuais atividades de ‘indústria’, ‘finanças’, serviços e tudo que ainda se entende por comércio” (CALDEIRA, Jorge. *Mauá, Empresário do Império*. p. 64).

¹⁹⁰² MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p. 496.

¹⁹⁰³ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p. 503.

¹⁹⁰⁴ A jurisprudência, pelo contrário, acabou por consolidar a “extensão” do regime do decreto 2681/12 ao transporte realizado por bondes. Ver decisões referidas em MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p. 506 e em DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 199.

¹⁹⁰⁵ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p. 507.

¹⁹⁰⁶ J. X. Carvalho de Mendonça menciona acórdão proferido pelas Câmaras Reunidas do Tribunal do Rio de Janeiro em embargos julgados em 27 de setembro de 1911, no qual se responsabilizou (por sete votos

qualquer indagação sobre a diligência da empresa, pois “o resultado útil, final, é que se aprecia”¹⁹⁰⁷. Assim constatado o infortúnio, a empresa estaria *ipso facto* obrigada a indenizar o dano, restando a mesma como único meio de liberação provar que o dano decorreu de umas das causas excludentes taxativamente declaradas na lei, “admissíveis como eliminatórias da culpa resultante do inadimplemento do contrato de transporte”¹⁹⁰⁸.

Em resumo: haveria uma responsabilidade fundada no inadimplemento culposo do contrato, ou nas palavras de J. X. Carvalho de Mendonça, uma “culpa decorrente do fato do inadimplemento do contrato”¹⁹⁰⁹, que somente poderia ser afastada comprovando – o devedor – a inexistência de culpa sua.

Aguiar Dias também opta pela tese da responsabilidade contratual do transportador. Tanto assim que afirma: “o objeto da obrigação de custódia, cláusula implícita de segurança, é assegurar o credor contra os riscos contratuais”. Dessa convicção retirava estar “a cargo do devedor a área do contrato, salvo, na maioria dos casos, a força maior”¹⁹¹⁰. Nesse sentido, a obrigação de custódia é, para Aguiar Dias, o fundamento da responsabilidade do transportador de mercadorias uma responsabilidade objetiva, uma vez se atente para o fato de que somente cessaria sua atuação diante da ocorrência de um evento que afastasse o nexo causal entre dano do credor e atuação do devedor, ou seja, a força maior.

O mesmo autor sustentava, em relação ao contrato de transporte de pessoas, a existência de uma obrigação de assegurar a incolumidade do viajante¹⁹¹¹, compreendida como uma espécie de “garantia contratual”¹⁹¹²:

Aplicando os princípios do contrato, é por força da obrigação de garantia a que está obrigado o transportador, tem este de indenizar o passageiro, não

contra cinco) a Companhia Ferro Carril do Jardim Botânico em razão do acidente ocorrido com seu bonde que descarrilhou em razão da excessiva velocidade. Nessa decisão, que estendeu às pessoas a proteção constante do art. 103 do Código Comercial, a responsabilidade foi admitida sob o argumento de que, uma vez que a companhia não provara a presença de força maior, deveria responder pela culpa do cocheiro (MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p.502).

¹⁹⁰⁷ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p. 503.

¹⁹⁰⁸ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p. 503.

¹⁹⁰⁹ MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. p. 517.

¹⁹¹⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 188-189.

¹⁹¹¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 195.

¹⁹¹² “A doutrina repele uma definição estreita dessa **garantia**, conforme a qual a obrigação do transportador se limitaria a assegurar que agiu de acordo com o padrão do homem prudente e diligente, para estabelecer que o dever de incolumidade é a obrigação determinada de não causar acidentes e não simples obrigação geral de prudência e diligência.” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 189).

obstante a ausência de culpa. Assim, em lugar de acionar o terceiro causador do dano, a vítima age contra aquele com quem contratou.¹⁹¹³

Aliás, segundo Aguiar Dias, já com base no sistema adotado pelo Decreto Legislativo nº 2681 seria possível sustentar que o “fato de terceiro ligado ao transporte não constitui força maior”, mas, pelo contrário “é um risco do próprio transporte e, portanto, risco de quem o explora”¹⁹¹⁴.

Assim, embora não assumisse expressamente que essa responsabilidade era uma responsabilidade objetiva, limitando-se a sustentar seu caráter contratual, decorrente tanto das regras do decreto 2681/12 quanto da incidência do artigo 1056 do CC de 1916, afirmava Aguiar Dias que certos fatos eram riscos que deviam ser assumidos pelo transportador, empregando nessas oportunidades a palavra “risco” na acepção restrita de área contratual que se divide entre os contratantes; nessa esteira, afirmava que o fato de terceiro que se configura como fato do transporte, isto é, “fato que entra, se não normalmente, pelo menos com frequência no desenvolvimento da sua execução” é risco da empresa e “carregá-lo ao passageiro é estabelecer em seu detrimento margem de área que não lhe corresponde”¹⁹¹⁵.

Ocorre que, segundo a doutrina majoritária no período, tal “garantia contratual” não se constituía, como acreditava Aguiar Dias, numa “obrigação de garantia”¹⁹¹⁶, mas, sim, por meio de uma “obrigação de resultado”¹⁹¹⁷. Assim são as manifestações de Pontes de Miranda e Miguel Maria Serpa Lopes. O primeiro afirmava que a “a pessoa transportada, ou o

¹⁹¹³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 208.

¹⁹¹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 210.

¹⁹¹⁵ DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade civil das empresas de transportes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. CIII, ano XLII, n. 507, p. 442-446, set. 1945. p. 446.

¹⁹¹⁶ Segundo Fábio Konder Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.537), o conteúdo da obrigação de garantia é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor, sendo que “eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as conseqüências de sua realização.”, em resumo “é ‘o dever de prestar segurança’ (*Sicherheitsleistung*) da doutrina jurídica alemã”. Nesse tipo de obrigação “nem mesmo a ocorrência de caso fortuito ou de força maior exime o devedor de sua prestação, pois o conteúdo deste tipo de obrigação é a eliminação de um risco que, por definição, é um evento de realização fortuita, independente portanto da vontade do devedor.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. p. 539). Philippe Le Torneau defende que obrigação de garantia é como um seguro em que seu credor é o beneficiário, o que faria com que escapasse ao mecanismo e à lógica do direito da responsabilidade (LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p.655).

¹⁹¹⁷ Segundo Fábio Konder Comparato, as obrigações de resultado se caracterizam pelo fato de que “só se considera adimplida a obrigação com a efetiva produção do resultado”, sendo que a ausência deste constitui por si só o devedor em mora, cabendo a ele a prova de fato que afaste sua responsabilidade (COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. p. 539).

possuidor do bem ou bens transportados, quer o ciclo elaborativo do resultado”¹⁹¹⁸, o que o fazia concluir que, por exemplo, no contrato de transporte de mercadorias, só a deterioração por falta de diligência do transportador teria de ser indenizada¹⁹¹⁹. O segundo sustentava que a existência do referido decreto não alterava a forma da responsabilidade do transportador que continuaria genuinamente contratual¹⁹²⁰ (uma vez que as partes, ao estabelecerem a convenção, não poderiam deixar de incorporar nela as regras legais regulamentadoras dessa atividade) e subjetiva (pois a “obrigação de segurança”¹⁹²¹, “cláusula natural e implícita” nessa espécie de contrato¹⁹²² “foi criada para, em todos os casos assim previstos em lei, o devedor responder por um determinado resultado, desenvolvendo, nesse sentido, todos os seus esforços para obtê-lo”¹⁹²³).

Essa matriz dogmática conduziu, portanto, à instauração da responsabilidade do transportador sobre um modelo contratual e subjetivo, afeto a parâmetros de diligência.

Em trecho da exposição de motivos do substitutivo que seria posteriormente convertido no Decreto legislativo nº 2681 de 1912, Paulino de Souza deixa claro o caráter subjetivo que se pretendia atribuir a essa responsabilidade calcando-a numa presunção de violação de dever contratual, ou, em outras palavras, em uma presunção de inadimplemento culposos:

E, para não haver duvida sobre o ônus da prova, isto é, quanto à pessoa que deve estabelecer-la, firma-se no projecto, contra as estradas de ferro, a presunção de culpa. [...] Demais, se é um verdadeiro contracto o transporte de pessoas, e estas devem ser transportadas incólumes, não póde deixar de caber a quem assume essa obrigação o encargo de provar a impossibilidade, em que se viu, de não realizar o que tratou.¹⁹²⁴

Adota-se, assim, a regra comum em matéria contratual, a de que ao devedor cabe provar o justo motivo que tornou impossível o cumprimento do contrato. No caso das empresas de

¹⁹¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. p. 08.

¹⁹¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. p. 66.

¹⁹²⁰ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fontes acontratuais das obrigações*. p. 330.

¹⁹²¹ Serpa Lopes diferencia a “obrigação de segurança” da “obrigação de garantia”, afirmando que, no estabelecimento da primeira pelo sistema jurídico, prepondera a intenção de proteger o sujeito que em determinadas circunstâncias contratuais se vê exposto ao perigo. Tal proteção se obteria com a adoção de determinadas medidas de proteção a cargo do devedor; já em relação à segunda, afirma que não há o estabelecimento de tais medidas, não estando o devedor vinculado a realizar qualquer ação diligente, restando apenas obrigado a arcar com os riscos do inadimplemento (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fontes acontratuais das obrigações*. p. 218-219)

¹⁹²² Para Miguel Maria de Serpa Lopes a “obrigação de segurança” possui eminente conteúdo contratual. (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fontes acontratuais das obrigações*. p. 219).

¹⁹²³ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Fontes acontratuais das obrigações*. p. 218.

¹⁹²⁴ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 163.

transporte isso mais se justificava, já que “ao particular é quase impossível encontrar os meios de provar a culpa da estrada, ao passo que a esta é muito fácil, com os poderosos elementos de que dispõe, provar a existência, caso se verifique, de algumas causas que a exoneram da responsabilidade”¹⁹²⁵.

No comentário ao artigo 3º, que dispunha que a responsabilidade do transportador de coisas se iniciava com o recebimento da mercadoria, se asseverava ser “a responsabilidade pela perda, furto ou avaria das mercadorias consequência do depósito”¹⁹²⁶. Tem-se, assim, que o projeto, ao destacar o contrato de depósito, estava, em realidade, sublinhando a existência no contrato de transporte de uma obrigação de custódia. Esta obrigação, ao recair sobre o transportador, impunha o dever de, uma vez recebidas as mercadorias, guardá-las, isto é, “impedir que desapareçam ou sejam subtraídas”¹⁹²⁷ e conservá-las, isto é, “impedir quanto possível, que se deteriore”¹⁹²⁸, de maneira semelhante a um depositário¹⁹²⁹.

Conforme se vê, o Decreto legislativo imputava ao transportador o dever de impedir que as mercadorias fossem subtraídas. Tal não significava, porém, que em toda e qualquer hipótese de subtração a responsabilidade seria atribuída àquele. Segundo esclarecia a exposição de motivos, o furto de mercadorias pelo qual as empresas de transporte responderiam seria aquele que se qualificava como furto simples, ou seja, aquele “que pode ser evitado por meio de uma vigilância activa”¹⁹³⁰. Assim sendo, o desapossamento do objeto em poder da transportadora ocorrido “em certas circunstâncias de violência irresistível e impossível de prever”¹⁹³¹ deveria ser compreendido “entre os casos de força maior” e, assim, diante da sistemática do artigo 1º, ser admitido como excludente da responsabilidade. O ato de terceiro era tratado, pois, como espécie de força maior.

O artigo 17 regulava a responsabilidade pelos danos sofridos por passageiros em moldes

¹⁹²⁵ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 163.

¹⁹²⁶ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 148.

¹⁹²⁷ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 146.

¹⁹²⁸ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 146. O que se confirma pela citação de Vidari feita na passagem em que se apresentavam os motivos referentes à redação do art. 3º do referido projeto: “Tal o dever do depositário, tal o do transportador” (VIDARI, Ércole. *Diritto Commerciale*, v. 4, n. 3231, apud SOUZA, Paulino de. Substitutivo ao projeto n. 176. p. 148.).

¹⁹²⁹ O que se confirma pela citação de Vidari feita na passagem em que se apresentavam os motivos referentes à redação do art. 3º do referido projeto: “Tal o dever do depositário, tal o do transportador” (VIDARI, Ércole *Diritto Commerciale*, v. 4, n. 3231, apud SOUZA, Paulino de. Substitutivo ao projeto n. 176. p. 148).

¹⁹³⁰ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 147.

¹⁹³¹ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 147.

muito semelhantes ao presente no artigo 1º, relativo ao transporte de coisas. Quanto às pessoas transportadas, Paulino de Souza afirmava caber ao transportador o dever de transportá-las de acordo com as condições insertas legalmente no contrato e que implicavam pontualidade e segurança¹⁹³². Também aqui a culpa era presumida e as hipóteses em que se admitia o afastamento dessa presunção também estavam indicadas, taxativamente, no diploma legal. No caso do transporte de pessoas, somente se admitiria o afastamento da presunção de culpa que pesava sobre o transportador quando da ocorrência de acidentes se provado que a causa do evento fosse imputável ao caso fortuito ou força maior ou à culpa do viajante, não concorrendo “culpa da estrada”¹⁹³³. A justificativa à redação do art. 17 esclarecia ainda que os passageiros tinham direito a ser indenizados somente por danos decorrentes de “desastres que nas suas linhas sucederem” diferentemente, portanto, do que ocorre com os danos sobre mercadorias em que sendo provenientes de qualquer hipótese que não esteja expressamente prevista como excludente, ou seja, tenha ou não havido desastre, há obrigação de indenizar¹⁹³⁴. A razão de ser da regra, segundo o que se lê no referido projeto, estaria no fato de que o elemento depósito está ausente do contrato de transporte de pessoas¹⁹³⁵. Assim, não sendo possível assumir a custódia dos passageiros, não é possível afirmar a responsabilidade da empresa senão em uma única situação, qual seja: a ocorrência de um desastre, se este não tivesse sido causado por um caso fortuito ou por força maior¹⁹³⁶, hipótese em que restaria excluída a responsabilidade do transportador.

Além do Decreto legislativo nº 2681 de 1912, passou também a regular a responsabilidade do transportador ferroviário o Decreto nº 15673 de 07 de setembro de 1922, que aprovou o regulamento para segurança, polícia e tráfego das estradas de ferro autorizado pelo art. 97, nº 15 de Lei 4555 do mesmo ano (tendo revogado o Decreto nº 1930 de 1857).

A edição do Decreto nº 15673 em 1922, assim como o surgimento do Código Civil em 1916, não tinham o condão de alterar a forma da responsabilidade do transportador tanto de coisas quanto de pessoas, ocorresse em estradas de ferro, em trilhos urbanos (bondes) ou por via rodoviária (ônibus). Continuava a ser compreendida como uma responsabilidade contratual. O

¹⁹³² SOUZA, Paulino de. Da responsabilidade civil das estradas de ferro.

¹⁹³³ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 159.

¹⁹³⁴ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 159.

¹⁹³⁵ SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 159.

¹⁹³⁶ O projeto não se interessava em apresentar uma distinção entre o conceito de caso fortuito e o de força maior; isso porque, de acordo com Paulino de Souza, assumia-se constituírem “uma só entidade jurídica, que os latinos denominaram *casus, casus fortuitus, vis divina, fatum* e nós *acaso*” (SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. p. 164).

ponto fundamental era definir se essa responsabilidade estava baseada numa culpa presumida ou se, em realidade, estava fundada na idéia de risco.

Durante um período significativo de tempo, a dogmática brasileira associou a figura denominada “obrigação de segurança” a uma forma de responsabilidade por culpa presumida. Como consequência, compreendeu-se que também a responsabilidade do transportador – por ter base na referida obrigação¹⁹³⁷ – se encontrava fundada em uma presunção de culpa¹⁹³⁸. Posteriormente, se foi admitindo que a mesma, mais do que uma presunção de culpa, estabelecia uma responsabilidade independente da prova de culpa, isto é, uma responsabilidade objetiva¹⁹³⁹.

Essa opinião teve em Alvino Lima seu maior representante¹⁹⁴⁰. Na década de 30¹⁹⁴¹ – em obra na qual pretendia empreender a busca do fundamento da responsabilidade civil extracontratual e demonstrar “a verdade do conceito de Jossierand”¹⁹⁴², ou seja, o conceito de risco¹⁹⁴³ –, ao

¹⁹³⁷ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Fontes acontratuais das obrigações. p. 219.

¹⁹³⁸ Essa presunção de culpa contra o transportador era justificada pela dogmática tanto em razão da incidência do Decreto legislativo 2681/12 como em razão da aplicação do Código Civil. Exemplo disso temos em José de Aguiar Dias (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 195 e DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil das empresas de transportes*. p. 443), Eduardo Espínola (ESPÍNOLA, Eduardo. *Da responsabilidade das estradas de ferro e outras empresas de transportes, pelos danos causados aos passageiros e aos transeuntes*. p. 17), Noé Azevedo (AZEVEDO, Noé. *Transporte de passageiro em auto-ônibus*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 34, v. 153, n. 536, p. 3-14, jan./1945. p. 10), entre outros.

¹⁹³⁹ Nesse sentido: ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. p. 88; VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 54. Sustentando a incidência do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor como reforço ao argumento de que essa responsabilidade é objetiva: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 215-216; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. p. 279; GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 196-197.

¹⁹⁴⁰ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁹⁴¹ A referida obra tem sua origem na tese de cátedra que o autor defendeu na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco em 1938, cujo título original era “Da culpa ao risco”, sendo esse o título da primeira edição. Aliás, analisando o título da obra como um elemento do “paratexto” (entendido esse como toda a série de mensagens que acompanham e ajudam a explicar determinado texto, tais como título, sobrecapa, prefácio, etc.) pode-se conjecturar que sua alteração revela uma alteração na perspectiva expressa no conteúdo do livro, pois enquanto na década de 30 o autor compreende as idéias de “culpa” e “risco” dentro de um processo de superação de uma pela outra, ou – no mínimo – de evolução de uma a outra, já na década de 60 parece identificar uma relação de convivência harmônica ou mesmo conflitiva (Sobre o “paratexto” como objeto de análise ver: ECO, Umberto. *Seis passeios pelo bosque da ficção*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. p. 24, 126).

¹⁹⁴² LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 42.

¹⁹⁴³ O argumento de Jossierand a que Alvino Lima se refere é o de que “a teoria do risco tem conquistado terreno sobre a responsabilidade fundada na culpa, quer na elaboração dos próprios preceitos do direito comum, como em sua interpretação pelos tribunais, quer na legislação especial, resolvendo hipóteses que não o poderiam ser, com justiça e equidade, no âmbito estreito da culpa” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 42). Nas palavras do próprio Jossierand: “Cedo ou tarde, renunciará a jurisprudência ao ponto de vista conservador que há adotado até o presente, mas do qual se afasta progressivamente, tanto pela

analisar o Decreto-lei nº 2681/12, Alvino Lima asseverava que a responsabilidade das estradas de ferro era uma responsabilidade extracontratual fundada numa presunção *juris et de jure* de culpa¹⁹⁴⁴. Em conclusão, opinava que nosso sistema jurídico havia adotado, pelo menos quanto aos efeitos práticos, uma espécie de responsabilidade objetiva¹⁹⁴⁵, que considerava ser, em regra¹⁹⁴⁶, extracontratual¹⁹⁴⁷.

A divergência entre os autores estava calcada não tanto na questão relativa à forma (*iuris tantum* ou *iuris et de iure*¹⁹⁴⁸), mas sim quanto ao alcance (seria possível afastar pela ocorrência de força maior ou por fato de terceiro¹⁹⁴⁹) que devia assumir essa presunção.

terminologia que emprega como pelas importantes decisões pronunciadas [...], para consagrar a noção moderna de risco: não se resolve o problema com a lei aquiliana em pleno século XX; a tempos distintos, conceitos jurídicos” (JOSSERAND, Louis. Teoría general de las obligaciones. p. 443. Tradução nossa). Aguiar Dias (DIAS, José de Aguiar. Os transportes. p.183 e ss) também concordava com Josserand quanto ao fato de que o fundamento da responsabilidade do transportador é o risco criado pela atividade, isto é, que a mesma não é nem contratual, nem delitual, mas legal (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p.185), o que não lhe impedida de complementar essa afirmação sustentando que essa responsabilidade era contratual em relação ao passageiro e extracontratual em relação a terceiros (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 185-186). Quanto à responsabilidade contratual do transportador afirmava que a cláusula de incolumidade é “inerente ao contrato de transporte de pessoas” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p.185). Asseverava que, quer se aceitasse a aplicabilidade do Decreto 2681/12, quer se preconizasse a incidência do art. 1056 do Código Civil de 1916, se estava diante de uma responsabilidade fundada no contrato e na culpa contratual, isto é, uma culpa presumida o que, por si só, já mantinha afastada a teoria do risco que fundava a responsabilidade no simples fato da exploração industrial (DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade civil das empresas de transportes. p. 443).

¹⁹⁴⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 313-314.

¹⁹⁴⁵ “As presunções *juris et de jure* não passam de casos de responsabilidade decorrentes do próprio fato, pois, senão em teoria, mas na realidade, tais presunções são meros artifícios, ‘mentiras jurídicas’ criadas com o intuito de não dar às coisas os seus verdadeiros nomes.” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 327). Alvino Lima também defendeu essa opinião no artigo intitulado “Situação atual, no direito civil moderno, das teorias da culpa e do risco” (publicado na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXIV, ano XXXVII, n. 447, p. 385-389, setembro de 1940). Orlando Gomes compartilhava da mesma opinião no ensaio *A crise na responsabilidade civil* (publicado em GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 180, 184; esse ensaio havia sido publicado sob o título *Culpa x Risco*, na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXIV, ano XXXVII, n. 447, p. 378-382, set. 1940).

¹⁹⁴⁶ É importante lembrar que há, nesse período, entre os autores que escrevem sobre o assunto uma compreensão tripartite da responsabilidade civil, apresentando-se a divisão da seguinte forma: há a responsabilidade decorrente da violação do contrato, isto é, decorrente de culpa contratual, há a responsabilidade decorrente do delito, isto é, do ilícito extracontratual culposos ou dolosos, e há a então denominada responsabilidade legal que se apresentava como o reduto da responsabilidade independente da culpa, a responsabilidade objetiva. Exemplo disso é a manifestação de Lino de Moraes Leme, para quem “o carácter distintivo das obrigações legais é a independência do conceito de culpa”, o que fazia com que sua violação por certos atos lesivos gerasse responsabilidade objetiva distinta da responsabilidade por atos ilícitos; exemplo da responsabilidade pela violação de obrigações legais era a responsabilidade por acidentes de trabalho regulada pela lei nº 3724 de 1919 (LEME, Lino de Moraes. *Da responsabilidade civil fora do contracto*. São Paulo: Saraiva, 1927. p. 39, 52).

¹⁹⁴⁷ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 313-314.

¹⁹⁴⁸ Segundo, por exemplo, Alvino Lima, a presunção de culpa presente no art. 17 do decreto 2681/12 é *iuris et de iure*. (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 313). Importante destacar que, se é verdade que os autores, no período, se servem de palavras que remetem ao universo da responsabilidade subjetiva, também é verdade que já se pode perceber nas entrelinhas desse discurso o influxo das idéias defendidas pelas teorias da responsabilidade objetiva. Assim, por exemplo, Miguel Maria de Serpa Lopes (SERPA

A questão acerca do alcance da presunção de culpa pode hoje ser traduzida em uma questão relativa à determinação, isto é, à identificação das hipóteses de exclusão de responsabilidade da empresa de transportes.

É reconhecido que essas obrigações – a de segurança no contrato de transporte de pessoas e de custódia no contrato de transporte de coisas – têm por função “assegurar o credor contra os riscos contratuais, isto é, pôr a cargo do devedor a aléa do contrato”¹⁹⁵⁰, sendo que essa garantia de incolumidade relativa à integridade física do passageiro e de preservação da integridade da carga pode ter maior ou menor intensidade. Cabe, portanto, analisar qual o alcance que a ela foi dado por nossos tribunais, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal quando da criação da Súmula 187¹⁹⁵¹, cujo enunciado é o seguinte: “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

5.3 O desenvolvimento jurisprudencial do dever de segurança do transportador: a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal

A Súmula 187, cristalizando o entendimento de que a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva, foi aprovada na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963 e teve como precedentes as decisões proferidas, respectivamente, nos Embargos ao Recurso Extraordinário 42979/DF, no Recurso Extraordinário 45426/GB e nos Embargos aos Recursos Extraordinários 49149/GB, 36265/MG, 33144/BA e 52712/GB.

LOPES, Miguel Maria de. Fontes acontratuais das obrigações. p. 331) que, embora fale – citando Alvino Lima – em culpa presumida, deixa transparecer em seu discurso “ecos” da teoria do risco; senão, vejamos: ao tratar do fato de terceiro como fato integrante da culpa presumida do transportador afirma que “qualquer que seja o fato de terceiro, desde que não seja estranho à exploração, isto é, desde que represente risco envolvido na cláusula de incolumidade, a responsabilidade do transportador é ineludível” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Fontes acontratuais das obrigações. p. 332); por fim, observe-se que, diferentemente do que sustenta-se nesta tese, o referido autor entende que o fato de um projétil ser lançado por uma pessoa à margem da via contra o veículo de transporte não representa risco envolvido na cláusula de incolumidade (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Fontes acontratuais das obrigações. p. 333).

¹⁹⁴⁹ Especificamente quanto ao “ato de terceiro”, autores como Aguiar Dias (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 195) e Miguel Maria de Serpa Lopes (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Fontes acontratuais das obrigações. p. 332) defendiam que não configurava uma hipótese de exclusão.

¹⁹⁵⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 189.

¹⁹⁵¹ Para Jorge César Ferreira da Silva, essa súmula é um exemplo expressivo de uma tendência presente nos tribunais brasileiros, antes mesmo do advento do Código de Defesa do Consumidor, de admitir a responsabilidade objetiva quando de danos decorrentes de “acidentes de consumo” (SILVA, Jorge César Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. p. 241).

No Recurso Extraordinário 42979/DF, julgado em 10 de novembro de 1959 pela Segunda Turma, se tratava de definir a responsabilidade da Cia. Carris Luz e Força do RJ Ltda pelo acidente sofrido por “pingente” que, viajando em um dos seus bondes, havia sido colhido por um ônibus quando se encontrava no estribo do bonde¹⁹⁵². A 6ª Câmara do Tribunal de Justiça nos autos da ação movida por Nivaldo Pernambuco Ventura e outros havia condenado a companhia de transporte por entender que “quando houver concorrência de culpas, cabe ao transportador haver do terceiro, integrado na lide, a parte que lhe touca na distribuição dos prejuízos”¹⁹⁵³. A companhia então interpôs Recurso Extraordinário.

Em seu voto o relator, Min. Villas Boas, afirmava que o tema do Recurso era a “verificação de culpa” e sustentava que, embora a Companhia supusesse a exclusão de sua culpa em vista do fato de terceiro, tido por causa imediata do acidente, a realidade era que, no caso, a obrigação de ressarcir era intransferível por se inserir em outra, *ex contractu*, a obrigação de levar o passageiro incólume ao destino¹⁹⁵⁴. Para o Min. Villas Boas existia aqui uma troca justa: “A dada é justa: indeniza a transportadora o dano sofrido por aquele a quem estava vinculada e, depois, volta-se contra o culpado *ex delicto* para obrigá-lo à reparação integral”¹⁹⁵⁵.

Seu voto foi acompanhado pela unanimidade dos membros da turma e a decisão é assim ementada:

Responsabilidade civil – Acidente em transporte – Fato de terceiro – Indenização devida pela empresa transportadora. Não se exime de responsabilidade o transportador como fato de terceiro, causa imediata do acidente, se permanece a culpa contratual, concretizada no desempenho da obrigação de levar incólume o passageiro ao destino.¹⁹⁵⁶

A Companhia Carris Luz e Força ainda buscou reverter o julgamento através da apresentação de embargos ao Recurso Extraordinário, julgado pelo Pleno em 17 de abril de 1961 e rejeitado por maioria.

¹⁹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979*. p. 2.

¹⁹⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979*. p. 2.

¹⁹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979*. p. 4.

¹⁹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979*. p. 4.

¹⁹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979*, p. 1.

O relator, Min. Ary Franco, aceitava os Embargos destacando em seu voto que “o problema é de culpa de terceiro, excluindo a do transportador”¹⁹⁵⁷. Esclarecia ainda haver divergência entre a primeira e a segunda turma do Tribunal, uma vez que aquela tinha entendimento de que a culpa de terceiro exclui a responsabilidade do transportador, a outra, afirmando que mesmo nesses casos teria o transportador que observar a obrigação de levar incólume o passageiro, razão pela qual não adotava a tese de que a culpa do terceiro excluía a do transportador¹⁹⁵⁸.

A decisão da primeira turma a que se referia o Ministro Ary Franco era a proferida no Recurso Extraordinário 33144/BA, julgado em 24 de janeiro de 1957, sendo ele mesmo o relator. Essa decisão havia estabelecido, por maioria, que “provado que o desastre resultou de culpa de terceiro, nenhuma responsabilidade pode ser atribuída ao transportador”¹⁹⁵⁹. Tratava-se de ação de indenização movida contra a Companhia Circular de Carris da Bahia por Maria Marcelina Dantas cujo filho havia sido vítima de acidente ocorrido entre o bonde da empresa ré onde viajava e um caminhão¹⁹⁶⁰. Segundo consta no relatório do referido Recurso Extraordinário, o Tribunal de Justiça da Bahia havia reformado a sentença de primeiro grau, com isso absolvendo a empresa. O argumento era o mesmo já exarado por outros tribunais de justiça para os quais:

A empresa de transporte, aceitando o passageiro, e cobrando-lhe a passagem, fica obrigada a transportá-lo são e salvo ao destino. Mas êste princípio não tem caráter absoluto, nenhuma responsabilidade podendo ser atribuída ao transportador, se fica provado que o desastre resultou de culpa de terceiro (Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo, in Rev. Forense, vol. 94, pág. 501)¹⁹⁶¹.

Em seu voto o relator optou por decidir em conformidade com o entendimento do Tribunal de Justiça da Bahia, afirmando que “quando se trata de culpa de terceiro, excluo a companhia transportadora, atribuindo a responsabilidade diretamente ao causador do desastre”. Entendia que “nos termos da lei 2681, o transportador só tem responsabilidade quando concorre para o desastre”¹⁹⁶²; assim, provado que foi um terceiro o causador do desastre, resta, para o relator,

¹⁹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 42.979 (Embargos)*. p. 4

¹⁹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979 (Embargos)*. p. 4.

¹⁹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 33.144*. p. 1.

¹⁹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário nº 33.144*. p. 2.

¹⁹⁶¹ Ac. do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revista Forense*, v. 94, p. 501 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *Recurso Extraordinário nº 33.144*. p. 3.

¹⁹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 33.144*. p. 5.

provado também que a empresa ré não teve culpa alguma, logo conclui pelo afastamento da responsabilidade¹⁹⁶³.

É somente no julgamento aos Embargos apresentados a esse Recurso Extraordinário (outros dos precedentes da Súmula 187) que se alterará a decisão. O julgamento pelo pleno do STF ocorrerá em 05 de julho de 1963 e terá como relator o Min. Hannemann Guimarães. O voto, de apenas quatro linhas, se limita a afirmar que “o transportador responde pelo desastre que suceder ao viajante por culpa de terceiro”, mencionando a possibilidade da transportadora exercer direito de regresso contra o causador do acidente, referindo como base legal para seu raciocínio os artigos 17 e 19 do Decreto lei 2681/12¹⁹⁶⁴.

Assim como ocorrera no Recurso Extraordinário 33144/BA, também no Recurso Extraordinário 42979/DF foi que, apenas aos Embargos, ocorreu a condenação do transportador a indenizar os danos sofridos pelo passageiro em decorrência de acidente causado por terceiro. O Min. Ribeiro da Costa, contrariando o entendimento do relator, Min. Ary Franco, entendeu por responsabilizar a empresa de transporte, rejeitando os embargos apresentados sob o argumento de que o diploma que regia o assunto era o Decreto lei 2681/12, no qual se estabelecia, por força do artigo 17, uma responsabilidade que tem por base a “culpa presumida”. Sendo assim “basta o fato de haver **qualquer acidente** no bonde, no veículo da estrada de ferro na qual viaja a vítima, para ser responsabilizada a empresa”, ressalvando a lei a ação regressiva nos casos em que terceiro tenha concorrido para a eclosão do evento¹⁹⁶⁵.

Também rejeitou os embargos o Ministro Victor Nunes, para quem a concorrência de culpas não era hábil a afastar a responsabilidade do transportador¹⁹⁶⁶. Na mesma linha, o Min. Gonçalves de Oliveira¹⁹⁶⁷ referiu os artigos 17, 18 e 19 do supramencionado diploma legal, para sustentar que a prova da culpa de terceiro somente é útil para a empresa porque permite a ação de regresso, quanto à responsabilidade perante o transportado, concluindo: “Na hipótese,

¹⁹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 33.144*. p. 5.

¹⁹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 33.144*. p. 2.

¹⁹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979 (Embargos)*. p. 4. Grifo nosso.

¹⁹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979 (Embargos)*. p. 5.

¹⁹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979 (Embargos)*. p. 6.

portanto, tendo a companhia de bondes transportado o passageiro, ela é, em princípio, responsável. Sua culpa é presumida, como vimos”¹⁹⁶⁸.

Note-se que em nenhum momento se considera o fato do passageiro viajar como pingente um fato que permitisse caracterizar “culpa exclusiva da vítima”. E isso por uma razão que convém destacar.

Como já afirmado anteriormente, o excesso de lotação sempre foi um problema característico da forma como o serviço público de transportes era e é oferecido no Brasil. Embora desde o Decreto nº 1930 de 1857 se proíba a venda de bilhetes além da lotação do veículo (arts. 82 e 86), vindo tal proibição a ser repetida no Decreto nº 15673 de 1922¹⁹⁶⁹, a violação dessas regras foi um fato recorrente. Por conta da lotação, de um lado, e da ausência de fiscalização e/ou de tolerância por parte das empresas, os passageiros se expunham ao risco de viajar na “parte de fora” do veículo.

Aguiar Dias, assim como vários autores nacionais, já afirmara não ser possível, diante dessa realidade sustentar a presença de culpa da vítima¹⁹⁷⁰, pois “ninguém, salvo raras exceções

¹⁹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979 (Embargos)*. p. 6.

¹⁹⁶⁹ Em seu artigo 105 estipulava que “a estrada é obrigada a fornecer em cada trem o número de lugares correspondentes aos bilhetes vendidos”.

¹⁹⁷⁰ A orientação de que o ato do pingente não configura “culpa exclusiva da vítima” se consolida em definitivo quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do caso do Desembargador Agapito, decisão que também estabelecerá a orientação quanto à aplicabilidade do decreto-legislativo nº 2681/12 aos veículos de transporte urbano de passageiros (bondes e ônibus principalmente). O caso tratava da ação de indenização movida pela viúva e descendentes do desembargados contra a empresa de *tramways* de Recife, tendo em vista a morte do Desembargador Manuel Agapito Pereira que, em passagem por Recife e viajando no estribo de veículo da referida empresa, foi se chocar com o poste localizado próximo ao trajeto e cuja existência a vítima desconhecia. Na decisão se lê que o desembargador viajava no estribo por não haver mais lugar no interior do bonde, isso por si só caracterizava a responsabilidade da empresa, pois ao admitir passageiros nos estribos violava a legislação e configurava conduta em desrespeito à segurança a que tinham direito os passageiros (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, v. 58, nov./1923). Posteriormente, nos anos 80 principalmente, a jurisprudência brasileira estabelecerá uma distinção entre “pingente” e “surfista”, sendo esse último identificado com aquele passageiro que viaja do lado de fora do veículo de transporte por decisão exclusiva sua, isto é, mesmo diante da existência de lugares disponíveis no interior do veículo o sujeito opta por se expor ao risco, pois o que busca é uma aventura e não um meio de transporte. Em 13/09/2000, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em voto proferido no julgamento pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça do recurso especial 259261/SP, apresentará a distinção entre esses dois sujeitos: “Cumpra distinguir a hipótese aqui versada, do passageiro assim chamado ‘pingente’, ‘daqueles jovens que, mesmo tendo comprado a passagem, teimam em se *divertir* no teto dos trens, praticando o que se tem chamado vulgarmente de *surfismo* rodoviário. [...] No caso concreto, a empresa ferroviária, ao não oferecer condições de transporte adequadas, obrigando ou permitindo que o usuário se conduzisse ‘pendurado’ no trem, infringiu o contrato de transporte, não havendo cogitar-se, na hipótese, de culpa exclusiva da vítima” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 259.261*. p. 4-5). Essa orientação já se encontrava no Superior Tribunal de Justiça desde o início dos anos 90 quando, no recurso especial 10911/RJ, julgado pela terceira turma em 21/06/1991 tendo como relator Min. Dias Trindade

que, por isso mesmo, obrigariam o transportador a prova, viaja nos estribos de bondes, em má situação, porque quer e sim porque esse é o único meio de viajar”¹⁹⁷¹. O mesmo tratadista também destacava que “o transportador que oferece transporte capaz de ensejar o ‘pingente’ não acompanha a técnica contemporânea, de melhores recursos quanto à segurança dos veículos”, concluindo que a ausência de interesse em alterar essa situação se explicava porque “a ‘pingência’ em nada diminui a renda obtida com o transporte, pois tanto paga quem viaja nos estribos como quem viaja nos bancos”¹⁹⁷².

Esse lado fático foi levado em conta pela doutrina e pela jurisprudência na avaliação do argumento sobre as excludentes de responsabilidade. Outro precedente da Súmula 187 do STF encontra-se no Recurso Extraordinário 45426/GB julgado em 06/06/61 pela segunda turma e relatado pelo Min. Lafayette de Andrada.

Tratava-se da ação movida por Laura Piñeiros Pazos contra a Rio Light S/A Serviços de Eletricidade e Carris. O tribunal estadual havia julgado procedente a ação por entender presente a responsabilidade contratual da companhia em face da responsabilidade delitual de terceiro. A controvérsia que era apresentada no Recurso Extraordinário estava situada sobre a aplicação do art. 962, CC/16, pois o tribunal havia aplicado-o e, com isso, condenado a companhia de transporte ao pagamento de juros de mora contados desde a data do evento¹⁹⁷³. Sustentava a empresa recorrente que a ação não havia sido proposta contra o autor do delito, isto é, o motorista de veículo da prefeitura do Distrito Federal que havia colidido com o veículo da transportadora, mas sim contra a prefeitura e contra a companhia concessionária que não havia cometido delito algum, daí o motivo pelo qual não podiam ser condenadas ao pagamento de juros contados desde a data do evento.

A resposta dada no voto do relator e adotada por unanimidade pela turma foi no sentido de que a responsabilidade da companhia transportadora era uma responsabilidade contratual mas ao invés de, em razão disso, propugnar a aplicação do art. 1536, §2º do CC/16 que vinha sendo entendido como estabelecendo a data da citação como termo inicial para a contagem

restou decidido “a ferrovia não se exime de responsabilidade ao atribuir culpa exclusiva ao viajante ‘pingente’, pelo acidente que o vitimou, dado que presta serviço em condições de não obrigar aos que tem necessidade de usá-lo a viajar em condições perigosas e nem vigia para que tal não se verifique” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 10.911*. p. 1).

¹⁹⁷¹

DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade civil das empresas de transportes. p. 444.

¹⁹⁷²

DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade civil das empresas de transportes. p. 444.

¹⁹⁷³

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 45.426*. p. 2.

dos juros de mora nessas hipóteses (responsabilidade contratual), sustentou que em razão da lei 2681/12 os fatos de terceiros não intervinham nessa responsabilidade que, ainda que contratual, decorria de um dever legal de levar os passageiros incólumes ao seu destino¹⁹⁷⁴. Diante desse argumento podemos concluir que o relator entendia ser adequada a aplicação do art. 962 do CC/16, pois a responsabilidade do transportador decorreria, em última instância, não de uma cláusula contratual negociada, mas de um dever legal (extracontratual) a incidir de forma impositiva sobre o conteúdo do contrato.

Mais um dos precedentes da Súmula 187 está nos embargos ao Recurso Extraordinário 49149/GB. O referido Recurso Extraordinário havia sido julgado em 09 de novembro de 1961 pela primeira turma – relator o Min. Ary Franco.

Tratava-se novamente de definir se havia responsabilidade da empresa de transporte pelos danos sofridos por seus passageiros. A empresa ré, a Rio Light S/A Serviços de Eletricidade e Carris, havia sido condenada pelo tribunal estadual a pagar uma indenização à Maria do Carmo Duarte Bicho e outros em razão de danos decorrentes da colisão do bonde de propriedade da ré e outros veículos.

Nessa oportunidade o Min. relator Ary Franco altera o posicionamento que havia adotado no Recurso Extraordinário 42979/DF, para acompanhar o do Tribunal, entendendo que o ato de terceiro, embora autorize a ação de regresso da transportadora contra o mesmo, não lhe retira a responsabilidade frente à vítima¹⁹⁷⁵.

O Min. Gonçalves de Oliveira sustenta que, em se tratando de colisão de veículos, incidiria o artigo 19 do Decreto-lei 2681/12 que previa expressamente uma ação de regresso da transportadora da vítima contra o terceiro causador do dano, ressaltando que essa questão, referente à responsabilidade da transportadora por ato de terceiro, “pode ser agitada numa ação distinta, pela transportadora, nada tendo de ver com ela o viajante acidentado”¹⁹⁷⁶. , Porém, o fato de não apresentar seu raciocínio de forma clara acabou por autorizar que alguns concluíssem (como, por exemplo, o Min. Octavio Gallotti no Recurso Extraordinário 112411/RJ, já referido) que a faculdade do transportador de mover ação de regresso contra

¹⁹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Recurso Extraordinário nº 45.426*. p. 4.

¹⁹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 49.149*. p. 2-3.

¹⁹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 49.149*. p. 4.

terceiro causador do acidente seria a justificativa para a existência daquela responsabilidade. Uma vez que a referência era o artigo 19 do Decreto-lei 2681/12, podia-se inferir que essa responsabilidade estava vinculada, inicialmente, aos desastres decorrentes das colisões entre veículos de empresas de transporte diferentes podendo abarcar, por extensão, casos em que o veículo da empresa de transporte era atingido por veículos em geral (carros de passeio, caminhões, etc.).

Nos embargos ao Recurso Extraordinário 49149/GB, julgados pelo Pleno em 03/08/62 e relatados pelo Min. Victor Nunes, decidiu-se, por unanimidade, que “a responsabilidade contratual do transportador não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”¹⁹⁷⁷. Note-se que é possível interpretar essa oração de duas formas distintas: a) o transportador responde contratualmente, frente ao passageiro, por danos decorrentes de culpa de terceiro e, em razão disso, pode após indenizar a vítima ingressar com ação regressiva contra o causador dos danos para ressarcir-se dos prejuízos¹⁹⁷⁸, b) o transportador responde contratualmente, frente ao passageiro, somente pelos danos decorrentes de culpa de determinados terceiros, pois a referência à ação regressiva mencionada no artigo 19 do decreto-lei 2681/12 seria feita com vistas a indicar que essa responsabilidade decorre apenas dos danos decorrentes de atos de terceiros relacionados à atividade do transportador, *in caso*, desastres de transporte, ou seja, danos decorrentes de eventos como colisão de veículos.

Embora a primeira interpretação corresponda à forma como tradicionalmente se compreende a ação de regresso, isto é, como “efeito” da condenação ao pagamento de uma obrigação em origem produzida por outrem, a segunda apresenta a vantagem de estabelecer, *a priori*, um filtro à responsabilidade do transportador através da inversão da ordem comum daquele raciocínio: é como se primeiro se definisse antecipadamente um rol de terceiros de cujos atos seria “legítimo” para o transportador esperar que surgissem danos e em razão disso se define que somente em relação a esses atos se produz a responsabilidade do transportador frente a seus clientes. Nesse sentido, o artigo 19 do referido diploma legislativo deixa de ser um dispositivo que autoriza o direito de regresso e passa a servir como indicador do limite à interpretação do artigo 17, *caput*, e incisos do mesmo texto legal.

¹⁹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 49.149 (Embargos)*. p. 2.

¹⁹⁷⁸ Essa idéia fica clara em ementas de outros precedentes da súmula 187, como a dos já referidos embargos ao recurso extraordinário 33144/BA: “O transportador responde pelo desastre que suceder ao viajante por culpa de terceiro, e tem contra este direito regressivo”.

Essa interpretação restrita do artigo 19 nunca foi unânime nem mesmo na doutrina. José de Aguiar Dias defendia a opinião segundo a qual o dispositivo não tivera em mira uma enumeração taxativa. Assim era fundamental estabelecer, na análise dos casos concretos e sem uma vinculação estrita à hipótese ali referida, se o fato de terceiro era, ou não, estranho à exploração. Ou seja: não seria possível, segundo esse autor, o estabelecimento *a priori* e definitivo de quais fatos de terceiros gerariam responsabilidade ao transportador por representarem risco abrangido pela cláusula de garantia¹⁹⁷⁹. Assim também entendia Arnaldo Medeiros, que comentava ter a jurisprudência brasileira¹⁹⁸⁰:

[...] também assentado por vêzes, exatamente como a jurisprudência francesa, que não há acontecimentos que devam ser sempre, *a priori* e abstratamente, considerados casos de força maior, tudo dependendo das circunstâncias em que se venha a verificar o próprio evento.¹⁹⁸¹

O Min. Gonçalves de Oliveira manifestou entendimento diverso. Refere, em seu voto, que o decreto-lei 2681/12 “estabelece os casos expressos em que se isenta a transportadora, que são: caso fortuito, força maior, culpa da vítima, não concorrendo culpa da transportadora”¹⁹⁸², frente à essa constatação surgia a pergunta: mas e o ato de terceiro, configura ele uma das hipóteses de exclusão? A resposta que dava, se infere, seguia a seguinte lógica: como no artigo 19 do mesmo decreto há referência a possibilidade de exercer ação de regresso contra danos decorrentes de desastres provocados por veículos de outra companhia de transportes e possível afirmar que nesse caso há responsabilidade por possíveis danos sofridos pelos passageiros, quanto aos demais atos de terceiros, uma vez que não correspondem à hipótese descrita no referido dispositivo, é possível sustentar que isentam o transportador de responsabilidade.

¹⁹⁷⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 196.

¹⁹⁸⁰ Arnaldo Medeiros da Fonseca dava como exemplo dessa jurisprudência a decisão proferida pela Corte de Apelação do Rio de Janeiro no acórdão de 25 de junho de 1926, de que foi relator o desembargador Virgílio de Sá Pereira. Nessa decisão era possível ler: “Nem sempre a produção de um fenômeno natural pode ser capitulada como caso de força maior. Um temporal é um fenômeno da natureza a que não podemos obstar, mas podemos prevenir e devemos prever numa cidade como o Rio de Janeiro, periodicamente a ele sujeita, às suas conseqüências, sobretudo quando se trata do desmonte de um morro, a cavaleiro de ruas e logradouros públicos. A enxurrada conseqüente a um temporal carregará necessariamente para as casas baixas as terras deslocadas, se elas estão soltas e nenhum anteparo lhes veda a passagem. A apelante não teve esta previsão, e se a teve, contra ela não se preveniu, acautelando com devia os moradores e prédios do plano inferior. Agiu ou deixou de agir com culpa e por sua culpa justo é que responda.” (*Revista de Direito*, v. 81, p. 212, apud FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1958. p. 142).

¹⁹⁸¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1958. p. 141

¹⁹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 49.149*. p. 4.

No relatório dos embargos ficamos sabendo que os autores (embargados) apresentam como subsídio ao acolhimento de sua pretensão trecho da obra de Aguiar Dias:

Aplicando os princípios do contrato, e por força da obrigação de garantia a que está obrigado o transportador, tem este de indenizar o passageiro, não obstante a ausência de culpa. Assim, em lugar de acionar o terceiro causador do dano, a vítima age contra aquele com quem contratou. Este, se quiser, usará do direito de regresso contra aquele.¹⁹⁸³

Dessa passagem se retira que o referido autor, além de sustentar que a responsabilidade do transportador é uma responsabilidade contratual¹⁹⁸⁴ e que está fundada sobre uma obrigação de garantia (o que a configura como espécie de responsabilidade objetiva), não a apresenta como dependente da existência de um direito de regresso contra o causador do dano, deixando claro que o exercício desse direito é um possível efeito dessa responsabilidade, mas não sua causa. O problema é que esse entendimento não foi recepcionado pelo Supremo Tribunal Federal que, embora admitisse a responsabilidade do transportador por atos de terceiros, o fazia vinculando-a à existência de uma culpa presumida, presunção que poderia ser afastada se demonstrado que o fato de terceiro não guardava conexão com a atividade do transportador, ou seja, entendia que todo ato de terceiro que não correspondesse à hipótese descrita no artigo 19 do decreto-lei 2681/12 se configurava como caso fortuito e/ou força maior.

A questão se resume à realização de uma distinção: quais atos de terceiro estão em conexão com a atividade de transporte e quais não. Não parece haver discordância quanto à necessidade de fazê-la, embora a forma escolhida pudesse levar a decisões distintas. Essa constatação fica patente se analisarmos outro dos precedentes da Súmula 187, os embargos ao Recurso Extraordinário 36265/MG.

Esse Recurso Extraordinário havia sido julgado em 16 de dezembro de 1958. Nele a segunda turma do Supremo Tribunal Federal decidiu o caso envolvendo o Departamento de Bondes e Ônibus de Belo Horizonte e Lúcio Flávio de Albuquerque. A Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Minas Gerais havia estabelecido a Lúcio Flávio o direito de ser indenizado porque esse, quando viajava num bonde daquele departamento, foi vítima de acidente que lhe produzira a amputação de uma das pernas. O acidente teria ocorrido por ter o

¹⁹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 49.149 (Embargos)*. p. 4.

¹⁹⁸⁴ Refere em outro trecho citado na mesma página do relatório o debate francês colhido na obra de Lalou.

veículo em que viajava ter sido atingido por carro tanque. O laudo pericial estabelecia como causa do acidente o fato de os freios do carro-tanque terem falhado. Porém, o Tribunal de Justiça entendeu que, devendo o transportador levar seu passageiro ileso até seu destino, qualquer acidente originava para a empresa de transporte o dever de indenizar os passageiros-vítimas e o direito de reaver seu prejuízo do causador do evento¹⁹⁸⁵.

O relator, Min. Afrânio Costa, entendia, não sendo “possível prever o impacto de um carro tanque, a quem coube exclusiva responsabilidade no evento”, que “no caso o fato de terceiro é, em relação à Companhia transportadora, típica força maior”¹⁹⁸⁶.

O raciocínio seguido pelo relator inicia-se com a pergunta: a colisão com um carro-tanque é algo previsível na execução do contrato de transporte? Sua resposta sendo negativa, concluiu não haver responsabilidade. A ementa ficou assim redigida:

Responsabilidade civil, culpa presumida: não há dúvida que a Lei 2681 de 1912 é rigorosa, quanto à responsabilidade das empresas de transporte pela incolumidade dos passageiros; mas não é possível prever o impacto de um carro tanque, a quem segundo os autos, coube exclusiva responsabilidade no evento; o fato de terceiro, em tal hipótese, em relação à Companhia transportadora é típico de força maior.¹⁹⁸⁷

Ocorre que a pergunta condutora do raciocínio judicial poderia ter sido a seguinte: a colisão com outros veículos é algo previsível na execução do contrato de transporte? A essa pergunta, a resposta seria certamente positiva, o que levaria a admissão da responsabilidade. Aliás, foi raciocinando dessa forma que o Min. Pedro Chaves, relator dos Embargos a esse Recurso Extraordinário, julgados em 10 de maio de 1963, afastou a incidência da excludente de força maior e impôs a responsabilidade do transportador, no que foi seguido à unanimidade pelo Tribunal Pleno.

Afirmado tratar-se de responsabilidade contratual decorrente da obrigação do transportador de levar o passageiro são e salvo a seu destino, o relator afirmou não poder “concordar com a assertiva de que o abalroamento do bonde por um caminhão constitua força maior, excludente da responsabilidade do transportador”¹⁹⁸⁸. Com base em Agostinho Alvim, para quem “a

¹⁹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265*. p. 2-3.

¹⁹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265*. p. 4.

¹⁹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265*. p. 1.

¹⁹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265 (Embargos)*. p. 3.

força maior é o fato externo que não se liga a pessoa ou a empresa por nenhum laço de conexão”¹⁹⁸⁹, defende o relator que “em se tratando de empresa transportadora de passageiros, não é possível admitir-se a imprevisão, de um acidente de abalroamento”¹⁹⁹⁰.

A especificidade destacada pelo Min. Afrânio Costa que lhe permitira afirmar a imprevisibilidade do evento (o fato de na colisão participar um veículo militar, o caminhão-tanque) foi desconsiderada pelo Min. Pedro Chaves, que tratou o caso de forma a sublinhar sua característica elementar, ou seja, dando ênfase ao fato de se tratar de colisão de veículos pôde sustentar sua previsibilidade dentro da execução de um contrato de transporte. Assim resta claro que, embora ambos Ministros partam da premissa de que certos atos de terceiros por sua imprevisibilidade não podem gerar responsabilidade para o transportador, a forma diversa como cada um deles apresenta o fato em questão permite situá-lo no rol dos eventos comuns (e logo, previsível) ou extraordinários (e logo, imprevisível). À raridade do “impacto de um carro tanque”¹⁹⁹¹ contra um veículo de transporte de passageiros se opõe a habitualidade do “acidente de abalroamento”¹⁹⁹² entre um veículo de transporte de passageiros e demais veículos de circulação terrestre (expressão que aqui abarca desde carros de passeio, veículos militares, ambulâncias, até bicicletas, e veículos de tração animal).

O último dos precedentes da súmula 187 são os Embargos ao Recurso Extraordinário 52712/GB. O referido Recurso Extraordinário foi julgado, por unanimidade, em 30/07/63 pela segunda turma, tendo por relator o Min. Ribeiro da Costa. Tratava-se de ação movida por Maria Torres e outros contra Esso Brasileira de Petróleo S.A. e Rio Light S.A. Serviços de Eletricidade e Carris. Mais uma vez a questão controvertida consistia em definir se em ação de indenização por danos sofridos em decorrência de abalroamento de veículos pode a empresa de transporte ser condenada a indenizar seus passageiros sendo terceiros os culpados pelo evento.¹⁹⁹³

¹⁹⁸⁹ ALVIM, Agostinho, apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265 (Embargos)*. p. 3.

¹⁹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265 (Embargos)*. p. 3.

¹⁹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265*. p. 4

¹⁹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265 (Embargos)*. p. 3.

¹⁹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 52.712*. p. 2-3.

O acórdão do Tribunal recorrido atribuiu “ao fato de consentirem, os litigantes, o chamamento de terceiros a integrarem a contestação, a eficácia jurídica de irresponsabilizar a empresa transportadora, figurante no contrato de transporte”¹⁹⁹⁴.

No voto do relator do Recurso Extraordinário se lê:

Efetivamente, não cabe indagar, na espécie, se o acidente causador do dano físico à vítima, resultou de culpa de terceiro, caso em que é prevista no Decreto nº 2681, de 1912, a ação regressiva do transportador contra aquele. No entanto, se a responsabilidade direta pertence ao transportador, pelo fato da culpa presumida, prevista no art. 17 do referido diploma legal, exclui esta a culpa de terceiro.¹⁹⁹⁵

Há aqui, mais uma vez, um argumento que apresenta de forma entrecruzada a menção a ação regressiva do transportador contra o terceiro causador do acidente e a culpa presumida que pesa, por força do art. 17 do decreto-lei 2681/12, sobre o transportador. Essa aproximação entre temas distintos atinge um estado de confusão no voto do relator dos Embargos a este Recurso Extraordinário julgados pelo Tribunal Pleno em 18 de novembro de 1963. O relator desses embargos foi o Min. Evandro Lins. Em seu voto, que obteve a concordância da unanimidade dos membros do tribunal, é possível ler: “Quando existente culpa de terceiros, o art. 17 do Dec. 2681, de 1912, dá ao transportador ação regressiva contra aquele. Pouco importa que a justiça penal haja reconhecido a culpa do terceiro, pois isso não exime a responsabilidade direta do transportador”¹⁹⁹⁶.

Aqui o artigo 17 do decreto-lei 2681/12 passa ser visto, equivocadamente, como a norma de autorização da ação de regresso do transportador contra o terceiro que, tendo culposamente produzido o acidente que causou danos aos passageiros daquele, acabou por causar danos não só aos passageiros, mas também à empresa (exemplo: o custo das indenizações). Ao fim e ao cabo, é como se a responsabilidade do transportador dependesse da sua viabilidade para ressarcir frente ao terceiro causador do acidente. Em outras palavras: admite-se a responsabilidade da empresa de transporte frente aos seus passageiros não tanto porque essa violou um determinado dever de cuidado ou porque a ela se impõe a obrigação de assumir determinados riscos, mas porque é possível, uma vez pagando os danos às vítimas, recuperar seus gastos junto a outrem.

¹⁹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 52.712*. p. 3.

¹⁹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 52.712*. p. 5.

¹⁹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 52.712 (Embargos)*. p. 3.

A leitura atenta dos precedentes da Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal nos mostra que o problema fundamental subjacente à mesma se encontra na forma como se compreendia o sistema de exclusões de responsabilidade do transportador, tal qual previsto no decreto-lei 2681/12. Se, por um lado, restava expresso no artigo 17 ser a culpa daquele sempre presumida somente se admitindo seu afastamento nas hipóteses de caso fortuito, força maior e culpa da vítima em que não concorre a da empresa de transportes, havia dúvidas se os atos de terceiros podiam ou não ser considerados como causas de afastamento da obrigação de indenizar.

A solução encontrada foi admitir que pudessem configurar hipótese de exclusão da responsabilidade quando não fossem “conexos” com a atividade de transporte. Mas esse caminho ainda era insuficiente para resolver o problema, pois dever-se-ia poder indicar quando os atos de terceiros possuíam e quando não possuíam conexão com tal atividade. Daí a solução encontrada de se buscar a resposta nas regras relativas à ação de regresso. Ao que tudo indica, o raciocínio se estruturava da seguinte forma:

Os artigos 18 e 19 admitiam a possibilidade da empresa de transporte se ressarcir, respectivamente, frente a seus agentes (empregados e prepostos) e seus concorrentes (outras companhias de transporte) quando de suas ações e/ou omissões decorriam danos aos clientes daquela; logo, deveria ser porque os atos desses terceiros possuíam algum tipo de ligação com a atividade econômica explorada pela empresa. Assim, a empresa seria responsável frente a seus clientes pelos danos que esses terceiros produziam neles por ocasião do transporte. Fazia-se, pois, uma distinção entre terceiros cujos atos geravam responsabilidade para a empresa de transporte e terceiros cujos atos autorizavam falar-se em exclusão de responsabilidade do transportador.

O raciocínio pelo qual se chegou a essa distinção talvez explique porque não se identifica, nos precedentes da Súmula 187, um enquadramento preciso dos atos de terceiros que não geram responsabilidade ao transportador dentro das categorias clássicas de “caso fortuito” e de “força maior” presentes no inciso I do artigo 17 do decreto-lei 2681/12.

O único precedente que apresenta uma reflexão sobre qual deva ser o critério aplicável para definir quando o ato de terceiro configura uma excludente (seja ela caso fortuito ou força maior) é o, já antes mencionado, Recurso Extraordinário 36265/MG e seus Embargos. Na

ementa do referido recurso resta clara a opinião de que o ato de terceiro configura “força maior”:

Responsabilidade civil. Acidente em transporte. Fato de terceiro. Força Maior. Responsabilidade civil, culpa presumida: não há dúvida que a Lei 2681 de 1912 é rigorosa, quanto à responsabilidade das empresas de transporte pela incolumidade dos passageiros; mas não é possível prever o impacto de um carro tanque, a quem, segundo os autos, coube exclusiva responsabilidade no evento; o fato de terceiro, em tal hipótese, em relação à Companhia transportadora é típico de força maior.

Note-se que para o relator, Min. Afrânio Costa, “**não é possível prever** o impacto de um carro tanque, a quem coube exclusiva responsabilidade no evento”¹⁹⁹⁷. Assim o fato é qualificado como “típica força maior”¹⁹⁹⁸. Utiliza-se assim o critério da previsibilidade para definir se configura, ou não, hipótese de exclusão.

Nos Embargos a esse Recurso Extraordinário, a leitura da ementa também já revela a referência à mesma figura de exclusão de responsabilidade: “Responsabilidade Civil. Contrato de transporte. Culpa de terceiro. Quando não configura força maior excludente da responsabilidade do transportador. Ação regressiva. Embargos que foram recebidos. Restabelecimento da decisão de segunda instância”¹⁹⁹⁹.

No voto do relator Pedro Chaves, para quem “em se tratando de empresa transportadora de passageiros, **não é possível admitir-se a imprevisão**, de um acidente de abalroamento”²⁰⁰⁰, se identifica a utilização do mesmo critério utilizado no julgamento do Recurso Extraordinário, isto é, previsibilidade.

Embora ambos ministros discordem quanto à questão do fato ser ou não previsível, concordam quanto a ser esse o critério para estabelecer a responsabilidade do transportador, assim como concordam que se o fato for imprevisível estaremos diante de força maior. Não fazem menção alguma à questão acerca da inevitabilidade, assim como não a vinculam à idéia de força maior. A menção a esse critério somente aparece quando observamos as decisões sobre as pedras e demais objetos lançados em direção ao veículo de transporte de passageiros.

¹⁹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265*. p. 4. Grifo nosso.

¹⁹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265*. p. 4.

¹⁹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265 (Embargos)*, p. 1.

²⁰⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265 (Embargos)*. p. 3. Grifo nosso.

Das decisões encontradas sobre o assunto tem-se que três abordam o ato de terceiro a partir do critério da imprevisibilidade, duas que misturam imprevisibilidade e inevitabilidade, e uma que adota exclusivamente o critério da inevitabilidade.

A aplicação do critério da imprevisibilidade pode ser encontrada no Recurso Extraordinário 73294/GB. O relator, Min. Xavier Albuquerque, afirmava que discussões no trânsito do gênero que havia originado o ato de terceiro que causara dano ao passageiro eram rotina no trânsito do Rio de Janeiro, destacando que, se felizmente seus desfechos não eram normalmente trágicos, também não era possível falar-se que eram²⁰⁰¹. Diante disso, concluía:

[...] o fato de terceiro, que deu causa aos danos sofridos pelo recorrente, não pode considerar-se estranho à exploração do transporte urbano de pessoas numa cidade como o Rio de Janeiro, a ponto de equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior.²⁰⁰²

Em outras oportunidades, como no Recurso Extraordinário RE 113555-7/RJ, afirma-se que “**não é incomum o fato de arremessarem pedras nos transportes coletivos**”²⁰⁰³, concluindo-se que essa previsibilidade acarreta a responsabilidade do transportador²⁰⁰⁴.

Já no Recurso Extraordinário 112411/RJ, o relator Min. Gallotti partirá exatamente da constatação de que “**o grau de previsibilidade do acontecimento difere segundo uma ou outra das modalidades em confronto (pedrada ou colisão)**”²⁰⁰⁵ para afirmar que somente aquele que entendia possuir previsibilidade mais acentuada, o acidente de circulação de veículos, poderia ensejar a responsabilidade do transportador²⁰⁰⁶.

Embora nessas passagens se encontre a utilização do critério de previsibilidade (relacionado à recorrência com que dado fato surge em sociedade) para definir se determinado fato é capaz ou não de gerar responsabilidade ao transportador, não há a preocupação de resolver se tal ato, uma vez imprevisível, corresponderia a um “caso fortuito” ou a uma “força maior”.

²⁰⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 73.294*. p. 4.

²⁰⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 73.294*. p. 4.

²⁰⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 3. Grifo nosso.

²⁰⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 3.

²⁰⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*. p. 12. Grifo nosso.

²⁰⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*. p. 12.

No voto do Ministro Aldir Passarinho proferido no Recurso Extraordinário 109068/RJ, se identifica o uso simultâneo dos critérios de imprevisibilidade e inevitabilidade. Isso se dá, ao que parece, porque, admitindo a constatação de que o fato em questão (pedradas lançadas em direção aos veículos de transporte) era “**previsível, pela frequência de incidentes do gênero**”²⁰⁰⁷, o que impedia que se falasse em caso fortuito²⁰⁰⁸, entendia justo atribuir ao transportador a responsabilidade pelos danos daí decorrentes a seus passageiros, porque via na situação a prova de negligência do transportador “que já teria de ter adotado providências, nos seus trens, para que os passageiros não sofressem atentados de tal tipo”²⁰⁰⁹. Assim, embora fale em previsibilidade e em caso fortuito, o faz dentro de uma perspectiva que compreende aquela excludente como o oposto da culpa. Nesse sentido, se ela está presente é porque, tendo o réu a possibilidade de “evitar” a ocorrência de fato lesivo previsível, não a evitou. Admite-se a responsabilidade porque se assume que o fato é evitável através da adoção de um comportamento diligente pela parte a quem se atribui a causa do dano. Nessa esteira achava-se o Min. Aldir Passarinho, também no Recurso Extraordinário 113555-7/RJ, onde afirmava que a responsabilidade da ferrovia se caracterizava, pois já deveria ter “tomado **providências para evitar** que tal tipo de atentado continuasse ou, pelo menos, **dotar o veículo de proteção tal que impedisse que as pedras atingissem os passageiros**”²⁰¹⁰.

É só no Recurso Extraordinário 113194/RJ, mais especificamente no voto do relator, Min. Moreira Alves, que encontraremos o argumento segundo o qual não é responsável o transportador, frente a seus passageiros, por danos produzidos por terceiros em vista da constatação da “**inevitabilidade do fato**”²⁰¹¹ a comprovar a “ausência de culpa”²⁰¹² e a inexistência de “vinculação do fato com o contrato de transporte”²⁰¹³.

O exame desses acórdãos leva a concluir que o Supremo Tribunal Federal construiu, a partir das decisões que produziram a súmula 187, uma orientação calcada na idéia de que o contrato de transporte de pessoas traz em si, e por força do artigo 17 do decreto legislativo 2681 de 1912, uma obrigação de segurança que permite ao passageiro alegar, partindo da prova de que sofreu um dano, a responsabilidade do transportador. Não necessita demonstrar que tal dano

²⁰⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.068*. p. 6. Grifo nosso.

²⁰⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.068*. p. 6.

²⁰⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.068*. p. 6.

²⁰¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 5. Grifo nosso.

²⁰¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 8. Grifo nosso.

²⁰¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 8.

²⁰¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 8.

tem como causa o fato do transporte, pois o acidente ocorrido durante o transporte se presume derive da infração da cláusula de incolumidade. Ocorre, porém que essa presunção deixa de atuar quando o transportador demonstra a intervenção de um evento que demonstre a inexistência de nexos causal entre o dano sofrido pelo passageiro e o fato do transporte; esse evento o Supremo Tribunal Federal chamou, em certas oportunidades, de caso fortuito e em outras, força maior, não deixando claro, porém, se o que o caracterizava era exclusivamente a imprevisibilidade, a inevitabilidade ou a presença de ambas.

Esse esclarecimento somente veio a ocorrer em decisões posteriores à Súmula 187, em que se discutiu qual era, diante das regras de responsabilidade civil, o efeito de atos criminosos de terceiros, tais como pedradas lançadas do exterior em direção ao veículo de transporte coletivo e os assaltos a passageiros ocorridos no interior daqueles.

A partir dessas decisões posteriores à Súmula 187 é que começará a se firmar o entendimento segundo o qual o ato criminoso realizado por terceiro deveria ser qualificado como força maior e, portanto, não poderia gerar responsabilidade do transportador pelos danos que, porventura, aquele ato viesse a causar em seus passageiros.

6 A DELIMITAÇÃO DOS RISCOS NO TRANSPORTE: ESTABELECENDO AS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS QUANTO À SEGURANÇA

We cannot know why the world suffers. But we can know how the world decides that suffering shall come to some persons and not to others. [...] For it is in the choosing that enduring societies preserve or destroy those values that suffering and necessity expose²⁰¹⁴

Se, na virada do século XIX para o XX, o problema relativo aos danos sofridos pelos passageiros estava ligado ao fato desses danos serem o resultado de “acidentes anônimos”²⁰¹⁵, temos outro problema hoje: os efeitos da criminalidade violenta sobre os passageiros do transporte coletivo. Esse problema não pode ser resolvido apenas com o recurso a uma técnica de facilitação de prova, mas deve levar em conta uma discussão mais ampla sobre a segurança devida pelos empresários aos consumidores de seus serviços, ou mais, deve levar a uma reflexão sobre a necessidade de uma cobertura securitária mais ampla dos efeitos desse tipo de criminalidade e a uma análise acerca da influência de critérios de justiça distributiva na aplicação das normas jurídicas de responsabilidade civil.

Uma análise que tenha em conta essa dupla perspectiva contribuirá para a obtenção da resposta à seguinte pergunta: quão amplas devem ser as medidas de segurança relativas aos atos de criminalidade violenta para que possam ser consideradas suficientemente justas?²⁰¹⁶.

²⁰¹⁴ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton and Company, 1978. p. 17

²⁰¹⁵ “Il faudrait, pour atteindre ce but, procéder à des recherches d’ordre technique qui échappent très ordinairement à sa compétence, se familiariser avec le jeu des signaux, des disques, des aiguilles, connaître les obligations du personnel, le profit et l’état de la voie, les règlements de toutes sortes relatifs à la marche, à la composition, à la vitesse des trains. [...] Dans ces conditions, le résultat de la lutte judiciaire ne sera ordinairement pas douteux: les accidents à origine obscure, les accidents anonymes, – et le nombre s’en est accru, le machinisme, avec l’allure toujours plus scientifique que revêt l’industrie du transport, – demeureront, sans recours efficace possible, à la charge de la victime, ignorante des ‘causes multiples et complexes’ qui ont pu déterminer l’accident, – des ‘détails du service’.”(JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. In: THALLER, Edmond. *Traité général théorique et pratique de droit commercial*. Paris: Editions Arthur Rousseau, 1910. p. 838). Isto é, serem decorrentes de falhas na própria estrutura mecânica dos veículos, fato esse que dificultava a prova, a cargo da vítima, acerca da culpa do transportador.

²⁰¹⁶ Essa pergunta se inspira na inquietação de Steve Rayner que, ao tratar da definição de risco empregada por engenheiros e psicólogos, afirma ser necessário, mais do que perguntar “how safe is safe enough?” e “how fair is fair enough?”, perguntar “how safe is fair enough?”, apontando, através dessa questão, a necessidade de uma atitude investigativa que não se satisfaça com a concepção estrita de risco compreendida como a correlação entre probabilidade e consequência (RAYNER, Steve. *Cultural theory and risk analysis*. In: KRIMSKY, Sheldon; GOLDING, Dominic (Ed.). *Social theories of risk*. Westport: Praeger, 1992. p. 84).

A resposta a essa questão envolve a consideração do que Calabresi e Bobbit²⁰¹⁷ denominam “determinação de primeira ordem” e “determinação de segunda ordem”. À primeira, entendida como definição acerca da quantidade, ou melhor, do alcance de segurança conferida em relação aos atos de criminalidade urbana violenta, estão vinculadas as questões que envolvem tanto medidas que podem ser tomadas para evitar a ocorrência do evento (contratação de agentes, instalação de câmeras e alarmes) como aquelas cujos efeitos incidem após a ocorrência do fato (a condenação do responsável, a fixação de um seguro). Já a determinação de segunda ordem é compreendida como a decisão acerca da abrangência das medidas, isto é, para quem tais medidas estarão disponíveis. Em resumo, se impõe responder: o que fazer e para benefício de quem?

De tais questões não se pode escapar, pois, se na virada do século XIX para o XX o problema dos acidentes de transporte era transformado pelo sistema jurídico em uma questão de prova que podia ser resolvido através de uma abordagem que recorria às normas de direito processual e à teoria da argumentação consagrada na técnica da presunção, na virada do século XX para o XXI o problema da violência no transporte exige uma abordagem que tome à sério as normas constitucionais e aceite o desafio de atualizar o sentido dado a conceitos do direito privado, buscando compreender os desdobramentos macro-sociais e econômicos decorrentes das opções dogmáticas construídas ao longo da história.

Nessa perspectiva, e assumindo-se que os tribunais são organizações localizadas no centro do sistema jurídico encarregadas de produzir, a partir de regras dadas no passado, novas normas para justificar a solução que acabarão por impor aos conflitos que, no presente, lhes são submetidos²⁰¹⁸, percebe-se não apenas que suas decisões são fundamentais para compreender de que maneira o passado pode moldar o presente²⁰¹⁹. Mais especificamente, é possível visualizar como as opções dogmáticas relativas aos conceitos de risco fortuito e por força maior acabam por determinar as estratégias de enfrentamento de um problema tão atual como os efeitos da criminalidade urbana violenta²⁰²⁰.

²⁰¹⁷ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. p. 19.

²⁰¹⁸ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 293-294.

²⁰¹⁹ Segundo Luhmann, os tribunais são constantemente chamados a, quando do enfrentamento do conflito ocorrido no passado envolvendo as partes, enriquecer o catálogo de regras aplicáveis a futuras decisões que importam a toda sociedade (LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. p. 297).

²⁰²⁰ Segundo Calabresi e Bobbit, as formas de enfrentamento disponíveis para que se possa realizar as “escolhas trágicas”, que atualmente se impõem, são, em certa medida, o resultado das abordagens utilizadas no passado (CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. p. 158). Assim, podemos concluir que as estratégias, historicamente utilizadas pela dogmática jurídica para responder à questão

Devem as decisões então ser analisadas para que se possa descobrir de que forma os tribunais se desencumbem da realização simultânea de duas funções relacionadas ao tratamento social do risco: uma relativa à “distribuição do risco”²⁰²¹, e outra relativa à “comunicação do risco”²⁰²².

A primeira dessas funções é realizada quando o tribunal avalia o risco a que estava submetida determinada pessoa ou grupo para determinar em que medida essa exposição era aceitável ou deveria ter sido limitada ou prevenida, além de definir de que maneira aqueles expostos ao risco e submetidos ao dano devem ser compensados. O desempenho da primeira função, ao se dar pela edição e publicização de uma decisão, tem como consequência o necessário desempenho da segunda função, já que a coleta de informações sobre riscos e a tradução dessas na forma de decisão produz uma mensagem ao restante das instituições sociais, amplificando ou mesmo atenuando a importância dada ao fenômeno social em questão. A comunicação dos riscos apresenta orientações para que se responda questões como: Os efeitos negativos de determinado risco são tão intensos quanto se acredita? A probabilidade de se sofrer danos decorrentes da exposição a determinado risco é tão pequena quanto se imagina?

É através da comunicação dos riscos que a instituição, ela em si uma atividade humana objetivada, construirá a realidade social que será posteriormente interiorizada pela consciência, ou melhor, é no processo de exteriorização institucional e interiorização subjetiva que se formará a “real” percepção do risco, a experiência relativa ao mesmo²⁰²³. Ora, se os tribunais superiores são órgãos de poder do Estado e se “o poder na sociedade inclui o poder de determinar os processos decisivos de socialização e portanto o poder de *produzir* a

relativa a quem se deve impor o custo da criminalidade violenta, acabam por constringer e limitar muitas das decisões proferidas atualmente.

²⁰²¹ “The *risk arbitrator*, engaged in arbitration of the conflict, seeks to determine the distribution of risk, that is, the extent to which risk should be accepted, or how it should be limited or prevented; risk arbiters also judge how those exposed to risk should be compensated for running risk and experience harm.” (PALMLUND, Ingmar. Social drama and risk evaluation. In: KRIMSKY, Sheldom; GOLDING, Dominic (Ed.). *Social theories of risk*. p. 204-205).

²⁰²² De acordo com Roger E. Kasperon, os indivíduos ou grupos e instituições que coletam informações sobre risco comunicam-se entre si como “instâncias de amplificação” (amplification stations) que não somente aumentam, mas também atenuam os sinais relativos aos riscos por meio de sua participação nos processos sociais (KASPERSON, Roger E. Social amplification of risk: progress in developing an integrative framework. In: KRIMSKY, Sheldom; GOLDING, Dominic (Ed.). *Social theories of risk*. p. 159).

²⁰²³ Sobre a constituição social da realidade pelas instituições sociais ver: BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. p. 86-87. Para uma aplicação dessa perspectiva teórica à questão relativa à percepção do risco ver: DOUGLAS, Mary. *Risk acceptability according to the social science*. p.83-90.

realidade”²⁰²⁴, indubitável é o fato de que os tribunais criam a realidade onde estão inseridos os fatos que afirmam regular²⁰²⁵.

Além disso, sublinhe-se que estando a função de comunicação dos riscos relacionada com o fato de que a assunção, por dada instituição social, de um determinado conjunto de valores morais afeta sua percepção do risco²⁰²⁶, tem-se que os tribunais superiores, ao decidirem por uma forma de tratamento do risco, acabam por sinalizar a forma como aqueles valores são por eles compreendidos²⁰²⁷. Assim, se é certo afirmar que “os valores aceitos por uma dada sociedade como fundamentais são os que definem certas escolhas como trágicas”²⁰²⁸, também é correto sustentar que a partir da análise da maneira pela qual certos valores são concretizados por determinadas instituições sociais, tais como os tribunais, é possível descobrir relevantes indicações de como determinada sociedade constitui, compreende e trata de suas tragédias.

Segundo Mary Doulgas, a compreensão do filtro por meio do qual a percepção social do risco é construída por dada instituição permite aclarar questões inúmeras atinentes à atuação dessa (*in casu*, dos tribunais superiores), tais como: quais as estratégias adotadas para reforçar certas normas e implementar a coordenação do comportamento dos indivíduos²⁰²⁹. Para se obter tal compreensão deve-se realizar o que poder-se-ia denominar “teste de justificação”, que consiste em inquirir acerca da lógica adotada pela instituição quando da seleção do risco, assim como acerca da coerência do sistema de regras adotadas pela instituição na classificação e distribuição do risco²⁰³⁰.

A adaptação desse teste aos propósitos deste trabalho faz surgir as seguintes perguntas: Como os tribunais brasileiros distribuem o risco relativo à violência urbana no Brasil, especificamente quanto à sua manifestação em certos locais? Com base em que regras

²⁰²⁴ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. São Paulo: Vozes, 2002. p. 161.

²⁰²⁵ Segundo Peter L. Berger e Thomas Luckmann (BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. p. 163), “aqueles que ocupam as posições decisivas de poder estão prontos para usar seu poder a fim de impor as definições tradicionais da realidade à população submetida à sua autoridade” e, conforme se demonstra, em regra o fazem.

²⁰²⁶ DOUGLAS, Mary. *Risk acceptability according to the social science*. New York: Sage, 1985. p.3.

²⁰²⁷ Segundo Mary Douglas, “a preocupação moral guia não somente a resposta ao risco, mas a faculdade básica de percepção.” (DOUGLAS, Mary. *Risk acceptability according to the social science*. p. 60)

²⁰²⁸ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. p. 17

²⁰²⁹ DOUGLAS, Mary. *Risk acceptability according to the social science*. p. 92.

²⁰³⁰ DOUGLAS, Mary. *Risk acceptability according to the social science*. p. 84.

jurídicas é feita essa distribuição? Que justificativas são apresentadas para legitimar essa distribuição? Que representação coletiva informa a constituição dessa distribuição? Que mensagem é emitida para as outras instâncias sociais por meio dessas decisões?

6.1 “No meio do caminho tinha uma pedra”²⁰³¹: o veículo de transporte coletivo como alvo da violência exterior

Pelo menos desde o início dos anos 70 do século XX os tribunais brasileiros vinham sendo obrigados a se debruçar sobre o problema dos efeitos de atos criminosos realizados por terceiros sobre a relação estabelecida entre transportador e passageiro, o que havia permitido a formação e cristalização de certos entendimentos jurisprudenciais. O ponto inicial dessa jurisprudência, porém, não tratava de assaltos, mas abordava a questão relativa aos objetos intencionalmente lançados ao interior dos veículos de transporte.

Em 03 de dezembro de 1973, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal, ainda com a competência para uniformizar a jurisprudência relativa à legislação federal, teve de decidir, no julgamento do Recurso Extraordinário 73294 proveniente do então estado da Guanabara, se caberia condenar a uma indenização empresa de transporte na qual passageiro é vítima de um disparo de arma de fogo feito por motorista de outro veículo em razão de discussão travada com o motorista do ônibus em que aquela viajava.

A decisão do Tribunal de Justiça da Guanabara havia sido no sentido da improcedência da ação por entender que tendo o disparo sido feito por terceiro não poderia ser a transportadora responsabilizada pelo que aconteceu, embora seu funcionário (motorista) tenha começado a discussão “na hipótese, não se pode presumir a culpa do preposto em relação ao ocorrido com o apelado, viajante que era, já que ele próprio afirma e comprova que fora vítima de uma disparo partido de terceiro”²⁰³². Para o tribunal estadual não foi a discussão em si que vitimou o passageiro, mas, sim, o ato exclusivo do terceiro. Por isso não poderia a transportadora ser responsabilizada, pois, “do contrário, seria admitir sua responsabilidade por tudo que

²⁰³¹ ANDRADE, Carlos Drummond de. No meio do caminho. In: ANDRADE, Carlos Drummond. *Alguma Poesia*. 2. ed. São Paulo: Record, 2001.

²⁰³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 73.294*. p. 3.

ocorresse dentro do veículo, sem qualquer participação dos seus prepostos, tal como pelos assaltos que muitas vezes sucedem em ônibus, executado por terceiro”²⁰³³.

Ao Ministro Xavier Albuquerque, assim como ao Tribunal da Justiça da Guanabara, a questão dizia respeito à incidência ou não das súmulas 187²⁰³⁴ e 341²⁰³⁵ do STF, a primeira em razão do fato do terceiro (autor do disparo) e a segunda tendo em vista da atitude do preposto da empresa de transporte (motorista iniciou a discussão). Enquanto o tribunal estadual entendeu que não se aplicaria a súmula 187 porque o disparo de arma de fogo por outro motorista constituía ato exclusivo de terceiro sem qualquer vinculação com a atividade de transporte, entendia também não ser hipótese para a incidência da súmula 341 por entender que, embora o funcionário da empresa tivesse dado causa à discussão, não haveria dado causa às lesões sofridas pelo passageiro, que seriam inteiramente atribuídas unicamente ao autor dos disparos. Contrariamente, o Ministro Xavier Albuquerque entendia que:

Discussões desse gênero chegam a ser rotina no trânsito do Rio de Janeiro, felizmente não no sendo desfechos como o que essa teve. Mas tais desfechos também não chegam, por desgraça, a ser raros. A imprensa se ocupa freqüentemente com episódios análogos, que sociólogos, psicólogos e médicos procuram interpretar em estudos sérios e conhecidos.²⁰³⁶

Daí porque concluir, acompanhado por todos os demais membros da turma, que:

[...] o fato de terceiro, que deu causa aos danos sofridos pelo recorrente, não pode considerar-se estranho à exploração do transporte urbano de pessoas numa cidade como o Rio de Janeiro, a ponto de equiparar-se ao caso fortuito ou à força maior. Principalmente quando, como reconhece o Tribunal a quo, deu-lhe ensejo, não importa que sem proporção, a discussão provocada pelo preposto da transportadora.²⁰³⁷

Pois bem: na análise dos demais recursos extraordinários que trataram do problema relativo a objetos lançados ao interior de veículos de transporte público não se encontra nenhum outro caso no qual tenha ocorrido a participação direta ou indireta de qualquer funcionário das empresas de transporte. Tal, não obstante o debate acerca da incidência ou não da súmula 187 do STF. Ou seja, o ponto fundamental da discórdia está localizado na qualificação desse ato

²⁰³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 73.294*. p. 3.

²⁰³⁴ “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.”

²⁰³⁵ “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

²⁰³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 73.294*. p. 4.

²⁰³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 73.294*. p. 4.

de terceiro como ato que se insere nos riscos do contrato pelos quais deve responder o transportador ou como ato que não guarda conexão alguma com o contrato de transporte e que, portanto, exonera o transportador de qualquer responsabilidade.

A análise do conjunto dessas decisões do Supremo Tribunal Federal também permite concluir que nesse tribunal nunca houve uma orientação pacífica. Enquanto a segunda turma entendia que as empresas de transporte de passageiros deveriam ser responsabilizadas pelos danos decorrentes desses eventos, a primeira turma afirmava que deles não decorria nenhuma responsabilidade para aquelas, o que correspondia a uma orientação jurisprudencial constante proveniente do Rio de Janeiro.

Em outras duas oportunidades, a segunda turma se debruçou sobre recursos extraordinários relativos ao problema.

Em 09 de maio de 1986, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 109068/RJ na ação indenizatória movida por Sebastião Ponciano Ferreira contra a Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) em razão dos danos que sofrera por ter sido atingido por pedra atirada em vagão no qual viajava, a segunda turma entendeu, por unanimidade, que:

A obrigação da transportadora é levar incólume o passageiro a seu destino e se é de certo modo comum, como de fato é, o lançamento de pedras no interior dos trens, principalmente nas localidades suburbanas das grandes cidades, deveria o transportador adotar as providências cabíveis para evitar acidentes desse gênero.²⁰³⁸

O Recurso Extraordinário fora interposto pela vítima porque o Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro também mantinha o entendimento de que tais fatos não eram capazes de gerar responsabilidade para a empresa de transportes conforme resta claro da ementa da decisão proferida, no caso, pela quinta câmara do referido Tribunal:

Responsabilidade civil. Passageiro atingido por uma pedrada, no interior do trem. Não se insere entre os riscos do contrato, pelos quais deve responder o Transportador diante da cláusula de incolumidade inerente a todo contrato de transporte o fato imprevisível, absolutamente estranho à natureza da atividade regulamentada pelo contrato. Embora a Súmula 187 do STF tenha consagrado o entendimento de que o fato de terceiro não exonera o Transportador da obrigação de indenizar, tal obrigação não subsiste se o fato

²⁰³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.068*. p. 4.

realmente constituir causa estranha ao devedor, isto é, quando elimine, totalmente, a relação de causalidade entre o dano e o desempenho do contrato.²⁰³⁹

Em seu voto, o Min. Aldir Passarinho discorda do entendimento expresso pelo tribunal estadual e assevera que à súmula 187 vinha sendo dada interpretação ampla enquadrando-se por isso, a seu ver, a hipótese *sub judice* no verbete da mesma. Em seu auxílio refere o relator²⁰⁴⁰ a manifestação do Min. Cunha Peixoto que sustentara no Recurso Extraordinário 80412/RJ (em que se discutia a responsabilidade da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) em razão de passageira ter sido projetada para fora da composição quando da tentativa de roubo por ela sofrida) ser a intervenção de um ladrão um ato “absolutamente previsível”. Daí porque não o considerara força maior capaz de afastar a responsabilidade do transportador²⁰⁴¹. Trazia também à colação²⁰⁴² a manifestação do Min. Oswaldo Trigueiro nos Embargos ao Recurso Extraordinário 70400/SP²⁰⁴³.

O Min. Aldir Passarinho desenvolveu o argumento também defendido pelo Min. Cunha Peixoto no Recurso Extraordinário 80412/RJ, afirmando que “o fato é previsível, pela frequência de incidentes do gênero”²⁰⁴⁴. Nessa esteira concluiu:

Não fosse, na verdade, a indiscutível frequência de acidentes da natureza focalizada nos autos, poder-se-ia admitir a existência de caso fortuito, mas se a ocorrência da espécie são comuns, não é possível excluir-se a responsabilidade do transportador que já teria de ter adotado providências, nos seus trens, para que os passageiros não sofressem atentados de tal tipo.²⁰⁴⁵

Tem-se aqui, novamente, um argumento impositivo às empresas da responsabilidade pelos danos decorrentes de eventos que com frequência surgem durante a execução de sua atividade profissional.

²⁰³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.068*. p. 4.

²⁰⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.068*. p. 4.

²⁰⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 839.

²⁰⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 839.

²⁰⁴³ Esses, embora abordassem questão relativa à incidência da súmula 187, tratavam de dano produzido ao passageiro de ônibus em virtude de colisão do ônibus com um caminhão. No seu voto, o Min. Oswaldo Trigueiro assinalava tratar-se de ação proposta contra a empresa de transportes, que procurava eximir-se da responsabilidade alegando a ocorrência de culpa exclusiva de terceiro, argumento este que o relator entendia não prosperar por ter, nessa situação, “cabimento a Súmula 187, que, enquanto não revogada, impede possa o transportador esquivar-se de responder pelo acidente, se a culpa é de terceiro.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 70.400 (Embargos)*. p. 93).

²⁰⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 1292.

²⁰⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 1292.

Um ano depois, em 30 de junho, a segunda turma julgava o Recurso Extraordinário 113555-7/RJ. Mais uma vez se debatia o se uma empresa de transporte coletivo deveria indenizar em razão de dano decorrente de pedra lançada contra o veículo. No caso em questão, o passageiro falecera um dia após sofrer lesões resultantes do fato de ter sido atingido por pedra atirada de fora do veículo. Sua esposa (Lucimar de Almeida Malvino) e filhos requeriam que uma indenização fosse paga por Livane Transportes S.A..

Também esse Recurso Extraordinário decorria da irresignação das vítimas com a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para o qual, até então, o arremesso de pedra constituía caso fortuito e, assim, afastando a responsabilidade do transportador. A decisão recorrida recebeu a seguinte ementa:

Responsabilidade civil. Indenização. Arremesso de pedra contra ônibus. A responsabilidade civil oriunda de contrato de transporte de passageiro, regula-se pela Lei de Estradas de Ferro, sendo uma responsabilidade que pode ser neutralizada por caso fortuito (sic) ou força maior, ou por culpa do passageiro. O arremesso de pedra constitui caso fortuito (sic).²⁰⁴⁶

Em seu voto no Recurso Extraordinário, o relator, Min. Carlos Madeira, entendeu, porém, contrariamente à opinião do Tribunal estadual afirmando não ser “incomum o fato de arremessarem pedras nos transportes coletivos”²⁰⁴⁷. Para ele tal evento constituía “um risco que corre o transportador porque não é um fato estranho ao trânsito”, havendo, assim, a previsibilidade que “acarreta a responsabilidade objetiva, consagrada em nosso direito desde o art. 17 da Lei 2681, de 1912”²⁰⁴⁸. Como reforço de seu argumento também referia os Embargos ao Recurso Extraordinário 70400/SP que interpretava o Decreto-lei relativo às estradas de ferro como instituidor de culpa presumida contra a empresa de transporte²⁰⁴⁹. Porém, o Min. Aldir Passarinho discordou do relator, entendendo haver só responsabilidade da empresa, nesses casos, apenas quando comprovado que, no trecho em que se deu o atentado, tal evento era comum, o que não teria ocorrido no caso em tela:

Já decidi, como Relator, nesta Turma, e fui acompanhado pelos demais integrantes da assentada, em caso de passageiro de ferrovia vitimado por uma pedrada contra o trem, que, realmente, a responsabilidade da Estrada de Ferro se configurava, de vez que era comum, no trecho em que se deu o

²⁰⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 2.

²⁰⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 3.

²⁰⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 3.

²⁰⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 3

atentado, haver ataques com pedras a trens. Então, a responsabilidade da ferrovia se caracterizava, de vez que já deveria ter tomado providências para evitar que tal tipo de atentado continuasse ou, pelo menos, dotar o veículo de proteção tal que impedisse que as pedras atingissem os passageiros.²⁰⁵⁰

Somada essa opinião àquela que como relator manifestara no Recurso Extraordinário 109068/RJ, anteriormente analisado, é possível concluir de forma inequívoca que o que importava ao Ministro Aldir Passarinho, para atribuir responsabilidade à empresa, não era demonstração de ser evento produtor do dano um evento de ocorrência freqüente *in abstracto* (isto é, considerando o que normalmente acontece tomando-se o gênero da atividade desenvolvida pela empresa²⁰⁵¹); pelo contrário, o que importava era a demonstração de que o evento lesivo ocorrido na linha era algo “muito comum”, sendo fundamental a demonstração *in concreto* de que em tal trecho tais atentados apareciam com certa habitualidade, de modo que, tendo conhecimento desse fato habitual, caberia à empresa tomar medidas efetivas para evitar danos.

Além disso, em reforço à sua opinião defendida neste Recurso (Recurso Extraordinário 113555-7/RJ), o Min. Aldir Passarinho assume distinção entre a forma de exploração da atividade de transportes de passageiros por via férrea e por via rodoviária. Por tratar-se de ônibus, as condições de segurança deveriam ser verificadas pelos órgãos concessionários²⁰⁵², o que lhe permitia concluir que, não havendo nenhuma manifestação desses órgãos que informassem da insegurança dos ônibus, esses não poderiam ser tidos por inseguros. Logo, não havia legitimidade em se presumir a negligência da empresa: “Assim, não me parece se possa atribuir culpa, ‘in vigilando’ ou ‘in eligendo’ à empresa transportadora, porque as providências que deveria ter tomado, ela as adotou, já que não houve nenhuma observação quanto aos ônibus não oferecerem condições normais de segurança”²⁰⁵³.

²⁰⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 5.

²⁰⁵¹ Essa interpretação, que permitiria concluir pela adoção de uma responsabilidade objetiva, é reforçada pela ementa do referido *Recurso Extraordinário nº 109068* na qual se lê: “Responsabilidade civil da ferrovia. Passageiro atingido por pedrada. Freqüência em tal tipo de ocorrência. Aplicação da Súmula 187. **A obrigação da ferrovia é transportar incólume o passageiro, e não há de excluir-se sua responsabilidade se é freqüente, principalmente nos subúrbios das grandes cidades, desocupados atirarem pedras nos trens, com risco de serem os passageiros atingidos.** Aplicação, em consequência, da Súmula 187. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença de primeiro grau.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.068*. Grifo nosso).

²⁰⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 5.

²⁰⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. p. 5.

Se a segunda turma afirmava a responsabilidade das empresas de transportes de passageiros nessas hipóteses, com base em critérios de responsabilidade subjetiva (através da admissão de existência de uma culpa presumida contra o transportador)²⁰⁵⁴, a primeira turma, também com base em critérios de responsabilidade subjetiva, optava em casos semelhantes por afastar a condenação dessas empresas por acreditar que a constatação de que as pedras eram lançadas do exterior afastava qualquer possibilidade de alegação de que haviam agido com culpa.

Assim é que, em 21 de abril de 1987, a primeira turma do Supremo Tribunal Federal teve de julgar o Recurso Extraordinário 112411/RJ interposto por Carmem Lúcia da Piedade Siqueira contra a decisão proferida pela 7ª Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Rio de Janeiro que havia dado por improcedente pedido de indenização daquela à Companhia Brasileira de Trens Urbanos em razão do fato de ter sido atingida por uma pedra atirada na direção da composição em que viajava, entre as estações de Piabetá e Saracuruna.

Conforme o relatório, a ação impetrada pela vítima já havia não havia sido albergada no mérito quando do julgamento de primeira instância, pois o julgador havia sustentado a inaplicabilidade da súmula 187 do STF por entender que essa alcançava apenas fatos de terceiro que se configuravam como intromissões na circulação, o que não ocorreria na hipótese de danos decorrentes de pedras lançadas ao veículo²⁰⁵⁵.

Ao argumento da autora, em sede de apelação, de que o fato era ordinário e comum e que por anos a ferrovia assumia uma atitude passiva, a Câmara do tribunal estadual responsável pelo julgamento respondeu com o argumento de que “a ‘pedrada’, por si só, não é fato notório”, não se sabendo “no local, entre as Estações de Piabetá e Saracuruna era repetitivo o ocorrido, podendo até sê-lo noutras”²⁰⁵⁶. Perceba-se que aqui reaparece a idéia de que para se afirmar a recorrência do evento é necessário demonstrá-lo *in concreto*, ou seja: não importa se pedradas são fatos comuns em outros trajetos, em outras linhas, não importa se *in abstracto* é possível falar na sua ordinaryness. O que interessa é demonstrar a sua habitualidade no trecho onde

²⁰⁵⁴ Há, claramente no julgamento do *Recurso Extraordinário nº 113.555* uma confusão entre os critérios das responsabilidades objetiva e subjetiva, em outras palavras, entre risco e culpa presumida. Essa confusão se expressa na redação da ementa do referido recurso: “Responsabilidade civil. Dano sofrido em transporte coletivo, do qual resultou morte do passageiro. Fato de terceiro. Impede o verbete 187 da Súmula do STF, possa o transportador esquivar-se da responsabilidade pelo acidente, se **a culpa é presumida e constitui risco empresarial** consagrado no Direito brasileiro desde a Lei 2681, de 1912.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. Grifo nosso)

²⁰⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*.

²⁰⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*. p. 4.

ocorreu o dano; se não há prova, não há como demonstrar a ocorrência de específica violação do dever de cuidado, não se podendo declarar a culpa do transportador.

Tomando como premissa a idéia de que o fato de terceiro que exonera a responsabilidade do transportador é aquele que se configura como “causa estranha” em relação ao desenvolvimento natural do contrato de transporte²⁰⁵⁷, o Tribunal irá afirmar que a sentença de primeiro grau estava correta “tanto porque o fato da lesão por pedrada não decorre de omissão da Ré (culpa), tanto porque não se insere nas hipóteses pelo que poderia responder pelo terceiro que, no caso, obrou sozinho”²⁰⁵⁸.

A vítima, diante da decisão do Tribunal de Justiça, apresentou Recurso Extraordinário alegando a negativa de vigência ao art. 17 do Decreto-lei 2681/12 e a divergência com o acórdão proferido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 73294/GB (anteriormente referido).

Admitido o recurso, a primeira turma, por unanimidade, acompanhou o voto do relator Min. Octavio Gallotti que defendia a inaplicabilidade da súmula 187 aos casos que tratavam de danos sofridos por passageiros em razão de serem atingidos por pedradas lançadas contra o veículo, isso porque, conforme a consulta aos precedentes da referida súmula, indicava-se a mesma havia sido editada em razão dos danos decorrentes de colisão de veículos, não sendo coerente sua extensão para abarcar outros atos de terceiros. A essa constatação o relator agregava outro argumento com base na análise das referências legislativas da súmula:

A simples consulta das referências legislativas da Súmula – artigos 17 e 19 da Lei 2.681/12 – aponta para a conclusão de que a culpa de terceiro, referida no verbete, não é a decorrente de ato de pessoa estranha ao tráfego de veículos, porquanto regulada, no art. 19, a hipótese de acidente ocorrido nas linhas de uma estrada de ferro, por culpa de outra.²⁰⁵⁹

Note-se que o relator, na passagem acima, indica uma interpretação da súmula 187, o que na opinião do Min. Victor Nunes Leal, criador do instituto da “Súmula da Jurisprudência

²⁰⁵⁷ Idéia que sustenta com suporte em citações a Garcez Neto e Aguiar Dias e se utilizando da opinião de Orlando Gomes de que caso fortuito, como conceito antitético ao de culpa, é todo aquele que, sendo estranho à vontade do devedor, não lhe pode ser imputado (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*. p. 6).

²⁰⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*. p. 7.

²⁰⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*. p. 10.

Predominante do Supremo Tribunal Federal”²⁰⁶⁰, era, no mínimo, equivocado já que, segundo ele, não sendo ela uma regra não deveria ter o conteúdo de seus enunciados interpretados:

O que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a *Súmula* é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal. A *Súmula* deve, pois, ser redigida tanto quanto possível com a maior clareza, sem qualquer dubildade, para que não falhe aos seu papel de expressar a inteligência dada pelo Tribunal.²⁰⁶¹

A súmula surge assim, nessa manifestação, com a finalidade de cumprir o ideal de clareza (garantia de segurança) antes atribuído à lei²⁰⁶². Nunes Leal defendia que, não sendo a súmula norma autônoma, mas síntese de orientação jurisprudencial, isto é, “um método de trabalho, através do qual esta Corte [STF] tem procurado eliminar dúvidas de interpretação”²⁰⁶³, interpretá-la seria “fazer interpretação da interpretação”²⁰⁶⁴ e, portanto, fazer retornar a “insegurança que a *Súmula* quis remediar”²⁰⁶⁵, daí porque defendia que se o enunciado fosse defeituoso deveria ser cancelado e reescrito (o que justificaria o fato de ser inscrito, em seu novo texto, sob novo número).

Acontece que, no entanto, como se percebe da abordagem realizada sobre a súmula 187 pelo Min. Galloti no referido Recurso Extraordinário, as súmulas acabaram assumindo um papel não previsto por seu criador: elas passaram a ser lidas como a expressão da *ratio decidendi* comum a um número preciso de decisões judiciais, ou seja, como generalização dos entendimentos manifestados em seus precedentes. Poderíamos dizer, de acordo com Miguel Reale, que as súmulas, ao se revelar a interpretação dada a uma delas ou a um conjunto de normas jurídicas, acabam por expressar também certos “modelos jurídicos”²⁰⁶⁶. Assim, a

²⁰⁶⁰ Por emenda ao regimento interno do STF publicada em 30 de agosto de 1963.

²⁰⁶¹ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 145, p. 1-20, jul.-set. 1981. p. 11.

²⁰⁶² Tradicionalmente se dizia que a interpretação não tinha lugar quando a lei fosse clara e precisa sendo que vários eram os brocardos latinos utilizados para expressar essa idéia, entre esses, o mais conhecido, o que diz: *in claris non fit interpretatio*. A presença dessa orientação encontra-se, por exemplo, em passagem do *Compêndio de Hermenêutica Jurídica* escrito por Paula Baptista e publicado pela primeira vez no Recife em 1860: “Interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa” (BAPTISTA, Francisco de Paula; RAMALHO, Joaquim Ignácio; TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 4).

²⁰⁶³ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. p. 13.

²⁰⁶⁴ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. p. 13.

²⁰⁶⁵ LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. p. 13.

²⁰⁶⁶ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 29-30.

interpretação da súmula se faz necessária para a identificação e compreensão dessas estruturas cuja unidade de sentido se dá em razão dos fins que devem ser, através delas, realizados²⁰⁶⁷.

Pois bem: a menção ao art. 19 do Decreto 2681/12 pelo Min. Octavio Gallotti é feita para concluir que o “terceiro” mencionado na súmula corresponde a uma referência restrita aos sujeitos que dirigindo outros veículos causam danos aos passageiros da empresa de transporte em razão de colisão, isto é, de acidentes de trânsito. Ocorre que, se analisados todos os precedentes da súmula 187, acaba-se por perceber que o relator para construir sua tese utiliza um recurso quase-lógico que se caracteriza por apresentar um argumento encontrado em uma das decisões como se estivesse presente em todas.

As decisões sobre as quais repousa a referida súmula são seis²⁰⁶⁸. Dessas, apenas metade²⁰⁶⁹ faz referência ao art. 19 do Decreto-lei 2681/12, sendo que as demais referem apenas o art. 17 do referido diploma. Além do mais, a única passagem em que encontramos a referência àquele artigo não diz respeito à fundamentação da responsabilidade do transportador, mas a seu direito de regresso.

O precedente que melhor desenvolve a menção ao art. 19, evidenciando mais claramente sua finalidade, está, decerto, nos Embargos ao Recurso Extraordinário 42979/GB. Após deixar claro que a questão relativa à responsabilidade do transportador pelos danos sofridos pelo viajante se regula pelo art. 17 do Decreto-lei 2681/12, o Min. Gonçalves de Oliveira afirma

²⁰⁶⁷ Segundo Miguel Reale, a importância da atividade dos tribunais está, entre outras coisas, no que denomina “determinação hermenêutica” dos modelos jurídicos com o objetivo de adaptá-los às exigências da vida comunitária, função essa intensificada pela intervenção das súmulas (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. p. 71-72). Assim, também Judith Martins-Costa, que se propõe a analisar “as formas de atuação da boa-fé objetiva no processo obrigacional, averiguando, concomitantemente, os reflexos dessa atuação no perfil do sistema de direito privado” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 21), destaca o papel da jurisprudência na formação de catálogos de casos que possuem similar *ratio decidendi*, que podem se expressar através de súmulas (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. p. 331).

²⁰⁶⁸ Embargos ao Recurso Extraordinário 42979 e o Recurso Extraordinário 45426, ambos de 1961; os Embargos aos Recursos Extraordinários 49149, 36265, 52712 e 33144, o primeiro de 1962 e os demais de 1963.

²⁰⁶⁹ É no Recurso Extraordinário 49149/GB, e nos Embargos aos Recursos Extraordinários 42979/GB e 33144/BA que encontramos a menção ao art. 19 do Decreto-lei 2681/12, mais especificamente nos votos do Min. Gonçalves de Oliveira, presentes no Recurso Extraordinário 49149/GB e nos Embargos ao Recurso Extraordinário 42979/GB, no voto do Min. Victor Nunes, nos Embargos ao Recurso Extraordinário 49149/GB e no voto do Min. Hahnemann Guimarães, nos Embargos ao Recurso Extraordinário 33144/BA. No Recurso Extraordinário 45426/GB, embora exista referência ao artigo (esta se encontra na transcrição da ementa do acórdão recorrido do Tribunal da Guanabara, não possuindo relação alguma com a questão submetida ao Supremo Tribunal Federal), não há no voto do relator do referido Recurso Extraordinário nenhuma menção ao dispositivo.

que, de acordo com os arts. 18 e 19 do mesmo estatuto legal, a empresa de transporte teria a possibilidade de exercer direito reversivo contra os agentes por cuja culpa se der o acidente, titulando o mesmo direito se o desastre acontecer nas linhas de uma estrada de ferro por culpa de outra, respectivamente. A menção ao art. 19, juntamente com o art. 18, não é feita para fundamentar a responsabilidade do transportador frente ao passageiro, mas para amparar o direito dessa de, por ação regressiva, se ressarcir frente ao genericamente denominado terceiro:

Na hipótese, portanto, tendo a companhia de bondes transportado o passageiro, ela é, em princípio responsável. Sua culpa é presumida, como vimos. Havendo colisão de veículos, ou no caso que o passageiro foi arrancado do estribo por outro veículo, ela pode ter, se provar a culpa de terceiro, ação regressiva contra esse mesmo terceiro, nos termos do art. 19 transcrito. Mas, ela é que responde perante o transportado, ora embargado.²⁰⁷⁰

Aliás, o Ministro Gallotti faz referência em seu voto (no Recurso Extraordinário 112411/RJ) exatamente a esse exato trecho do voto do Min. Gonçalves de Oliveira. Contudo, inexplicavelmente não o vincula a questão da ação de regresso, mas o toma como indicação de que o referido diploma legal somente admite a responsabilidade da empresa de transporte diante de seus passageiros quando o acidente decorre da intervenção de outro veículo.

Ao Ministro Gallotti as decisões que originaram a súmula 187 permitiam concluir que somente se pode falar em uma responsabilidade que surge em razão de acidentes de transporte, mais especificamente, “acidentes provocados por condutores de veículos”²⁰⁷¹. Isso porque para ele:

[...] o grau de previsibilidade do acontecimento difere segundo uma ou outra das modalidades em confronto (pedrada ou colisão) e o nexos causal existente entre o acidente próprio da circulação de veículos já não ocorre quando a hipótese é de evento provocado por pessoa estranha àquela natural circulação.²⁰⁷²

A questão se traduzia, assim, num problema de previsibilidade. Se não era possível falar-se em imprevisão diante de uma colisão de veículos, se poderia, ao contrário, afirmar a imprevisibilidade do lançamento de uma pedra em direção ao ônibus. Como já sustentamos

²⁰⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979 (Embargos)*. p. 8.

²⁰⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*. p. 10.

²⁰⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*. p. 12.

acima, é possível perceber que, enquanto o argumento que ampara a previsibilidade dos acidentes de transporte toma-os *in abstracto*, isto é, não se exige a demonstração da recorrência de colisões nos trechos em que ocorreram os acidentes causadores dos danos objeto das ações indenizatórias, o argumento acerca da imprevisibilidade das pedradas se sustenta na inexistência de provas de sua recorrência nos locais por onde circulavam os veículos, isto é, o importante é verificar se no trecho onde ocorreu o dano tal fato era habitual.

Os artigos 18 e 19 servem então como indicações dos eventos que a lei teria admitido como habituais, logo previsíveis. A explicação para o fato do direito de regresso estar regulado em dois dispositivos diferentes seria a assunção da premissa de que a ação regressiva pode ser direcionada a dois grupos de sujeitos distintos que, porém, possuem algo em comum; seus atos são apresentados pela legislação como conexos com a atividade da empresa de transporte: o art. 18 permite que a transportadora direcione a ação de regresso para “os agentes por cuja culpa se der o acidente”²⁰⁷³, o art. 19 permite a transportadora direcioná-la para outra companhia ferroviária por cuja culpa produz o desastre²⁰⁷⁴.

O ponto a resolver então se localiza no sentido dado à palavra “agente” presente no referido art. 18, porque se com ela se pretendesse indicar o sujeito causador direto e imediato do dano poder-se-ia sustentar, ao contrário do que fazia o Min. Gallotti, que fosse quem fosse esse terceiro a empresa deveria indenizar o dano causado por ele ao passageiro se ocorrido por ocasião do transporte, cabendo a empresa buscar se ressarcir através da ação de regresso. Assim, não interessaria se o passageiro sofre dano em razão da colisão com o veículo de outra empresa de transporte, em razão de colisão com veículo particular ou em vista de uma pedra arremessada do exterior ou de um disparo de arma de fogo no interior do veículo; haveria responsabilidade da transportadora e a conseqüente possibilidade dessa se reembolsar junto ao causador do dano.

Ocorre que a expressão “agente” se entendia de forma bem limitada: significava os empregados, os funcionários da empresa de transporte, pois o art. 18 do Decreto-lei 2681/12 dialogava com o antigo art. 142 do Decreto 1930 de 26 de abril de 1857, que aprovava o regulamento sobre segurança, polícia e conservação das estradas de ferro em tráfego e

²⁰⁷³ Artigo 18: “Serão solidários entre si e com as estradas de ferro os agentes por cuja culpa se der o acidente. Em relação a estes, terão as estradas direito reversivo.”

²⁰⁷⁴ Artigo 19: “Se o desastre acontecer nas linhas de uma estrada de ferro por culpa de outra haverá em relação a esta direito reversivo por parte da primeira.”

estabelecia que “a administração individual ou colectiva de uma estrada de ferro é civilmente responsável pelos danos que causarem os seus empregados no exercício de suas funções”; sendo assim, tinha direito a buscar se ressarcir frente a esses do prejuízo indenizado às vítimas.

Tem-se, com isso, que as regras relativas ao direito de regresso eram utilizadas para justificar, com base em uma interpretação sistemática, o limite da responsabilidade do transportador por atos de terceiros. Somente aqueles sujeitos que se entendia orbitarem ao redor da atividade da empresa de transporte por vínculos de subordinação (empregados) ou de concorrência (outras companhias de transporte) podiam gerar com seus atos a responsabilidade daquela.

Um mês após o julgamento do Recurso Extraordinário 112411/RJ, a primeira turma se vê novamente envolvida em debate acerca da possibilidade ou não de estabelecer-se a responsabilidade do transportador pela reparação de danos produzidos contra seus passageiros em razão de atos criminosos de terceiros; mais uma vez era uma pedra arremessada contra veículo de transporte a causa do dano, e mais uma vez o fato ocorria no Rio de Janeiro. O Recurso Extraordinário 113194/RJ, julgado em 15 de maio de 1987, surgia da insatisfação de Antônio Lourenço da Silva diante da decisão proferida pela 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro. Esse, por unanimidade, resolvera manter a orientação jurisprudencial, já à época consolidada naquele tribunal, qual seja, a de que sendo a pedrada um fato de terceiro estranho à atividade de transporte isento de responsabilidade estava o transportador.

Para o tribunal estadual o entendimento contrário tinha o demérito de permitir o extremo de exigir-se do transportador que “colocasse policiamento nas ruas, para enfrentar os desordeiros, ou que trafegasse com os ônibus hermeticamente fechados com os vidros à prova de bala”. Complementava alegando que a primeira exigência seria ilegítima, pois “a missão de policiar as ruas está reservado (sic) ao Estado”, e que a segunda seria ineficiente, pois “na primeira oportunidade em que abrisse a porta do veículo, para entrar ou sair alguém, a pedra poderia ser lançada e atingir passageiro”. A isso agregava ainda argumento como que escorado na preocupação com o conforto do passageiro, já que “obrigar as pessoas a viajar

completamente vedadas, qual estivessem num tanque de guerra, ou num carro de transporte de valores, terminaria por constrangê-las a buscar outros meios de transporte”.²⁰⁷⁵

O tribunal estadual assume o problema da pedra lançada em direção ao veículo de transporte como algo que somente pode ser enfrentado através de estratégias que permitam que ele seja concretamente evitado. Daí porque a referência ao policiamento que, pela presença no local, poderia impedir que as pedras fossem lançadas e ao reforço da estrutura do veículo que poderia impedir que a pedra alcançasse os passageiros em seu interior.

Em nenhum momento o ato criminoso de terceiro é visto pelo tribunal como um risco que deve ser administrado pelo transportador, isto é, um risco que deve ser a ele imputado na medida em que o transportador pode absorvê-lo por meio de uma estratégia econômica que, se não evita que ele ocorra, evita que seu efeito – o prejuízo ao passageiro – se consume. A questão do ato criminoso de terceiro posta dessa maneira, como risco social que deve ser interiorizado pelo empresário como risco da atividade, fragiliza a alegação acerca da ilegitimidade e da ineficiência das exigências impostas ao transportador por esse fato social. Uma vez que se percebe a existência de estratégias econômicas, como o seguro, que permitem ao empresário assumir os custos dos danos decorrentes de eventos recorrentes na execução de sua atividade e que a adoção desse mecanismo lhe permite redistribuir esses mesmos custos, quando da fixação do preço cobrado pelo serviço prestado, compreende-se quão problemática é a alegação relativa à ineficiência e à ilegitimidade das medidas de imputação de responsabilidade objetiva.

Traduzindo para os termos de dogmática civil, dir-se-ia que, ao invés de abordar o dever do transportador de levar, incólume, de um ponto ao outro seu passageiro como uma obrigação de meio ou de resultado, tomar-se-ia a mesma como uma obrigação de garantia. Com isso há uma necessária mudança de foco, senão vejamos:

As obrigações de meio e resultado estão vinculadas à idéia de culpa. Pois se, nas obrigações de meio cabe à vítima demonstrar que o réu atuou culposamente, comportou-se aquém do que legitimamente era por ela esperado, nas obrigações de resultado não se exige da vítima *ab initio* essa demonstração sendo, pelo contrário, atribuída ao réu uma culpa presumida diante

²⁰⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 3.

da demonstração da vítima da existência do dano²⁰⁷⁶. Portanto, a discussão acerca de descumprimento da obrigação, isto é, do fato do devedor não ter agido conforme o grau de diligência esperada) transforma-se no ponto central da imputação de responsabilidade. .

Na obrigação de garantia o pressuposto é distinto, pois a compreensão de seu conteúdo não está vinculada à execução de um comportamento diligente, mas à eliminação de um risco que pesa sobre determinado sujeito, eliminação que “significa *a fortiori* reparar as conseqüências de sua realização”²⁰⁷⁷.

A compreensão do dever de incolumidade decorrente do contrato como vinculado a um comportamento pautado pela diligência e, portanto, sujeito a limites razoáveis de exigibilidade, resta clara na passagem do aresto em que se afirma que “**ainda que de todo não imprevisto**, o evento escapa da responsabilidade do transportador”, pois “entre as obrigações inseridas no contrato de transporte não se acha a de colocar policiamento para evitar crimes”²⁰⁷⁸. Haveria, pois, um limite a partir do qual não se poderia exigir que o transportador desempenhasse seu dever de cuidado. Isso porque “o Poder Público ao conceder os serviços de transporte não cogita de semelhantes tarefa, porque à criação de milícias particulares se opõe a Constituição, ao atribuir exclusivamente ao Estado a missão de manter polícia para proteção de seus cidadãos”²⁰⁷⁹. Dessa passagem resta inequívoca a assunção da culpa como patamar de responsabilidade do transportador, tanto assim que, em certa passagem, defendendo-se a impossibilidade da adoção da orientação do Recurso Extraordinário 109068/RJ (acima analisado), sustenta-se a inaplicabilidade da súmula 187/STF, porque o lançamento de pedra, como um crime comum, não se incluiria nos riscos assumidos pelo transportador, sendo um fato estranho ao contrato de transporte e cuja ocorrência não decorre de qualquer contribuição culposa do transportador²⁰⁸⁰.

Ora, se o dever de proteção fosse tomado como uma obrigação de garantia, a exigência não seria a da realização de um ato que tornasse possível evitar-se a ocorrência do risco que pende sobre a atividade, mas assumi-lo exatamente por não ser de todo imprevisto como, inclusive, admite o próprio tribunal. Se a obrigação é de garantia tem-se que diante da recorrência do

²⁰⁷⁶ COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. p. 533.

²⁰⁷⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. p. 535.

²⁰⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 4. Grifo nosso.

²⁰⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 4.

²⁰⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 4.

fato a cancelar sua conexão com a atividade empresarial há que se encarregar o transportador de reparar os danos decorrentes de sua ocorrência.

O tribunal afastava conscientemente essa opção permissiva de produzir uma maior distribuição dos custos provocados pelos danos, ou seja, de uma certa solidarização dos danos. Essa opção se evidencia quando se percebe que, embora o tribunal afirmasse que não fosse um fato que se incluía nos riscos assumidos pelo transportador, sustentava, ao mesmo tempo, que “poder-se-ia argumentar que o arremesso de pedras no veículo chegou a um número tal que se fazia de rigor a instituição de seguros, para cobrir esses riscos a que ficariam submetidos os passageiros” ressaltando, porém que:

[...] na verdade, a responsabilidade por acidentes daquela natureza só tem cabida nos países que adotam uma legislação fundada na teoria objetiva. É que neste caso, o transportador responde pelo danos materialmente causado ‘anche se devuto al fortuito o dalla forza maggiore’, consoante lição ministrada por Eugênio Bonvicini (*La Responsabilità Civile*, Milano, 1971, ed. Giuffrè, Vol. II, § 303, pág. 691). Em relação ao nosso sistema jurídico, contudo inexistente esse tipo de responsabilidade.²⁰⁸¹

Como suporte para a tese defendida, o Tribunal referia os artigos 1058 e 1285, II, do Código Civil de 1916, e do art. 17, inciso I, do Decreto-lei 2681 de 1912. Entendia que, se a partir do disposto nos artigos 1058 do CC e 17, I do diploma relativo ao transporte ferroviário era possível afirmar que a responsabilidade do transportador cedia diante da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, a redação do art. 1285, II do CC, permitia concluir que o roubo e as violências a ele semelhantes eram hipóteses que configuravam aquelas excludentes²⁰⁸². Nesse raciocínio estava implícita a aplicação analógica do regime do contrato de depósito (art. 1285, CC/16) ao contrato de transporte. A razão desse entendimento seria, é possível intuir, conferida pela assunção da premissa de que ambos contratos apresentam como conteúdo o dever de custódia. Porém, se isso é verdade para o contrato de transporte de coisas, não o é para o contrato de transporte de pessoas.

Outro argumento apresentado para afirmar o que considerava ser a orientação equívoca do Recurso Extraordinário 109068/RJ era o de que se essa fosse seguida chegar-se-ia a uma situação aberrante, uma vez que:

²⁰⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 5..

²⁰⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 5.

[...] diante de um crime de agressão que causasse sérios danos a um passageiro, a responsabilidade do transportador iria ser resolvida à base da posição da pessoa do agressor. Se este fosse companheiro de viagem da vítima, exonerado estaria o transportador face ao reconhecimento de caso fortuito. Se ao contrário, o agressor fosse um terceiro, a exemplo do transeunte que lança um projétil e atinge o passageiro, não tinha o transportador como escapar da responsabilidade.²⁰⁸³

Aí parece haver uma falácia, pois o reconhecimento da responsabilidade do transportador pelos danos decorrentes de ato criminoso de terceiro não implicaria o fato de que essa responsabilidade decorreria da posição da pessoa do agressor, mas, sim, da natureza da agressão. Assim, seria indiferente se o passageiro é lesado por um projétil que teria partido do exterior (pedrada) ou do interior (tiro em assalto), sendo irrelevante se o agressor era ou não companheiro de viagem da vítima.

Em seu voto, o relator, Min. Moreira Alves, defendeu a inaplicabilidade da súmula 187/STF quando o ato de terceiro fosse equiparável, para o transportador, a caso fortuito ou de força maior. No caso em questão, entendia que a inevitabilidade do evento era a prova da ausência de culpa “até porque inexistente a vinculação do fato com o contrato de transporte”²⁰⁸⁴. Referindo como precedentes os recursos extraordinários 112411 (visto anteriormente), 88407 e 109223 (analisados adiante) o relator asseverava que:

Em se tratando de ônibus comum – como é o caso presente –, a tarifa não comporta sequer que ele transite inteiramente fechado, o que demandaria sistema de ar condicionado, que é requisito de linhas de ônibus especiais, com tarifas muito mais elevadas. E, ainda assim, seriam necessários vidros inquebráveis, que não são exigíveis qualquer que seja o tipo de transporte coletivo por ônibus: comum ou especial.²⁰⁸⁵

Mais uma vez se percebe que o problema é enfocado com ênfase na questão acerca da inevitabilidade; nesse sentido, não há responsabilidade porque não havia nada que o transportador pudesse fazer para, concretamente, evitar que tais coisas aconteçam – logo não seria possível caracterizar-se a culpa do mesmo. Segundo o relator, quanto ao alcance do dever de proteção imputado ao transportador, não se poderia exigir “mais do que as condições previstas pela autoridade pública para a segurança dos passageiros”²⁰⁸⁶, ou seja, o parâmetro administrativo é entendido como o limite máximo de exigência dos consumidores, e não o

²⁰⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 5.

²⁰⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 8.

²⁰⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 9.

²⁰⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 9.

patamar mínimo. Essa perspectiva se reforça com a citação da opinião de Lalou referida no voto do Min. Cunha Peixoto no Recurso Extraordinário 88407/RJ. Nessa citação o autor francês reflete sobre os efeitos civis no contrato de transporte dos atos de criminosos dirigidos contra passageiros:

Nessa ordem de idéias, já foi julgado que os transportadores não são responsáveis pelos acidentes provenientes de ataques criminais em que os viajantes possam ser o alvo de terceiros. Assim, um viajante vítima de uma tentativa de assassinato não pode exercer nenhuma pretensão contra a companhia ferroviária, mesmo quando a disposição defeituosa dos vagões de alguma forma facilitou a ocorrência do atentado, se esses satisfazem a todas as condições prescritas pela autoridade administrativa para a segurança dos viajantes.²⁰⁸⁷

Essas considerações, para o relator, se aplicavam, indistintamente, quer o ato se praticasse dentro do veículo, quer tivesse ele origem externa²⁰⁸⁸.

Em reforço ao argumento de que seria um “despropósito” a exigência feita pelo passageiro em relação à empresa de transporte de que garantisse aquele específico nível de segurança, o relator mencionava passagem do voto do tribunal estadual no sentido de que “a missão de policiar as ruas está reservada ao Estado”²⁰⁸⁹, dando a entender que quem possuía um dever de garantir segurança seria a Administração Pública, o que permitia cogitar se o problema não era então de legitimidade passiva. Significaria então que o sr. Antônio Lourenço da Silva deveria ter proposto a ação indenizatória contra o Estado?

Mas isso de nada adiantaria também, pois o mesmo Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo mesmo Ministro, iria confirmar a orientação, que já há muito tempo se

²⁰⁸⁷ No original: “Dans cet ordre d’idées, il a été jugé que les voituriers ne sont pas responsables des accidents prevenants d’attaques criminelles dont les voyageurs peuvent être l’objet de la part des tiers (Req. ler aot 1929, D.P. 1930, 1.25). Ainsi um voyager victime d’une tentative d’assassinat ne peut exercer aucun recours contre une compagnie de chemins de fer, même par le motif que la disposition défectueuse des wagons auraient facilite l’attentat, si ces wagons satisfont à toutes les conditions prescrites par l’autorité administrative pour la sureté des voyageurs.”(LALOU, Henri apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 9).

²⁰⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 9.

²⁰⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 7.

consolidara na doutrina²⁰⁹⁰ e nos tribunais de justiça estadual²⁰⁹¹: do fato de a segurança pública dever constituir do Estado não se poderia concluir que a ocorrência de um crime

²⁰⁹⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello defende que a responsabilidade do Estado é subjetiva quando se discute o dever de reparar danos vinculados à sua omissão e, por essa razão, conclui que a omissão do Estado em obstar ao comportamento injurídico de terceiro é mera condição para a ocorrência do dano, mas não causa do mesmo, daí porque não seria suficiente para permitir sua responsabilização. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 795-797, 812-813; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *Revista dos Tribunais*, v. 552, p. 11-20, out./1981). Ao que tudo indica, o primeiro jurista brasileiro a manifestar essa opinião foi Oswaldo Aranha Bandeira de Mello em sua obra *Princípios gerais de Direito Administrativo* (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1969. vol. 2, p. 486-487). No mesmo sentido se expressa Sérgio Cavalieri Filho para quem a Constituição Federal de 1988 “responsabiliza o Estado *objetivamente* apenas pelos danos que os seus *agentes, nessa qualidade*, causem a terceiros. Logo, não o responsabiliza por atos predatórios de terceiros, como saques em estabelecimentos comerciais, assaltos em via pública, etc.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. p. 177). Também parece comungar desse entendimento Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. p. 178-184). Mesmo autores que compreendem a responsabilidade do Estado por omissão, como hipótese de responsabilidade objetiva, sustentam a sua exclusão por entender que aqui estaria presente o ato exclusivo de terceiro, isto é, por caracterizar-se como prova da ausência de nexos causal. Entre esses ver Nelson Nery Junior (NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da administração pública. Aspectos do direito brasileiro vigente: CF, 37, § 6º e CC 15. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 1, v. 01, p. 29-42, jan.-mar. 2000).

²⁰⁹¹ Especificamente em relação ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro observa-se que, no mesmo período, nele vigorava a opinião de que, nesses casos, não era possível falar-se em responsabilidade do Estado. A título de exemplo, podem ser mencionadas ementas tanto de julgamentos que partem da premissa de que a responsabilidade do Estado por omissão é subjetiva quanto dos que partem da premissa de que é objetiva: “Ação ordinária de indenização proposta contra o Estado por beneficiários de vítimas de assalto em via pública – Culpa objetiva do Estado – Não pode configurá-la o ato predatório de terceiro – Ininvocabilidade da teoria do risco administrativo, no art. 107 da CF prevista, se a omissão em que incorreu a autoridade relacionada com o dever de, através de policiamento eficaz, proporcionar à população segurança efetiva foi genérica e não específica, em relação às vítimas. Improcedência mantida.” (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Civil. Apelação cível nº. Relatora: Desembargadora Áurea Pimentel. *Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 06 fev. 1986) e “Furto de veículo na via pública – A teoria da responsabilidade civil do Estado é objetiva e decorrente do mau funcionamento dos seus serviços postos à disposição do cidadão, independentemente da culpa do agente administrativo – Limites do dever de vigilância. Sem o nexo causal que vincule o dano ao evento, não há como se carrear para o Poder Público os ônus de todos os males suportados pela sociedade nos dias coevos, porque isso ultrapassa a sua capacidade repressora ou de vigilância. Doutra forma, é argumentar com a utopia platônica *res communis omnium*. Os locais abertos à utilização pública adquirem caráter de comunidade, de fruição genérica, sujeitando-se à jurisdição administrativa das Municipalidades, no perímetro urbano, sendo injurídica qualquer privacidade. Provimento do apelo voluntário para julgar a ação improcedente, feito o reexame necessário.” (RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Civil. Apelação Cível nº. Relatora: Desembargadora Ellis Figueira, *Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 15 dez. 1988). Na última ementa expressa-se uma visão que estabelece clara oposição entre o espaço da comunidade e o reservado à privacidade, localizando nesse o “lugar da segurança” e naquele, que se caracteriza pela fruição genérica, isto é, sem controle, o “lugar da liberdade”. Ora, o que temos aqui é manifestação da idéia de que a efetiva proteção só existe no âmbito reservado à privacidade, à comunhão com aqueles que se encontram em comunidades restritas, “comunidades cercadas” pesadamente guardadas e eletronicamente controladas que eles comprem no momento em que têm dinheiro ou crédito suficiente para manter distância da ‘confusa intimidade’ da vida comum da cidade”, onde os moradores pagam para “manter-se à distância e viver livre dos intrusos”, entendidos esses como “as outras pessoas, culpadas de ter suas próprias agendas e viver suas vidas do modo como querem”; a comunidade, nesse sentido restrito, é compreendida como “um ‘ambiente seguro’ sem ladrões e à prova de intrusos” que é o oposto da comunidade, em sentido amplo, um lugar onde a livre circulação de pessoas facilita o risco de contato com “pessoas suspeitas” (BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*. p. 52, 103). Teresa Caldeira chama esses espaços, em que a sensação de segurança advém do grau de privacidade, de “enclaves fortificados”

acarretasse a sua responsabilidade²⁰⁹². O argumento fundamental é idêntico ao que justificava a ausência de responsabilidade do transportador: a ausência de nexo causal.

Se ao transportador se reconhecia um dever de segurança, mas se afirmava que não era tão extenso a ponto de abarcar o ato criminoso do terceiro e usava-se como justificativa o fato de que a segurança pública constitui-se como dever do Estado, a esse dever atribuído ao Estado se reconhecia o mesmo limite, isto é: não seria possível a partir dele sustentar a responsabilidade pelos danos decorrentes daquele ato criminoso.

Nesse sentido, ao julgar o Recurso Extraordinário 130764-1/PR que dizia respeito assalto praticado por quadrilha da qual fazia parte preso foragido do presídio a vários meses, o Min. Moreira Alves, citando Wilson de Melo Silva²⁰⁹³ e Agostinho Alvim²⁰⁹⁴, interpretando o art. 1060 do Código Civil de 1916²⁰⁹⁵ afirmou, simultaneamente, a necessidade da existência do nexo de causalidade, mesmo na responsabilidade objetiva, entre a ação ou omissão do réu e o dano e a inexistência, no caso concreto, desse mesmo nexo, pois “o dano decorrente do assalto por uma quadrilha de que participava um dos evadidos da prisão não foi o efeito necessário da omissão da autoridade pública”, mas, sim, “resultou de concausas, como a formação da quadrilha, e o assalto ocorrido cerca de vinte e um meses após a evasão”²⁰⁹⁶. Aliás, em outra oportunidade²⁰⁹⁷, também como relator se manifestou no sentido de que “pelo fato de a segurança pública ser dever do Estado, isso não quer dizer que a ocorrência de qualquer crime acarrete a responsabilidade objetiva dele”²⁰⁹⁸.

A partir dessas afirmações se pode concluir que estamos diante de uma situação em que, embora se reconheça existência de um dever jurídico, o dever de segurança não se admite *in*

(CALDEIRA, Teresa. Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo. 2. ed. São Paulo: Editora 34, EDUSP, 2003. p. 257 e ss). Em resumo: a associação entre privacidade e segurança estimula a formação de “guetos voluntários” destinados às “pessoas de bem” que em muito se assemelham às prisões destinadas às “pessoas más”.

²⁰⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 130.764*.

²⁰⁹³ SILVA, Wilson de Melo. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 130.764*.

²⁰⁹⁴ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 130.764*.

²⁰⁹⁵ “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 direto e imediato”. No Código Civil de 2002 a regra está no art. 403 com a seguinte redação: “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 direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

²⁰⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 130.764*. p. 28.

²⁰⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Reg. em Agravo de Instrumento nº 239.107*.

²⁰⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Reg. em Agravo de Instrumento nº 239.107*. p. 4.

casu que o devedor possa ter seu patrimônio constrangido em vista da frustração da expectativa tutelada por esse dever²⁰⁹⁹. Em outras palavras, não se admite que tal dever possa gerar responsabilidade²¹⁰⁰.

Tomada a idéia de responsabilidade como a situação jurídica em que o patrimônio de um sujeito de direito está necessariamente submetido à concretização da tutela de interesse de outrem²¹⁰¹ – isto é, entendendo que pessoa juridicamente responsável é aquela que não pode impedir que contra si se implemente a ação do sujeito ativo²¹⁰² – é possível sustentar que, embora o Estado tenha o dever de garantir a segurança pública, não é responsável pelos danos decorrentes de crimes, já que pode impedir que seu patrimônio seja atingido numa ação indenizatória movida pelas vítimas.

Um dever instituído sem a respectiva responsabilidade é, normalmente, denominado pela dogmática uma obrigação natural²¹⁰³, que para alguns, como Pothier, era um objeto situado a meio caminho entre o Direito e a Moral²¹⁰⁴. Conforme restou demonstrado nos capítulos 3 e 4

²⁰⁹⁹ Segundo Fábio Konder Comparato, “a primeira função do comprometimento na obrigação é aquela de *garantir* o credor, de assegurar a ele a satisfação de seu direito de crédito, malgrado os riscos de negligência, de má vontade, e mesmo má fé do devedor. Para atender esse objetivo fundamental, o direito positivo põe a disposição do credor, antes ainda do vencimento da dívida, toda uma série de medidas destinadas a preservar seu direito de crédito, medidas que lhe conferem um verdadeiro *direito de controle sobre o patrimônio do devedor*” (Grifo do autor). No original: “Le première fonction de l’engagement dans l’obligation est celle de *garantir* le créancier, de lui assurer la satisfaction de son droit de créance, malgré les risques de l’insouciance, de la mauvaise volonté, voire de la mauvaise foi du débiteur. Pour atteindre cet objectif fondamental, le droit positif met à la disposition du créancier, dès avant l’échéance de la dette, toute une série de mesures destinées à préserver son droit de créance, mesures qui lui confèrent un véritable *droit de contrôle sur le patrimoine du débiteur*.” (COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*. Paris : Dalloz, 1964. p. 91-92).

²¹⁰⁰ Para Fábio Konder Comparato “a situação jurídica do sujeito passivo na relação de comprometimento, é uma situação de responsabilidade. Pois na obrigação não há somente um dever mas também um comprometimento, o sujeito passivo de uma obrigação não é só aquele que deve, mas também aquele que responde, em caso de inexecução, por sofrer os constrangimentos do credor”. No original: “La situation juridique du sujet passif dans la relation d’engagement, est une situation de responsabilité. Puisque dans l’obligation il n’y a pas seulement un devoir mais aussi un engagement, le sujet passif d’une obligation n’est pas seulement celui qui doit, mais aussi celui qui répond, en cas d’inexécution, en subissant la contrainte du créancier” (COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*. p. 111).

²¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*. p. 113.

²¹⁰² COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*. p. 113.

²¹⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d’analyse dualiste de l’obligation en droit privé*. p. 184-185 ; COVELLO, Sergio Carlos. *A obrigação natural: elementos para uma possível teoria*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1996. p. 102-108 ; SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976. p. 10-105, 107-109.

²¹⁰⁴ Pothier dividia as obrigações em perfeitas e imperfeitas, colocando nesse último grupo aqueles deveres dos quais “só a Deos somos responsáveis, e ninguém pode judicialmente demadar-nos pelo cumprimento”, tais como os deveres de caridade e gratidão (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações pessoas e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro da consciência, e do foro externo*. Rio de Janeiro: H.

deste trabalho, durante muito tempo o dever jurídico foi compreendido exclusivamente como um dever de caráter negativo, isto é, uma ordem de abstenção sendo que os deveres de caráter positivo eram tidos como deveres morais e, portanto, não implementáveis por meio das formas de constrangimento jurídico. Pois bem: ao que parece estamos hoje diante de uma situação, no mínimo, análoga. Embora se reconheça um dever jurídico positivo, o dever de segurança como um dever de implementação de medidas de proteção à integridade física e patrimonial dos cidadãos, ainda se sustenta, mesmo que por argumentos diversos, uma viabilidade limitada das formas jurídicas que possibilitariam sua implementação via constrangimento. Ou seja, admitida a existência de um direito à segurança²¹⁰⁵ e a idéia de que a eficácia de todo e qualquer direito é graduada por aqueles que com ele operam não se pode negar que estamos diante de um direito ao qual tem sido vinculada uma baixa capacidade de implementação. Não por coincidência um dos deveres que tradicionalmente foi compreendido como espécie de obrigação natural era o dever de assistência²¹⁰⁶ que, para Ripert, não seria sancionado por regra jurídica alguma:

Garnier, [19--]. Tomo I, p. 1); já as obrigações perfeitas dividir-se-iam em obrigações civis (*vinculum juris*) e obrigações naturais (*solis aequitatis vinculum*), essas últimas podendo ser exigidas, ao menos, diante do foro da consciência (POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das Obrigações pessoas e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro da consciência, e do foro externo*. p. 2, p. 132-133). Uma das características necessárias para definir o dever como obrigação natural, como obrigação jurídica e não como dever moral, era a existência de um credor determinado ou determinável (COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. p. 182). O mesmo ocorria na discussão acerca da separação entre deveres de justiça e deveres de caridade, na qual se afirmava que uma das dificuldades de tutelar legalmente os deveres de caridade repousava na dificuldade de determinar a pessoa do credor e o objeto da obrigação. Segundo Georges Ripert a *caritas generis humani* poderia bem obrigar a consciência de uma pessoa a socorrer os pobres e doentes, mas, como seria impossível precisar em relação a quais pobres e doentes existe esse dever e que tipo de socorro e sacrifício o satisfará, tal dever não pode se transformar em obrigação, no sentido jurídico do termo (RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 270). É importante sublinhar que, embora essas discussões acerca da possibilidade ou não de determinar quem seja o titular do direito correspondente àquelas obrigações se dêem num momento histórico em que nem mesmo se esboçava o problema relativo aos interesses difusos e aos direitos sociais, essas duas figuras acabam por reproduzir aquela específica dificuldade de precisar a quem corresponde sua titularidade, aliando-se a isso a questão relativa a quem corresponde o respectivo dever reflexo. Diante disso é possível encontrar nesses dois momentos um ponto de intersecção: em ambos a questão relativa à maior ou menor determinação da titularidade se apresenta como fundamental para determinar se estamos diante de um dever jurídico ou moral. Sobre a questão relativa à titularidade dos direitos sociais, ver na doutrina nacional: LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. p. 113-143. Sobre o tema da titularidade dos interesses difusos, ver na doutrina nacional: MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 67-71.

²¹⁰⁵ Admitindo-se que há formas jurídicas de implementação ainda que de baixa eficácia, pois não haveria direito algum se o reconhecimento do mesmo correspondesse apenas ao surgimento de uma mera obrigação moral e/ou política (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 78).

²¹⁰⁶ Um exemplo desse dever de assistência juridicamente imperfeito se encontraria nas relações entre familiares (dever diverso do relativo à prestação de alimentos) (COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. p. 182).

Ao enunciar o dever de não lesar a ninguém e aquele de não se enriquecer à custa de outrem, nós havíamos posto ao lado do dever a obrigação jurídica que dele decorre e o traduz. Em seguida a este título: dever de assistência, nós não poderemos fazer o mesmo. Não há regra jurídica geral que possa ser considerada como precisando e sancionando o dever de assistência.²¹⁰⁷

Ao sustentar que ao reconhecimento da existência de um dever de segurança a cargo do Estado não se vincula responsabilidade alguma pelos danos produzidos pela ocorrência de atos criminosos, o Supremo Tribunal Federal, assim como os tribunais de justiça dos estados, acabam por apresentar aquele dever como uma espécie de obrigação imperfeita. Por essa via chancela a idéia de que aquele que sofre um dano decorrente de um ato criminoso perpetrado por agente, na maioria das vezes não-identificado, é apenas mais uma “vítima do destino” que pode esperar o auxílio, mas não exigi-lo²¹⁰⁸. Embora se admita a existência de uma obrigação a cargo do Estado, a obrigação de providenciar a segurança pública, compreende-se a mesma como dever sancionado em razão da proteção de interesses totalmente objetivos e universais estando seu cumprimento garantido pelo exercício de funções ou poderes que não assumem a figura de direitos subjetivos²¹⁰⁹. É verdade que não se nega a existência de uma obrigação²¹¹⁰, até porque “a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros *direitos*”²¹¹¹, mas, ao fim e ao cabo, a ela acaba por ser conferida um alcance muito limitado.

A análise do Recurso Extraordinário 113194/RJ, permite ainda concluir que o relator Min. Moreira Alves defende a inaplicabilidade da súmula 187 por entender (como já o fizera o Min. Octavio Gallotti no julgamento do Recurso Extraordinário 112411/RJ) que os precedentes diziam respeito a casos em que o ato de terceiro não elisivo à responsabilidade do transportador seria aquele dotado de “relação de conexão com o próprio serviço de transporte”. Essa conexão não ocorreria, em sua opinião, com os “atentados criminosos contra

²¹⁰⁷ RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 267. .

²¹⁰⁸ Assim Santi Romano para quem “em certas formas de beneficência que hão de ser exercidas discricionariamente, se pode ter um dever de destinar a tal fim coisas ou somas de dinheiro, sem que a esse dever corresponda um direito alheio ao crédito.” (ROMANO, Santi. *Fragments de un dictionario juridico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. p. 115).

²¹⁰⁹ ROMANO, Santi. *Fragments de un dictionario juridico*. p. 96..

²¹¹⁰ Há que destacar que o próprio Santi Romano ressalva que, do fato de tais deveres não serem correlativos a direitos alheios, não decorre a inexistência de poderes que tenham a função de lhes assegurar o cumprimento, daí porque assevera que, quando tais deveres não são cumpridos, intervém esse poder para constranger-lhe o cumprimento, supri-lo com os meios postos à sua disposição ou aplicar sanção ao transgressor (ROMANO, Santi. *Fragments de un dictionario juridico*. p. 113).

²¹¹¹ KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 23..

os passageiros”²¹¹².

A orientação consolidada pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal é finalmente incorporada pela segunda turma em 13 de setembro de 1988. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário 113195-1/RJ apresentado por Luiz Moreira Martinez, porque o Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro havia decidido, em grau de apelação, que a empresa Auto Viação 1001 S.A. não tinha o dever de indenizar em vista dos danos decorrentes do estilhaçamento de vidro do veículo atingido por uma pedra lançada por terceiro não-identificado²¹¹³.

Na decisão da apelação, julgada em 19 de novembro de 1985, o tribunal estadual entendeu que o transportador “nada pode fazer para evitar que um irresponsável atire pedras no ônibus”²¹¹⁴. Disse ainda não ser possível exigir que esse use vidros à prova de bala em suas janelas, mesmo porque “nem isso impediria seu passageiro de ser atingido, pois é normal que um outro queira abrir o vidro de sua janela para a ventilação”²¹¹⁵. Não se cogitava nesse momento da utilização conjunta de janelas vedadas e sistema de ar condicionado, algo que ainda hoje é, relativamente, incomum em ônibus que realizam viagens transmunicipais.

Nos embargos infringentes apresentados pelo autor, os juízes do quarto grupo de Câmaras do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro decidiram, por maioria, manter a absolvição da empresa. Na decisão se afirma que a questão se resume em saber se uma pedra jogada da rua contra o ônibus em movimento constitui caso fortuito ou força maior²¹¹⁶.

O tribunal entendera não poder “o ordenamento jurídico aceitar o crime como um ato de rotina, porque estaria penetrando em área de inegável imoralidade, incompatível com o sentimento ético que deve ornamentar a atividade estatal”²¹¹⁷. O tribunal absorve do senso comum a compreensão do crime como fato incomum e expressivo de anomia, o que impede a admissão de sua regularidade e, conseqüentemente, aceitar que pode constituir risco inerente a dadas atividades empresariais que devem, normalmente, ter de enfrentar seus efeitos²¹¹⁸.

²¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. p. 9.

²¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 2.

²¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 3.

²¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 3.

²¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 3.

²¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 7.

²¹¹⁸ A expressão “senso comum” é utilizada, aqui, no sentido que lhe dá Michelle Taruffo qual seja a de “um

Assim, decide pela inexistência de responsabilidade do transportador, fundando seu julgamento em três linhas de raciocínio: define o lançamento de pedras nessas situações como fato imprevisível, inevitável e estranho à natureza do transporte; alega que, se imposta a responsabilidade, se estaria, indevidamente, obrigando-a a exercer atribuições de segurança pública; e, por fim, argumenta que a responsabilidade do transportador por ato de terceiro, mencionada na súmula 187 do STF, pressupõe a identificação do autor efetivo do dano de molde a propiciar a ação de regresso, o que não ocorre na presente hipótese²¹¹⁹.

O relator do Recurso Extraordinário, Min. Djaci Falcão, entende não existir dissenso com a súmula 187 do STF, pois não há conexão entre o lançamento de pedra em direção ao veículo e a execução do contrato de transporte e porque o evento lesivo se caracteriza por sua inevitabilidade, assim conclui estar presente a excludente do art. 1058, parágrafo único do CC/16, o caso fortuito²¹²⁰. Conclui então não haver responsabilidade do transportador já que “o serviço era prestado em condições normais de diligência e segurança, a revelar ausência absoluta de culpa”²¹²¹.

Enquanto o relator destaca a inevitabilidade do fato, para justificar sua opinião, os ministros Carlos Madeira e Aldir Passarinho sublinham a imprevisibilidade para fundamentar a absolvição do transportador: o primeiro, afirma que “a responsabilidade das estradas de ferro, principalmente em matéria de trem suburbano, decorre exatamente da previsibilidade do evento danoso” no que se diferencia de ônibus interestadual que, ao viajar em estradas muitas vezes desertas, faz esse evento ser imprevisível²¹²²; o segundo, sustenta ser necessário distinguir situações onde é freqüente o apedrejamento de trens e, portanto, surge como previsível o acidente daquelas em que, não sendo freqüentes tais fatos, não se pode atribuir responsabilidade ao transportador pelos danos deles decorrentes²¹²³.

conjunto, de certo modo, intermediário de noções mais específicas e contingentes, que no entanto habitualmente se exprimem na forma de *máximas* ou *regras* consideradas produzidas pela experiência comum”, conjunto este que, entre outras coisas, inclui elementos referentes “à percepção e interpretação da realidade segundo esquemas ou modelos de situações ou de sucessões de eventos que a experiência comum faz considerar típicos de determinadas situações” a que o juiz recorre para construir a justificação externa de sua decisão, ou seja, a parte do discurso em que “explicita o fundamento da *escolha das premissas* das quais se originou a decisão final.” (TARUFFO, Michelle. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 3, p. 75-102, 2001. p. 77, 78, 82).

²¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 8.

²¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 11.

²¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 12.

²¹²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 15.

²¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. p. 16.

Posteriormente, essa jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal servirá de base para as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça que, criado pela Constituição Federal de 1988, passa a ser a instância competente para julgamento das lides envolvendo danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte de passageiros, uma vez que a solução dessas está relacionada com a “questão federal”²¹²⁴.

Em 18 de dezembro de 1991 se dá o julgamento onde essa incorporação se realiza. Trata-se do Recurso Especial 13351/RJ julgado pela terceira turma, tendo por relator o Ministro Eduardo Ribeiro. A questão havia sido posta pela ação movida por Rodnéia de Assis Menezes contra a Companhia Brasileira de Trens Urbanos. A autora alegava que viajando no interior de uma composição da ré fora atingida por uma pedra que lhe retirou a visão de um olho. Tendo sido a ação julgada improcedente, Rodnéia apresentou sua apelação junto ao tribunal estadual que lhe deu provimento entendendo que:

[...] inexistente na hipótese caso fortuito porque segundo entendeu o Supremo Tribunal Federal a obrigação da ferrovia é transportar incólume o passageiro, e não há de excluir-se sua responsabilidade se é freqüente, principalmente nos subúrbios das grandes cidades, desocupados atirarem pedras nos trens, com riscos de serem os passageiros atingidos. Aplicação, em conseqüência, da Súmula 187.²¹²⁵

Como se sabe pela exposição feita acima das decisões do Supremo Tribunal Federal, à época não existia entendimento majoritário e consolidado daquele tribunal que amparasse a orientação adotada pelo tribunal estadual. Embora todas as decisões do Supremo admitiessem a presença da obrigação de segurança no contrato de transporte, esse tribunal possuía decisões tanto no sentido de que essa obrigação se estendia como no sentido de que não se estendia a ponto de cobrir os danos decorrentes do lançamento de objetos em direção ao veículo de transporte. O tribunal estadual aqui recorre à idéia de que fato tão recorrente não poderia ser qualificado como fato estranho ao transporte, mas, sim, risco inerente à exploração, porém não poderia argumentar que essa era a orientação do Supremo Tribunal Federal, pois nesse não havia uma orientação unívoca e, além de tudo, nele começava uma tendência de

²¹²⁴ Segundo o inciso III do art. 105 da Constituição Federal de 1988, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal; ou c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

²¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 13.351*. Voto do Relator, p. 2.

unificação em torno da opinião oposta à expressa pelo tribunal estadual. O tribunal estadual fazia referência, para amparar sua opinião, à decisão prolatada pela segunda turma, qual seja, o Recurso Extraordinário 109068, proveniente também do Rio de Janeiro, cujo relator havia sido o Min. Aldir Passarinho.

A ré, então, recorreu sustentando que a decisão do tribunal havia violado, entre outros, os arts. 17, I, do Decreto legislativo 2681/12, 1058 do Código Civil de 1916 e o art. 3º da lei de introdução ao Código Civil.

O relator do recurso especial, Min. Eduardo Ribeiro, menciona o fato da decisão do tribunal estadual ter se baseado na orientação fornecida pelo Recurso Extraordinário 109068/RJ, mas apresenta a ressalva de que o tema teria sido reexaminado pelo STF ao apreciar o Recurso Extraordinário 112411/RJ que apresentava orientação diametralmente oposta ao Recurso Extraordinário referido pelo tribunal estadual: a opinião aqui defendida era a da impossibilidade de aplicação da súmula 187 ao caso em questão, pois não se trataria de acidente ligado ao transporte²¹²⁶.

Para o relator, incorporando o discurso presente naquela decisão (Recurso Extraordinário 112411/RJ), o fato de terceiro que não exonera de responsabilidade o transportador: “[...] é aquele que com o transporte guarda conexão, inserindo-se nos riscos próprios do deslocamento. Assim, os precedentes que deram origem ao enunciado em exame, referentes a choques com outros veículos.”²¹²⁷.

O mesmo não se poderia dizer dos atentados ou assaltos, que considerava fatos inteiramente estranhos ao transporte, devendo, por isso, ser equiparados ao fortuito. Embora admitisse que ocorressem com frequência, o que, por si só, representava a criação de um risco para os passageiros, o Min. Eduardo Ribeiro, assim como o Min. Moreira Alves em sua manifestação no Recurso Extraordinário 113194/RJ, não admitia que configurasse um risco que devesse ser incorporado pelo empresário, pois os entendia como fenômenos que deveriam ser enfrentados pela autoridade pública:

²¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 13.351*. Voto do Relator, p. 3.

²¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 13.351*. Voto do Relator, p. 4.

Salienta-se que o lançamento de pedras, contra os comboios, ocorre com frequência, criando-se o risco para os passageiros. Daí não se conclui deva responsabilizar-se a empresa. Os assaltos a ônibus também se tornaram relativamente comuns, Nem por isso me parece seja exigível dos transportadores a manutenção de guarda permanente nos veículos de molde a evitá-los. A prevenção de atos dessa natureza cabe à autoridade pública, inexistindo fundamento jurídico para transferi-los a terceiros.²¹²⁸

Esse entendimento, o de que as pedras atiradas do exterior da composição configuram fato estranho à atividade do transportador, foi repetido pela terceira turma nos julgamentos de todos os recursos especiais relativos a esse assunto submetidos a ela posteriormente.

No julgamento do Recurso Especial 38816-3/RJ, julgado em 04 de outubro de 1994, em que a Rede Ferroviária Federal S.A. pretendia a alteração do julgamento feito pelo tribunal estadual que havia entendido procedente a ação rescisória movida por Romilton do Carmo e outros, a seguinte manifestação da Subprocuradoria da República foi totalmente desconsiderada. Ressalvando que a nota comum ao caso fortuito e a força maior está no fato de ficarem fora do poder humano, o parecer do referido órgão destacava que o episódio em questão não se enquadrava em nenhuma das duas hipóteses de exclusão porque, ao argumentar acerca da ausência de janelas blindadas nos vagões ferroviários, a ré teria dito que:

[...] por ser transporte de massa mais desfavorecida (classe de baixo poder aquisitivo), e seu preço abaixo do custo (passagem), não tem lucro, não se pode fabricar outro tipo de janelas como o Metrô, pois teria que equipar os vagões com maquinário caríssimo de ventilação interna, não correspondendo com a realidade técnica, pois é um transporte de superfície, nem econômica, pois é serviço destinado a massa da população de baixo poder aquisitivo, logo tal investimento necessitaria de um aumento em dobro ou mais da tarifa atualmente em vigor, insustentável na atual conjuntura econômica brasileira.²¹²⁹

Essa manifestação permitia, segundo a Subprocuradoria-Geral da República, afirmar que:

[...] a incolumidade do passageiro está ao alcance da ferrovia, dando como padrão o Metrô e tem solução no binômio financeiro – custo do investimento/preço da tarifa – que ela recorrente proclama não proporcionar por constituir a sua massa de usuários de pessoas sem riquezas materiais²¹³⁰

A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça ignorou essa linha de argumento, mantendo

²¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 13.351*. Voto do Relator, p. 4.

²¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 38.816*. Relatório, p. 2.

²¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 38.816*. Relatório, p. 2.

sua orientação de que o fato ocorrido era estranho ao deslocamento, ao transporte em si, logo deveria ser entendido como evento fortuito produtor de exclusão de responsabilidade do transportador²¹³¹. Assim também fez em outras duas oportunidades, mais especificamente nos julgamentos dos recursos especiais nº 154311/SP, julgado em 10 de abril de 2001, e nº 231137/RS, julgado em 29 de outubro de 2003.

No primeiro, apresentado nos autos da ação que José Luiz Bicudo Pereira e outros moviam contra a Companhia Brasileira de Trens Urbanos em razão da invalidez adquirida pelo passageiro em razão de ter sido atingido por pedrada enquanto viajava em veículo da ré, o relator, Min. Ari Pargendler, buscou reforçar o entendimento da turma amparando-o na opinião do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Sérgio Cavalieri Filho que em obra intitulada “Programa de Responsabilidade Civil” refere o conceito de “fortuito externo” (haurido na obra “Da inexecução das obrigações e suas conseqüências” de Agostinho Alvim), entendido como aquele evento que possui, simultaneamente, autonomia em relação aos riscos da atividade empresarial explorada e cuja ocorrência é inevitável, e sustenta que a responsabilidade do transportador cessaria diante dessa hipótese. Ao que tudo indica, para o relator o dano sofrido pelos passageiros em hipóteses como a dos autos se apresentaria como um fortuito externo²¹³².

No outro Recurso Especial acima mencionado o relator, Min. Castro Filho, refere o precedente estabelecido pelo julgamento do Recurso Especial 13351/RJ para sustentar que “o arremesso de objeto para o interior do veículo, tomadas as devidas cautelas por parte da empresa transportadora, é ato de terceiro excludente de sua responsabilidade”, e alegando que não havia provas de nenhuma negligência atribuída a empresa ré resolve então julgá-la inocente²¹³³.

Ainda que, diante da recorrência desses fatos lesivos, os tribunais estaduais passassem a admitir a responsabilidade do transportador diferentemente do que acontecia quando cabia ao Supremo Tribunal Federal julgar essa questão, o Superior Tribunal de Justiça manteve inabalável sua orientação. Assim, além da terceira turma, também a quarta turma adotou orientação no sentido de não admitir a responsabilidade do transportador por danos sofridos

²¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 38.816*. Voto do relator Min. Nilson Naves e voto-vista do Min. Eduardo Ribeiro.

²¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 154.311*. Voto do Relator, p. 1.

²¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 231.137*. Relatório e Voto, p. 5.

por seus passageiros em decorrência de pedras lançadas em direção do veículo.

Prova disso é o julgamento, ocorrido em 21 de março de 2000, do Recurso Especial 108757/SP presente nos autos da ação movida por Braz Santos Marques contra a Companhia Brasileira de Trens Urbanos, em razão das lesões na córnea decorrentes do fato de ter sido atingido no rosto por pedra lançada do exterior da composição. A sentença que havia condenado a empresa de transporte havia sido confirmada pela 9ª Câmara Especial do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, sob o argumento de que não se poderia excluir a responsabilidade do transportador de garantir a incolumidade do passageiro “se é freqüente, principalmente nos subúrbios das grandes cidades, desocupados atirarem pedras nos trens, com risco de serem os passageiros atingidos”²¹³⁴.

Em seu voto o relator, Min. Fontes de Alencar, referiu os Recursos Extraordinários 112411/RJ, 113194/RJ, 113195/RJ e os recursos especiais nº 13351/RJ e nº 38816-3/RJ para sustentar a ausência de responsabilidade da empresa pelos danos sofridos pelo passageiro²¹³⁵.

Há, porém, um outro julgamento da quarta turma, ocorrido em 11 de novembro de 2003, no Recurso Especial 468382/RS, que fornece indícios para uma orientação distinta e que repõe aquele estado de conflito presente anteriormente no Supremo Tribunal Federal. No referido Recurso Especial se discutiu se havia ou não responsabilidade da empresa de transporte intermunicipal de passageiros, Unesul de Transportes Ltda., pelos danos sofridos por seu passageiro, Antônio Atílio Kuhn, em razão de após cinquenta quilômetros do ponto inicial de sua viagem ter sido atingido na face por uma pedra lançada da beira da rodovia, vindo a sofrer lesões e hospitalização²¹³⁶. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que o fato de terceiro causador do dano era um evento estranho ao contrato, imprevisível e inevitável, logo o equiparou a caso fortuito²¹³⁷. Irresignado o autor apresentou Recurso Especial invocando como precedente o Recurso Especial 21713/SP, mas o relator, Min. Aldir Passarinho Junior, entendeu que, estando deficientemente instruído o dissídio (o recorrente não providenciou a cópia do relatório da decisão recorrida), não seria possível precisar se a situação fática nele apreciada corresponderia à presente na decisão paradigma²¹³⁸.

²¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 108.757*. Relatório, p. 1.

²¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 108.757*. Voto do Relator, p. 1-2.

²¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 468.382*. Relatório e voto, p. 1.

²¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 468.382*. Relatório e voto, p. 1.

²¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 468.382*. Relatório e voto, p. 3.

Na ementa ficou registrado:

[...] as circunstâncias fático-jurídicas percebidas não revelam igual similitude entre as espécies, dado que o acórdão paradigma, ao reconhecer a responsabilidade da transportadora, destacou fortemente, a previsibilidade do fato, por se tratar de evento ocorrido em itinerário férreo constantemente submetido a apedrejamento, portanto previsível, enquanto o caso dos autos versava sobre hipótese diversa, de arremesso de pedra em rodovia federal, durante período noturno, fora de núcleo populoso.

Ora, aqui parece existir um problema de compreensão, pela quarta turma, da razão pela qual no acórdão paradigma se julgou responsável o transportador²¹³⁹.

No texto da ementa, essa decisão é resumida através do destaque à previsibilidade do fato em razão de se tratar de evento ocorrido em itinerário férreo constantemente submetido a apedrejamento²¹⁴⁰ e contraposta à situação em análise na qual o apedrejamento ocorre em itinerário rodoviário, durante período noturno, fora de núcleo populoso. Assim se dá a entender que os casos em análise são distintos: a) se contrapõe situação de dano em transporte ferroviário à situação em que esse ocorre em transporte rodoviário, b) ao se destacar que o transporte rodoviário era feito à noite, cria-se a idéia de que algo importante e distinto na decisão paradigma é o fato do transporte ocorrer no período diurno e, por fim, c) se contrapõe o fato de que o evento ocorreu em local do itinerário ferroviário, realizado no perímetro urbano (trem urbano), constantemente submetido ao apedrejamento à situação em que o transporte é realizado fora do perímetro urbano (“fora do núcleo populoso”), dando a entender, por essa razão, em local onde os apedrejamentos não seriam constantes.

Porém, em realidade, nos parece que o fato fundamental na decisão paradigma é apenas a característica da habitualidade que é conferida aos apedrejamentos ocorridos em dado itinerário de transporte. Portanto, o ponto central da discussão seria estabelecer se é comum naquele transporte rodoviário intermunicipal a ocorrência desses eventos; lembrando que, se o

²¹³⁹ Diego Eduardo López Medina, ao tratar do que chama “análise estático do precedente judicial”, apresenta as expressões “razão para decidir o caso” ou “princípio do caso” como correspondentes ao que na *common law* se denomina *ratio decidendi* (MEDINA, Diego Eduardo López. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis Editores, Ediciones Uniandes, 2000. p. 108, 119).

²¹⁴⁰ O Min. Bueno de Souza menciona que o acórdão recorrido do Tribunal Estadual havia, com base em uníssona informação das testemunhas, reconhecido que “tal fato é comuníssimo nas composições da ferrovia-ré” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 21.731*. Voto do Relator, p. 3).

fato se deu, como alegado pela vítima e destacado pelo relatório²¹⁴¹, a apenas cinquenta quilômetros do ponto inicial da viagem, seria possível que, dependendo da dimensão do perímetro urbano e da localização do terminal rodoviário, tivesse ocorrido ainda dentro de zona do aglomerado urbano²¹⁴² e que nela fossem, naquele período, corriqueiros tais eventos.

A apresentação das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, relativas aos danos sofridos por passageiros em razão de objetos lançados em direção ao veículo de transporte coletivo de pessoas, permite perceber que a forma como esses tribunais compreenderam a súmula 187 do STF. Essa maneira de compreender o enunciado da referida súmula e o alcance dado a mesma foi de fundamental importância na determinação dos termos dentro dos quais se deu a discussão posterior nas ações indenizatórias movidas por passageiros em razão de danos produzidos por objetos lançados em direção em sua direção: uma vez que os tribunais entenderam como “típicos acidentes de transporte” apenas os acidentes de trânsito causados por problemas mecânicos (falhas no funcionamento do freio, quebra da barra de direção, etc.) e/ou administrativos/organizacionais (má seleção de motorista por apresentar esse comportamentos incompatíveis com a função, tais como, realização de manobras imprudentes, sono ao volante, etc.) os danos decorrentes de objetos lançados intencionalmente para o interior do ônibus uma vez comparados com aqueles não foram tomados como um ato de terceiro que guardasse relação com os riscos normais do transporte.

A compreensão restritiva do que seriam os riscos inerentes ao transporte se consolidou nas decisões relativas aos assaltos perpetrados dentro dos veículos de transporte coletivo, como veremos abaixo.

²¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 468.382*. Relatório e voto, p. 1.

²¹⁴² Aqui se assume a opinião de que a *ratio decidendi* de um caso não se encontra nos argumentos que a Corte fornece para justificar seu julgamento, mas no sentido que dá aos fatos sobre os quais decide. Assim sustenta Diego Eduardo López Medina para quem, quanto à definição da *ratio decidendi*, o que interessa fundamentalmente são os fatos relevantes ou materiais do caso, compreendidos como os fatos através dos quais se traçam as pontes analógicas com os casos futuros (MEDINA, Diego Eduardo López. *El derecho de los jueces*. p. 117).

6.2 “Falha a fala, fala a bala”²¹⁴³: o veículo de transporte coletivo como lugar da violência

Foi a partir dos anos 70 do século XX que começaram a aparecer as primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a questão relativa aos atos violentos ocorridos no interior de veículos de transporte urbano coletivo. Uma das primeiras manifestações sobre o tema pode ser encontrada no Recurso Extraordinário 80412/RJ²¹⁴⁴, julgado pela segunda turma daquele tribunal em dezembro de 1973:

No relatório desse julgado consta que a vítima viajava, em 19.12.1969²¹⁴⁵, em composição ferroviária da Rede Ferroviária Federal S.A. quando, em dado momento, foi arrancada do trem, caindo entre a plataforma de uma estação e os trilhos, sofrendo amputação traumática da mão direita. A vítima propôs ação visando ressarcimento dos danos que foi julgada improcedente tanto na 1ª quanto na 2ª instância; segundo o relator: “ditas decisões assentaram no fundamento de que o que provocou a queda da recorrente foi o ato criminoso de um ladrão que tentou arrancar-lhe um cordão de metal que se encontrava preso ao pescoço, não havendo, destarte, **acidente de transporte** e sim **ação criminosa de terceiro**, por cujo ato não pode responder a transportadora”²¹⁴⁶. Tendo a vítima feito a alegação que a decisão de primeiro grau contrariou a súmula 187 do STF, a ré apresentou suas contra-razões alegando que a referida súmula não se aplicaria ao caso, pois não se trata de “culpa de terceiro”, mas de ato “doloso de terceiro”²¹⁴⁷.

Na opinião da Procuradoria Geral de República, não se poderia falar em responsabilidade da transportadora, mesmo porque “ainda não havia sido iniciado o transporte a que se obrigara a Recorrida, quando a Recorrente foi vítima do lamentável acidente. Por isto mesmo não concorreu a transportadora com culpa para a ocorrência do evento”. Incidiriam, portanto, as excludentes previstas no art. 19, §§ 1º e 2º do Decreto-lei 2681/12²¹⁴⁸. Além disso, afirmava o referido órgão que, tendo consultado os arestos que serviram de base à formulação da Súmula

²¹⁴³ LINS, Paulo. *Cidade de Deus*. p. 23.

²¹⁴⁴ “Acidente ferroviário sofrido por passageiro. ‘A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva’ (Súmula 187). Recurso extraordinário conhecido e provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 837).

²¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 839.

²¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 837.

²¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 838.

²¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 838.

187 – RE’s 33.144, 36.265, 42.979, 45.426, 49.149, 52.712 –, concluiu que “nenhum autoriza a conclusão de haver, no caso, responsabilidade da transportadora”²¹⁴⁹.

Em seu voto o relator, Min. Soarez Muñoz reproduzia o entendimento que ainda naquele momento se estava consolidando, o de que “o fato de terceiro, que não exclui a responsabilidade da empresa transportadora, é aquele ligado a acidente de natureza viário (sic), ocorrido durante o transporte, ainda que sem culpa do preposto da empresa”²¹⁵⁰, agregando em amparo ao seu voto a manifestação do Min. Gonçalves de Oliveira em precedente da referida súmula, qual seja, o Embargo de Recurso Extraordinário 42979/SP²¹⁵¹, isso tudo para declarar ser “evidente a ausência total de conexão entre o contrato de transporte e o crime de que foi a vítima a recorrente”, uma vez que:

[...] a recorrente não foi arrancada do trem em virtude de colisão com outro veículo, nem por efeito, ainda que secundário, de qualquer acidente ligado ao transporte ou às condições de funcionamento do trem, sofreu, quando viajava, a agressão física de um meliante, vindo, em consequência, a cair do comboio entre este e a plataforma da estação.²¹⁵²

A base doutrinária de sua opinião está em Aguiar Dias. Esse autor (também ele magistrado) afirma que o ato de terceiro só exonera quando realmente constitui causa estranha ao devedor, ou seja, quando elimina totalmente o nexo causal entre execução do contrato e dano²¹⁵³.

Em sua manifestação, o Min. Cunha Peixoto reconheceu a divergência da decisão recorrida com a súmula 187 do STF, afirmando, portanto, a responsabilidade da empresa de transporte pelo dano decorrente do fato. Isso por entender que

[...] desde que o passageiro adquire a passagem, passa pela borboleta, entre na gare e, principalmente, na composição, presume-se a responsabilidade da transportadora. Ora, a intervenção de um ladrão é absolutamente previsível e, assim, não considero a hipótese como força maior, ficando a transportadora responsável, mesmo nessa hipótese.²¹⁵⁴

²¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 838.

²¹⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 839.

²¹⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 839.

²¹⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 839.

²¹⁵³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 1944. v. II, p. 250 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 839.

²¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 840.

O Min. Rodrigues Alckmin afirmou a responsabilidade da empresa, como o fez em seu voto o Min. Cunha Peixoto, mas por uma justificativa distinta, qual seja a de que, ao viajar com a porta do comboio aberta, teria a empresa atuado de maneira negligente. Estando convencido de que a autora já era passageira do transportador, o que, segundo ele, se deduzia da informação dos autos que davam conta de ter sido ela arrancada do trem e arremessada do vagão, por ato de terceiro, caindo entre a plataforma e o trilho; concluía que:

[...] ou o comboio se pusera em movimento sem que a porta estivesse regularmente fechada (e o ato de terceiro, tentando roubar a vítima e fazendo-a cair pela porta indevidamente aberta, não exclui a culpa da transportadora); ou, apesar de caída a vítima, houve desatenção em permitir a partida do comboio.²¹⁵⁵

Assim, para ele haveria ato de terceiro que não exclui a culpa do transportador²¹⁵⁶.

A orientação que prevaleceu foi no sentido de que o ato criminoso de terceiro não afastaria a responsabilidade do transportador. Porém, essa orientação não prosperou. Foi a opinião diversa que se consolidou nos anos vindouros, isto é, a opinião de que o ato criminoso ocorrido no transporte configurava-se como hipótese de caso fortuito e/ou força maior, por essa razão, afastando a possibilidade de responsabilizar-se o transportador pelos danos que seus passageiros tivessem sofrido em razão desses eventos.

O marco fundamental desse entendimento se encontra no Recurso Extraordinário 88407/RJ julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 07 de agosto de 1980²¹⁵⁷.

Tratava-se do julgamento da ação de indenização movida por viúva e filhos de passageiro morto em razão de assalto ocorrido no ônibus em que viajava. Segundo consta do voto-vista do Ministro Cunha Peixoto em 04 de setembro de 1974, trafegava pela Av. Presidente Kenedy um ônibus pertencente à empresa Taxi Rei Ltda.; em seu interior, como passageiro, encontrava-se o policial José Vieira dos Santos. Na esquina da estrada ‘Vila de S. José’, entraram quatro homens no referido coletivo e, em seguida, dizendo que se tratava de um

²¹⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 840.

²¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. p. 840.

²¹⁵⁷ “Civil. Responsabilidade civil do transportador. Assalto a ônibus suburbano. Passageiro que reage e é mortalmente ferido. Culpa presumida, afastada. Regra moral nas obrigações. Risco não coberto pela tarifa. Força maior. Causa adequada. Segurança fora do alcance do transportador. Ação dos beneficiários da vítima, improcedente contra a empresa transportadora. Votos vencidos”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1201).

assalto, empunharam armas de fogo. Foi quando o referido passageiro, munido de dois revólveres e uma pistola, reagiu matando dois dos assaltantes, sendo, porém, ferido e vindo a falecer posteriormente.²¹⁵⁸

A sentença de primeiro grau havia julgado procedente a ação de indenização²¹⁵⁹ e a apelação da ré foi atendida com a justificativa de que:

[...] em verdade, houve acontecimento interveniente que se demonstrou irresistível para impedir que fosse cumprida a obrigação de transportar o passageiro são e salvo ao destino – o assalto ao ônibus, a que não tinha a transportadora meios de evitar. Igualmente, era-lhe impossível impedir a corajosa, mas, igualmente subitânea reação da vítima, fato também superveniente que não pode ser lançado à conta da transportadora.²¹⁶⁰

Ainda agregou o tribunal estadual não poder colher que “o argumento que nestes autos se vem brandindo, de que a freqüência dos assaltos os torna previsíveis”, pois “constituem eles acontecimentos fortuito (sic) e surpreendente (sic), tarjados de emanente (sic) imprevisibilidade”, não podendo ser considerados previsíveis apenas em razão do temor geral e da possibilidade abstrata de ocorrência²¹⁶¹. A decisão do tribunal estadual refere passagem de Aguiar Dias sustentando que o homicídio praticado por um passageiro contra outro ou por pessoa que se mantenha de fora “não pode deixar de exonerar, pela perfeita imprevisibilidade ou irresistibilidade da interferência que representa na atividade do transportador”²¹⁶². A ementa da decisão do Tribunal de Alçada do RJ ficou assim redigida:

Responsabilidade civil do transportador. Nas chamadas ‘Obrigações de resultado’, a causa estranha exonera a responsabilidade civil do obrigado, desde que tenha atuado, inevitável ou irresistivelmente, fator impediendo do cumprimento do dever de incolumidade, o que se verifica quando, em assalto à unidade transportador, a vítima procura reagir e vem mortalmente ferida.²¹⁶³

Se a orientação do tribunal estadual afastava a pretensão dos autores, o parecer da Procuradoria Geral da República foi favorável à viúva e aos filhos da vítima²¹⁶⁴. Para

²¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1217.

²¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1201.

²¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1202.

²¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1202.

²¹⁶² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 1979. v. I, p. 721 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1202.

²¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1203.

²¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1203.

justificar sua opinião, o referido órgão citou trecho de obra de Arnaldo Medeiros da Fonseca em que se sustenta que a ocorrência de caso fortuito e da força maior somente pode ser avaliada caso a caso, uma vez que não haveria acontecimentos que pudessem, *a priori*, ser sempre considerados casos fortuitos; tudo dependendo das condições de fato em que se verificava o evento²¹⁶⁵. Daí porque afirmava o referido órgão que a frequência com que ocorrem tais fatos criminosos daria ao caso um colorido distinto: “[...] é que ele (assalto) já não pode ser tido como estranho à exploração da atividade, pois tornou-se rotina no transporte de passageiros, na baixada fluminense. Pública e notória é a reiteração dos assaltos, naquela região, a transportes coletivos”²¹⁶⁶.

Por fim sublinhava ser equivocada a argumentação em torno da caracterização do ato exclusivo da vítima como causa do dano, pois “por mais grave que seja a culpa da vítima, não pode ela absorver a do transportador, ainda quando fosse a desta levíssima, assim como não é esta compensável com aquela”²¹⁶⁷.

Em sua manifestação o Min. Thompson Flores afirmava que a razão assistia aos autores da ação indenização, alegando que a decisão do tribunal estadual contrariara as disposições do art. 17, I e II, do Decreto-lei 2681/12, o enunciado da súmula 187, bem como contrariara o precedente inscrito no Recurso Extraordinário 73294 julgado em 03/12/73²¹⁶⁸. O referido Ministro defendeu o restabelecimento da decisão de primeiro grau prolatada pelo Juiz Antonio de Oliveira Tavares Paes onde se lê que: “[...] sendo um fato que já se integrou na diuturnidade da vida de quem habita aquela região, a ocorrência desses assaltos não pode ser considerada como fato imprevisível a caracterizar a fortuidade de sua verificação”²¹⁶⁹.

Para comprovar o afirmado, o magistrado referia a certidão expedida pela Delegacia de São João de Meriti, dando conta de que a criminalidade é menor do que a existente em Caxias (local onde ocorreu o fato em questão) e onde consta que, no ano de 1974, foram registrados na referida delegacia, 228 assaltos, o que daria uma média de quase um por dia²¹⁷⁰.

²¹⁶⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 151-152 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1203.

²¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1204.

²¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1205.

²¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1205.

²¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1206

²¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1207. Cabe registrar que essa média poderia ser, e é provável que fosse, maior se lembrarmos que foi calculada desconsiderando a chamada “cifra negra”, isto é, o número de delitos ocorridos e não-comunicados à autoridade policial.

O supramencionado magistrado em sua sentença, quando analisa o argumento apresentado pela ré de que foi o ato exclusivo da vítima, ao tentar reagir ao assalto, que originou o dano, afirma que “quando da interferência da vítima, já se caracterizara o inadimplemento à **garantia de incolumidade**, pois, não apenas um passageiro, mas, todos se achavam submetidos à mira das armas dos meliantes, pelo que evidenciada a falta de precaução da ré em evitar o ocorrido”²¹⁷¹.

Nesse sentido, continua o magistrado?

[...] não é o resultado lesivo que caracterizaria o inadimplemento da obrigação da transportadora de assegurar ao passageiro sua incolumidade física, mas sim a simples criação **in concreto** da possibilidade de sua verificação. No caso, o resultado apenas determina a incidência de uma obrigação secundária, que diz com a reparação dos danos sofridos. Se o passageiro for submetido a um risco concreto de lesão e esta não vier a se concretizar, não há como se negar o inadimplemento da **obrigação de garantia de incolumidade**, no entanto, não há que se falar em indenização, pois, esta decorre do dano e o mesmo não se verificou.²¹⁷²

Percebe-se aqui que, enquanto o tribunal estadual assumiu equivocadamente ser a obrigação de incolumidade a cargo do transportador uma obrigação de resultado, cujo cumprimento fora impossibilitado pelo assalto compreendido como fato inevitável e irresistível, o Min. Thompson Flores compreendeu-a acertadamente como uma obrigação de garantia. Esta restava incumprida quando da simples criação **in concreto** da possibilidade de verificação do dano que se pretende evitar, ou seja, como uma obrigação que impunha ao transportador a incorporação dos riscos do transporte. Nessa última perspectiva interessa mais definir se o evento é previsível, isto é, passível de redução atuarial, do que definir se é inevitável, pois o que se quer é saber da possibilidade ou não de enquadrá-lo como risco inerente à atividade, isso porque o fato de um evento ser de ocorrência comum e habitual no desempenho de dada atividade faz dele um fenômeno provável, um risco, ainda que seus efeitos sejam inevitáveis.

Interessante notar que o Min. Thompson Flores, ao afirmar que o caso em tela cuidava de ato de terceiro que daria apenas direito de regresso à empresa contra o causador do dano, nos termos do art. 19 do Decreto-lei 2681/12, com o sentido que lhe teria sido dado pela súmula

²¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1206. Grifo nosso.

²¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1206. Grifo nosso.

187/STF, cita como fundamento de sua opinião o mesmo autor que foi utilizado pelo tribunal estadual para sustentar opinião diversa, qual seja Aguiar Dias:

Assim qualquer que seja o fato de terceiro, desde que não seja estranho à exploração, isto é, desde que represente risco envolvido na cláusula de incolumidade, a responsabilidade do transportador é ineludível, criando, entretanto, o direito de regresso em favor do transportador sem culpa do desastre.²¹⁷³

O problema aqui é, por óbvio, definir quando o fato de terceiro é ou não estranho à exploração empresarial. O Ministro Thompson Flores parece ter percebido ser esse o ponto fundamental da discussão, tanto que afirma que, na espécie em exame, não se trata de caso fortuito, pois não poderia se considerar

[...] estranho à atividade da empresa que se dispõe a explorar o transporte de passageiros, na área já referida e, cujos riscos, contra ela mesma, em sua arrecadação, e notadamente na incolumidade de seus passageiros, eram previsíveis, e assim, quando não de todo evitáveis, pelo menos reduzíveis ou atenuados.²¹⁷⁴

Embora a passagem fale na “arrecadação”, o que poderia ter desaguado na aplicação de um critério de responsabilidade fundada na idéia de risco-proveito, o julgador opta, consciente ou inconscientemente, por uma abordagem fundada na idéia de culpa; tal fica claro em passagens como as que seguem:

[...] não comprovou, como lhe impendia, qualquer providência pertinente, que tenha tomado, seja para si mesma, diretamente, seja perante às autoridades policiais para as providências que lhes coubessem tomar.²¹⁷⁵

[...] tanto era de seu conhecimento o risco de assaltos, de resto, de manifesta notoriedade, que atribuiu a guardas seus a segurança de seus escritórios e locais de arrecadação da ‘fêria’ [...] A presença de guardas seus pelo menos à noite era providência que se impunha, ao menos para prevenir ou reduzir os riscos.²¹⁷⁶

Em seu voto, o referido Ministro não admite que se possa falar em culpa exclusiva da vítima. Para justificar sua opinião refere lição de René Rodière que, ao analisar julgados de tribunais

²¹⁷³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 1979. v. I, p. 231 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1208.

²¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1208.

²¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1208.

²¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1208.

franceses que abordavam atos de sabotagem em transportes coletivos, conclui ser a empresa de transporte “responsável diante de atentados cometidos sem que ela possa provar que seus agentes não tenham participado”²¹⁷⁷.

Em sentido oposto é o voto do Min. Décio Miranda. Para sustentar que a empresa de transporte não responde por tais fatos, afirma que “a doutrina das obrigações repousa, basicamente, na regra moral, ou seja, é necessário um mínimo de concorrência para o dano, para que alguém possa por ele ser condenado”²¹⁷⁸. Afirma ainda que, quanto à responsabilidade presumida, por efeito dos arts. 17 e 19 do Decreto-lei 2681/12, estará sempre envolvido “algum fato sobre o qual a estrada de ferro, ou o transportador, tenha alguma possibilidade de atuação”; assim, se em relação às suas próprias linhas é evidente que a perfeita condução do transporte está a cargo da transportadora, em relação a outras ferrovias também é indubitável que a transportadora tem os meios administrativos próprios para evitar danos em suas linhas que tenham como causa problemas no funcionamento das linhas cuja titularidade não lhe pertence²¹⁷⁹; destaque-se que essa última afirmação não é tão inquestionável como quer fazer crer o julgador, pois há claramente um limite a partir do qual não conseguirá a empresa evitar danos decorrentes do funcionamento de linhas vizinhas às suas. Mas todo esse esforço de argumentação é feito pelo Ministro Décio Miranda para que se lhe permita concluir que nesse contexto:

[...] há sempre um liame, por mais tênue que seja, entre dano e a possibilidade de interferência, para evitá-lo, do seu suposto causador. É aí, justamente, que entre a regra moral da obrigação. O requisito da culpa pode ser diminuído, pode ser aliviado, pode ser reduzido a um mínimo, mas esse mínimo há de corresponder à ressalva do princípio ético de que ninguém deve responder por um dano para o qual não concorreu.²¹⁸⁰

Há claramente aqui, por parte do Ministro Décio Miranda, a defesa de um princípio que resulta da junção dos conceitos de culpa e nexos causal, ou seja, defende não ser moral condenar-se alguém a reparar um dano que não cometeu. Pressuposta a essa defesa está a visão da responsabilidade civil como reflexo da noção de responsabilidade moral como

²¹⁷⁷ RODIÈRE, René. *Droit des transportes terrestres et aériens*. 1973. p. 358-359 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1209.

²¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1209. Interessante observar que a menção à expressão “regra moral” parece indicar uma influência da obra de Georges Ripert, ainda que não tenha sido mencionada expressamente.

²¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1209.

²¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1209.

responsabilidade pessoal: somente pode ser imputada responsabilidade a um sujeito se ele atuou de forma indevida (culpa) e essa ação originou os prejuízos (nexo causal).

Para o Ministro não se pode imputar o dano ao transportador, pois esse não violou dever algum, já que o “assalto contra o coletivo de passageiros, praticado por criminoso comum, é, visivelmente, caso de força maior”, ou seja, o transportador “não tem como reagir contra o fato”²¹⁸¹. Com relação às alegadas medidas de segurança propostas pelos que entendiam ser o transportador responsável, tais como manutenção de guardas ou sistemas de detecção de metais, destaca que essas

[...] constituem providências que o empresário não pode, livremente, adotar, porque se trata de um serviço regado, concedido. As cláusulas de segurança, de maior perfeição do serviço, estarão, fatalmente, ligadas a contraprestação tarifária. Sobre tudo isso, quem dispõe soberanamente é o poder concedente. Se este não prevê, entre as despesas da concessão, a manutenção de um guarda, como prevê o motorista e o cobrador, não é possível exigir que o transportador o tenha. Seria até, provavelmente, multado e penalizado o transportador, se adotasse providências não previstas nas cláusulas e regulamentos da concessão.²¹⁸²

Esse argumento desconsiderava o que hoje é voz corrente na doutrina: a tese de que os parâmetros administrativos são parâmetros mínimos não sendo o seu atendimento excludente de responsabilidade²¹⁸³.

Ao argumento apresentado pelo Ministro Décio Miranda responde o Min. Thompson Flores destacando que o aumento de gastos com segurança, embora não previstos quando da concessão, é um risco do negócio que assume o concessionário, não podendo alegar a inexistência de previsão contratual para esse gasto como argumento de exclusão da responsabilidade²¹⁸⁴. Este argumento é rebatido pelo Ministro Décio Miranda, o qual retruca afirmando que, provavelmente, a lei não autorizava tais providências para não encarecer o serviço, pois “se se fizesse uma lei uniforme, exigindo um tipo de proteção adequado a zonas perigosas, proteção que seria desnecessária em outra zona, isso iria encarecer,

²¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1210.

²¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1210.

²¹⁸³ Entre vários autores, referimos a título de exemplo: MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 156-157; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 108; SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 725.

²¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1210.

indiscriminadamente, o transporte²¹⁸⁵. Aqui temos um argumento que, mais do que demonstrar o equívoco presente na imputação da responsabilidade do transportador por danos decorrentes de atos criminosos praticados contra seus passageiros, revela o efeito perverso da imputação dessa responsabilidade: a transferência do custo representado por essa condenação ao conjunto dos usuários do transporte, o que nos leva a questionar se para concretizar em termos efetivos os mandamentos da solidariedade social, isto é, para garantir uma justa repartição dos custos sociais relativos ao fenômeno da violência urbana melhor seria, no lugar de impor um dever de reparar a cargo do transportador o melhor, estabelecer um sistema de seguro social a cargo daqueles que lucram com essa realidade, a chamada indústria da segurança, pois essa tem como público consumidor de seus produtos e serviços um grupo em boa parte distinto daquele que compõe o grupo de usuários do transporte público, mais expostos ao risco em questão. Haveria, aqui, um sistema que redistribuiria o custo decorrente da criminalidade urbana violenta em moldes semelhantes ao que ocorre no sistema desenvolvido para os acidentes de trânsito: há um grupo – proprietários de veículos – a quem se encarrega de contribuir para a formação de um fundo que deverá arcar, dentro de certos limites, com os custos decorrentes do pagamento dos danos sofrido por um grupo mais amplo de pessoas – as vítimas de acidentes causados por veículos automotores terrestres. Não há, aqui, uma coincidência entre o grupo de contribuintes e o grupo de beneficiários, podendo existir sujeitos que não contribuem – aqueles que não são proprietários de veículos automotores terrestres – e ainda assim são beneficiários do seguro.

Outro ponto interessante no voto do Min. Décio é o comentário sobre a súmula 187, pretendendo justificar que somente incidiria nas hipóteses para as quais fora criada, assim compreendendo as situações em que, conjuntamente, o autor direto do dano pode ser identificado e há grande probabilidade de ser solvente:

Dir-se-á que a Súmula 187 desta Corte prevê a responsabilidade do transportador pela culpa de terceiro. Mas aí se levou em conta a provável solvabilidade dos terceiros tanto que se previu expressamente o direito regressivo. A previsão do direito regressivo é a condição que resguarda a regra moral, ao admitir-se a responsabilidade direta, presumida. Tudo isto vem mostrar que o que governa, fundamentalmente, o problema é esse princípio moral: alguém responde, porque o outro, que é o causador real do dano, vai perante aquele responder.²¹⁸⁶

²¹⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1210.

²¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1211.

Porém, como já demonstramos, a análise da totalidade dos precedentes da referida súmula não permite inferir que sejam essas as suas justificativas. A responsabilidade pelo fato de terceiro, diante dos precedentes da súmula, se justifica quando há conexão entre o ato de terceiros e a atividade desempenhada pelo transportador, não interessando se esse terceiro foi identificado ou não e se é ou não solvente.

A manifestação do Ministro Décio Miranda, ao afastar a inexistência de semelhança entre o caso sub judice e o do Recurso Extraordinário 73194 antes invocado pelo Min. Thompson Flores, faz com que esse último intervenha novamente para esclarecer que do referido Recurso Extraordinário havia aproveitado o que entendia pertinente e relevante: “a repetição dos fatos os quais, por notórios, dispensam prova. Aqui é a repetição dos assaltos, em Caxias; no paradigma, a discussão e a competição dos motoristas de ônibus”²¹⁸⁷. Para o Ministro Thompson Flores, a razão para a decisão do Recurso Extraordinário 73194 não era a culpa *in eligendo* (ou seja, não se afirmava a responsabilidade porque a empresa havia escolhido mal seu funcionário por ter ele discutido no trânsito, já que tais fatos são corriqueiros), mas o fato de que tais discussões são habituais, sendo previsível o desenlace trágico, assumindo sustentar a responsabilidade da transportadora.

Em seu voto-vista, o Min. Soares Muñoz defende não poder considerar o assalto como fato imprevisível, já que “em 1974, época da ocorrência, e, principalmente agora, os assaltos a mão armada não podem ser considerados imprevisíveis” diante da “frequência com que ocorrem nas ruas, no interior das casas e nos coletivos de transporte de passageiros”²¹⁸⁸. Entende, porém, o caso como um problema relativo à responsabilidade por culpa, pois, numa linha de argumentação já adotada em alguns julgamentos relativos aos danos causados em passageiros por pedras lançadas para o interior do veículo, sustenta não se poder exigir das empresas medidas como contratação de agentes de segurança devidamente armados, na medida em que essas “não assumiram esse ônus nas concessões que lhes outorgaram o Poder Público”²¹⁸⁹. Além do mais, tal policiamento particular acabaria por gerar a “organização e coexistência de várias forças policiais privadas paralelamente à polícia propriamente dita”, o que constituiria “a falência do Estado”²¹⁹⁰.

²¹⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1211.

²¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1213-1214.

²¹⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1214.

²¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1214.

A assunção de uma lógica que assume a responsabilidade do transportador como uma responsabilidade subjetiva resta ainda mais clara na passagem em que o Ministro afirma que ainda que tivesse tomado providências, isto é, atuado de forma diligente, essas medidas não evitariam a ocorrência do evento. Logo, não seria atribuível à culpa do transportador a ocorrência do dano uma vez que:

[...] a eventualidade, por demais dispendiosa, de cada ônibus dispor de policiamento próprio, não impediria os assaltos, haja visto que, no caso **sub judice**, o passageiro que reagiu era um policial e portava, na ocasião, dois revólveres e uma pistola, tendo deflagrado de um deles seis cápsulas.²¹⁹¹

Conclui, portanto, que foi o assalto, enquanto fato necessário e inevitável, que se constitui na causa adequada do dano, “arrebata do transporte a qualidade de causa”²¹⁹²:

O duelo a bala teve como causa mediata o assalto, fato que, naquelas circunstâncias, a transportadora não podia impedir, e como causa imediata a resistência que o passageiro, posteriormente identificado como sendo um policial, opôs aos assaltantes. O transporte, em si, não foi a causa direta e imediata a que alude o art. 1060 do Código Civil, vale dizer, que não foi a causa adequada da morte do marido da recorrente.²¹⁹³

O Ministro se serve, além da exposição feita em acórdão julgado em 1958 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Guanabara) relatado pelo então Desembargador Hugo Auler²¹⁹⁴, das opiniões de Aguiar Dias²¹⁹⁵ e de Agostinho Alvim²¹⁹⁶.

Em seu voto-vista, o Min. Cunha Peixoto defende não ser a empresa de transporte responsável, para isso citando Josserand para quem “somente constituem acidentes de transporte aqueles causados por fatos do transporte”²¹⁹⁷. Também Henri Lalou é invocado, em trecho no qual refere decisões de tribunais franceses em que se estabeleceu que um viajante vítima de uma tentativa de assassinato não pode exercer pretensão alguma contra uma

²¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1214.

²¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1214.

²¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1214.

²¹⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Acórdão. *Revista Forense*, n. 182, p. 189-190 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1216.

²¹⁹⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 370 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1215.

²¹⁹⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 1949. p. 327 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1216.

²¹⁹⁷ No original: “[...] soli costituiscono degli accidenti del trasporto quelli cagionati dal fatto del trasporto” (JOSSEMAND, Louis. *Dei contratti di trasporto*. p. 897 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1219).

companhia de transporte ferroviário, ainda que a disposição defeituosa do vagão facilite o atentado, se esses atendem todas as condições prescritas pela autoridade administrativa, ou mesmo se a companhia tenha cometido a imprudência de, sem verificar se possuía bilhete, permitir que o agressor suba ao veículo de transporte²¹⁹⁸.

Para o Min. Cunha Peixoto, o fato pode ser previsível e não trazer responsabilidade para o contratante “desde que seja inevitável”²¹⁹⁹ e finaliza alegando que a segurança pública é um problema que compete exclusivamente ao Estado, sendo que apenas às instituições financeiras, por expressa disposição legal (Decreto-lei 1034/69), teria se autorizado o uso de “agentes de segurança particulares”²²⁰⁰. Com essas duas afirmações permite-nos concluir que pensava o referido Ministro a responsabilidade do transportador como inserida no modelo da responsabilidade por culpa. Explica-se: não se poderia imputar responsabilidade ao transportador por fato inevitável, isto é, fato que mesmo diante de atos diligentes não poderia ser afastado; da mesma forma não se poderia imputar responsabilidade pela inexistência de agentes de segurança, pois, não tendo autorização para possuí-los, não se poderia afirmar que a ausência dos mesmos corporificava um ato de negligência.

O Min. Moreira Alves, em seu voto preliminar, concorda com os que defendem não haver responsabilidade do transportador²²⁰¹.

O Min. Xavier Albuquerque, também em seu voto preliminar, defende o entendimento de que não há responsabilidade, pois “nunca se pretendeu dar, tanto na literatura comum, como na jurisprudência francesa, responsabilidade aos transportadores, pelos crimes que se praticam contra os passageiros, na estrada de ferro”. Destacava ainda que, no Brasil, “sendo as companhias de transportes concessionárias ou permissionárias do serviço público, têm tarifas remuneradoras de seu serviço, que não prevêm esses eventos excepcionais”.

²¹⁹⁸ No original: “Dans cet ordre d’idées, il a été jugé que les voitures ne sont pas responsables des accidents provenant d’attaques criminelles dont les voyageurs peuvent être l’objet de la part de tiers (Req. 1er aot 1929, D.P. 1930, 1.25). Ainsi un voyageur victime d’une tentative d’assassinat ne peut exercer aucun recours contre une compagnie de chemins de fer, même par le motif que la disposition défectueuse des wagons aurait facilité l’attentat, si ces wagons satisfont à toutes les conditions prescrites par l’autorité administrative pour la sûreté des voyageurs (Paris, 16 déc. 1873, D.P. 1874, 2.126) ou encore par le motif que la compagnie aurait commis l’imprudence de laisser monter dans le train l’agresseur sans exiger son billet (Paris, 4 mars 1933, Gaz. Trib. 11 aor. 1933).” (LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. p. 252 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1219).

²¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1219.

²²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1220.

²²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1220-1221.

Conseqüentemente, sustentava, que “[...] seria até injusto transferir-se à transportadora o seguro por eventos decorrentes de força maior”²²⁰².

Para o Ministro Décio Miranda, “se se fizesse uma lei uniforme, exigindo um tipo de proteção adequado a zonas perigosas, proteção que seria desnecessária em outra zona, isso iria encarecer, indiscriminadamente, o transporte”²²⁰³. Essa afirmação, ainda que tenha sido feita para demonstrar que a imposição de medidas de segurança em vista de atos ocorridos em certas zonas da cidade, levaria a uma injusta distribuição de custos no transporte (pois recairia sobre a totalidade dos usuários do sistema), acabando por revelar uma outra injustiça, maior do que a apontada: a injusta distribuição geográfica do risco relativo à ocorrência de eventos que podem ser qualificados como criminalidade urbana violenta. Não se pode cogitar que o fenômeno da criminalidade esteja distribuído de forma idêntica entre todos os pontos da cidade; pelo contrário, assim como as vantagens de viver em uma metrópole estão concentradas junto a alguns grupos de seus habitantes, as desvantagens, ou melhor, os riscos também se concentram junto a grupos determinados, em regra, os que se encontram em pontos baixos da escala econômica, isto é, aqueles que moram nas periferias e se utilizam do sistema de transporte público.

Essa percepção não se pode dizer que fosse estranha aos julgados do STF. O Ministro Orosimbo Nonato, como relator de um Embargo a Recurso Extraordinário, nos idos de 1955²²⁰⁴, em questão relativa à responsabilidade civil do transportador por ato de terceiro que havia atingido passageiro que viajava em estribo de bonde, sustentara, em oposição ao argumento de Nelson Hungria de que deve ser considerado um ônus do habitante das grandes cidades o risco que elas comportam, como preço pago pelas “excelências dessa vida”, – o que refere:

[...] nem todo o habitante das metrópoles é um beneficiário de seus progressos: o gozo do mísero pedestre, é muitas vezes gozo tantálico. Do quadro maravilhoso das metrópoles às vezes tem apenas a visão e o sentimento de humilhante contraste com o precário de suas possibilidades pessoais.²²⁰⁵

²²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1221.

²²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. p. 1210.

²²⁰⁴ Ementa: “Transportes. Responsabilidade. Cláusula de incolumidade. Fato de terceiro. Vis maior. Situação dos passageiros de bondes em balaústres. Recebimento dos embargos com o restabelecimento do acórdão recorrido” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 23.339 (Embargos)*. p. 1).

²²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 23.339 (Embargos)*. p. 8.

Não seria permitido, segundo o Ministro Orosimbo Nonato, sustentar que o fato de terceiro constituía força maior; isso porque, entendendo que, em não se podendo afirmar *a priori* que determinado fato se constituía como caso fortuito e força maior, defendia ser necessário verificar as circunstâncias nas quais se insere²²⁰⁶. Ao verificá-las e perceber que as viagens de passageiros no estribo dos bondes eram comuns e habituais, além de permitidas pelas empresas, que dessa prática retiravam proveito, concluía que não poderiam essas alegar “inocência e irresponsabilidade”²²⁰⁷. Essa a orientação seguida pelo Ministro Edgard Costa em seu voto revisor²²⁰⁸.

Em sentido contrário se manifestava o Min. Nelson Hungria, para quem não se poderia admitir a existência no contrato de transporte, tal como regulado pelo direito brasileiro, da presença de uma obrigação de garantia de incolumidade do passageiro de forma “incondicionada”. Além de contrariar o bom-senso, essa tese não encontraria suporte legal, pois diferentemente do direito francês – cujo Código Civil estabelece um dispositivo relativo à responsabilidade do “guarda da coisa”, motivo pelo qual, “a construção de uma espécie de ‘teoria do risco’ no direito francês, encontra base em artigo expresso”²²⁰⁹ – no Brasil essa construção seria impossível. Nosso Código Civil teria adotado, dizia Hungria, por força do estabelecido nos arts. 159 e 1523, a pura teoria da culpa. Defendia que assim, “no caso da responsabilidade por fato de terceiro, ou, mais precisamente, a responsabilidade do preponente por fato culpado do preposto só é reconhecível quando aquele concorre com a sua própria culpa”²²¹⁰. Essa hipótese era pouco provável quando o ato confirmava um ato de terceiro que nem mesmo era preposto do transportador.

O Ministro Nelson Hungria ainda apresenta argumento de confrontação contra a idéia de que, havendo regularidade de tais fatos, dever-se-ia tomá-los como previsíveis e, portanto, como instituidores de responsabilidade. A linha de raciocínio que sustentará o referido Ministro, como se verá, lembra discussão posteriormente retomada no Recurso Extraordinário 88407/RJ, qual seja a relação entre regularidade dos fatos e o limite da responsabilidade das empresas de transporte coletivo urbano, tendo em vista o fato de que a melhoria do serviço

²²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 23.339 (Embargos)*. p. 10.

²²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 23.339 (Embargos)*. p. 10.

²²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 23.339 (Embargos)*. p. 12.

²²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 23.339 (Embargos)*. p. 13.

²²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 23.339 (Embargos)*. p. 13.

(isto é, o aumento da segurança quanto a atos de terceiros) está limitada pela dinâmica da atividade nos quadros fornecidos pelo Poder Público e pelo regime de preços tarifados:

Ora, um fato que se tornou norma, quotidiano, que se integrou em nossos costumes, de modo algum se pode dizer que seja um fato cuja permissão traduza culpa, que *per definitionem*, pressupõe a prática de fato anormal. Afirma-se que a empresa de bondes poderia aparelhar os seus veículos, de modo a impedir a 'pingência', como diz Matos Peixoto, aceitando a expressão do vulgo. Mas, trata-se de serviço público concedido, e não há regulamento algum determinando que se gradeiem os bondes, suprimindo-se os estribos. Pretende-se que os bondes devam ser fechados como vagões de estrada de ferro. Imagine-se o efeito de 'bondes fechados' na Capital da República, onde, muitas vezes, a temperatura sobe a 40 graus.²²¹¹

Como vimos anteriormente, esse argumento, que desvia a atenção para a impossibilidade de se "blindar" os veículos de transporte, também surgiu nos debates relativos aos danos decorrentes de pedradas habitualmente lançadas aos ônibus, antes que o ar-condicionado e a conseqüente vedação das janelas de tais veículos passassem a ser usuais.

Outra crítica que deve ser feita à linha de argumentação adotada pelo Ministro Nelson Hungria é com relação à sua afirmação de que um fato tornado corriqueiro não pode ser um ato culposo, pois tal afirmação parece desconhecer a divisão entre o mundo do ser e o mundo do dever-ser. Além do mais, a responsabilidade decorreria não da constatação de que esse fato corriqueiro traduz culpa, mas porque, em sendo corriqueiro, traduz um risco inerente à atividade.

A prova da consolidação desse entendimento tem-se pela leitura do teor da decisão proferida em 30 de junho de 1986 no Recurso Extraordinário 109223/RJ julgado pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal. Foi relator o Ministro Djaci Falcão nos autos da ação de indenização que Rita Amâncio de Oliveira por si e por suas filhas impetrara contra a Companhia Brasileira de Trens Urbanos em razão do falecimento do marido da primeira em assalto praticado no interior de veículo da empresa estatal.

No julgamento em primeiro grau, o magistrado havia acolhido o argumento das autoras de que a empresa de transporte, tendo a obrigação de conduzir o passageiro incólume ao seu destino, deveria, de acordo com o art. 64 do Decreto 2089/63, "organizar e estabelecer o seu

²²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 23.339 (Embargos)*. p. 14.

próprio, que será exercitado pelo pessoal em serviço ou por guardas que para tal fim destacarem [...]”. A esse “pessoal em serviço” incumbiria segundo o parágrafo único do referido artigo “manter a ordem nos recintos onde se desenvolve o trabalho das ferrovias, muito especialmente nos freqüentados pelo público”²²¹².

A apelação da empresa ré havia sido julgada em 27 de junho de 1986 pela terceira câmara do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro que, por unanimidade, decidiu por dar provimento ao recurso da CBTU e julgar improcedente a ação movida pelas autoras. A decisão ficou assim ementada: “Responsabilidade civil. Assassinato de passageiro por desconhecidos. Ato de terceiro equiparável a caso fortuito. Inevitabilidade do fato e ausência de culpa do transportador. Inexistência de vinculação com o contrato de transporte. Improcedência da ação”²²¹³.

Junto ao Tribunal de Alçada prevaleceu o argumento do transportador de que o ocorrido era um fato anormal, impossível de ser coibido pela empresa uma vez que tal violência não conseguiria ser obstada eficazmente nem mesmo pela força policial do Estado, constituindo-se assim como força maior²²¹⁴. O Tribunal de Alçada referia a opinião de Arnaldo Medeiros da Fonseca de que a força maior compunha-se de dois elementos, um interno, de ordem objetiva – a impossibilidade de impedir ou resistir ao acontecimento, objetivamente considerado, tendo em vista as possibilidades humanas atendidas em toda sua generalidade sem nenhuma consideração pelas condições pessoais do indivíduo cuja responsabilidade está em causa –, e outro externo, de ordem subjetiva – a ausência de culpa²²¹⁵. Aplicando tais critérios na análise do fato *sub judice*, concluía estarem ambos presentes, isto é, “o fato era inevitável e irresistível e para a sua existência não laborou a ré com qualquer culpa”²²¹⁶.

Quanto ao disposto no art. 64 do Decreto 2089/63, afirmou o Tribunal de Alçada que:

[...] não se pode confundir tais atribuições, relacionadas com a guarda das estações, dependências, cuidado, comodidade e tranqüilidade do usuário, no serviço que lhe é prestado, com aquelas que devam ser exercidas pela

²²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.223*. p. 4.

²²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.223*. p. 2.

²²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.223*. p. 2.

²²¹⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 143 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.223*. p. 4.

²²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.223*. p. 4.

Autoridade Policial, única habilitada a combater e a prevenir a prática de delitos.²²¹⁷

O relator do Recurso Extraordinário, Min. Djaci Falcão, defendia que o acórdão recorrido, ao entender que o acidente ocorrido com a vítima não estava ligado ao transporte ou às condições de funcionamento do trem, por nenhuma relação de conexidade, vindo a se configurar tal hipótese caso fortuito, longe de divergir manifestamente da Súmula 187, deu-lhe correta interpretação. Sublinhou ainda ter sido essa a orientação do Pleno no julgamento do Recurso Extraordinário 88407/RJ²²¹⁸. A ementa do Recurso Extraordinário 109233/RJ acabou assim redigida:

Responsabilidade civil. (Procedimento sumaríssimo). Assassínio de passageiro em virtude de assalto praticado por desconhecidos num trem da REFESA durante a viagem. Ato de terceiro equiparável a caso fortuito. Inevitabilidade do fato e ausência de culpa do transportador. Inexistência de vinculação com o contrato de transporte. Incidência do obstáculo previsto no art. 325, inc. V, do RISTF. Arguição de relevância rejeitada. Inocorrência de divergência com a súmula 187 do STF, por inexistir nexo de causalidade entre o acidente e o transporte. Alegações de ofensa a lei federal e dissídio de jurisprudência não apreciados, porquanto e defeso no Recurso Extraordinário o seu exame, sem o prévio afastamento do obstáculo regimental, pela ocorrência das ressalvas contidas no ‘caput’ do art. 325, do RISTF. Recurso Extraordinário não conhecido.

O problema tratado pelo Supremo Tribunal Federal no início dos anos 80 do séc. XX se apresentará pela primeira vez ao Superior Tribunal de Justiça no início dos anos noventa do mesmo século. Em 21 de setembro de 1993, a Terceira Turma dessa corte julga o Recurso Especial 35436-6/SP e, por unanimidade, decide pela ausência de responsabilidade da Companhia Brasileira de Trens Urbanos diante dos danos sofridos por passageiro seu em razão de assalto ocorrido no interior de uma de suas composições²²¹⁹. Em seu voto o relator, Ministro Eduardo Ribeiro, menciona a opinião que havia manifestado dois anos antes no Recurso Especial 13351/RJ onde, como vimos, se discutiu a responsabilidade da empresa pela indenização decorrente de danos produzidos por pedras lançadas de fora do veículo²²²⁰.

²²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.223*. p. 4.

²²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.223*. p. 6.

²²¹⁹ Ementa: “Responsabilidade civil. Estrada de ferro. Passageiro ferido em assalto. Fato de terceiro que não exonera de responsabilidade o transportador é aquele que com o transporte guarda conexidade, inserindo-se nos riscos próprios do deslocamento. Não assim quando intervenha fato inteiramente estranho, como ocorre tratando-se de um assalto.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.436*).

²²²⁰ Ementa: “Responsabilidade civil – Estrada de ferro – Lesões em passageira, atingida por pedra atirada do exterior da composição. O fato de terceiro que não exonera de responsabilidade o transportador é aquele que com o transporte guarda conexidade, inserindo-se nos riscos próprios do deslocamento. O mesmo não se verifica quando intervenha fato inteiramente estranho, devendo-se o dano a causa alheia ao transporte

No voto proferido no Recurso Especial 35436-6/SP, o Ministro Eduardo Ribeiro sustenta não surgir o dever de indenizar quando para a produção do dano, “intervenha um fato inteiramente estranho”. Assim sucederia, segundo o seu entendimento, “havendo, por exemplo, um atentado ou um assalto”²²²¹. Segundo o relator, o dano nessas situações deve-se a causa alheia ao transporte em si; daí porque conclui estar diante de hipótese que se deve equiparar ao fortuito, excluindo-se a responsabilidade mesmo diante da constatação da regularidade com que tais fatos ocorrem:

Salienta-se que o lançamento de pedras, contra os comboios, ocorre com frequência, criando-se risco para os passageiros. Daí não se conclui deva responsabilizar-se a empresa. Os assaltos a ônibus também se tornaram relativamente comuns. Nem por isso me parece seja exigível dos transportadores a manutenção de guarda permanente nos veículos de molde a evitá-los. A prevenção de atos dessa natureza cabe à autoridade pública, inexistindo fundamento jurídico para transferi-la a terceiro.²²²²

Refere ainda o relator que, em pesquisa junto à jurisprudência do STF, teria encontrado apenas três acórdãos sobre o tema “assalto em coletivos”. Seriam eles os recursos extraordinários 80412/RJ, 88407/RJ e 109233/RJ. No seu entendimento, reconheceu-se no Recurso Extraordinário 80412 a responsabilidade da transportadora, em julgamento proferido na Turma, com um voto vencido; porém, no caso “havia peculiaridade de relevo”. Essa peculiaridade “constitui fundamento de pelo menos um dos votos”, estava no fato de o passageiro ter sido atirado para fora do veículo, o que “fazia supor que esse se deslocava com as portas abertas ou que fora permitida a saída do comboio apesar da caída da vítima”. Por essa razão foi então reconhecida “circunstância alheia ao assalto”²²²³. Já no Recurso Extraordinário 88407/RJ e no Recurso Extraordinário 109233/RJ afirmara-se que o transportador não era responsável pela morte de passageiro decorrente de assalto, sendo que no último decidiu-se que não havia divergência entre a decisão pela ausência de responsabilidade do transportador, nessa hipótese, e a orientação emana da Súmula 187 do STF, por inexistir, no caso de assalto, nexo de causalidade entre o fato e o transporte²²²⁴.

em si. A prevenção de atos lesivos, da natureza do que se cogita na hipótese, cabe à autoridade pública, inexistindo fundamento jurídico para transferir a responsabilidade a terceiros.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 13.351*)

²²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.436*. Voto do Relator, p. 2.

²²²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.436*. Voto do Relator, p. 2.

²²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.436*. Voto do Relator, p. 2.

²²²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.436*. Voto do Relator, p. 2.

O Ministro Eduardo Ribeiro termina o voto reafirmando a idéia – expressa tanto no Recurso Extraordinário 88407/RJ quanto no Recurso Extraordinário 109233/RJ – de que não se poderia, para imputar a responsabilidade à empresa, argumentar com o fato dessa manter corpo de guarda, pois ninguém poderia “razoavelmente supor que se pretenda oferecer segurança contra tais eventos, sabendo-se que centenas de milhares de pessoas utilizam-se diariamente dos trens”²²²⁵.

Ainda no ano de 1993, mais precisamente no dia 23 de novembro, a Terceira Turma terá oportunidade para referendar essa orientação no julgamento do Recurso Especial 38277-7/RJ²²²⁶, interposto pelo autor da ação de indenização movida contra a Companhia Brasileira de Trens Urbanos em razão do fato de ter sido “atirado do trem em movimento por três indivíduos que tentavam roubar-lhe a mochila”²²²⁷. O relator, Min. Nilson Naves, em seu voto, limita-se a referir as ementas dos recursos especiais 13351 e 35436 e trecho do voto do Min. Eduardo Ribeiro proferido nesse último. É de admirar que, embora nesse trecho conste a informação de que na jurisprudência do STF há decisão que reconheceu a responsabilidade da companhia em situação em que “o passageiro foi atirado para fora do veículo, o que fazia supor que esse se deslocava com as portas abertas ou que fora permitida a saída do comboio apesar de caída a vítima”, o relator simplesmente a desconsiderou asseverando que diante dos precedentes não havia nenhuma censura possível ao acórdão recorrido²²²⁸.

Posição distinta foi defendida pelo Ministro Antônio Torreão Braz, relator do Recurso Especial 50129-6/RJ julgado por unanimidade pela quarta turma em 29 de agosto de 1994 e que tratava da responsabilidade da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) pela morte de um de seus passageiros em decorrência de assalto à mão armada no interior da composição ferroviária.

Tendo sido proposta ação de indenização contra a companhia, a mesma foi tida por improcedente, opinião mantida em acórdão da Quinta Câmara do Tribunal de Alçada do Rio

²²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.436*. Voto do Relator, p. 3.

²²²⁶ “Responsabilidade civil das estradas de ferro. Passageiro ferido em assalto. Caso em que o fato de terceiro não guarda conexão com o transporte. Exoneração da responsabilidade do transportador, de acordo com precedentes do STJ: Resp 13351 e 35436. Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 38.277*).

²²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 38.277*. Relatório, p. 1.

²²²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 38.277*. Voto do Relator, p. 1.

de Janeiro cuja ementa deixa claro que a inexistência da responsabilidade se deu em razão da equiparação do ato de terceiro – assalto – ao caso fortuito.

No acórdão, o relator discorda desse entendimento afirmando que em razão do art. 17 do Dec. Legislativo 2681/12 há a consagração, no contrato de transporte, de uma “obrigação de incolumidade”, “decorrente do próprio exercício da atividade, com base na teoria do risco ou da responsabilidade objetiva”. Essa obrigação confere ao passageiro o direito a ser indenizado sempre que sofra danos em razão de acidente que se dê no curso do transporte, “seja estranho ou não à organização da empresa”²²²⁹.

Importante compreender essa manifestação dentro das circunstâncias históricas e em relação aos auditório nos quais se inseria: não estava o Ministro afirmando genericamente que qualquer acidente estranho à organização da empresa geraria a responsabilidade da empresa de transportes; apenas defendia que os assaltos tidos por muitos – doutrinadores e juízes – como “estranhos à organização da empresa” deveriam ser compreendidos como fatos desencadeadores da obrigação de indenizar das empresas de transporte em razão de a elas impor-se o dever de garantir a incolumidade do passageiro durante o trajeto.

Defendia o Min. Torreão Braz, na interpretação do referido dispositivo legal, o emprego do que denominou de “método evolutivo”, entendido como aquele que leva em consideração na aplicação da lei “as transformações que a sociedade sofre ao longo dos anos”. para tal citando as lições de Karl Engish²²³⁰ e Agostinho Alvim²²³¹. Como escora jurisprudencial, referia a súmula 187 do STF. Porém, ressaltava encaminhar-se a aplicação dada a essa súmula, no sentido da equiparação entre o ato criminoso de terceiro e o caso fortuito e a força maior²²³².

Como se pode perceber pelo exposto anteriormente, essa afirmação não correspondia à realidade da jurisprudência já naquele momento e cuja orientação criticava citando Arnaldo Medeiros da Fonseca, para quem não há classe de eventos que possam *a priori* ser definidos como caso fortuito ou força maior. Utilizando trecho de acórdão por ele não identificado, ressaltava que:

²²²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. Voto, p. 1.

²²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. Voto, p. 1.

²²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. Voto, p. 2.

²²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. p.3.

[...] se o fato é acontecimento, não necessariamente usual e ordinário, fora das causas intrínsecas da atividade, não inerente ao transporte, **mas interferente no transporte e faz parte, periodicamente, dos acontecimentos no curso da operação de transporte, tal fato tem previsibilidade e não exclui a responsabilidade da transportadora.**²²³³

Referia também trecho de decisão exarada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, mais especificamente o voto do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, no qual restara estabelecida a “obrigação de segurança” a cargo das ferrovias em relação aos seus passageiros como decorrência do que dispõem os arts. 57, alínea ‘a’ e 64, ambos do Decreto 2089/63 que aprova o Regulamento da Segurança, Tráfego e Polícia das Estradas de Ferro”. Lembrava ainda que o Regulamento anterior (o Decreto 15673/22) já dispunha em seu art. 162, alínea ‘b’ – não revogado, pois não se configura como “disposição contrária” ao regime então em vigor –, ser obrigação da empresa de transporte proibir a entrada e a permanência, nas estações e nos carros, “de pessoas armadas com armas de fogo”, o que por si só já afastaria a incidência do art. 1285, II, do CC/16. Em vista desses argumentos, o referido voto expressava o entendimento de que o fato de terceiro não exonerava o transportador da responsabilidade aludida, destacando que o assalto que não seria imprevisível nos dias correntes, o que afastaria sua inserção no grupo dos casos fortuitos²²³⁴.

E é nessa esteira que o relator do recurso especial, o Min. Torreão Braz, também encaminha seu voto asseverando: “em sã consciência, não se pode pôr em dúvida que no Brasil dos dias correntes o assalto nos meios de transporte de carga e de pessoas é fato previsível e até corriqueiro”²²³⁵, daí porque, em sua opinião, falar “em caso fortuito nessa hipótese é afastar ou ficar insensível ao óbvio”²²³⁶. E finalizava deixando clara sua preocupação com os reflexos da consagração desse entendimento na economia do contrato e com a impropriedade do argumento “esgrimido alhures, de que as cláusulas de segurança estão fatalmente ligadas à contraprestação tarifária.”, pois, de acordo com ele, tais cláusulas permitiriam ao concessionário “exigir do concedente tarifas mais adequadas” em vista do fato de ter de “acobertar-se dos riscos mediante contratos de seguro”²²³⁷. Inadmissível, portanto, que “famílias inteiras, geralmente de parques ou de nenhum recurso (o usuário de tais serviços de

²²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. p. 3-4. Grifo nosso.

²²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. p. 5.

²²³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. p. 5.

²²³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. p. 5.

²²³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. p. 5.

ordinário pertence às classes mais humildes) fiquem desamparadas, relegadas à miséria, por decorrência de uma exegese fossilizada da lei que remonta ao começo do século”²²³⁸.

O acórdão acabou por receber a seguinte ementa:

Responsabilidade civil. Estrada de Ferro. Morte de passageiro em decorrência de assalto no interior de composição ferroviária. Obrigação de indenizar.

O caso fortuito ou a força maior caracteriza-se pela imprevisibilidade e inevitabilidade do evento. No Brasil contemporâneo, o assalto a mão armada nos meios de transporte de cargas e passageiros deixou de revestir esse atributo, tal a habitualidade de sua ocorrência, não sendo lícito invocá-lo como causa de exclusão da responsabilidade do transportador.

Inteligência do art. 17, par. 1., do Decreto Legislativo n. 2681, de 07.12.912. Ação julgada procedente, Indenização calculada de acordo com a esperança de vida prevista na tabela do Ministério da Previdência e Assistência Social. Recurso conhecido e provido.

Essa orientação inaugurada pelo Ministro Torreão Braz e que se contrapunha à vaga dominante teve vida curta, inspirando apenas um único julgamento posterior da mesma quarta turma, proferido por unanimidade em 02 de agosto de 1994: o Recurso Especial 48967/SP, que teve como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Na ementa é possível ler:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte Ferroviário (CBTU). Roubo com lesões corporais.1. A jurisprudência predominante no STJ equipara o crime de roubo no interior de veículo de transporte coletivo ao fato fortuito, causa excludente da responsabilidade do transportador. 2. Somente em processo onde a questão tenha sido objeto de julgamento, poderá ser examinado o limite dessa exclusão de responsabilidade do transportador, quando os seus serviços criam condições favoráveis à prática de delitos, os quais poderiam ser evitados ou minorados se o transportador adotasse medidas preventivas e protetivas ao seu alcance. Recurso Especial não conhecido.

Tratou-se de ação de indenização de passageiro contra a CBTU, a 7ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil do RJ, negou responsabilidade à empresa com base na opinião de Arnaldo Rizzardo, fundamentando que o evento – assalto – caracteriza-se como ato de terceiro sem nenhuma vinculação com a atividade de transporte²²³⁹.

Em seu voto o Ministro Ruy Rosado faz referência à jurisprudência do STF (Recursos Extraordinários 88407/RJ e 109223/RJ) bem como à do STJ (Recursos Especiais 35436-6/SP

²²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. p. 5.

²²³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 48.967*. Relatório, p. 1.

30992-3/RJ). Ao analisar o art. 17 do Dec. Lei 2681/12, afirma que o que gera responsabilidade do transportador é o “fato ocorrido em razão do transporte, e não por ocasião do transporte”²²⁴⁰. Destacando, entretanto, que uma questão ficava em aberto: se fazia necessário definir se o assalto ocorria por ocasião do transporte, isto é, acontecia naquele lugar como poderia acontecer em qualquer outro, ou ocorria em razão do transporte, isto é, acontecia naquele lugar tendo em vista às condições favoráveis que apresentava para a ocorrência desse tipo de criminalidade. Nas palavras do Ministro se fazia necessário:

[...] estabelecer até onde vai a isenção do transportador que explora serviços cujas condições, só por si, criam situações favoráveis à ação de terceiros, condições estas que podem ser eliminadas ou minoradas com as medidas protetivas ao alcance do transportador. Na verdade existem circunstâncias propícias à prática de atos criminosos, tais como furto, roubo, ou homicídio, de execução facilitada pela solidão, nos horários da madrugada, ou pelo acúmulo de pessoas, na hora do pique. **Não se trata de transferir para o transportador encargo do Estado, na prevenção dos delitos e garantias da segurança das pessoas, mas de incluir na responsabilidade do concessionário o dever de eliminar ou minorar os riscos causados aos passageiros, riscos estes criados ou agravados pela exploração da atividade de transporte.**²²⁴¹

A análise dessa passagem nos permite claramente identificar um argumento em que a obrigação do transportador é apresentada como uma obrigação de garantia, já que não se vincula ao empresário o dever de atuar no sentido de prevenir e evitar a ocorrência dos delitos, o que poderia ser compreendido como uma obrigação de resultado. Ele se impõe o dever de eliminar ou minorar os riscos relacionados com aqueles delitos, uma vez que se vinculam à exploração da atividade de transporte. Em resumo: mais do que uma responsabilidade que se produz pela ocorrência do fato criminoso (o assalto, por exemplo), trata-se de uma responsabilidade que se impõe pela relação entre a atividade de transporte e os riscos que a ela são associados²²⁴².

Em 1995, a Quarta Turma afastou-se da orientação defendida, um ano antes, pelo Min. Ruy Rosado no Recurso Especial 48967/SP. No julgamento do Recurso Especial 35827/SP, cujo relator foi o Min. Sálvio de Figueiredo, restou estabelecido, por maioria, que não se mostrava exigível à empresa, como regra, “evitar a subtração realizada com emprego de ameaça e

²²⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 48.967*. Voto, p. 2. Grifo no original.

²²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 48.967*. Voto, p. 3. Grifo nosso.

²²⁴² Conforme vimos anteriormente, o conteúdo da obrigação de garantia é a eliminação de um risco que pesa sobre o credor, sendo que “eliminar um risco significa *a fortiori* reparar as consequências de sua realização” (COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. p. 537).

violência”²²⁴³. Tratava-se de julgamento de ação proposta não contra empresa de transporte público de passageiros, mas contra supermercado em razão de roubo de veículo ocorrido em seu estacionamento. Embora já houvesse à época sedimentação da posição do tribunal quanto ao furto de veículos ocorrido em estacionamento de estabelecimento comercial²²⁴⁴, não havia ocorrido o mesmo relativamente ao roubo.

O relatório do Recurso Especial 35827-2/SP refere que a sentença de primeiro grau julgou a ação procedente por entender não equiparável o roubo à caso fortuito ou força maior, porém o Tribunal de Justiça de São Paulo optou pela absolvição, tendo emitido acórdão em cuja ementa restava expressa a idéia de que a ocorrência de roubo, inclusive com troca de tiros entre prepostos da empresa e assaltantes, permitia identificar-se, no caso, a ocorrência de força maior²²⁴⁵.

Em seu voto, o relator do recurso especial, Min. Sálvio de Figueiredo, entendeu, com base em argumentos presentes no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que “inexistindo, portanto, comprovada desídia do estabelecimento comercial e caracterizada, por outro lado, a força maior prevista no art. 1058 e seu parágrafo único do Código Civil, não há como vir a ser o réu compelido a indenizar o autor”²²⁴⁶. Entretanto, admite que “é certo que nem sempre o roubo constitui circunstância equiparável ao caso fortuito ou à força maior para fins de isenção de responsabilidade”²²⁴⁷, como, por exemplo, “nas hipóteses em que o estacionamento é pago, de forma ostensiva, constituindo sua exploração o núcleo da atividade comercial”²²⁴⁸, destacando inclusive que nessas hipóteses “diante do risco inerente à atividade específica daquele que cobra, auferindo lucro direto, para oferecer local seguro ao estacionamento de veículos” seriam exigíveis “cuidados especiais com a vigilância”, pois “o

²²⁴³ O acórdão proferido obteve a seguinte ementa: “Direito civil. Responsabilidade civil. Roubo de veículo. Recurso desacolhido. I – Nem sempre o roubo constitui circunstância equiparável ao caso fortuito ou à força maior para fins de isenção de responsabilidade, consoante já proclamaram precedentes do Tribunal (Resp 31206/SP e 36433, DJU de 15.3.93 e 20.9.93, respectivamente). II – Mesmo quando a empresa não tem qualquer relação com o fornecimento de serviços de guarda e segurança, como as que se dedicam ao comércio atacadista de supermercado, assumem dever de guarda e conservação, cumprindo-lhes fornecer vigilância adequada, o que encerra compromisso de diligenciar as cautelas e providências assecuratórias regulares, normais. III – Não se mostra exigível à empresa, no entanto, como regra, evitar subtração realizada com emprego de ameaça e violência a que nem mesmo os próprios donos de veículos teriam condições de resistir.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*).

²²⁴⁴ Note-se que, embora a súmula 130/STJ (“A empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido em seu estabelecimento”) tenha sido emitida pela Primeira Seção do Tribunal em 29/03/95, seus precedentes datam de um período entre 1990 e 1994.

²²⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Relatório, p. 1.

²²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto do Relator, p. 2.

²²⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto do Relator, p. 2.

²²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto do Relator, p. 2.

roubo levado a efeito em estabelecimento dessa natureza, que comercializa a custódia de bens e valores, não exclui a responsabilidade reparatória”²²⁴⁹.

Ocorre que, para o relator, a atividade comercial ao qual se dedicava a empresa recorrente não tinha “qualquer relação com o fornecimento de serviços de guarda e segurança”, o que lhe fazia concluir que, ainda que não houvesse dúvida “de que, ao oferecer estacionamento, como fator de captação de clientela e, portanto, fonte de lucro indireto, assume o dever de guarda e conservação em relação aos veículos ali parquoados, cumprindo-lhe fornecer vigilância adequada”, ocorre, porém, que para o relator “tal obrigação, no entanto, encerra compromisso de diligenciar as cautelas e providências assecuratórias regulares, normais”, concluindo-se assim que “não se lhe mostra exigível, como regra, evitar subtração realizada com emprego de ameaça e violência a que nem mesmo os próprios donos dos veículos teriam condições de resistir”²²⁵⁰.

O relator, por fim, sustenta sua opinião no argumento de que, se não fosse assim, surgiria “nítido desequilíbrio na equação obrigacional estabelecida entre estes [clientes] e a empresa mantenedora do estacionamento. O risco assumido seria excessivo e desproporcional ao benefício por ela auferido”²²⁵¹.

²²⁴⁹ Nesse sentido, o relator menciona, também à página 02 de seu voto, decisão proferida no RESP 31206/SP, julgado pela Quarta Turma em 17/02/93, do qual também havia sido relator e em cuja ementa se lê: “Direito Civil. Indenização. Roubo de veículo em estacionamento. Responsabilidade. Força maior. Recurso desacolhido. I - Empresa que explora estacionamento, cobrando pelo serviço prestado, tem dever de guarda e vigilância sobre os veículos parquoados, respondendo por indenização em caso de subtração. II – O roubo, a exemplo do furto, não pode ser alegado como motivo de força maior por quem, em razão do seu ramo de atividade tem por obrigação e especialidade prestar segurança”. Além dessa decisão também refere a expressa no RESP 36.433-7/SP, julgado pela Quarta Turma em 30/08/93, cujo relator foi o Min. Dias Trindade e que recebeu a seguinte ementa: “Civil. Responsabilidade. Guarda de veículos. Roubo. Não constitui força maior, capaz de elidir responsabilidade indenizatória, a circunstância de roubo a mão armada de veículo entregue à guarda de empresa que explora estacionamento noturno de veículo, com manutenção de vigilância que se apresentou ineficaz para a guarda do bem depositado.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto do Relator, p. 3).

²²⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto do Relator, p. 3.

²²⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto do Relator, p. 4. Há, atualmente, decisões do STJ que se afastam do entendimento exarado no acórdão em análise. Tome-se, como exemplo, o Recurso Especial 419059/SP, julgado em 19 de outubro de 2004 pela Terceira Turma do STJ no qual se estabeleceu, por unanimidade, a responsabilidade do hipermercado por danos produzidos em seu cliente, vítima de assalto à mão armada iniciado no estacionamento coberto do estabelecimento comercial. A decisão faz repousar essa responsabilidade não no fato do hipermercado auferir lucro direto pela cobrança do serviço de prestação de segurança aos veículos e seus motoristas no interior do estacionamento, mas no fato de que entendeu-se ser essa prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor “inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado”, constituindo-se, na opinião da relatora Min. Nancy Andrighi, num “atrativo a mais que o fornecedor agrega aos seus serviços”, fazendo com que tal expectativa estimule o consumidor “a realizar compras em tais estabelecimentos, onde o item segurança integra o complexo de fornecimento de mercadorias e serviços, o que, repita-se, é um captador de maior lucratividade em favor de todos os fornecedores.”

Em seu voto-vista, o Min. Ruy Rosado, amparado em lição de José de Aguiar Dias acerca da impossibilidade de se analisar as excludentes denexo causal de forma apriorística²²⁵² e na decisão da 4ª Turma relatada pelo Min. Torreão Braz acerca da responsabilidade da rede ferroviária pelos assaltos cometidos no interior de seus trens²²⁵³, assevera que o ponto fundamental para a atribuição da responsabilidade era, nesses casos, a previsibilidade do evento. Assim, defende que: “[...] em se tratando de estacionamento de empresa grande atacadista, é evidente a previsibilidade de ser o seu parque de estacionamento para clientes atacado por delinquentes, que agirão com maior ou menor violência contra a coisa ou contra a pessoa”²²⁵⁴.

Complementando com a observação de que não é o fato de:

[...] ter sido a subtração cometida de um ou de outro modo [com ou sem violência] que servirá como parâmetro para a exoneração da responsabilidade da empresa que se beneficia do estacionamento”, mas sim a “previsibilidade da subtração e a falta de adoção de medidas para impedi-la são os elementos suficientes para o reconhecimento da responsabilidade da ré [...]”²²⁵⁵.

Em seu voto, o Min. Torreão Braz, por sua vez, defende que:

[...] não obstante a oposição de certa doutrina, o fato é que a jurisprudência do STJ, com elogiável acerto, assentou que a responsabilidade do estabelecimento comercial tem por fundamento o dever de guarda decorrente da **ficta traditio** do veículo, pouco importando que a sua subtração advenha

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 419.059*. Relatório e Voto, p. 8). Essa orientação já é visível na decisão do RESP 218470/SP, julgado em 27 de março de 2001 pela quarta turma do STJ, e em cuja ementa se lê: “Indenização – Estabelecimento comercial – Roubo de veículo em oficina de automóveis – Exclusão da responsabilidade – Inocorrência – Fato previsível em negócio dessa espécie – Verba devida – Voto vencido. I - O estabelecimento comercial que recebe o veículo para reparo em suas instalações é responsável pela sua guarda com integridade e segurança, não se configurando como excludente da obrigação de indenizar a ocorrência de roubo mediante constrangimento por armas de fogo, por se cuidar de fato previsível em negócio dessa espécie, que implica na manutenção de loja de acesso fácil, onde se acham automóveis e equipamentos de valor. II - Recurso conhecido e provido, para determinar o ressarcimento do prejuízo sofrido pelo cliente com o desaparecimento do veículo confiado à empresa ré.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*).

²²⁵² “A causa estranha que exonera o devedor ‘deve revestir o caráter de imprevisibilidade, não em termos abstratos, mas apreciada em função do dever que incumbe o agente’ (Aguiar Dias, ‘Da responsabilidade civil’, 3ª ed., p. 671).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto-vista do Min. Ruy Rosado, p. 1).

²²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*.

²²⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto-vista do Min. Ruy Rosado, p. 1.

²²⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto-vista do Min. Ruy Rosado, p. 1-2.

de furto ou de roubo, pois não se faz necessário indagar da existência de culpa.²²⁵⁶

Para o Min. Torreão Braz, a manutenção dessa orientação se impunha diante da constatação que fazia de que “os tribunais, no seu mister de julgar e dirimir conflitos, hão de amoldar a rigidez de conceitos jurídicos à realidade da dinâmica social”²²⁵⁷, cabendo por esse motivo à jurisprudência, ao adaptar institutos a situações emergentes da evolução do comércio jurídico, criar direito novo capaz de reger, de maneira socialmente eficaz e adequada poder-se-ia dizer, relações que ainda reclamam a tutela estatal, entendida como tutela legal²²⁵⁸.

Na mesma senda trilhada pelo Min. Ruy Rosado, o Min. Torreão Braz entende que só há afastamento da responsabilidade quando, no caso concreto, se apresentam o caso fortuito ou a força maior que se caracterizam pela imprevisibilidade e inevitabilidade. Ocorre, porém, que: “[...] no Brasil do dias correntes, o roubo, o assalto à mão armada deixou de constituir fato imprevisível e inevitável, tal a habitualidade da sua ocorrência, não sendo lícito invocá-lo como causa de exclusão da responsabilidade”²²⁵⁹.

Em 1997 foi a vez da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça proferir decisão em sentido diverso à orientação defendida pelos Ministros Torreão Braz e Ruy Rosado. No julgamento do Recurso Especial 74534/RJ²²⁶⁰ decidiu-se, por unanimidade, que o assalto ocorrido durante viagem de ônibus não guarda conexão com a atividade empresarial de transporte de passageiros. O Recurso Especial tratava da ação de indenização pelos danos sofridos por passageiro vítima de assalto ocorrido quando ônibus intermunicipal com destino a Nova Venécia (ES) passava por Campos (RJ).

A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido do passageiro. Tal pedido foi atendido posteriormente em apelação, cuja decisão possui ementa em que transparece uma certa confusão entre os critérios de culpa e risco, isto é, ao que parece a razão pra imputar a

²²⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto, p.1.

²²⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto, p.1.

²²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto, p.1.

²²⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Voto, p.1.

²²⁶⁰ “RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE INTERMUNICIPAL. ASSALTO PRATICADO DENTRO DO ÔNIBUS. Caso em que o fato de terceiro não guarda conexão com o transporte. Exoneração da responsabilidade do transportador, de acordo com precedentes do STJ: RESP’S 13351, 30992 e 35436. Recurso Especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 74.534*).

responsabilidade da empresa estaria no fato de não ter se empenhado em adotar medidas sérias de segurança e no fato de ser o evento um risco a ser assumido por sua atividade:

Responsabilidade civil – Transporte intermunicipal – Assalto a passageiros – Fortuito inocorrente – Obrigação de indenizar. A empresa que se dispõe a transportar passageiros, sem que se empenhe no sentido de se adotarem sérias medidas de segurança, quando isto é perfeitamente possível, considerando o seu indubitável poder econômico e político, assume o risco da sua atividade, respondendo pelos danos que terceiros possam causar aos demais passageiros. Sentença reformada.²²⁶¹

Em seu voto o relator do recurso especial, Min. Nilson Naves, se limita a referir três decisões da Terceira Turma (Recurso Especial 35436 e Recurso Especial 38277, ambas de 1993 e Recurso Especial 30992 de 1994) e a citar passagem do voto do relator da primeira delas (Min. Eduardo Ribeiro no Recurso Especial 35436) em que afirma que tendo feito busca na base de dados do STF e encontrado apenas três decisões sobre o assunto, observa que no que se julgou procedente²²⁶² existia peculiaridade de relevo, que constituiu fundamento de pelo menos um dos votos, qual seja, o fato de que o passageiro foi atirado para fora do veículo, o que fazia supor que esse se deslocava com as portas abertas ou que havia sido permitida a saída do comboio apesar de caída a vítima. Era isso que permitia concluir-se pela responsabilidade, um fato que denotava culpa e que configurava-se como circunstância distinta do assalto. Diante disso, temos que o Min. Nilson Naves apenas acompanha o entendimento do Ministro Eduardo Ribeiro²²⁶³.

Em 06 de agosto de 1998, mais uma vez a Quarta Turma do STJ tem oportunidade de decidir caso envolvendo a morte de passageiro causada por assalto em veículo de transporte rodoviário e mais uma vez fica estabelecida, agora por unanimidade, a isenção de responsabilidade da empresa. Tratava-se do julgamento do Recurso Especial 172333/RS²²⁶⁴

²²⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 74.534*. Relatório, p. 2.

²²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*.

²²⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 74.534*. Voto, p. 2.

²²⁶⁴ “DIREITO CIVIL. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. MORTE DE PASSAGEIRO DECORRENTE DE ROUBO OCORRIDO DENTRO DO ÔNIBUS. INEVITABILIDADE. FORÇA MAIOR. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. PRECEDENTES. RECURSO ACOLHIDO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. I – A presunção de culpa da transportadora pode ser elidida pela prova da ocorrência de força maior, decorrente de assalto com arma violência, comprovada a atenção da ré nas cautelas e precauções a que está obrigada no cumprimento do contrato de transporte. II – Na lição de ‘Clóvis’, caso fortuito é o ‘acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes’, enquanto a força maior é o ‘fato de terceiro, que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer’, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 172.333*). No mesmo sentido e com ementa muitíssimo

em que se discutia a ação de indenização dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes do ferimento a bala que sofreu a vítima em assalto ocorrido no interior de ônibus da empresa ré.

Segundo o relatório do recurso especial²²⁶⁵, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concluiu pela responsabilidade da transportadora, considerando o acontecimento como decorrente do risco do transporte. A empresa em seu recurso sustentava, entre outras coisas, que a vítima, ao reagir ao assalto, havia chamado para si a responsabilidade em vista do risco²²⁶⁶. Note-se que se os fatos ocorreram como afirmado pela empresa temos aqui situação semelhante à presente no *leading case* do STF, o Recurso Extraordinário 88407-RJ julgado em 1980.

Em seu voto o relator, Min. Sálvio de Figueiredo, refere o Recurso Especial 118123/SP, julgado em 23/06/98, do qual também havia sido relator, tendo naquela oportunidade referido os RESP's 74534/RJ²²⁶⁷, 30992/RJ²²⁶⁸, 13351/RJ²²⁶⁹, 35436-6/SP²²⁷⁰ e 43756/SP²²⁷¹, nesse último, em certa passagem pode-se ler:

A **questio juris**, como se viu, está em saber se o roubo de carga objeto do transporte constitui força maior, em ordem a elidir a presunção de culpa do transportador, nos termos do art. 1º, § 1º, do Decreto nº 2.681, de 07/12/1912, aplicável também ao transporte rodoviário.²²⁷²

Essa foi exatamente a abordagem feita pelo acórdão ora em análise. Ainda citando trecho do Recurso Especial 43756-SP, após referir o conceito de caso fortuito e força maior utilizado por Clóvis Beviláqua a partir da definição de Huc, o relator argumenta:

semelhante: Recurso especial 264589/SP, julgado por unanimidade em 14 de novembro de 2000, tendo como relator o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

²²⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 172.333*. Relatório, p. 2.

²²⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 172.333*. Relatório, p. 1.

²²⁶⁷ Analisado acima.

²²⁶⁸ Analisado acima.

²²⁶⁹ Analisado acima.

²²⁷⁰ Analisado acima.

²²⁷¹ O referido recurso especial trata de roubo de mercadoria e possui a seguinte ementa: “TRANSPORTE DE MERCADORIA. ROUBO DA CARGA DURANTE O TRAJETO DO VEICULO. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. FORÇA MAIOR. – A presunção de culpa do transportador pode ser elidida pela prova da ocorrência de força maior (decreto n. 2.681/912, art. 1º, par.1). – O roubo da mercadoria em trânsito, uma vez comprovado que o transportador não se desviou das cautelas e precauções a que está obrigado, configura força maior, suscetível, portanto, de excluir a responsabilidade, nos termos da regra jurídica acima referida. – Recurso não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 43.756*).

²²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 172.333*. Relatório, p. 2.

É evidente que essa impossibilidade [causada pelo caso fortuito ou força maior] pressupõe a ausência de culpa do devedor. O caso fortuito, ou força maior, escreve **Arnoldo Medeiros da Fonseca** (Caso fortuito e teoria da imprevisão, Forense, 3ª ed.,pág. 147), “somente pode resultar de uma causa estranha à vontade do devedor, irresistível, o que já indica ausência de culpa. Se o evento decorre de um ato culposo do obrigado, não era inevitável; logo, não haverá fortuito.”²²⁷³

O relator, após referir a opinião de Arnoldo Medeiros da Fonseca de que a existência de um caso fortuito ou de força maior indica a ausência de culpa, se esquece de se perguntar, como deveria fazê-lo, até que ponto a ausência de culpa indica a presença de um caso fortuito ou força maior capazes de afastar responsabilidade que, diferentemente do que assinala, não têm por base a culpa, mas o risco. Mas, sem dar a esse ponto a devida atenção, arremata, por fim, seu raciocínio com outra passagem do referido *decisum* :

Portanto, o acontecimento há de ser externo, porque o acontecimento interno, oriundo da falta de cautela e precaução do devedor no exercício do seu mister, não constitui causa de exclusão de responsabilidade. E, além de externo, terá de ser inevitável para o transportador [restar] isento de culpa, a quem cabe ônus de provar tais pressupostos.²²⁷⁴

Algo, porém, que não se pode deixar de criticar na linha de argumento adotada pelo relator é que, diferentemente do que quer nos fazer crer, um acontecimento pode ser inerente à determinada atividade independentemente de decorrer de qualquer falha no exercício da mesma, pois o que faz dele um fato inerente à atividade é o grau de recorrência, ou seja, o que nos permite sustentar ser ele um fato interno ou externo à atividade é um juízo estatístico.

A resposta ao avanço da orientação no sentido de que o assalto configura fato externo ao transporte surge em 1998. No dia 05 de novembro desse ano, a Quarta Turma está diante de mais uma caso envolvendo assalto em transporte coletivo de passageiros²²⁷⁵.

O Recurso Especial 175794/SP tinha por origem a ação de indenização movida pela vítima contra a empresa de transporte em razão da morte de seu filho menor, à época com 11 anos,

²²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 172.333*. Voto do relator, p. 3-4.

²²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 172.333*. Voto do relator, p. 4-5.

²²⁷⁵ “Responsabilidade civil. Transporte coletivo. Assalto. Responsabilidade da empresa transportadora. O assalto a cobrador de ônibus não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo, em zona de freqüentes roubos, razão pela qual não vulnera a lei a decisão que impõe à empresa a prova da excludente da responsabilidade pela morte de um passageiro. Precedente desta Quarta Turma (RESP nº 50129/RJ, rel. Min. Torreão Braz). Recurso exclusivamente pela alínea a, não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*).

ocorrida durante um assalto à ônibus da empresa ré. Tendo a ação sido julgada procedente, a ré apelou ao Tribunal de Justiça de São Paulo. Naquele Tribunal a Segunda Câmara de Direito Privado, por maioria, deu provimento parcial ao apelo da ré para excluir da condenação a pensão mensal, mantida a condenação.

No voto o relator, Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, depois de destacar que o tema em questão – a responsabilidade civil do transportador por danos resultantes de crimes praticados no interior dos veículos de transporte – era objeto de grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais²²⁷⁶, ressaltou que, no STF, predominava a opinião de que o ato de terceiro (agente do delito e causador do dano) era equiparado ao caso fortuito e, por esse motivo, produzia a exclusão da responsabilidade do transportador nos termos do art. 17, I, do Dec. Lei 2681/12²²⁷⁷.

Esclareceu que, no Recurso Especial 48967/SP (já analisado acima), manifestou-se pela exclusão da responsabilidade do transportador no caso de assalto a passageiros, pois o art. 17 do Dec. Lei 2681/12, ao atribuir a responsabilidade ao transportador por morte ou lesão sofrida pelo passageiro em razão de ‘desastre’ nas linhas férreas, traria, segundo o Ministro, “a idéia de **fato ocorrido em razão do transporte, e não por ocasião do transporte**”²²⁷⁸.

Essa interpretação da regra legal tem como conseqüência o surgimento de um questionamento acerca da extensão da isenção de responsabilidade do transportador, pois não se pode olvidar que o empresário de transporte de passageiros

[...] **explora serviços cujas condições, só por si, criam situações favoráveis à ação de terceiros**, condições estas que podem ser eliminadas ou minoradas com as medidas protetivas ao alcance do transportador”. Entre tais situações favoráveis estão, para o relator, “furto, roubo e homicídio, de execução facilitada pela solidão, nos horários da madrugada ou pelo acúmulo de pessoas, na hora do pique.”²²⁷⁹

E conclui:

²²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto do Relator, p. 1.

²²⁷⁷ Em seu voto, o Min. Ruy Rosado cita dois precedentes do STF – o Recurso Extraordinário 88407 e o Recurso Extraordinário 109223 – e dois precedentes do STJ – Recursos Especiais 35436/SP e 38277/RJ – , todos já analisados anteriormente.

²²⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto, p. 3. Grifo nosso.

²²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto, p. 3. Grifo nosso.

[...] não se trata de transferir para o transportador o encargo do Estado, na prevenção dos delitos e na garantia da segurança das pessoas, mas de incluir na responsabilidade do concessionário o dever de eliminar ou minorar os riscos causados aos passageiros, **riscos estes criados ou agravados pela exploração da atividade de transporte.**²²⁸⁰

Para dar suporte à sua decisão, o relator reproduz argumentos esgrimidos na decisão proferida pela Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo; um deles é de que:

[...] o ataque ao ônibus não se tratava de causa alheia ao transporte, pois foi roubo praticado contra a transportadora (v. Boletim de Ocorrência, do qual consta ter sido roubada quantia de posse do cobrador), ou seja, provocado pelo fato mesmo da atividade econômica desenvolvida por ela. Quem transporta há de acautelar-se contra atos de terceiros dirigidos ao próprio transporte, de tal modo que faça tão mínimas quanto seja possível suas conseqüências danosas aos passageiros.²²⁸¹

Nota-se que o tribunal estadual parte da noção de que esta é uma responsabilidade subjetiva, pois, além de afirmar que “quem transporta há de acautelar-se”, assevera com base nas provas colhidas que, diante da demonstração de que “os assaltos a ônibus têm sido freqüentes em certos bairros de Ribeirão Preto”, impunha-se necessariamente à empresa a assunção de “**cautelais especiais das transportadoras**, principalmente o treinamento de seu pessoal para atuação calma e refletida nas situações de perigo, não só para o trato com os agressores como para orientação dos passageiros”²²⁸².

À alegação de que estaria presente nos fatos uma excludente – força maior –, o tribunal responde que “o assalto pode ter sido inevitável mas nada permite supor que também fosse inevitável o desfecho fatal”²²⁸³, realizando uma distinção entre a inevitabilidade do fato e a inevitabilidade de seus efeitos, conforme a dicção do então art. 1058, parágrafo único do CC/16. O tratamento dado à questão relativa à presença ou não de excludentes deixa transparecer, mais uma vez, que a premissa da qual parte o tribunal é a de que a responsabilidade do transportador é uma responsabilidade subjetiva; assim, lê-se no voto do relator do Tribunal de Justiça que, no caso em tela, “o fortuito ou a força maior não se

²²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto, p. 3. Grifo nosso.

²²⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto do Relator, p. 4-5.

²²⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto do Relator, p. 4-5. Grifo nosso.

²²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto do Relator, p. 4-5.

consumaram, já que previsíveis assaltos violentos a ônibus de passageiros, só explicados pela **completa ausência de providências eficazes** da transportadora²²⁸⁴.

Percebe-se, no trecho acima referido, a clássica confusão entre ausência de culpa e presença de fortuito, pois o relator do acórdão no tribunal estadual afirma que não há a presença de caso fortuito/força maior porque caracterizada a ausência de providências eficazes da transportadora²²⁸⁵; diante disso, pergunta-se: se tais providências existissem, o assalto seria então considerado caso fortuito/força maior?

Há que se perceber que a existência do caso fortuito e da força maior não tem relação alguma com a ausência de culpa, sendo aqueles um evento que, quando ocorre, afasta o nexos causal, e a segunda um fator de imputabilidade subjetiva. O que, no caso em tela, revela de forma efetiva a ausência de caso fortuito/ força maior são as “notícias de jornais a revelar a frequência do acontecimento”, além das “estatísticas publicadas” que “mostram o crescimento, ano a ano, de assaltos em veículos de transporte coletivo e de carga”²²⁸⁶.

Por fim, ao apresentar suas justificativas para a condenação da empresa de transporte, o Min. Ruy Rosado refere o acórdão do Recurso Especial 50129-6/RJ da lavra do Min. Torreão Braz²²⁸⁷ e sustenta, repetindo argumentos defendidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que o fato de que os assaltantes levaram o dinheiro do cobrador estaria a evidenciar que o evento criminoso “aconteceu em razão da existência do transporte, pois o interesse dos meliantes era o de assaltar o patrimônio da empresa, e na consecução desse objetivo terminaram por atingir a infeliz vítima”²²⁸⁸, conclusão reforçada pela constatação de que são “frequentes os assaltos a ônibus no local”; daí porque imprescindível exigir cautelas especiais da empresa de transporte que, segundo ele, não se desincumbiu do ônus da prova acerca da existência da excludente²²⁸⁹.

²²⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto do Relator, p. 6. Grifo nosso.
²²⁸⁵ A mesma confusão entre as idéias relativas à “ausência de culpa” e à “presença de caso fortuito ou força maior” também está presente no voto do Min. Barros Monteiro: “Hoje em dia é sabido que os roubos em coletivos constituem fatos totalmente imprevisíveis e, no caso em tela, ficou ressaltado que a ré não se desincumbiu do ônus de demonstrar a ocorrência do caso fortuito ou da força maior, ou seja, de que tivesse tomado medidas acautelatórias para minorar os riscos das pessoas por ela transportadas.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto, p. 1).

²²⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto do Relator, p. 6.

²²⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto do Relator, p. 8-14.

²²⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto do Relator, p. 14.

²²⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Voto do Relator, p. 14.

Em 25 de maio de 1999, a terceira turma, ao julgar o Recurso Especial 119202/SP, decide, por unanimidade, constituir-se o roubo à mão armada um risco não-específico do transporte²²⁹⁰. Tratava-se de Recurso Especial movido nos autos de ação regressiva movida pela companhia de seguros contra a empresa de transporte, tendo em vista o que a primeira desembolsou para indenizar empresa fabricante de produtos eletrônicos que teve carga roubada quando transportada pela segunda²²⁹¹.

No voto o relator, Min. Eduardo Ribeiro, afirma que a responsabilidade não pode ser atribuída à empresa de transporte, “porquanto não é sua a obrigação de garantir a segurança pública”, destacando que “a circunstância de os assaltos se multiplicarem não é capaz de levar a outra conclusão”, isso porque o fato em questão, ou seja, o assalto, “é inevitável, considerando-se o que é de exigir-se”²²⁹². Isto é, para o Min. Eduardo Ribeiro, é no limite da cautela exigível ao sujeito que se encontrará o caso fortuito e a força maior²²⁹³. Definindo-se *a priori* o que se pode exigir de uma empresa de transporte, acaba por definir também de forma apriorística o que constitui caso fortuito e força maior. Percebe-se, aqui, um raciocínio completamente oposto àquele estruturado sob a premissa de que a recorrência, a habitualidade de um fato constitui prova de que esse deixou de ser imprevisível e extraordinário e, com isso, não pode mais constituir-se como caso fortuito ou força maior.

Em outro recurso especial, julgado em 16 de setembro de 1999, no qual também se debateu a questão relativa ao roubo de carga, é possível perceber a colisão entre essas duas formas de raciocínio acima referidas. Enquanto a maioria da turma entendeu que o assalto à mão armada configura força maior²²⁹⁴, o relator, Min. Waldemar Zveiter, defendeu orientação distinta por acreditar que “no Brasil contemporâneo, o assalto à mão armada nos meios de transporte de carga e passageiros deixou de revestir esse atributo [imprevisibilidade e inevitabilidade], tal a habitualidade de sua ocorrência, não sendo lícito invocá-lo como causa de exclusão da

²²⁹⁰ Ementa: “Responsabilidade civil. Transporte de mercadorias. Roubo. O fato de terceiro que não exonera de responsabilidade o transportador é o que se vincula aos riscos específicos do deslocamento. O roubo à mão armada configura força maior que exclui a responsabilidade do transportador”. Precedentes referidos no acórdão: RESP 38891, 40152 e 56912.

²²⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 119.202*. Relatório, p. 1.

²²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 119.202*. Voto do Relator, p. 1.

²²⁹³ É essa orientação adotará o referido ministro, quando relator do Recurso Especial 195648/RJ julgado em 15 de junho de 2000 pela terceira turma, que julgou, por unanimidade, o roubo à mão armada configurando força maior que exclui responsabilidade do transportador.

²²⁹⁴ Ementa: “Civil. Responsabilidade. Transporte de Mercadorias. Assalto. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que o assalto à mão armada configura força maior, de ordem a excluir a responsabilidade do transportador. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 65.761*).

responsabilidade do transportador, notadamente quando este, prevendo a possibilidade do evento, efetua cobertura contra roubo”²²⁹⁵.

Ainda em 1999 será julgado, no dia 02 de dezembro, o Recurso Especial 234263/RJ. Nesse Recurso Especial a quarta turma decidirá, por unanimidade, pela responsabilização da empresa de transporte pelos danos sofridos por passageiro em razão da atuação, em estado de necessidade, de preposto daquela²²⁹⁶.

Conforme consta do relatório do Recurso Especial, Luiz Henrique Lopes da Silva propôs ação indenizatória contra a empresa Transportes Santo Antonio Ltda., sob a alegação de que, enquanto viajava em veículo coletivo da ré, veio a sofrer queda de dentro do mesmo, pois esse trafegava com a porta dianteira aberta em decorrência de assalto havido em seu interior. Tal ação foi julgada improcedente em primeira instância; porém, a Décima Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro acolheu o pedido do passageiro “face o entendimento de que a frequência com que ocorrem os assaltos no interior dos coletivos afasta a hipótese de caso fortuito, só admissível quando se trata de eventos imprevisíveis, o que não é o caso”²²⁹⁷.

Para o relator do recurso especial, Min. Ruy Rosado, “a hipótese não é a de dano produzido diretamente em razão do assalto, ou de algum projétil jogado contra o veículo cuja autoria pode ser atribuída diretamente ao terceiro”, mas de vítima que “caiu do ônibus porque a porta ficou aberta e sofreu dano porque o veículo estava em movimento” – dois atos praticados pelo motorista enquanto estava sob a ameaça de assaltante²²⁹⁸. Assim sendo, o relator aponta que a responsabilidade da empresa decorre não do ato direto do assaltante, mas diretamente do ato do motorista que se encontrava em “estado de necessidade”: “Quando o que está sob o perigo age para se salvar e atinge terceiro que não provocou o perigo, quem responde é o causador direto e imediato do dano, no caso o motorista (ou o seu empregador), com direito de regresso contra o que provocou o perigo”²²⁹⁹. E como reforço de sua decisão refere precedente²³⁰⁰.

²²⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 65.761*. Voto-vista, p. 1.

²²⁹⁶ Ementa: “Responsabilidade civil. Transporte coletivo. Assalto. Estado de necessidade. Responde pelo resultado danoso a empresa cujo motorista pratica a ação em estado de necessidade, sob coação do assaltante, deixando a porta aberta do veículo que mantém em movimento, do que decorre a queda do passageiro. Precedentes. Recurso não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 234.263*).

²²⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 234.263*. Relatório, p. 1.

²²⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 234.263*. Voto, p. 1.

²²⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 234.263*. Voto, p. 1. .

²³⁰⁰ “Responsabilidade civil. Estado de necessidade. Ônibus. Queda que provoca queda de passageiro. A empresa responde pelo dano sofrido por passageira que sofre queda no interior do coletivo, provocada por

Observe-se que essa opinião associada à idéia – já à época disseminada no STJ – de que o assalto que produz dano ao passageiro é considerado “força maior” e, portanto, não gera responsabilidade para a empresa de transporte, pode gerar, no limite, um efeito negativo de grande alcance, pois acaba por estimular as empresas a orientar seus prepostos a não tomar nenhuma iniciativa no sentido de evitar o evento criminoso já que ele, por si só, não gera responsabilidade para a empresa, enquanto as ações defensivas de seus prepostos em “estado de necessidade” sim.

Em 16 de novembro de 2000, será a vez da terceira turma responsabilizar empresa de transporte de pessoa não com fundamento direto no assalto, mas com base em fato a ele relacionado no caso *sub judice*. No julgamento do Recurso Especial 200808/RJ, cujo relator foi o Min. Ari Pargendler, entendeu a turma por unanimidade que a parada do veículo em ponto irregular constitui negligência que facilitou a ocorrência do assalto²³⁰¹.

A ação movida por César Pereira da Rocha contra EVAL – Empresa de Viação Angrense Ltda. foi julgada improcedente pelo juiz de primeiro grau, tendo por base duas linhas de argumentação. A primeira, de fundo teórico-abstrato, parte da premissa de que:

A hipótese do assalto a ônibus, embora hodiernamente possa ser entendida como previsível, com toda a certeza é irresistível, como bem diz a ré em suas razões de defesa e alegações finais.[...] A hipótese dos autos, no entender deste julgador, é efetivamente de exclusão da responsabilidade da transportadora, na medida em que o fato ocorrido se demonstra irresistível ao homem médio.²³⁰²

A segunda se sustenta sobre a análise dos fatos que permitiriam ao juiz afirmar que:

[...] o autor somente foi alvejado pelos meliantes pelo fato de ser Policial Militar e se encontrar fardado. Pelo teor do depoimento, vê-se que não houve qualquer resistência ao assalto por parte do autor que, inclusive, somente teve sua arma retirada da cintura pelos meliantes, após já se encontrar ferido. Confirma tal conclusão o relato feito em sede policial, quando do registro da

freada brusca do veículo, em decorrência de estilhaçamento do vidro do ônibus provocado por terceiro. O motorista que age em estado de necessidade e causa dano em terceiro que não provocou o perigo, deve a este indenizar, com direito regressivo contra o que criou o perigo. Arts. 160, II, 1519 e 1520 do Ccivil. Recurso não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 209.062*).

²³⁰¹ Ementa: “Civil. Responsabilidade civil. Transporte coletivo de passageiros. O transportador só responde pelos danos resultantes de fatos conexos com o serviço que presta, mas nestes se inclui o assalto, propiciado pela parada do veículo em ponto irregular, de que resultou a vítima com danos graves.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*).

²³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Relatório, p. 1.

ocorrência(...)onde consta que...embarcaram três elementos e em ato contínuo anunciaram um assalto, ocasião em que a vítima devidamente uniformizada, fora notada, sendo de imediato atingida por um P.A.F., que o atingiu no pescoço [...]²³⁰³

E conclui que “o fato de já haver ocorrido outros assaltos a coletivos nas proximidades e o fato de o motorista ter apanhado os meliantes, como passageiros, em ponto não regular” não podem ser considerados suficientes para configurar alguma participação ou colaboração do preposto da ré na ocorrência do evento criminoso, enfatizando que “a empresa ré não pode ser punida pelo fato de cumprir com a sua obrigação de apanhar passageiros, principalmente em se considerando que no local, por se tratar de auto-estrada, não há paradas regulares de ônibus”²³⁰⁴.

A Quinta Câmara do Tribunal de Alçada Cível do RJ, por maioria dos votos, confirmou a sentença, tendo opostos embargos infringentes também julgados improcedentes pelo mesmo tribunal²³⁰⁵.

Em seu voto, o relator afirma que a questão a ser decidida no presente Recurso Especial é se os danos sofridos pelo passageiro são resultado de fatos conexos ao serviço prestado pela empresa de transporte coletivo ou se, pelo contrário, resultam de eventos sem qualquer vinculação com essa atividade²³⁰⁶. Para ele, a questão não está em definir se o assalto é ou não força maior, mas, sim, se a parada em local impróprio contribuiu ou não para a ocorrência do evento. E, para responder a essa questão, adota a opinião expressa pelo Juiz Jairo Ferreira nos embargos infringentes julgados pelo tribunal estadual que, afirmando ter o Código Civil brasileiro adotado, em matéria de nexos causal, a teoria da equivalência das causas, concluía que, no caso em tela, a parada em ponto irregular havia sido decisiva para a ocorrência do assalto, pois do contrário não teriam os criminosos ingressado no ônibus²³⁰⁷. O raciocínio adotado pelo julgador fora o seguinte: “Abstraia-se, *in mente*, essa circunstância e por eliminado se tem o fato danoso. Portanto, foi ela (a circunstância) causa eficiente desse resultado”²³⁰⁸.

²³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Relatório, p. 1-2.

²³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Relatório, p. 2.

²³⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Relatório, p. 2-3.

²³⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Voto, p. 1.

²³⁰⁷ Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Voto, p. 2-3.

²³⁰⁸ Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Voto, p. 3.

Importante notar que na decisão dos embargos infringentes no tribunal estadual preponderou orientação distinta à do referido magistrado, pois alegou-se que, ainda que os prepostos das empresas não parem fora dos pontos de embarque, isso por si só não reduz os riscos a que estão expostos os passageiros; deu-se como exemplo fatos narrados em outras ações julgadas pelo tribunal: assim, destacou-se situação em que, por não parar fora dos locais devidos, um funcionário de determinada empresa foi atingido no rosto por uma garrafa, o que fez com que perdesse a direção do veículo, vindo a atropelar vários jovens que se encontravam sobre a calçada. Em outro caso, uma passageira foi mortalmente ferida por disparo de arma de fogo enquanto o ônibus trafegava pela estrada²³⁰⁹.

Ao argumento acima exposto e ao de que os passageiros podem ser assaltados por sujeitos que embarquem nos pontos de parada devida, o Ministro Ari Pargendler responde que não se pode decidir com base em suposições acerca do que poderia ter ocorrido, devendo, portanto, a Turma decidir à base do que aconteceu: “a parada irregular, contra a lei, que resultou na invalidez de um dos passageiros. Pela culpa do preposto, assim caracterizada, responde o preponente”²³¹⁰.

Situação que comprova a afirmação de que a parada em local devido para ingresso de passageiros, por si só, não tem o condão de evitar a ocorrência de fatos lesivos aos passageiros; se demonstra, inclusive, em questão julgada pelo STJ em 23 de maio de 2000. Tratava-se de definir se a empresa de transporte de passageiros era responsável por acidente em coletivo provocado por combustão de material explosivo (fogos de artifício) transportados por passageira²³¹¹. Se é verdade que, para a ocorrência desse evento, é irrelevante definir se a

²³⁰⁹ Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Voto, p. 3.

²³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Voto, p. 3. Em data posterior, 17 de maio de 2001, no julgamento do Recurso Especial 145614/SP, tendo como relator, também, o Min. Ari Pargendler, a Terceira Turma, por unanimidade, estabelecerá que “se o motorista de caminhão, transportando carga de terceiro, pára o veículo desnecessariamente, em área sujeita a assaltos, o respectivo proprietário [do veículo] responde pela negligência do preposto”. Em seu voto-vista, o Min. Menezes Direito assevera ser evidente que foi a “parada indevida, até mesmo desnecessária” que “deu ensejo ao roubo do veículo com as mercadorias transportadas”, destacando não se tratar, no caso, “de agressão violenta e inopinada, mas, sim, de roubo em decorrência de ato imprudente do motorista do caminhão”, pois a parada não foi obrigatória nem forçada, mas voluntária. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 145.614*. Voto, p. 2). Refere o RESP 200808/RJ como precedente a reforçar sua argumentação. Tal circunstância – parada em lugar indevido e sabidamente perigoso – retiraria a possibilidade da exclusão da responsabilidade por fato de terceiro (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 145.614*. Voto, p. 2).

²³¹¹ Ementa: “Civil e processual. Ação indenizatória. Acidente em coletivo provocado por combustão de material explosivo (fogos de artifício) transportados por passageira. Lesões causadas em outros passageiros. Responsabilidade da empresa permissionária do transporte público. Negligência do preposto. Ato ilícito. Configuração. Risco da atividade econômica. Caso fortuito não caracterizado. CC, art. 1521.

passageira embarcou em parada regular ou irregular, também é verdade que o julgamento desse Recurso Especial demonstrou ser possível defender a existência da responsabilidade do transportador sem que fosse necessário apelar para a adoção da teoria da equivalência das condições. Assim, o relator do recurso especial, Min. Aldir Passarinho, sustenta em seu voto que, por estar fundada na idéia de risco do empreendimento, a responsabilidade do transportador: “[...] não advém exclusivamente dos atos comumente verificados no exercício da atividade, mas de todos aqueles que se possa esperar como possíveis ou previsíveis, dentro de um leque mais amplo de variáveis inerentes ao meio, interno ou externo, em que trafega o coletivo”²³¹².

Diferentemente do que havia entendido o tribunal estadual²³¹³, que qualificou o ato da passageira, por analogia ao raciocínio utilizado em decisão do STJ sobre assalto²³¹⁴, como “ato de terceiro”, o Ministro Aldir Passarinho entendeu-o como um fato inerente à atividade de transporte. Discordando da opinião exarada pelo tribunal estadual de que o evento era “de todo imprevisível e inevitável”²³¹⁵, cabendo, portanto, afastar a responsabilidade da transportadora, pois não poderia ser chamada “para reparar danos cuja ocorrência não deu causa, nem para o surgimento deles contribuiu”²³¹⁶, o relator do Recurso Especial defendia a responsabilidade exatamente por acreditar que não se poderia sustentar

CDC, art. 22. I – As empresas permissionárias de transporte público são obrigadas a conduzir, com segurança, os passageiros aos locais de destino da linha que explora, o que resulta na sua responsabilidade pela ocorrência de incêndio ocorrido no interior do coletivo derivado da combustão de material explosivo carregado por passageira que adentrou o ônibus conduzindo pacote de volume expressivo, cujo ingresso se deu, excepcionalmente, pela porta da frente, mediante prévia autorização do motorista. II – Fato previsível e inerente à atividade empresarial, que deve ser avaliado caso a caso, não se limitando a responsabilidade do transportador exclusivamente àqueles eventos comumente verificados, mas a todos aqueles que se possa esperar como possíveis ou previsíveis de acontecer, dentro do amplo leque de variáveis inerentes ao meio, interno ou externo, em que trafega o coletivo, resultando no afastamento da hipótese de caso fortuito. III – Recurso especial conhecido e parcialmente provido, para restabelecer a condenação imposta pelo Tribunal *a quo* no grau de apelação, reformando-se a decisão tomada pela Corte nos embargos infringentes. Preclusão da pretensão das autoras de revigoração da sentença, eis que não interpuseram, na época própria, recurso especial especificamente impugnando a redução das verbas condenatórias.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.985*).

²³¹²

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.985*. Voto, p. 7.

²³¹³

Para o 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro restou clara a “exoneração da responsabilidade do transportador, tendo em vista que o indiscutível fato de terceiro não guarda qualquer conexão ou vínculo jurídico com o transporte” (apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.985*. Voto, p. 3).

²³¹⁴

Para sufragar sua opinião o 1º Grupo de Câmaras Cíveis do TARJ referiu acórdão exarado no RESP 74534/RJ, cujo relator foi o Min. Nilson Naves, em que se reconheceu não haver responsabilidade do transportador em razão de assalto sofrido por seus passageiros, por se entender que esse assalto constitui “ato exclusivo de terceiro”, pois não guardava conexão com a atividade empresarial de transporte (apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.985*. Voto, p. 3).

²³¹⁵

Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.985*. Voto, p. 3.

²³¹⁶

Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.985*. Voto, p. 3.

[...] que o evento era inusitado, raríssimo de acontecer e, portanto imprevisível, porquanto colhe-se na jurisprudência dos Tribunais pátrios outros casos, o que revela que o transporte de material perigoso e os acidentes dele oriundos são menos incomuns do que à primeira vista parece.²³¹⁷

A noção de risco do empreendimento, adotada pelo Min. Aldir Passarinho²³¹⁸, é retomada em outra decisão do STJ vinda à luz também no ano de 2000. Trata-se da decisão adotada para o julgamento do Recurso Especial 185659/SP julgado em 26 de junho daquele ano²³¹⁹.

Trata-se de Recurso Especial proposto por empresa de transporte de valores tendo em vista sua condenação em acórdão da 1ª Câmara Especial de julho/96 B do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e julgado improcedente pela maioria da terceira turma do STJ²³²⁰.

Em seu voto-vencido, o relator, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ao sustentar a procedência do recurso para a revisão da decisão do tribunal estadual, refere parte da mesma em que se lê que “a inexistência de culpa do condutor do veículo, que abandonou a direção depois do ataque a tiros não implicará necessariamente em inexistência de responsabilidade por parte da empresa”²³²¹ para dela discordar, afirmando, com base em precedentes²³²², que:

²³¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.985*.

²³¹⁸ Ao manifestar sua opinião, o Ministro Aldir Passarinho fez questão de referir voto vencido no Tribunal Estadual, de autoria da juíza Maria Inês da Penha Gaspar, no qual se destaca que o ato da passageira “não interferiu na área das atividades específicas da transportadora-embargante, em especial a que se relaciona à cláusula de incolumidade, pois, tendo a transportadora admitido, através do preposto, o ingresso do passageiro com o embrulho, pela porta da frente do coletivo, o que se destina tão-somente a idosos, estudantes e deficientes físicos, incumbia-lhe, ao menos, certificar-se do referido conteúdo, o que não fez, concorrendo, dessa forma, com sua omissão, para o resultado danoso. Tratando-se, portanto, de reconhecimento do denominado **fortuito interno**, que interfere e se situa na área da atividade da transportadora, não sendo equiparável ao caso fortuito, por não quebrar a cadeia do nexa causal.” (apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.985*. Voto, p. 4. Grifo nosso).

²³¹⁹ “Responsabilidade civil. **Teoria do risco (presunção de culpa)**. Atividade perigosa (transportador de valores). Acidente de trânsito (atropelamento de terceiro). Inexistência de culpa da vítima (indenização). 1 – É responsável aquele que causa dano a terceiro no exercício de atividade perigosa, sem culpa da vítima. 2 – Ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na teoria do risco, ou do exercício de atividade perigosa, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado. 3 – A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. ‘Neste quadro’, conforme o acórdão estadual, ‘não parece razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, dos autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré, que explora atividade sabidamente perigosa, com o fim de lucro’. Inexistência de caso fortuito ou força maior. 4 – Recurso especial, quanto à questão principal, fundado no art. 1058 e seu parágrafo único do Cód. Civil, de que a Turma não conheceu, por maioria de votos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Grifo nosso). A parte grifada da ementa dá conta, por si só, da confusão feita por alguns dos ministros do tribunal entre responsabilidade objetiva (fundada no risco) e subjetiva (fundada na prova ou na presunção de culpa).

²³²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Relatório, p. 1.

²³²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 1.

²³²² Os precedentes referidos pelo relator em apoio a sua tese são os Recursos Especiais 35827/SP,

[...] houve um acidente provocado em razão de ataque imprevisto por assaltantes localizados em viaduto, com a utilização de armas de fogo. Essa circunstância está a deixar muito claro que houve a força maior que exclui a responsabilidade, a teor do art. 1058 e seu parágrafo único do Código Civil. O Acórdão recorrido considerou que ‘bastaria blindagem eficiente ou escolta competente, para evitar que o condutor do veículo da ré fosse atingido, providência que ela não tomou embora sabendo do risco que corria’. Essa visão do Acórdão recorrido não tem amparo na Jurisprudência da Corte. O que acarreta a força maior é a imprevisibilidade do ataque, no caso, com utilização de armas pesadas. Um ataque com esse cenário, na minha compreensão, caracteriza perfeitamente a excludente da regra civil.²³²³

Em seu voto-vista, o Min. Nilson Naves também refere passagem do voto do tribunal paulista²³²⁴ para com ele concordar. Refere também decisões que consideram o assalto ato exclusivo de terceiro, bem como a opinião de Aguiar Dias²³²⁵ de que “julgar de outro modo importa sujeitar o transportador à responsabilidade objetiva, quando é subjetiva a sua responsabilidade, decorrente da infração contratual culposa”. Mas entende que, *in casu*, há a responsabilidade do transportador por se tratar de empresa de transporte de valores, pois, nesse setor de serviços, há “previsibilidade do assalto, em decorrência do desempenho da atividade perigosa. Trata-se de risco”²³²⁶.

Ainda, segundo ele:

[...] ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na teoria do risco, a partir do qual se há de se entender que aquele que desenvolve atividade perigosa responderá pelo dano causado, salvo se, segundo alguns pensamentos, provar que adotara medidas idôneas para evitar o dano.²³²⁷

160369/SP, 109631/SP, 56912/RJ e 40152/SP. Um ano depois do julgamento do RESP 185659/SP, em 20 de agosto de 1001, o Min. Menezes Direito teria oportunidade de como relator do RESP 286110/RJ, defender novamente a idéia de que, em ocorrendo assalto com arma de fogo presente, o caso fortuito excludente da responsabilidade do transportador (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 1). Nessa oportunidade, refere, em apoio a sua opinião, os seguintes precedentes do STJ: Recursos Especiais 35436/SP, 38277, 118123/SP e 30992/RJ. A opinião do Ministro Menezes Direito foi, nessa oportunidade, seguida à unanimidade pela Terceira Turma restando assim ementada a decisão: “Transporte. Assalto com arma de fogo. Responsabilidade. Precedentes da Corte. 1 – Afirmando o Acórdão recorrido que houve assalto com arma de fogo no interior do ônibus, presente o fortuito, os precedentes da Corte afastam a responsabilidade do transportador. 2 – Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*.)

²³²³

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 1-2.

²³²⁴

“A omissão voluntária por parte da ré, que é a proprietária da coisa perigosa e que exerce atividade sabidamente arriscada e perigosa, em tomar providências capazes de evitar o assalto ou de impedir que o motorista fosse atingido, colocaram-na em condições de responder por culpa” (apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 1).

²³²⁵

DIAS, José de Aguiar. *ADV-Informativo*, 1995, p. 534 apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 2.

²³²⁶

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 2.

²³²⁷

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 2.

Nessa passagem fica patente que, embora o relator fale na teoria do risco, a compreende como mera presunção de culpa que cede diante da prova de que o réu adotou “medidas idôneas para evitar o dano”. Serve-se do direito comparado para sustentar sua opinião²³²⁸:

Na lei italiana, já é assim, invertendo-se o ônus da prova. Veja-se o art. 2050 do Código Civil: ‘Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di um’attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, é tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte lê misure idonee a evitare il danno’.²³²⁹

Refere também o direito francês, através de observação de Patrice Jourdain:

Não é, portanto, o estado da pessoa que justifica a responsabilidade, mas sim o caráter perigoso da atividade do autor. A responsabilidade parece assim responder à exigência de fazer recair os riscos dos danos sobre aqueles que dispõem de um poder de direção sobre esse tipo de atividade.²³³⁰

Ressalta a presença dessa orientação na doutrina nacional, expressa nas opiniões de Luiz Roldão de Freitas, Carlos Alberto Bittar e Carlos Roberto Gonçalves²³³¹, e, por fim, menciona o então parágrafo único do art. 926 do então Projeto do Código Civil, atual parágrafo único do art. 927 do CC/02²³³², concluindo que, apesar da ausência de lei, à época, que fundamentasse a aplicação do que denominou “teoria do risco objetivo” (sic), defendia inexistir impedimento que tolhesse tal exegese, pois, afinal, “é de há muito tempo, até de texto de lei (Decreto 848 de 1890, art. 386), que os estatutos dos povos cultos são admitidos como subsidiários da legislação e da jurisprudência”²³³³.

Em seu voto-vista, o Min. Eduardo Ribeiro acompanhou o relator, justificando que, na presente hipótese, “a atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros”; diante disso, caberia lembrar que “não se trata aqui de uma mercadoria qualquer, mas de bens

²³²⁸ Cita as opiniões de Massimo Bianca, Antonio Azara e Ernesto Eula (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 2. p. 2-3)

²³²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 2. .

²³³⁰ Citado no original: “Ce n’est plus cette fois l’état de la personne qui justifie la responsabilité, mais plutôt le caractère dangereux de l’activité de l’auteur. La responsabilité semble alors répondre au souci de faire peser les risques de dommage sur ceux que disposent d’un pouvoir de direction sur ce type d’activité.” (JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 4.ed. Dalloz, 1998, p. 115-116 apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 03).

²³³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 3.

²³³² “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.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*).

²³³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto, p. 4.

valiosos que atraem a cobiça de possíveis assaltantes”. Sendo, assim, “os danos econômicos não de ser suportados por quem retira proveito do empreendimento e não pelo terceiro inocente, inteiramente estranho aos fatos”²³³⁴.

Se é verdade que uma das idéias expostas no Recurso Especial 185659/SP (a tese de que o transporte de valores tem a ocorrência do roubo como risco inerente em razão de sua previsibilidade) foi ratificada em julgamento posterior, qual seja, o Recurso Especial 480498/MG²³³⁵, também é verdade que a idéia, também presente no Recurso Especial 185659/SP, de que, diante da prova de que o réu adotou medidas idôneas para evitar o dano, não é possível falar-se em responsabilidade do transportador, irá reaparecer no julgamento do Recurso Especial 218852/SP aplicada ao transportador de mercadorias em geral. Em 27 de março de 2001, a quarta turma do STJ, por unanimidade, decide que “o roubo de mercadoria em trânsito, **evidenciado que o transportador tomou as precauções e cautelas a que se acha obrigado**, configura força maior, suscetível de excluir a sua responsabilidade”²³³⁶. Trata-se de Recurso Especial em ação de regresso movida pela seguradora do embarcador contra a transportadora²³³⁷.

²³³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Voto-vista, p. 2.

²³³⁵ CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROUBO DE MALOTE BANCÁRIO CONTENDO CHEQUE DE CLIENTE. FORÇA MAIOR NÃO CARACTERIZADA. SERVIÇO DE SEGURANÇA INERENTE À ATIVIDADE DO RÉU. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. PREVISIBILIDADE. EXECUÇÃO JUDICIAL DO AUTOR POR TERCEIRO E INSCRIÇÃO NO SERASA. DANO MORAL CONFIGURADO. DANOS MATERIAIS. LIQUIDAÇÃO. I – O transporte de valores sob guarda do banco é de sua inteira responsabilidade, eis que integra o serviço essencial à atividade de guarda e segurança prestado aos clientes, de sorte que não constitui, em tal caso, força maior o roubo de malote contendo cheque confiado à instituição. II – Destarte, se por força do indevido uso dos cheques por terceiros infratores, o cliente vem a sofrer execução e ter seu nome injustamente inscrito em cadastro de crédito negativo, faz jus à indenização pelos danos morais sofridos, que deve, por outro lado, ser fixada em montante razoável, evitando-se o enriquecimento sem causa, bem como os danos materiais, estes a serem apurados em liquidação de sentença. III – Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.” (Julgado por unanimidade, em 09 de dezembro de 2003, pela Quarta Turma tendo como relator o Min. Aldir Passarinho). Assim também ficou decidido no AgR-Ag 450101/SP, julgado no mesmo ano, também por unanimidade e pela mesma turma e relator. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 480.498*)

²³³⁶ “RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE MERCADORIA. ROUBO. FORÇA MAIOR. AÇÃO REGRESSIVA PROPOSTA PELA SEGURADORA. O roubo da mercadoria em trânsito, uma vez evidenciado que o transportador tomou as precauções e cautelas a que se acha obrigado, configura força maior, suscetível de excluir a sua responsabilidade. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Grifo nosso).

²³³⁷ Em primeira instância, tal ação foi julgada procedente. A 11ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo negou provimento, por unanimidade, à apelação da transportadora em acórdão com a seguinte ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL – Indenização – Contrato de transporte – Vítima de roubo – Não caracterização de caso fortuito ou força maior – Não invocabilidade como causa de exclusão da responsabilidade do transportador – Ação regressiva acolhida – Recurso improvido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Relatório, p. 1). O fundamento da decisão do Tribunal de Alçada foi a tese adotada pelo STJ no RESP 50129-6, cujo relator foi o Ministro Torreão Braz. Contudo, tal decisão não foi, ao que parece, lida no original, mas colhida na obra de Carlos Roberto

Como forma de afastar a idéia de que o assalto se insere dentro dos riscos do empreendimento, o Recurso Especial da transportadora sustenta-se na tese de que o “diante do caráter de irresistibilidade que o cerca e mormente da violência representada pela coação física e moral que se verifica” configura-se o mesmo como força maior, excluindo-se assim o nexos causal²³³⁸.

O relator, Min. Barros Monteiro, adere a essa tese, defendendo que “o que caracteriza a força maior é a inevitabilidade do evento”; assim sendo, sustenta que, se o empresário observa “as precauções normais no cumprimento do contrato de transporte, o fato delituoso foge ao seu controle”, inclusive, porque também, como afirma a recursante e concorda o relator, “as medidas concernentes à segurança pública se acham afetas ao Estado exclusivamente”, o que leva-o a concluir que o fato de terceiro, o roubo, não guarda conexidade com o transporte em si²³³⁹.

Embora afirme que certas decisões do STJ afastam a ocorrência de força maior em razão do roubo ocorrido em transporte coletivo, sublinha que tal opinião leva em consideração a “habitualidade com que se dão tais acontecimentos em nosso País, mormente nas zonas periféricas das grandes cidades”²³⁴⁰. Afirma que, em sua opinião, “tais julgados carregam peculiaridades que não se afeiçoam ao presente litígio (aludem ao transporte coletivo e a zona de freqüentes roubos)”²³⁴¹.

Em voto-mérito, o Min. Ruy Rosado entendeu por dar provimento ao recurso da transportadora para excluir sua responsabilidade por entender que “o risco é da companhia seguradora, que assumiu, ao celebrar o seu contrato”²³⁴², tendo amparado sua opinião em argumento por ele já exposto no Recurso Especial 278524/MG²³⁴³.

Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. 1995. p. 218 apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Relatório, p. 2). Segundo o Tribunal de Alçada, “há de se entender, hoje, ser a atividade de transporte extremamente arriscada, eis que é fato notório existirem quadrilhas organizadas especializadas em roubo de carga. Em fazendo parte o risco – e nesse grau – da atividade da apelante, não pode ela invocar o roubo, previsível, como excludente de responsabilidade. (apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Relatório, p. 2).

²³³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Relatório, p. 2.

²³³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Voto, 2.

²³⁴⁰ Refere expressamente os RESP 50129-6/RJ e 175794/SP.

²³⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Voto, p. 2.

²³⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Voto-mérito, p. 01.

²³⁴³ “RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte de mercadorias. Roubo ou assalto. Seguradora. Na relação

Nesse recurso especial, julgado em 12 de junho do mesmo ano (2001), o Min. Ruy Rosado afirmou, como relator, que entendia possível a responsabilidade da transportadora pelo roubo da carga quando reconhecida sua culpa concorrente, facilitando a prática do assalto²³⁴⁴, ou quando “o fato era previsível, nas circunstâncias ordinárias, caso em que ela se exoneraria, provando que adotou as cautelas possíveis e recomendadas”²³⁴⁵.

Note-se que, na passagem mencionada acima pelo Min. Ruy Rosado, ainda transparece o uso de um critério de responsabilidade subjetiva, qual seja, a inexistência da adoção das cautelas possíveis e recomendadas, isto é, a presença de negligência. Associa-se o caso fortuito e a força maior como prova da ausência de culpa: se o sujeito pode prever o ato ou se pode evitá-lo e não o faz, age culposamente. Em verdade, ausência de culpa e presença de evento fortuito não podem ser tomados como fatos/conceitos idênticos. Mais adequado seria sustentar, como faz o próprio Min. Ruy Rosado, a responsabilidade do transportador, levando em consideração apenas “a frequência com que ocorrem certos fatos no transporte”, pois assim, “ao apreciar casos envolvendo o transporte coletivo urbano em áreas de densa criminalidade”, é possível afirmar que “o assalto em tais condições não seria acontecimento imprevisível nem desvinculado do fato do transporte, deixando de ser causa excludente da responsabilidade do transportador”²³⁴⁶. Segundo ele, é possível admitir que para o art. 18 do Decreto 2681/12 não valem as excludentes do art. 17 e, em sendo assim, concluir-se-ia que “haveria sempre a responsabilidade da empresa perante seu passageiro, resguardando o direito de regresso contra o terceiro culpado”²³⁴⁷. Porém, ainda que se admitisse a conciliação de ambos artigos, teríamos que o ato de terceiro “somente exonera se puder ser definido como fortuito ou força maior”²³⁴⁸ e, nesse sentido, caberia demonstrar a inevitabilidade do assalto:

Assim o assalto ao cobrador, do qual decorra dano a passageiro, poderia ser evitado se tomadas as cautelas para a guarda do dinheiro, a ponto de afastar a cobiça do meliante, mediante a utilização de mecanismos infesos à sua ação. [...]. Para isso, cabe adotar sistemas de segurança e controle dentro dos

entre a seguradora da mercadoria e a transportadora, esta não responde pelo dano decorrente do roubo de carga segurada, salvo se concorreu para o fato com dolo ou culpa. Exame dos precedentes. Recurso conhecido em parte e nessa parte provido, para restabelecer a sentença de improcedência da ação promovida pela seguradora contra a transportadora.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 278.524*).

²³⁴⁴ Cita, com relação a esse tema, o RESP 168200/SP (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 278.524*, voto, p. 8).

²³⁴⁵ Refere, com relação a esse tópico, o RESP 50129/RJ. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 278.524*, voto, p. 6)

²³⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 278.524*. Voto, p. 3 .

²³⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 278.524*. Voto, p. 6.

²³⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 278.524*. Voto, p. 6.

coletivos; exigir maior segurança nas paradas e no fim da linha; contratar seguros em favor das vítimas para minorar os efeitos do danos, dotar o transporte de valores ou de mercadorias de modernas técnicas de proteção, inclusive da destruição do conteúdo caso violada a embalagem, assim por diante.²³⁴⁹

Mas se o Min. Ruy Rosado defende tudo isso quando se trata de responsabilizar a transportadora frente ao proprietário da carga, pensa diferente se a ação for movida pela seguradora do proprietário dessa, pois, segundo ele, desenha-se outra situação e, portanto, demanda-se outra resposta:

Nesse caso, tanto uma quanto outra empresa assumem o risco do seu negócio, sabendo-se que a seguradora existe exatamente para cobrir o dano resultante do fato do assalto, fato previsível. Logo, se não provada a participação dolosa ou culposa do transportador, o risco pelo roubo deve ser suportado pela seguradora, como ficou decidido no RESP nº 218852/SP, da relatoria do Sr. Min. Barros Monteiro.²³⁵⁰

Cabe, porém, uma discordância com o raciocínio exposto pelo Ministro Ruy Rosado²³⁵¹, pois que, em se admitindo que diferentemente da garantia a cargo do transportador que lhe é imposta por lei (cláusula implícita de proteção), a garantia imposta ao segurador decorre de cláusula contratual assumida para com o proprietário da carga, ou seja, partindo-se da premissa de que o segurador assume voluntária e expressamente o risco frente ao proprietário da carga, e ao transportador é imposto esse risco em razão de se entender ser esse inerente à sua atividade, não seria mais adequado concluir-se que deve recair sobre o transportador, ou sobre sua seguradora, o custo decorrente da implementação do risco?

Assumindo-se que o risco de roubo da carga em trânsito é um risco decorrente do transporte e não da mera existência da coisa transportada, faz-se necessário concluir positivamente. Chega-se à mesma conclusão quando se percebe que o risco que recai sobre a atividade do transportador está muito mais pulverizado do que o risco que recai sobre o dono da carga ou

²³⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 278.524*. Voto, p. 7.

²³⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Voto-mérito, p. 1.

²³⁵¹ O Min. Ruy Rosado voltará a se manifestar da mesma maneira quando do julgamento do Recurso Especial 327493/SP, julgado por unanimidade pela Quarta Turma em 25 de novembro de 2002, e do qual também será relator. Eis a ementa: “SEGURO. Ação de ressarcimento. Estacionamento. Veículo roubado. O direito regressivo da seguradora é apenas contra o causador do dano. Assim, no roubo de veículo estacionado, a empresa que explora o estacionamento não é a causadora do roubo praticado por meliantes, e contra ela a seguradora não tem ação regressiva. Prescrição. Questão prejudicada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 327.493*)

mesmo sobre o passageiro²³⁵². Nesse sentido manifestou-se o Min. Aldir Passarinho, em voto proferido como relator do Recurso Especial 433738/SP²³⁵³, no qual expressamente critica a orientação adotada pelo Min. Ruy Rosado relativamente à responsabilidade da transportadora diante da ação regressiva da seguradora do proprietário da carga:

Efetivamente, se o risco existe, ele começa pela atividade da transportadora, onde se dá o sinistro, o roubo. E a seguradora da proprietária da mercadoria se subroga em seus direitos, de modo que não me parece razoável estingui-los apenas por ser a seguradora quem os reclama e não a titular da carga roubada, pois a lei não faz distinção sobre isso e os direitos são rigorosamente os mesmos: têm como origem o contrato de prestação de serviços de transporte. Ademais, bastaria uma manobra jurídica para cair na hipótese da tese [defendida pelo min. Ruy Rosado], bastando a ação ser intentada pela seguradora, mas figurando no pólo ativo a dona da carga, mediante acerto particular entre ambas.²³⁵⁴

A idéia de que o assalto, por sua previsibilidade, deve ser compreendido como um risco inerente a certas atividades empresariais, como referido acima no voto do Min. Ruy Rosado no Recurso Especial 278524/MG, e a associação desse critério com critérios de responsabilidade subjetiva, tais como a necessária adoção de medidas de segurança também foi adotada no julgamento do Recurso Especial 218470/SP²³⁵⁵. Trata-se de ação de indenização movida por cliente de oficina de veículos.

O relator, Min. Aldir Passarinho, em seu voto entende serem aplicáveis os arts. 1058 e 1266, CCv, pois, se o reparo da coisa realiza-se no estabelecimento do próprio prestador do serviço,

²³⁵² Sobre a questão específica do roubo de carga e da necessária definição de um seguro a cargo do transportador ver: SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DOS SEGUROS. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 233-254.

²³⁵³ “CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA REGRESSIVA. TRANSPORTE DE CARGA. ROUBO DE MERCADORIAS. FORÇA MAIOR. ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE. I – O entendimento recentemente uniformizado na Colenda 2ª Seção do STJ é no sentido de que constitui motivo de força maior, a isentar de responsabilidade a transportadora, o roubo da carga sob sua guarda (RESP n. 435865/RR, Rel. Min. Barros Monteiro, por maioria, julgado em 09.10.2002). II – Ressalva do ponto de vista do relator. III. Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 433.738*).

²³⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 433.738*. p. 06.

²³⁵⁵ Ementa: “Indenização – Estabelecimento comercial – Roubo de veículo em oficina de automóveis – Exclusão da responsabilidade – Inocorrência – Fato previsível em negócio dessa espécie – Verba devida – Voto vencido. I – O estabelecimento comercial que recebe o veículo para reparo em suas instalações é responsável pela sua guarda com integridade e segurança, não se configurando como excludente da obrigação de indenizar a ocorrência de roubo mediante constrangimento por armas de fogo, por se cuidar de fato previsível em negócio dessa espécie, que implica na manutenção de loja de acesso fácil, onde se acham automóveis e equipamentos de valor. II – Recurso conhecido e provido, para determinar o ressarcimento do prejuízo sofrido pelo cliente com o desaparecimento do veículo confiado à empresa ré.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*).

“opera-se, concomitantemente, à prestação do serviço propriamente dito, um contrato de depósito, em que o bem a ser consertado é confiado à guarda do contratado, até a sua restituição ao dono”²³⁵⁶; e complementa que há responsabilidade nestes termos, uma vez que:

[...] no caso de um estabelecimento comercial como uma oficina de automóveis, justamente porque o valor dos bens depositados é elevado, é inerente ao risco da atividade a tomada de cuidados para evitar os danos, ainda que decorram de fortuito. Fogo, furtos e roubos etc. são acontecimentos previsíveis, e pelos quais o prestador do serviço deve responder e, precipuamente, acautelar-se ao máximo, inclusive pela realização de seguro que cubra os danos potencialmente prováveis. Um roubo à mão armada é previsível, em especial em lugares que trabalham de portas abertas, como na hipótese dos autos.²³⁵⁷

Arremata com a afirmação de que:

muito provavelmente, o roubo só se realizou porque a situação era a ele favorável: uma loja cheia de carros e equipamentos expostos, sem segurança, de portas abertas. Não fosse isso, aquele assalto, especificamente, não teria ocorrido. E é esse risco – o risco inerente ao negócio – que o empreendedor tem de assumir, não o cliente que entrega um bem seu para guarda enquanto se processa o reparo.²³⁵⁸

A associação da idéia de que o roubo é um risco inerente ao negócio com a idéia de que, em razão disso, cabe ao empresário acautelar-se ao máximo é, em verdade, algo que ocorre em razão da falta de clareza quanto à distinção entre dois conceitos relacionados: probabilidade e previsibilidade. Enquanto o primeiro deles remete a uma análise objetiva do fato, o segundo remete a uma análise subjetiva, ou seja, enquanto o acontecimento provável pode ser compreendido como aquele com boas chances de ocorrência, ainda que o sujeito não o preveja, o acontecimento previsível pode ser compreendido como o acontecimento provável previsto pelo sujeito. Percebe-se assim que, diante dos dados estatísticos produzidos nos últimos anos, o assalto pode ser considerado um acontecimento de ocorrência provável no desempenho de certas atividades, ainda que não tenha sido previsto pelo empresário que explora a referida atividade.

O relator tangencia essa distinção quando, ao referir a decisão do Recurso Especial 35827/SP (analisada acima), cujo relator foi o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, e onde saiu

²³⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*. p. 3.

²³⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*. p. 3..

²³⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*. p. 5.

vencedora a tese de que não se pode responsabilizar a empresa por ato criminoso de terceiro se a subtração é realizada com violência a que nem os próprios donos do bem poderiam resistir, menciona que, nesse Recurso Especial, saíram vencidos os Ministros Ruy Rosado e Torreão Braz “que defendiam a tese da previsibilidade do assalto à mão armada, como possibilidade factível em se cuidando de estacionamento gratuito oferecido por estabelecimento comercial para facilitar o acesso de sua clientela”²³⁵⁹, dando ênfase, o Min. Passarinho, à citação de Aguiar Dias pelo Min. Ruy no seu voto vencido no Recurso Especial 35827/SP: “[...] deve revestir o caráter de imprevisibilidade, não em termos abstratos, mas apreciada em função de dever que incumbe ao agente”²³⁶⁰.

Em seu voto neste recurso especial, o Recurso Especial 218470/SP, o Min. Ruy Rosado adotou mesmo entendimento, sustentando que a empresa assumiu obrigação de segurança atingida pelo fato de terceiro; sendo assim, concluía que “a existência da violência, ou não, poderá implicar uma diminuição na gradação dessa responsabilidade, mas não a ponto de excluí-la”²³⁶¹.

O Min. Barros Monteiro optou, em seu voto, por responsabilizar a empresa, pois

[...] em uma cidade como São Paulo, os assaltos à mão armada já podem ser considerados como fatos previsíveis. Dessa forma, parece-me caber à oficina mecânica suportar os riscos decorrentes desses fatos. E mais ainda, como observado pelo Sr. Ministro-relator, correndo esse tipo de risco, a empresa deveria, ao menos, contratar os serviços de uma seguradora.²³⁶²

Essa orientação – de que por previsíveis nas grandes cidades os assaltos não podem ser considerados como causas de exclusão da responsabilidade dos transportador de pessoas – também será adotada quando do julgamento do Recurso Especial 232649/SP julgado em 15 de agosto de 2002. Nele, a quarta turma decidiu, por maioria, responsabilizar empresa de transporte pelos danos sofridos por passageira atingida por tiro durante tentativa de assalto ocorrida em veículo no qual trafegava²³⁶³.

²³⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*. p. 4.

²³⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*. p. 5.

²³⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*. Voto mérito, p. 1.

²³⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*. p. 1.

²³⁶³ “Responsabilidade civil do transportador. Assalto no interior de ônibus. Lesão irreversível em passageiro. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido pelas peculiaridades da espécie. Tendo se tornado fato comum e corriqueiro, sobretudo em determinadas cidades e zonas tidas como perigosas, o assalto no interior do ônibus já não pode mais ser genericamente qualificado como fato extraordinário e imprevisível na execução do contrato de transporte, ensejando maior precaução por parte das empresas

O relator, Min. Barros Monteiro, mudando radicalmente a opinião expressada então há pouco mais de um ano, quando do julgamento do Recurso Especial 218470/SP, afirmou em seu voto que “o disparo de arma de fogo, que atingiu a autora, não apresenta vínculo algum com o fato do transporte em si”²³⁶⁴; daí porque tal fato de terceiro equipara-se à força maior, constituindo, para ele, causa excludente de responsabilidade do transportador. Além disso, em resposta à tese – que já sustentara anteriormente – de que a responsabilidade do transportador surge em razão da recorrência desse evento durante a realização do transporte urbano de passageiros, pois isso o converteria em risco inerente à atividade do empresário do setor, defende que:

[...] a simples circunstância de serem comuns hoje, no Brasil, delitos de natureza semelhante à versada na causa em apreço não é o bastante para conferir-se responsabilidade à transportadora, que não deu causa alguma ao evento danoso, sabido que a segurança pública dos cidadãos está afeta à providência do Estado.²³⁶⁵

A opinião de Barros Monteiro²³⁶⁶ não é, todavia, acompanhada pelo restante da turma.

Em seu voto, o Min. César Asfor Rocha defendeu que já era mais possível desconsiderar quão corriqueiro e comum, infelizmente, haviam se tornado, em certas cidades, os assaltos no interior de veículos de transporte público de passageiros; daí porque não podia o assalto nessas hipóteses “ser qualificado como fato extraordinário e imprevisível na execução do contrato de transporte”²³⁶⁷. E concluía:

Assim, por não ser mais ocorrência surpreendente, alcançando, inclusive, certo nível de previsibilidade em determinadas circunstâncias, as empresas que cuidam desse tipo de transporte deveriam melhor se precaver, a fim de oferecer maior garantia e incolumidade aos passageiros.²³⁶⁸

responsáveis por esse tipo de serviço, a fim de dar maior garantia e incolumidade aos passageiros. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*).

²³⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*. Voto do Relator, p. 5.

²³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*. Voto do Relator, p. 6.

²³⁶⁶ Ampara sua opinião no Recurso Extraordinário 88408/RJ, julgado pelo STF (RTJ 96/1201), bem como nos RESP 30992-3/RJ, 13351/RJ, 35436-6/SP, 74534/RJ, 286110/RJ, 118123/SP e 30992/SP.

²³⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*. Voto do Min. César Asfor Rocha, p. 1.

²³⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*. Voto do Min. César Asfor Rocha, p. 1.

Em seu voto-mérito, o Min. Ruy Rosado, a partir da constatação do fato de que “a existência de dinheiro no caixa do cobrador é um atrativo, muitas vezes, para a prática do delito”, conclui que a empresa de transporte deveria responder se “não demonstrou que tomou as providências necessárias para evitar ou pelo menos diminuir o risco que existe”²³⁶⁹.

A essa constatação feita pelo Min. Ruy Rosado de que o dinheiro contido no caixa do cobrador é um atrativo cabe agregar que outro atrativo é, conforme destaca o Min. Aldir Passarinho²³⁷⁰, a presença dos próprios passageiros que portam consigo pequenas quantidades de dinheiro e objetos de certo valor como relógios e celulares, que, no conjunto, compensam um assalto que é, para o criminoso, de pouco risco, pois não há nenhum tipo de vigilância nesses veículos²³⁷¹. O Min. Aldir Passarinho Júnior, em seu voto, assevera que:

[...] em função do transporte coletivo, os assaltantes são atraídos, porque se reúnem em um determinado espaço, que é o veículo, não apenas o dinheiro do caixa, da roleta, como também diversos passageiros, vítimas potenciais que podem ser assaltadas em conjunto. Portanto, cada uma dessas pessoas, isoladamente, talvez não fosse assaltada; mas, justamente em função daquela situação em que todos estão juntos é que o assaltante é atraído.²³⁷²

Tudo isso permitiria sustentar que o assalto é um fato previsível que deve ser suportado pelo transportador por ser inerente à sua atividade comercial²³⁷³.

Embora se pudesse imaginar que essa orientação seria, por fim, a adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, não foi isso que aconteceu conforme restou claro a partir do julgamento realizado no dia 09 de outubro de 2002 pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Julgava-se, então, o Recurso Especial 435865, proveniente do Rio de Janeiro. Tratava-se de decidir se o senhor Severino de Souza titulava ou não o direito de ser indenizado pelos ferimentos sofridos por disparo de arma de fogo quando do assalto realizado por dois

²³⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*. Voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, p.1.

²³⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*. Voto do Min. Aldir Passarinho, p. 1.

²³⁷¹ Lembremo-nos, aqui, que o mesmo se dá com a responsabilidade decorrente de furtos ocorridos em estacionamentos de estabelecimentos comerciais. Não é o estacionamento em si que “causa” o dano, mas não se pode sustentar que os furtos não guardam conexão com a atividade, ou que o furto de determinado veículo, se ocorrido por ocasião do uso do estacionamento, se daria em qualquer outro lugar, pois é a própria concentração de veículos uma atração para a atividade criminosa.

²³⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*. Voto do Min. Aldir Passarinho, p. 1.

²³⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*. Voto do Min. Aldir Passarinho, p. 1.

indivíduos no ônibus em que viajava, veículo esse de propriedade da empresa Evanil Transportes e Turismo Ltda²³⁷⁴.

A ação já havia sido julgada parcialmente procedente em primeira instância tendo sido a empresa condenada ao pagamento de duas indenizações, uma relativa à incapacidade temporária (15 dias) da vítima, e outra por danos morais. Em razão disso, a ré apresentou apelação. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, através de sua 9ª Câmara Cível, negou provimento à mesma em acórdão assim ementado:

Apelação Cível. Ação de indenização por dano decorrente de transporte de ônibus. O dano causado ao passageiro de coletivo em decorrência de assalto é de responsabilidade da empresa transportadora que não pode alegar em seu favor fato de terceiro posto (sic) que o mesmo não afasta a responsabilidade objetiva do transportador. Desprovimento do recurso.²³⁷⁵

Diante disso, a empresa de transporte recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, alegando que a decisão do tribunal estadual afrontava o art. 1058 do Código Civil de 1916, relativo ao caso fortuito e à força maior, e o art. 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, *in casu*, o ato exclusivo de terceiro. Além disso, asseverou que o entendimento do tribunal estadual não corresponderia à orientação dada a esses casos pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. A empresa defendia que “não pode ser condenada a arcar com prejuízos a que não dera causa, desde que o assalto à mão armada no interior do ônibus constitui força maior, o que exclui a sua responsabilidade”²³⁷⁶.

O recurso foi recebido pela Quarta Turma, que entendeu por remeter seu julgamento à Segunda Seção²³⁷⁷. Em seu voto o relator, Ministro Barros Monteiro, parece delimitar a **questão de direito** quando afirma que “a decisão recorrida apreciou a questão nodal do litígio, qual seja, o tema alusivo à **culpa de terceiro como excludente ou não da responsabilidade da transportadora**”²³⁷⁸. Além disso, indica os **fatos** que são tomados como **incontroversos**: “**a vítima viajava no ônibus da ré quando foi atingida por disparo**

²³⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 435.865*. p. 2.

²³⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 435.865*. p. 2.

²³⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 435.865*. p. 3.

²³⁷⁷ Com base no art. 14, inciso II do Regimento Interno: estabelece que as Turmas remeterão os feitos de sua competência à seção de que são integrantes quando convier pronunciamento dessa em razão da relevância da questão e para prevenir divergências entre as Turmas da mesma seção.

²³⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 435.865*. p. 4. Grifo nosso.

de arma de fogo” e “dois indivíduos se encontravam no interior do coletivo e anunciaram o assalto, sendo desfechado tiro contra o autor [da ação judicial]”²³⁷⁹. Tomando como premissa que o assalto é “um fato inteiramente alheio ao transporte em si”²³⁸⁰ conclui pela aplicação da “excludente da força maior no art. 17, segunda alínea, inc. I, do Dec. nº 2681, de 7.12.1912, e no art. 1058 do Código Civil”²³⁸¹.

Observe-se que o relator toma como ponto de partida uma constatação relacionada ao mundo dos fatos, qual seja: a de que o assalto ocorrido dentro de um ônibus não é um evento que guarde relação com a atividade de transporte. Em outras palavras, parte o relator da inexistência de conexão entre assaltos e transporte público. A adesão a esse discurso é facilitada porque, ao apresentar sua premissa como algo relativo ao real, isto é, a fatos e verdades, e desligada do preferível, relativo a valores, subtrai a premissa ao espaço da argumentação. Isso se comprova quando se percebe que a referida premissa se apresenta, no voto, desacompanhada de qualquer outro argumento ou informação que lhe dê sustentação.

Um fato tomado como premissa se apresenta sempre como um fato incontroverso²³⁸². Ocorre que no argumento do relator a premissa não é um fato, mas sim uma opinião. Há dois fatos realmente incontroversos e conectados, quais sejam: (a) a vítima viajava no ônibus que foi assaltado; (b) foi atingida por um disparo de arma de fogo de um dos assaltantes. Não é agregada nenhuma justificativa para a assunção pela qual o assalto seria um fato inteiramente alheio ao transporte. Aliás, segundo o exposto no capítulo 1, é possível afirmar exatamente o contrário do que alega o referido julgador, pois ainda que os atos de criminalidade violenta, tais como o assalto, não sejam ínsitos ao transporte urbano de passageiros são, atualmente, fenômenos cuja ocorrência habitual e corriqueira não permite sejam compreendidos como fatos alheios ao funcionamento dessa atividade empresarial.

O Ministro Barros Monteiro também sustenta ser inaplicável a súmula 187 do STF. A justificativa para essa opinião é, de novo, a alegação de que o evento-assalto, não se acha relacionado com o fato do transporte em si. Para o relator, se não há tal relação e sendo o evento inevitável, ele “equipara-se ao caso fortuito ou força maior, eximindo de

²³⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 435.865*. p. 4. Grifo nosso.

²³⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 435.865*. p. 4.

²³⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 435.865*. p. 4.

²³⁸² PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 76.

responsabilidade o transportador”²³⁸³. Ao que tudo indica, o assalto não se poderia considerar um evento em conexão com o transporte porque seria um evento inevitável.

Em seu voto, ele refere outro julgamento em que lhe coube a relatoria, o Recurso Especial 30992-3/RJ. Esse recurso, julgado em 08 de fevereiro de 1994, tratou de resolver se a Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) tinha de indenizar o senhor Isaldino Gomes, que alegava que, no dia 24 de setembro de 1989, quando se encontrava na plataforma da estação ferroviária de Queimados, havia sido “surpreendido por um tumulto, em meio do qual foi projetado na linha férrea”²³⁸⁴ e em razão disso teria sofrido inúmeras lesões.

Em primeira instância, uma testemunha informou que o autor teria sido vítima de um assalto, ao qual reagira, tendo sido, em razão disso, lançado pelos autores do crime no leito ferroviário²³⁸⁵. A partir desse testemunho o órgão julgador decidiu pela improcedência da ação sob os seguintes fundamentos:

A inicial alude a tumulto na estação superlotada, em consequência do qual projetou-se o demandante sobre os trilhos. Isso, ainda segundo aquela peça, num domingo, o que aliás, confirma o prefalado Hélio. Com efeito, o dia 24.09.89 recaiu em domingo, sendo que guardas ferroviários foram informados de que o autor estava ferido, no leito da estrada, às 10hs40min (fls. 8ºv). O acidente, pois, ocorreu na manhã. Ora, que a estação fique superlotada nas manhãs dos dias úteis, e que nela possa haver tumultos, com sérias probabilidades de acidente como o descrito na peça vestibular é absolutamente previsível e altamente provável – a experiência o demonstra. Numa manhã de domingo, não. Essa situação equivale a caso fortuito e arreda a responsabilidade da ré.²³⁸⁶

O tribunal estadual do Rio de Janeiro, no julgamento da apelação, adotou integralmente a descrição dos fatos e as conclusões apresentadas pela primeira instância, tendo decidido pela improcedência da ação. Os termos dessa decisão podem ser vistos na sua ementa:

Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Assalto na plataforma de embarque. Projeção da vítima, no leito da via férrea, por meliantes. Danos daí resultantes. Responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Culpa de terceiro.

²³⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 435.865*. p. 4.

²³⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 30.992*. Relatório, p. 1.

²³⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 30.992*. Relatório, p. 1.

²³⁸⁶ Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 30.992*. Relatório, p. 1. Grifo nosso.

Se o acidente ocorreu na plataforma de embarque, antes do início da viagem, o caso é de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, cuja configuração depende de prova da culpa do transportador.

A culpa de terceiro elide a responsabilidade do transportador, se o acidente não está relacionado com o fato do transporte.

Apelação improvida. Sentença confirmada.²³⁸⁷

O Min. Barros Monteiro, embora afaste a tese defendida pelo tribunal estadual de que ao caso se aplicavam as normas relativas à responsabilidade extracontratual (alegando que, uma vez comprada a passagem e ingressado o passageiro no recinto de embarque, já estava esse sob os efeitos da relação contratual²³⁸⁸), não afasta a tese segundo a qual, tendo sido lançado aos trilhos em decorrência de assalto, incidiria o disposto no art. 17, 2ª alínea, inciso I do Decreto-Lei 2681/12. Outra vez, não era possível responsabilizar-se a empresa de transporte, pois se estava diante de caso fortuito ou força maior²³⁸⁹.

A base do raciocínio era a de que não se poderia alegar falha da segurança que está à cargo da empresa de transportes, pois “ainda que mantivesse a empresa um expressivo corpo de guardas, **não teria, como impedir a ocorrência de eventos dessa mesma natureza**, considerando-se que diariamente passam pelo local milhares de usuários das composições ferroviárias”²³⁹⁰. A questão fundamental, então, parece ser a inevitabilidade concreta do evento, isto é: não há nada que a empresa possa fazer para garantir que assaltos deixarão de ocorrer mais cedo ou mais tarde. Logo, conclui não guardarem, esses atos, relação com a atividade de transporte.

Há uma divergência entre a opinião defendida pelo juiz de primeiro grau e a opinião defendida pelo relator do Recurso Especial 30992-3/RJ. Para o primeiro, não cabe afirmar a responsabilidade do transportador pelo assalto porque esse não se configura como um evento de ocorrência freqüente no desempenho daquela atividade. Assim, é tido por imprevisível e, conseqüentemente, é tomado como exemplo de caso fortuito. Para o último, não se pode alegar a responsabilidade do transportador pelos danos decorrentes do assalto, pois esse, como um ato criminoso de terceiros, é, por suas características, inevitável e, conseqüentemente, é um exemplo de caso fortuito. As duas decisões, embora por justificativas distintas

²³⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 30.992*. Relatório, p. 2.

²³⁸⁸ Em seu auxílio, referia opinião por ele exposta no RESP 37765-0/RJ.

²³⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 30.992*. Voto, p. 1.

²³⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 30.992*. Voto, p. 2. Grifo nosso.

(imprevisibilidade e inevitabilidade) qualificam igualmente o assalto como fato excludente da responsabilidade do transportador.

O raciocínio subjacente ao evento ora analisado revela-se na seguinte equação: se o assalto qualifica-se como fato inevitável e se da inevitabilidade do evento identifica-se como elemento configurador do caso fortuito e/ou da força maior, conclui-se pela inexistência da responsabilidade²³⁹¹.

Pela escolha dos precedentes referidos pelo relator do Recurso Especial 435865/RJ, Min. Barros Monteiro, é possível afirmar que ele simplesmente desconsiderou uma orientação que começava a se consolidar em decisões construídas em momento temporalmente mais próximo ao da data do julgamento realizado pela Segunda Seção, em detrimento de uma posição jurisprudencial bem mais antiga e que possuía origem em posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em fins dos anos 70 e início dos 80 do século XX.

Após o julgamento do Recurso Especial 435865/RJ, as decisões posteriores do Superior Tribunal de Justiça se moveram basicamente no sentido de reconhecer o assalto como fato que não possuiria qualquer conexão com o transporte coletivo de passageiros, constituindo-se, portanto, como hipótese de força maior, como excludente de responsabilidade.

Assim, por exemplo, em 22 de outubro de 2002, quando do julgamento pela quarta turma do Recurso Especial 402227/RJ no qual se discutia a responsabilidade da empresa de transporte de passageiros pelos danos sofridos por passageira estuprada por criminosos que realizavam assalto à mão armada em ônibus, decidiu-se que, diante da orientação emanada pela segunda seção do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 435865/RJ, não se podia responsabilizar a empresa de transporte pelo assalto; entretanto, em havendo prova nos autos que revelava que o motorista do ônibus estava indiretamente vinculado a dois dos assaltantes e que se omitiu quando deixou de imediatamente buscar o auxílio da autoridade policial, com isso agravando as lesões físicas, morais e patrimoniais sofridas pela passageira, admitiu-se

²³⁹¹ O Min. Barros Monteiro, nos votos dos dois recursos, refere a outro recurso especial que já abordara a mesma questão (Recurso Especial 35436-6/SP) e ainda outro que abordara situação semelhante, já que não se tratava de passageiro ferido em assalto, mas em razão de pedrada atirada de fora do veículo (Recurso Especial 13351/RJ), além de mencionar julgado do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 88407/RJ).

respondesse a empresa-comitente na proporção dessa omissão²³⁹². Em 12 de novembro do mesmo ano, a quarta turma ratifica esse entendimento quando do julgamento do Recurso Especial 433738/SP; resta decidido, à unanimidade, que “constitui motivo de força maior, a isentar de responsabilidade a transportadora, o roubo de carga sob sua guarda”²³⁹³.

O mesmo se vê no julgamento do Recurso Especial 431091/SP. A terceira turma entendeu, por unanimidade, que o assalto não constitui hipótese geradora de responsabilidade para a empresa de transporte²³⁹⁴, pois, segundo o relator Min. Menezes Direito, não seria possível para a empresa de transporte, por maior que seja a segurança por ela fornecida ao passageiro, evitar assalto com arma de fogo, já que “os bandidos estão enfrentando até mesmo as próprias forças de segurança do Estado”²³⁹⁵.

No Recurso Especial 402708/SP, julgado pela segunda turma em 24 de agosto de 2004, decidiu-se por unanimidade que o assalto ocorrido nas escadas de acesso ao metrô não pode

²³⁹² “CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ASSALTO A ÔNIBUS SEGUIDO DE ESTUPRO DE PASSAGEIRA. CASO FORTUITO. CONFIGURAÇÃO. PREPOSTO. OMISSÃO NO SOCORRO À VÍTIMA. RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. I – A 2ª Seção do STJ, no julgamento do RESP n. 435.865/RJ (Rel. Min. Barros Monteiro, por maioria, julgado em 09.10.2002), uniformizou entendimento no sentido de que constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora, assalto a mão armada ocorrido dentro de veículo coletivo. II – Caso, entretanto, em que a prova dos autos revelou que o motorista do ônibus era indiretamente vinculado a dois dos assaltantes e que se houve com omissão quando deixou de imediatamente buscar o auxílio de autoridade policial, agravando as lesões de ordem física, material e moral acontecidas com a passageira, pelo que, em tais circunstâncias, agiu com culpa a ré, agravando a situação da autora, e por tal respondendo civilmente, na proporção desta omissão. III – Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 402.227*).

²³⁹³ “CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA REGRESSIVA. TRANSPORTE DE CARGA. ROUBO DE MERCADORIAS. FORÇA MAIOR. ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE. I – O entendimento recentemente uniformizado pela Colenda 2ª Seção do STJ é no sentido de que constitui motivo de força maior, a isentar de responsabilidade a transportadora, o roubo de carga sob sua guarda (RESP n. 435.865 – RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, por maioria, julgado em 09.10.2002). II – Ressalva do voto de vista do relator. III – Recurso especial não conhecido” (Rel. Min. Aldir Passarinho). O relator embora acompanhe a orientação consolidada pela Segunda Seção deixa registrada sua opinião pessoal calcada em raciocínio microeconômico: “Penso, no entanto, que sendo o roubo um acontecimento bastante comum desde muitos anos para cá, quem exerce a atividade de transporte de mercadorias conhece os riscos que lhes são próprios, entre os quais a possibilidade de perda da carga por assalto. E, em assim sendo, já considera eventos dessa ordem em seus custos, repassando-os ao consumidor, qual seja, o contratante do serviço. Se o transportador é mais cauteloso, como foi a hipótese aqui, faz um seguro, cujo prêmio, por outro lado, é, também, igualmente levado em conta no preço do frete. A simples inevitabilidade do assalto não me parece suficiente para eximir o dever de reposição pelo prestador de serviço.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 433.738*. p. 5).

²³⁹⁴ “Responsabilidade Civil. Assalto com arma de fogo no interior da plataforma de embarque da estação ferroviária. Excludente de responsabilidade. Decreto nº 2.681/12. 1 – Por mais segurança que tenha, a empresa de transporte ferroviário não tem condições de evitar assalto com arma de fogo, na plataforma de embarque, quando os bandidos estão enfrentando até mesmo as próprias forças de segurança do Estado. Trata-se, sem dúvida, de assalto praticado com violência, cenário capaz de ilidir a presunção de culpa da transportadora. 2 – Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 431.091*).

²³⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 431.091*. p. 4.

ser considerado falta do serviço, equiparando-se a assalto ocorrido em transporte coletivo²³⁹⁶. Quase um mês depois, em 14 setembro, a quarta turma, por unanimidade, decide que o assalto à mão armada em interior de ônibus constitui caso fortuito²³⁹⁷; em 05 de outubro desse ano, a mesma turma manifestar-se-á, por unanimidade, de igual forma²³⁹⁸. Em 07 de dezembro do referido ano, será a vez da terceira turma afirmar que o assalto à mão armada no interior de ônibus não gera responsabilidade para a empresa de transporte²³⁹⁹. Todas elas fazem referência ao entendimento pacificado pela segunda seção do STJ. O mesmo ocorre em 2005: nesse ano, a quarta turma tem a oportunidade de se manifestar sobre o assunto duas vezes, nos julgamentos dos recursos especiais 783743/RJ²⁴⁰⁰ e 714728/MT²⁴⁰¹, ambos julgados no

²³⁹⁶ “ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL – ASSALTO EM ESTAÇÃO DO METRÔ – CASO FORTUITO. 1 – A empresa prestadora de serviço é responsável pelos danos causados ao usuário em decorrência do serviço ou de sua falta. 2 – Foge do nexo de causalidade os eventos ocorridos em decorrência de caso fortuito ou força maior. 3 – Assalto ocorrido nas escadas de acesso ao metrô não pode ser considerado como falta do serviço, equiparando-se a assalto ocorrido em transporte coletivo. 4 – Recurso especial provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 402.708*).

²³⁹⁷ “PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – NEGATIVA DE PROVIMENTO – AGRAVO REGIMENTAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ASSALTO À MÃO ARMADA NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO – CASO FORTUITO – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA – SÚMULA 83/STJ – DESPROVIMENTO. 1 – Este Tribunal já proclamou o entendimento de que, fato inteiramente estranho ao transporte (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo), constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. Precedentes (RESP nºs 402.227/RJ, 435.865/RJ e 264.589/RJ). 2 – Aplicável, portanto, à hipótese, o enunciado sumular de nº 83/STJ. 3 – Agravo Regimental conhecido, porém, desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento nº 516.847).

²³⁹⁸ “CIVIL. INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE COLETIVO (ÔNIBUS). ASSALTO À MÃO ARMADA. FORÇA MAIOR. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE. 1 – O assalto à mão armada, dentro de ônibus, por se apresentar como fato totalmente estranho ao serviço de transporte (força maior), constitui-se em causa excludente da responsabilidade da empresa concessionária do serviço público. 2 – Entendimento pacificado pela Segunda Seção. 3 – Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 331.801*).

²³⁹⁹ “Transporte coletivo. Assalto à mão armada no interior do ônibus. Precedente da Segunda Seção. 1 – A Segunda Seção já assentou ser excludente da responsabilidade da empresa transportadora “o fato inteiramente estranho ao transporte em si, como é o assalto ocorrido no interior do coletivo” (RESP nº 435.865/RJ, Relator o Min. Barros Monteiro, DJ de 12/5/03, Segunda Seção). 2 – Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 598.248*).

²⁴⁰⁰ “CIVIL. INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE COLETIVO (ÔNIBUS). ASSALTO À MÃO ARMADA SEGUIDO DE MORTE DE PASSAGEIRO. FORÇA MAIOR. EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. 1 – A morte decorrente de assalto à mão armada, dentro de ônibus, por se apresentar como fato totalmente estranho ao serviço de transporte (força maior), constitui-se em causa excludente da responsabilidade da empresa concessionária do serviço público. 2 – Entendimento pacificado pela Segunda Seção. 3 – Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 783.743*).

²⁴⁰¹ “PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – ASSALTO À MÃO ARMADA NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO – FORÇA MAIOR. CASO FORTUITO – EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA TRANSPORTADORA – CONFIGURAÇÃO. 1 – Este Tribunal já proclamou o entendimento de que, fato inteiramente estranho ao transporte (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo), constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. 2 – Entendimento pacificado pela eg. Segunda Seção desta Corte. Precedentes: RESP 435.865/RJ; RESP 402.227/RJ; RESP 331.801/RJ; RESP 468.900/RJ; RESP 268.110/RJ. 3 – Recurso conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 714.728*).

mesmo dia 12 de dezembro, e ambos com decisões que referem o entendimento sufragado pela segunda seção; por fim, a terceira turma, no mesmo ano, manifesta-se, por meio do julgamento do Recurso Especial 215618/SP, também no mesmo sentido²⁴⁰².

A manutenção, pelo STJ, da orientação iniciada pelo STF no sentido de que o ato de criminalidade violenta, por exemplo o assalto, ocorrido dentro dos veículos de transporte público constitui força maior a isentar o transportador simultaneamente com a existência de decisões, exaradas pelo primeiro, em que prevalece a tese de que o mesmo evento ocorrido no interior de estabelecimentos como *shopping centers* gera responsabilidade ao empreendedor²⁴⁰³, produz, no mínimo, um estranhamento, pois indica que o tribunal responsável pela unificação da jurisprudência relativa à legislação ordinária está, hoje, chancelando a injusta distribuição de riscos quanto à criminalidade violenta existente em nossa sociedade: os usuários do transporte público não devem esperar segurança, logo não podem reclamá-la, já os consumidores dos *shopping centers* podem nutrir tal expectativa – sendo assim, podem exigí-la²⁴⁰⁴.

Essa constatação reforça a percepção de Eros Roberto Grau quanto ao fato de que “os consumidores são protegidos não por *solidariedade*”, o que para ele equivale a dizer que “a *proteção* de que gozam não é produto de sentimento de *solidariedade*, porém expressiva de

²⁴⁰² “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE PASSAGEIRO EM COLETIVO. ASSALTO. MORTE. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR AFASTADA. PRECEDENTES. A Segunda Seção deste Soldadício firmou orientação no sentido de que o assalto à mão armada dentro de coletivo constitui força maior a afastar a responsabilidade da empresa transportadora pelo evento danoso daí decorrente para o passageiro. Recurso especial conhecido e provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 215.618*).

²⁴⁰³ Como referimos anteriormente, há, atualmente, decisões no STJ como a proferida no recurso especial 419059/SP, julgado em 19 de outubro de 2004 pela Terceira Turma. Nela se estabeleceu, por unanimidade, a responsabilidade do hipermercado por danos produzidos em seu cliente, vítima de assalto à mão armada iniciado no estacionamento coberto do estabelecimento comercial. A decisão faz repousar essa responsabilidade não no fato do hipermercado auferir lucro direto pela cobrança do serviço de prestação de segurança aos veículos e seus motoristas no interior do estacionamento, mas no fato de que entendeu-se ser essa prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor “inerente à atividade comercial desenvolvida pelo hipermercado” constituindo-se, na opinião da relatora Min. Nancy Andrighi, num “atrativo a mais que o fornecedor agrega aos seus serviços” fazendo com que tal expectativa estimule o consumidor “a realizar compras em tais estabelecimentos, onde o item segurança integra o complexo de fornecimento de mercadorias e serviços, o que, repita-se, é um captador de maior lucratividade em favor de todos os fornecedores.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 419.059*. Relatório e Voto, p. 10).

²⁴⁰⁴ Destacar esse efeito é importante, pois segundo Calabresi e Bobbit, uma das formas de alterar o funcionamento das instituições, responsáveis por realizar as escolhas trágicas, é fazê-las encarar as consequências de suas decisões, ou seja, aumentar sua responsabilidade fazendo-as conscientes dos custos sociais de suas opções (CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. p. 63).

uma *estratégia para a promoção da fluência do mercado*²⁴⁰⁵, o que o faz concluir que “os limites são claros e inegáveis, embora devamos lastimá-los”²⁴⁰⁶. Ocorre que lastimar os limites não é única alternativa. Talvez, ao compreender como tais limites se sustentam, seja possível propor alternativas que, ainda que não superem a fluência do mercado, gerem incentivos que lhe alterem a dinâmica.

Para entender os referidos limites à proteção conferida aos usuários, se faz necessário identificar a base dogmática do raciocínio adotado por ambos tribunais nas decisões relativas aos contratos em questão, de modo a definir se a linha jurisprudencial iniciada pelo STF e consolidada pelo STJ, ainda que corresponda à interpretação autêntica das normas do sistema jurídico nacional relativas à responsabilidade civil, é possível questionar – se expressa a mais adequada concretização dessas normas em termos de realização do direito à segurança de consumidores/usuários.

Aceita-se, portanto, a distinção desenhada por Hans Kelsen entre a interpretação autêntica e não autêntica, entendida, a primeira, como aquela conferida a determinada norma por órgão autorizado pelo sistema jurídico a criar direito por meio da aplicação da regra ao caso concreto e, a segunda, como aquela proveniente da ciência do direito exatamente por não ser capaz de criar direito²⁴⁰⁷. Assim, entenda-se as expressões “adequada concretização” e “melhor forma de promoção” utilizadas no parágrafo anterior como a realização de uma norma jurídica em relação ao que esse autor chamaria de “ponto de vista político-subjetivo”²⁴⁰⁸ ou “juízo de valor político”²⁴⁰⁹ e que neste trabalho é associado com a concretização de uma determinada “invariante axiológica”²⁴¹⁰, ou seja, pretende-se identificar qual interpretação das referidas normas é capaz de garantir a mais ampla realização de um valor específico, *in casu*, o valor constitucional da solidariedade social²⁴¹¹.

²⁴⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 2, v. 5, p. 73-82, jan./mar. 2001. p. 82.

²⁴⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. p. 82.

²⁴⁰⁷ KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1990. p. 387-388..

²⁴⁰⁸ Hans Kelsen, ao tratar da possibilidade de análise da conduta dos homens que estatuem as normas do direito positivo em termos de adequação a determinado critério de justiça, afirma que qualificação de uma norma jurídica positiva como justa ou injusta é, em verdade, a qualificação “do ato pelo qual ela é posta, do ato de que ela é sentido.” (KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 9)

²⁴⁰⁹ KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. p. 389.

²⁴¹⁰ Valor fundamental que, uma vez trazido historicamente ao plano da consciência, tornam-se *bem comum*, essencial ao viver social (REALE, Miguel. *Personalismo e historicismo axiológico*. p. 142).

²⁴¹¹ O influxo dos valores e das normas constitucionais sobre a resolução dos conflitos apresentados ao Poder Judiciário teve, por efeito, escancarar o elemento político da decisão judicial. Essa também parece ser a

6.3 A configuração da impossibilidade de cumprimento e a interrupção da cadeia causal

É recorrente entre os juristas a percepção de que na responsabilidade objetiva a questão da causalidade passa a ocupar o primeiro plano²⁴¹². Ocorre que o juízo sobre a existência do nexo causal entre o ato do agente e o dano é muitas vezes apresentado nas decisões judiciais e na doutrina como sendo a mera aplicação do princípio “científico” da causalidade²⁴¹³ (Se A existe, B existe). Esse juízo científico seria neutro, sendo utilizado como forma de justificar de maneira imparcial a aplicação do princípio normativo da imputação²⁴¹⁴ (Se B existe, então deve ser C), onde A é a ação/omissão do réu, B é o dano e C a indenização. A partir dessa constatação Kelsen assevera que o “princípio da causalidade é pressuposto pela regulação que constitui a imputação”²⁴¹⁵. Todavia, a pergunta que surge a partir dessa afirmação é: Essa anterioridade da causalidade é um pressuposto necessário à imputação?²⁴¹⁶. Ou seja, é somente ao agente causador do dano, direta ou indiretamente, que se pode imputar a responsabilidade de repará-lo?

opinião de Gabriel Menna Barreto von Gehlen para quem “o manuseio dos princípios constitucionais no dia-a-dia do foro, confere uma função política ao juiz, objetivando a proteção de minorias e a concretização da igualdade material.” (VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207).

²⁴¹² “Si on fait disparaître l’idée de faute, l’idée de causalité passe au premier plan. Elle se charge de l’idée de responsabilité. L’acte humain treîne après lui ses risques comme une conséquence nécessaire.”(RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 208). Em outra passagem Georges Ripert afirma que a fórmula que resume a teoria do risco e, portanto, a responsabilidade objetiva, é a seguinte: “[...] **tout dommage doit être attribué à son auteur et réparé par celui qui l’a cause**, parce que tout problème de responsabilité civile se ramène à um problème de causalité; ou encore: **tout fait quelconque de l’home oblige celui qui a cause um dommage à autrui à lè réparer.**”(RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. p. 207-208. Grifo nosso). Em sentido idêntico manifesta-se Louis Josserand quando parece depositar sobre a noção de causalidade a resolução do problema da responsabilidade por fato da coisa: “Toda la cuestión estriba em saber si el daño há sido, em la espécie, *causado por* la cosa verdaderamente.”(JOSSEAND, Louis. Teoría general de las obligaciones. p. 419); na mesma obra o autor se refere à responsabilidade objetiva como “responsabilidade causal” (JOSSEAND, Louis. Teoría general de las obligaciones. p. 443-444).

²⁴¹³ VON THUR, Andréas. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1934. Tomo I, p. 61.

²⁴¹⁴ Paradoxalmente, segundo Kelsen, a compreensão da “causalidade” a partir do esquema “ação-reação”, é “análoga ao princípio da retribuição, que liga uma ação a sua reação específica, a saber, o mal à punição, o mérito à recompensa.” (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 311). Tal forma de compreender “normativamente” a relação entre as coisas tem sua origem, para Kelsen, na filosofia natural grega, onde *αίτία* significa “causa” (originalmente “culpa”), sendo que ainda não desapareceu completamente do pensamento ocidental contemporâneo, embora venha se modificando desde os trabalhos de Hume chegando até Heisenberg e o desenvolvimento da mecânica quântica (KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* p. 312-317).

²⁴¹⁵ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* p. 345.

²⁴¹⁶ Guido Alpa afirma que, a partir do momento que se percebe ser o nexo causal uma questão de direito, ficam claras como diante de certas situações sua compreensão é alterada em função de novas orientações legislativas e judiciais (ALPA, Guido. *Struttura dell’illecito: dolo, colpa, imputabilità, causalità*. In: _____. *Responsabilità civile e danno: lineamenti e questioni*. Bolonha: Il Mulino, 1991. p. 295).

A resposta deve ser negativa, já que, no que diz respeito à imputação, a pergunta não é quem realizou o ato, questão atinente ao mundo dos fatos, mas quem responde por esse ato frente a outras pessoas²⁴¹⁷, questão atinente ao mundo das normas²⁴¹⁸, isto é, ao direito²⁴¹⁹. Kelsen admite que “as normas podem referir-se a indivíduos sem referir-se à sua conduta”, como nas hipóteses em que

[...] um indivíduo ou indivíduos são tornados responsáveis pelo delito de outro, especialmente se a responsabilidade coletiva for estabelecida; [...] Nesses casos, o indivíduo contra o qual a sanção é dirigida é apenas objeto da conduta de outro indivíduo, isto é, do indivíduo que executa a sanção. O indivíduo responsável não é sujeito de nenhuma conduta juridicamente relevante.²⁴²⁰

Ainda, segundo Kelsen,

O indivíduo que responde por um ilícito cometido por outro não é sujeito de um comportamento determinado pelo ordenamento jurídico como condição para a sanção; é somente o objeto de um comportamento determinado pelo ordenamento jurídico como consequência do ato coercitivo constituído pela sanção.²⁴²¹

Kelsen chama a “responsabilidade por fato de outrem” de “responsabilidade coletiva”²⁴²² e caracteriza essa última como uma “responsabilidade objetiva”²⁴²³. Interessante observar que o autor justifica a responsabilidade coletiva em razão de uma especial qualificação atribuída pelo ordenamento jurídico à relação existente entre **autor do dano** e **responsável**:

Se a sanção é direcionada não contra um delinqüente, mas, como no caso da responsabilidade coletiva, contra outro indivíduo ligado ao que delinqüe por um vínculo determinado pelo ordenamento jurídico, a responsabilidade possui sempre o caráter de responsabilidade objetiva.²⁴²⁴

²⁴¹⁷ Para Klaus Gunther a estrutura formal da responsabilidade implica sempre a “responsabilidade de uma pessoa por uma ação (ou omissão) ou consequência de uma ação perante outras pessoas.” (GUNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. *Novos Estudos Cebrap*, n. 63, jul. 2002. p. 108).

²⁴¹⁸ Segundo Joel Feinberg a responsabilidade, juridicamente falando, é algo que depende de uma decisão e não de uma descoberta (FEINBERG, Joel. Problematic responsibility in law and morals. *The Philosophical Review*, v. 71, n. 3, pp. 340-351, jul. 1962. p. 342).

²⁴¹⁹ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* p. 333.

²⁴²⁰ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* p. 347.

²⁴²¹ KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. p. 143.

²⁴²² KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. p. 144.

²⁴²³ KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. p. 147-148.

²⁴²⁴ KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. p. 147-148..

Essa a perspectiva presente nas hipóteses clássicas de responsabilidade por fato de outrem²⁴²⁵. Assim, por exemplo, quando se permite responsabilizar o comitente por ato do preposto é porque se entende existir especial relação jurídica – o vínculo de preposição²⁴²⁶ – que subordina a conduta desse aos interesses do comitente, permitindo-lhe direcionar e controlar as atividades de seus agentes²⁴²⁷. A obrigação de garantia de que faz uso a vítima surge como efeito da relação existente entre o preposto (autor do dano) e seu comitente²⁴²⁸.

Porém, é possível justificar a responsabilidade objetiva (pelo fato de outrem) tendo em vista especial qualificação jurídica atribuída pelo ordenamento jurídico à relação existente entre **vítima** e **responsável**, relação decorrente das normas jurídicas que impõem deveres de solidariedade²⁴²⁹.

Se a expressão “ser obrigado a” remete-nos ao campo individual, pois, segundo Kelsen, não se pode estar obrigado a realizar senão uma conduta própria, a expressão “ser responsável por” pode enviar-nos tanto ao campo individual como ao coletivo, pois, ainda de acordo com Kelsen, é possível alguém ser responsável por ato próprio ou por ato de outrem²⁴³⁰. Esse raciocínio guarda certa semelhança com o apresentado por Hannah Arendt quando opõe a idéia de responsabilidade à de culpa: “[...] a culpa, ao contrário da responsabilidade, sempre seleciona, é estritamente pessoal”²⁴³¹.

²⁴²⁵ Especificamente acerca do direito alemão, Harm Peter Westermann assevera que, por força dos §§ 278 e 831, para que um sujeito possa responder pelo ato de outrem atuante em seu “círculo de ação” é necessário, no mínimo, que tenha “tido alguma possibilidade de influir sobre a espécie de trabalho ou a extensão da divisão do trabalho” e tenha usufruído de vantagem decorrente da “intercalação do terceiro” (WESTERMANN, Harm Peter. *Código civil alemão*. p. 75). Segundo Karl Larenz, a responsabilidade do devedor contratual por atos de seus auxiliares (§ 278) não está fundada no princípio da culpa, mas no de garantia, mas a responsabilidade extracontratual por atos de auxiliares (§ 831) tem como fundamento o princípio da culpa com a única ressalva de que nessa hipótese se produz uma inversão do ônus da prova (LARENZ, Karl. *Derecho justo*. p. 123-124). Ver também sobre o mesmo tema na obra de Hans Kelsen: KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. p. 147.

²⁴²⁶ Para Albertino Daniel de Melo o vínculo de preposição “traduz a maneira jurídica de entender a subordinação de uma pessoa a outra.” (MELO, Albertino Daniel de. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 45-46).

²⁴²⁷ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 66, 71, 73.

²⁴²⁸ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. p. 112.

²⁴²⁹ Questão semelhante a essa é a da atribuição de deveres positivos de auxílio, no âmbito do direito penal, quando se justifica que sua existência “não provêm do *status* geral da pessoa, mas de uma relação especial, v.g. da relação entre funcionário público e cidadão, pais e filhos, médico e paciente, etc.” (JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. São Paulo: Manole, 2003. p. 25).

²⁴³⁰ KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. p. 144.

²⁴³¹ ARENDT, Hannah. Responsabilidade coletiva. In: _____. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 214..

Segundo Hannah Arendt, em resposta a texto de Joel Feinberg²⁴³², ao falarmos em “culpa coletiva” estamos expressando uma contradição, uma vez que “quando somos todos culpados, ninguém o é”²⁴³³. Além disso, estamos realizando uma opção política, no mínimo inapropriada pois, ao afirmarmos que “somos todos culpados”, estamos, em verdade, realizando uma “declaração de solidariedade com os malfeitores”²⁴³⁴. Daí porque entende que o mais adequado é falar-se em “responsabilidade coletiva” entendida como “responsabilidade vicária por coisas que não fizemos, esse assumir as conseqüências por atos de que somos inteiramente inocentes”, sendo esse “o preço que pagamos pelo fato de levarmos nossa vida não conosco mesmos, mas entre nossos semelhantes”²⁴³⁵.

Uma responsabilidade que, tendo como condições o fato de que se é considerado responsável por algo que não se fez e em razão de se pertencer a um grupo ao qual não se pode abandonar voluntariamente²⁴³⁶, pode ser entendida como uma declaração de solidariedade para com as vítimas²⁴³⁷.

Essa opinião pode parecer, em princípio, contrária à idéia de que não é possível, pelas regras da responsabilidade civil, obter-se uma indenização nas situações em que, mesmo com a ausência da intervenção do agente, o dano teria se verificado e teria de ser absorvido, de forma definitiva, pelo lesado. Isso porque a função reintegrativa da responsabilidade civil não admite que essa opere de modo a colocar a vítima em situação melhor do que aquela na qual se encontraria se não tivesse ocorrido a intervenção do agente²⁴³⁸. Ocorre que não são todas as formas de responsabilidade jurídica que exigem uma construção tão estreita de nexos causal em que o dano é resultado da conduta do responsável, como ocorre nas situações envolvendo responsabilidade por ato ilícito, sendo que, nos casos em que a responsabilidade se dá em

²⁴³² “Collective responsibility” apresentado por Joel Feinberg no 65º Encontro Anual da Divisão Leste da Associação Filosófica Americana e publicado no *The Journal of Philosophy*, v. 65, n. 21, Nov. 1968, p. 674-688.

²⁴³³ ARENDT, Hannah. Responsabilidade coletiva. p. 214.

²⁴³⁴ ARENDT, Hannah. Responsabilidade coletiva. p. 214.

²⁴³⁵ ARENDT, Hannah. Responsabilidade coletiva. p. 225.

²⁴³⁶ ARENDT, Hannah. Responsabilidade coletiva. p. 216.

²⁴³⁷ Para Joel Feinberg, a “responsabilidade coletiva não só expressa solidariedade, ela a reforça” (FEINBERG, Joel. *Collective responsibility. The Journal of Philosophy*, v. 65, n. 21, Nov. 1968. p. 677). Para Hannah Arendt a responsabilidade coletiva é sempre uma responsabilidade política (ARENDT, Hannah. Responsabilidade coletiva. p. 216).

²⁴³⁸ TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milão: Giuffrè, 1967. p. 8, 10.

razão do risco, tal não é necessário, pois nessas hipóteses “se tratará de um fato compreendido na esfera de risco objetivamente endereçado ao responsável”²⁴³⁹.

Nessa linha, é possível concluir que a definição de determinado ato/fato como hipótese contida na esfera de risco atribuída ao sujeito constitui o eixo da discussão acerca da responsabilidade objetiva. Diferentemente da cadeia causal, que é infinita, a linha de imputação possui sempre um ponto final²⁴⁴⁰, que não é descoberto, mas escolhido²⁴⁴¹. Assim, se o evento estiver situado num ato/fato definido como “caso fortuito” e/ou “força maior”, não haverá responsabilização, pois terá se configurado uma impossibilidade ao cumprimento da obrigação.

O que se percebe na maioria das decisões, antes analisadas, é que o uso de conceitos ou de qualidades, tais como imprevisibilidade e inevitabilidade, foi feito de forma a construir justificativa para uma limitação da responsabilização das empresas de transporte pelos danos sofridos por seus passageiros em razão de danos decorrentes de atos criminosos praticados por terceiros.

Essas justificativas contam com o suporte de certa tradição dogmática jus-civilística que cabe analisar para entender como se forma e quais são seus pressupostos.

6.3.1 *Vis maior* como limite à *custodia*: do período romano clássico à Idade Média

Max Kaser identifica nas regras presentes no período clássico do direito romano uma responsabilidade pela custódia nas quais o devedor detém em seu poder e em seu proveito coisas que pertencem ao credor e deve restituí-las²⁴⁴². Essa responsabilidade, fundada na noção de custódia, implica o dever de guardar e impõe o dever de reparar a perda e demais danos decorrentes de fatos tidos por exemplos típicos de falta de vigilância²⁴⁴³, sendo possível

²⁴³⁹ TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. p. 14.

²⁴⁴⁰ KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* p. 332.

²⁴⁴¹ Segundo Klaus Günther, no processo de imputação ocorre um momento em que “entre os diversos fatores que envolvem todo acontecimento, o complexo e obscuro novelo de relações de causalidade e de probabilidade é reduzido a um ponto escolhido de modo mais ou menos arbitrário.” (GUNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. p. 108.

²⁴⁴² KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1999. p. 215.

²⁴⁴³ Para Pietro Bonfante, no direito romano, *custodia* é a diligência que se deve atender com vistas a evitar a perda ou deterioração da coisa de outrem que o devedor possui em seu poder (BONFANTE, Pietro.

isentar-se da responsabilidade apenas diante da demonstração, pelo devedor, da ocorrência de causas de exoneração típicas que, no período clássico tardio, serão unificadas sob o conceito de *vis maior*²⁴⁴⁴. Segundo Kaser, a circunstância da responsabilidade por custódia decorrer de fatos tipificados como hipóteses de ausência de vigilância não conduz a qualificar como uma responsabilidade dependente exclusivamente da ocorrência de culpa. Pelo contrário, abrangia situações em que o devedor respondia ainda que não tivesse culpa alguma²⁴⁴⁵, o que se justificava através do apelo à idéia de garantia:

Como a responsabilidade por *custodia* inclui casos de danos sem culpa, os clássicos terão encontrado a explicação disso na GARANTIA (expressa ou tacitamente assumida) pelo resultado da custódia. A responsabilidade por *dolus* e *culpa* está incluída na responsabilidade por *custodia*. Todavia, ela ultrapassa e inclui o que (em oposição à *vis maior*) se chamou “acaso menor”.²⁴⁴⁶

Assim, no período clássico, na responsabilidade por custódia o devedor somente não respondia diante da ocorrência de fato qualificado como força maior, não se isentando diante da ação das “forças menores” que eram em sua maioria hipóteses típicas de ausência de culpa – como, por exemplo, o incêndio, a pilhagem por inimigos e por bando de ladrões²⁴⁴⁷ – reconduzidas todas ao conceito de *casus*²⁴⁴⁸. Diante do *casus*, a perda ou danificação fortuita da coisa não obrigava o devedor a reparar se esse tivesse a obrigação de *diligentia*, pois, se detivesse a coisa em *custodia*, somente a perda produzida por uma “força superior”, impossível de impedir, no sentido dado à expressão *vis maior*, liberava-o²⁴⁴⁹.

Istituzioni di diritto romano. 10. ed. Milão: Giuffrè, 1987. p. 351).

²⁴⁴⁴ KASER, Max. *Direito privado romano*. p. 215.

²⁴⁴⁵ Max Kaser refere G. 3, 205-207 e Ulp. D. 13, 6, 5, 5 (KASER, Max. *Direito privado romano*. p. 215)

²⁴⁴⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*. p. 216.

²⁴⁴⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. p. 216.

²⁴⁴⁸ Francesco Carrara apontava que, entre os latinos, inicialmente sob a expressão *casus*, se descreviam fenômenos tão díspares, como o terremoto e a rapina, destacando que, nessa fase incipiente do desenvolvimento do direito romano, os jurisconsultos “confundiam na palavra caso a noção *absoluta* com a noção *relativa*, quando entre o caso fortuito enumeravam o ímpeto dos ladrões, o tumulto popular e figuras símiles”. Carrara afirmava que, ainda que essas hipóteses equivalessem quanto aos fins jurídicos que contemplavam, acabavam por se diferenciar quanto à sua natureza, o que permitia-lhe dizer que “a *vis divina* é, em si mesma, bem diferente da *vis maior*, a qual exprime uma força iminente e irresistível, porém proveniente de braço humano.” (CARRARA, Francesco. Sul caso fortuito (studio). In: _____. *Opuscoli di diritto criminale*. 4.ed. Prato, Tipografia Giachetti, 1885. vol. III, XXXI, p. 8-9). Segundo Max Kaser, com a aplicação dada à responsabilidade contratual pelos juristas romanos do período clássico, essa acaba por se organizar de forma binária: responsabilidade por *dolus* e responsabilidade por *custodia*. Com o passar do tempo, porém, a responsabilidade por *dolus* passa a abarcar a responsabilidade por culpa, no sentido estrito de negligência, com o que começa a se compreender o *casus* como ausência de culpa e dolo (KASER, Max. *Direito privado romano*. p. 217).

²⁴⁴⁹ Arnaldo Medeiros da Fonseca, por influência de Luzzato, identifica na responsabilidade por custódia, do direito romano clássico, uma hipótese semelhante à atual responsabilidade objetiva (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 32). José Rodrigues Vieira Netto afirmava que,

A figura da *custodia* no direito romano se apresenta, assim, como uma forma de responsabilidade objetiva pela impossibilidade de o devedor restituir a coisa sob seu poder em vista de *furtum*. Essa responsabilidade se baseia em uma avaliação dos fatos realizada a partir de tipos relativos à possibilidade de cumprimento da prestação e o empenho para isso exigido do devedor a quem a coisa havia sido confiada²⁴⁵⁰.

No período pós-clássico, a anterior responsabilidade pela *custodia* passa a ser compreendida como uma responsabilidade fundada em uma *culpa in custodiendo*, o que acaba levando a compreensão da *vis maior* também como hipótese de ausência de culpa²⁴⁵¹. Conquanto em situações isoladas mantenha-se a idéia de que a existência da *custodia* faz surgir uma responsabilidade *sine culpa* – por força da manutenção da idéia de que essa responsabilidade decorre da assunção tácita ou expressa de uma garantia –, a responsabilidade dos *nautae* (barqueiros), *caupone* (estalajadeiros) e *stabulari* (donos de estábulos) somente cedia diante da ocorrência de fatos cujos efeitos possuíam uma força irresistível (*damnum fatale*)²⁴⁵².

nesse período do direito romano, a responsabilidade de custódia que possuíam aqueles que detinham a guarda de um bem – por exemplo, locatários, comodatários, etc. – obrigava por certos fortuitos e somente cedia diante do fato irresistível (VIEIRA NETTO, José Rodrigues. *O risco e a imprevisão*: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil. Curitiba: Juruá Editora, Instituto dos Advogados do Paraná, 1989. p. 37).

²⁴⁵⁰ TALAMANCA, Mario. Custodia (Diritto Romano). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milão: Giuffrè, 1962. vol. XI, p. 562. Em sentido diferente, compreendendo a *custodia* como um tipo particular de diligência, um critério de responsabilidade subjetiva, como o faziam os pandectistas, ver: MAJELLO, Ugo. *Custodia e deposito*. Nápoles: Jovene, 1958.

²⁴⁵¹ Essa transformação da *custodia* de uma situação, que originariamente produz uma responsabilidade sem culpa, para outra em que a culpa é necessária pode ser observada no tratamento dado ao comodato: se, no direito clássico, o comodato celebrado no interesse exclusivo do comodatário no caso de furto da coisa produzia uma responsabilidade do devedor sem qualquer discussão acerca da culpa desse; no período Justiniano, se faz necessária, na mesma situação, a caracterização de, no mínimo, uma culpa leve (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II, p. 129). No mesmo sentido GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1929. p. 563; TALAMANCA, Mario. Custodia (Diritto Romano). p. 563 e MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 99.

²⁴⁵² Max Kaser refere-se a Ulpiano D. 4, 9, 3, 1 (KASER, Max. *Direito privado romano*. p. 218). Essa também é a opinião de Pietro Bonfante (BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. p. 351). Estudos históricos mais recentes indicam que a obrigação do armador, do estalajadeiro, do dono de estábulo (D. 44, 7, 5, 6) eram obrigações *ex delicto* que produziam, já no período clássico, um efeito semelhante ao que hoje chamamos “responsabilidade objetiva”. Assim, afirma D’Ors que “desde el punto de vista de la dogmática moderna hablamos en estos casos de responsabilidad ‘objetiva’, pero, desde el punto de vista romano clásico, esta particularidad se debe explicar mejor en consideración al tipo de acción. En efecto, muchas acciones *in factum* se refieren expresamente al dolo malo del demandado, pero cuando no es así, hay que pensar en una responsabilidad objetiva del mismo, pues la referencia al *factum* sin más, no permite la consideración de un comportamiento no culposo como eximente de la responsabilidad del demandado.[...] Así, pues, lo que llamamos responsabilidad ‘objetiva’ no es más que el efecto de que la *actio in factum* correspondiente no presupone el dolo malo del demandado, y conduce a una condena por el simple *factum* que se le imputa.” (D’ORS, Alvaro. *Derecho privado romano apud PARICIO, Javier. Los cuasedelitos*: observaciones sobre su fundamento histórico. Madrid: Civitas, 1987. p. 47-48). Segundo Javier Paricio, essa forma de responsabilidade objetiva também pode ser identificada na responsabilidade por *custodia*, presente nas relações obrigacionais que nada tinham a ver com os

No período justiniano, conclui-se com o estabelecimento da contraposição entre *casus fortuitos minor* e *maior*, entre *vis cui resist non potest* e *vis cui resist potest*, reconhecendo-se, ao lado de uma noção de *casus maior* – diante da qual cessaria a responsabilidade mesmo nos casos envolvendo *custodia* –, um *casus minor*, pelo qual responderia o devedor, uma vez que seu dever abrangeria certos riscos pressupostos na situação.²⁴⁵³

Segundo Arnaldo Medeiros da Fonseca, há no *Corpus Iuris* “textos que não identificam a ausência de culpa como *fôrça maior*, pelo menos entendida aquela como *diligência* normal do bom pai de família”²⁴⁵⁴. Com base em Ulpiano, afirma subsistir a responsabilidade dos barqueiros e estalajadeiros pela restituição das coisas que lhes foram entregues em confiança “mesmo que a coisa se houvesse danificado ou perecido *sem culpa* do obrigado – *etiamsi sine culpa res perit* – cessando, porém, se fôsse o efeito da *vis maior*”²⁴⁵⁵; opinião que também é compartilhada por Pontes de Miranda²⁴⁵⁶. São exemplos típicos de *vis maior*, nas hipóteses envolvendo o *receptum nautarum*, o naufrágio e o ataque de piratas, e nas hipóteses do *receptum cauponum*, o incêndio e a inundaçã²⁴⁵⁷. Esses exemplos demonstram que, mesmo na responsabilidade agravada fundada na *custodia*, isentava-se o devedor quando se compreendia que o dano à coisa decorresse de um ato humano violento de terceiro ou de uma manifestação natural violenta.

delitos, tais como a responsabilidade que tinham o *pignus*, o comodatário, etc. (PARICIO, Javier. *Los cuasedelitos*. p. 49).

²⁴⁵³ Segundo Paul Frédéric Girard o termo *custodia* passa a ser, no período Justiniano, genericamente a designação de *diligentia* que deve ser exercida na guarda de uma coisa alheia, por cuja danificação ou perda o indivíduo é responsável quando atua com culpa, mantendo-se ao lado desse sentido genérico, um restrito a poucas hipóteses, que significa “uma responsabilidade especial imposta ao devedor por força da garantia que deve ao credor diante da ocorrência de certos casos fortuitos, como o furto ou a deterioração da coisa, por oposição aos casos de força maior propriamente dita” (exemplos desses seriam o *naufragium*, o *incendium* e a *ruína*). Girard, como sustentação de seu raciocínio, menciona passagem do *Corpus Iuris*, em que se lê: *Venit in hac actione et dolus et culpa... venit et custodia: vis maior non venit* (D. 13, 7, De P. A. 13, 1). Essa também é a opinião de Giuseppe Ignazio Luzzato (LUZZATO, Giuseppe Ignazio. *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*. Milão: Giuffrè, 1938. v. I – La responsabilità per custodia. p. 19). Pontes de Miranda reconhece que a expressão *casus maior* não está presente no período clássico. Para ele há, mesmo no período Justiniano, uma indistinção entre o *casus* e a *vis cui resist non potest*. Assim, conclui que não há uma oposição entre *vis maior* e *casus*, pois “a inevitabilidade é o elemento comum, inevitabilidade devida ao determinismo universal, e não à imprevisibilidade, ou grau de diligência.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958, Livro IV, Tit. II, parte I, seção II, cap. IV, p. 78).

²⁴⁵⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 33.

²⁴⁵⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 33, fragmento 3, § 1, D.,.

²⁴⁵⁶ Para Pontes de Miranda na referida passagem Ulpiano distinguiu a responsabilidade pelo *dolus*, pela *culpa* e pela *vis maior*, diferenciando dessa última figura o *casus*, como uma situação intermediária entre ela e a *culpa* (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 91).

²⁴⁵⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. p. 41-42.

Já, para Giuseppe Ignazio Luzzato²⁴⁵⁸, é a noção de *casus* como ausência de culpa que se estabeleceria entre os compiladores, não obstante o uso para designar aquilo que os clássicos denominavam simplesmente *casus*, de uma grande variedade de expressões, como *vis divina*, *casus cui ignosci debet*, *fatale damnum*, *fortuita calamitas*, etc. Todas essas expressões eram, entretanto, consideradas e empregadas no *Corpus Juiris* como fungíveis, tendo assim apenas base aparente nas fontes as distinções que, em vista delas, posteriormente foram estabelecidas²⁴⁵⁹.

Entre os glosadores não se encontra uma distinção sistemática entre *casus fortuitus* e *vis maior*²⁴⁶⁰. Em algumas passagens é possível encontrar uma concepção negativa, relativa e subjetiva de ambas figuras que será retomada posteriormente²⁴⁶¹. Em Azzo se encontra a menção de que caso fortuito é aquilo que não pode ser atribuído nem ao dolo, nem à culpa leve e nem mesmo levíssima do devedor²⁴⁶².

Segundo Domenico Maffei, a opinião de Azzo revela o seguinte entendimento: caso fortuito é, para o direito das obrigações, o que ocorre independentemente da vontade humana, ou seja, aquele que não tem causa em dolo ou culpa do devedor; sendo assim, essa figura estará presente sempre que, sem culpa do devedor, surgir um fato que o impede de adimplir a obrigação²⁴⁶³. Por essa concepção, resta afastada a possibilidade de identificar, a partir de critérios objetivos, quando se estaria diante de um caso fortuito. Para isso seria necessário,

²⁴⁵⁸ LUZZATO, Giuseppe Ignazio. *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*. p. 19.

²⁴⁵⁹ Pietro Bonfante ratifica a opinião de De Medio quanto ao fato de que teriam sido os compiladores justinianos os responsáveis pelas distinções entre *casus fortuitus*, *casus maior*, *vis maior*, etc., opinião expressa no ensaio intitulado “Caso fortuito e força maior no direito romano” publicado no Boletim do Instituto de Direito Romano em 1908 (DE MEDIO, Alfredo. *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto romano*. 1908 apud BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. p. 352).

²⁴⁶⁰ MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. Milão: Giuffrè, 1957. p. 13-14.

²⁴⁶¹ No fim do século XIX, a concepção subjetiva será retomada, no mundo latino, por Nicola Coviello (COVIELLO, Nicola. *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, publicado originalmente em 1895 e traduzido para o português e publicado nos fascículos II e III do vol. 02 da Revista de Direito de Bento de Faria em novembro e dezembro de 1908 e, no mundo germânico, por trabalho de Goldschmidt sobre a doutrina romana do *receptum* com vistas a sua aplicação às relações comerciais modernas, mais especificamente o contrato de transporte de mercadorias publicado, em 1871, no tomo terceiro da “Revista geral de direito comercial alemão”.

²⁴⁶² “Et est casus fortuitus, quando aliquid contingit, ut mihi dolus vel culpa levis aut leuissima non possit imputari.” (AZZO, Glosa ‘Cum praeuideri non potuerant’, l. *Quae fortuitis*, C. *De pignoratícia actione* (C. 4, 24, 6): ed. Parisiis apud MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 17).

²⁴⁶³ MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 17.

pelo contrário, verificar sempre o modo de conduta do devedor, pois o *casus* inicia onde terminam culpa e dolo²⁴⁶⁴.

Mas mesmo Azzo não se afasta totalmente da noção objetiva de caso fortuito quando enfrenta, com base em algumas fontes justinianas, o problema relativo a qualificação do *latrocinium* e do *furtum*, considerando o primeiro como exemplo de situação que exonera o devedor, e o segundo como hipótese na qual é possível responsabilizá-lo²⁴⁶⁵. Domenico Maffei destaca que uma orientação mais objetiva²⁴⁶⁶ pode ser visualizada mais claramente em Odofredo para quem um evento danoso como a *rapina*, por certas características *a priori* a ela atribuídas, mais especificamente a imprevisibilidade, devia ser sempre enquadrada na categoria de caso fortuito, contrariamente ao *furtum* que, pela ausência dessa característica, não poderia ser assim qualificado²⁴⁶⁷.

De acordo com Exner²⁴⁶⁸, embora se possa localizar na Glosa a origem da concepção subjetiva de força maior entendida como ausência de culpa²⁴⁶⁹, é, paradoxalmente, também na Glosa que se encontra a concepção oposta, qual seja: a de que no caso de *ex recepto* haveria uma responsabilidade sem culpa, fundada na distinção entre “caso fortuito simples” (*casus minor*) e “força maior” (*casus major*)²⁴⁷⁰. Para tal fim, foi utilizado o critério objetivo da “inevitabilidade”²⁴⁷¹, obtido da seguinte forma: da generalização dos exemplos de exclusão de

²⁴⁶⁴ MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 18.

²⁴⁶⁵ MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 19.

²⁴⁶⁶ Domenico Maffei destaca que em Azzo o furto não corresponde, *a priori*, ao caso fortuito, muito mais pela adesão à idéia de que geralmente ocorria por causa da culpa do devedor do que pela adoção de uma classificação objetiva (MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 20)

²⁴⁶⁷ A opinião de Odofredo referida por Maffei encontra-se na glosa ao mesmo trecho do *Codex* objeto da análise de Azzo. Ali escreveu o jurista bolonhês: “[...] iste est casus fortuitus et est incursus berrauriorum: nam ipsi palam in viss spoliand homines: unde quos nos vocamos berraurios, lex nostra vocat latrones. Unde latrocinium inter casus fortuitus enumeratur [...] sed furtum fit occulte: et casus fortuitus non censetur: quia potest previderi [...]” (ODOFREDO apud MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 19).

²⁴⁶⁸ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. Paris: L. Larose & Forcel Éditeurs, 1892. p. 32-33.

²⁴⁶⁹ Pois teria sido a partir daquela que se estabeleceu a visão de que “a força maior começa onde a culpa termina”, ou seja, a idéia de que “entre a culpa levíssima e o caso fortuito não há nada de intermediário”. No original: “la force majeure commence là où la faute finit: Entre la *levissima culpa* et le cas fortuit, il n’y a pas d’intermédiaire” (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 33).

²⁴⁷⁰ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.34.

²⁴⁷¹ Segundo Exner, a inevitabilidade era, aqui, avaliada *in abstracto* (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 37). Refere considerações históricas que reforçam sua opinião: “Si le caractère de la force majeure devait être déterminé *in jure*, devant le prêteur, la question ne pouvait être jugée que d’après un critère objectif, d’après la physionomie

responsabilidade do *receptum nautarum*, quais sejam o naufrágio, a força dos piratas, surgiu a expressão “força de Deus e dos inimigos”²⁴⁷², caracterizando-se, assim, como um conjunto de eventos que têm em si uma “força superior a toda resistência humana”²⁴⁷³. Segundo Exner:

[...] esta fórmula parece abarcar as duas espécies de casos a considerar, a força dos elementos e a força dos inimigos. Ela correspondia à clássica expressão maior. Chega-se assim a um critério do irresistível e do inevitável e define-se a força maior como um caso fortuito inevitável, *casus cui resist non potest*²⁴⁷⁴.

Muitos séculos mais tarde, nessa linha, Ripert e Boulanger²⁴⁷⁵ indicam uma possível distinção entre *casus* (caso fortuito) e *vis major/damnum fatale* (força maior): o primeiro, a ser entendido como “perda fortuita” da coisa, desobrigaria o devedor que tivesse a obrigação de *diligentia*, pois se a tivesse em *custodia* somente a perda produzida por uma “força superior”, sendo impossível de impedir, no sentido dado à segunda expressão, liberava o devedor. Segundo esses autores, tal distinção nunca teria ficado muito clara, principalmente por uma vagueza na definição de *custodia*; daí porque o surgimento de uma tendência à assimilação de ambas que irá se consolidar no direito francês antigo²⁴⁷⁶, vigente até o período imediatamente anterior ao movimento de codificação francês, e que fará com que ambos conceitos sejam visualizados como a representação de uma “causa estranha não imputável ao devedor”, conforme a dicção do art. 1147 do *Code*²⁴⁷⁷.

extérieure du cas. En effet, le prêteur ne pouvait apprécier, on ne pouvait discuter devant lui toutes les particularités concrètes et notamment la diligence apportée par le défendeur.”(EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 67).

²⁴⁷² EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.35-36.

²⁴⁷³ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.36.

²⁴⁷⁴ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.36-37.

²⁴⁷⁵ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Buenos Aires: La Ley, 1956. Tomo IV - Las Obligaciones (1ª parte), Vol. I - Primera Parte, El Contrato. p. 478.

²⁴⁷⁶ Essa influência do direito romano em França se concentrou mais ao sul do que ao norte e se manteve durante todo o *ancien regime* (VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 29, 71). Sobre a recepção do direito romano na França e o conflito com o direito costumeiro, André-Jean Arnaud se manifesta no sentido de que o *Code civil* é o resultado de um compromisso entre o direito romano e o direito costumeiro de certas regiões francesas (ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris: LGDJ, 1969. p. 62-63, 216). André Tunc afirma que, ainda que os costumes germânicos tivessem penetrado mais profundamente no norte do país, seus efeitos também se fizeram sentir na região sul do país em matéria de responsabilidade civil pelo menos até a recepção do direito romano início do século XIII (TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Economica, 1989. p. 54).

²⁴⁷⁷ Art. 1147 do Código Civil francês: “O devedor será condenado ao pagamento de perdas e danos, quando da inexecução da obrigação ou do atraso em sua execução, se não conseguir demonstrar que a inexecução provém de uma causa estranha que não lhe pode ser imputada, ainda que não exista má-fé de sua parte”. No original: “Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison

Mas é com a consolidação, pelos glosadores, de uma opinião sobre a responsabilidade pelo *receptum nautarum, cauponuum et stabulariam* que se estabelecerá a orientação que, além de não diferenciá-lo da força maior, compreenderá o caso fortuito de maneira negativa e subjetiva. De acordo com Domenico Maffei, teria sido Accursio o responsável por interpretar a passagem D. 4,9,3,1 de forma a permitir que se concluísse não ter a responsabilidade ali mencionada, como premissa, uma distinção entre caso fortuito e força maior, mas, pelo contrário, estabelecer um limite comum à responsabilidade: a culpa levíssima²⁴⁷⁸. Mas, se é verdade que também em Accursio, como em Azzo, a concepção subjetiva de caso fortuito não se encontra rígida e unitariamente estabelecida em todas suas opiniões²⁴⁷⁹, o mesmo não se pode dizer das glosas de Búlgaro que, conforme se depreende da *questio* setenta da *Collectio Parisiensis*, afirmava que ao devedor da obrigação de restituir a coisa cabia provar que a perda da mesma havia ocorrido sem que tivesse agido com culpa ou dolo²⁴⁸⁰, o que significava, então, que a perda teria ocorrido em razão de caso fortuito²⁴⁸¹. Caberia a Bartolo de Sassoferrato, para quem o *casus* se caracterizaria por meio da nota de irresistibilidade do evento²⁴⁸², atenuar ainda mais o rigor quanto à responsabilidade do estalajadeiro, exigindo apenas a prova de que este havia se conduzido como um diligente *pater familias*²⁴⁸³, bem como a demonstração da ausência de culpa leve de sua parte para que se operasse sua liberação.²⁴⁸⁴

Assim, ao longo dos séculos, firma-se uma concepção que não distingue entre caso fortuito e força maior, antes os compreendendo, de forma negativa e subjetiva, como equivalentes à ausência completa de culpa²⁴⁸⁵. Essa opinião se manterá dominante e influenciará as teorias

de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part."(FRANÇA. *Code Civil*).

²⁴⁷⁸ MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 25, 26.

²⁴⁷⁹ MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 151.

²⁴⁸⁰ "Quidam conduxit equum, et omne periculum in se suscepit. Queritur si talis pactio valeat. BULGARUS: Non valet. MARTINUS contra. Item queritur quis culpam probare debeat. BULGARUS conductorem non tantum perdidisse, verum sine dolo et culpa perdidisse, probare dicit debet." (BULGARUS apud MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 143).

²⁴⁸¹ MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 152.

²⁴⁸² "Casus fortuitus est ille cui resist no potest." (BULGARUS apud SILVA, Raul Campelo Machado de. *A culpa no direito penal*. 2. ed. São Paulo: [s.n.], 1943. p. 132).

²⁴⁸³ Segundo Domenico Maffei com a ampliação do uso da culpa leve à culpa levíssima resta, nas fontes desse período, na sanção legislativa dos Decretais de Gregório IX relativamente à parte destinada ao comodato (MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 27).

²⁴⁸⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 34.

²⁴⁸⁵ MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. p. 26 ; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 34.

desenvolvidas no momento de elaboração das codificações modernas que elevarão a culpa leve no modelo de *bonus pater familias* a conceito central do sistema de responsabilidade civil²⁴⁸⁶.

6.3.2 A indistinção moderna entre caso fortuito e força maior e sua assimilação à ausência de culpa

No antigo direito francês, mormente em sua última fase, não se reconhecia nenhuma diferença específica entre força maior e caso fortuito – a ponto de se afirmar que a *imprevisibilidade* e a *irresistibilidade* eram seus característicos essenciais, citando-se, como exemplos de acontecimentos de tal natureza, as enchentes, os naufrágios, os incêndios, as violências²⁴⁸⁷.

Importa registrar que nesse momento, especificamente o século XVII, o direito civil estava sendo refundado como um prolongamento do sistema jusnaturalista, o que implicava a absorção dos preceitos de moralidade laica que tinham origem estóico-cristã²⁴⁸⁸. Por essa via, a noção de responsabilidade começava a se associar intimamente com a de culpa, operação que, na França, seria concluída no século XIX, quando inúmeros teóricos elaboram a teoria da responsabilidade civil sobre o art. 1382 do *Code civil*²⁴⁸⁹. Assim, além de não distingui-las, a doutrina francesa passa, em sua grande maioria, a tomar essas causas excludentes do dever de reparar, o caso fortuito e a força maior, como correspondentes à hipóteses de ausência de culpa.

Se temos em Grócio uma das origens dessa perspectiva que associa responsabilidade e culpa²⁴⁹⁰, é pela obra de Jean Domat e, posteriormente, de Robert Pothier que essa perspectiva ingressa no *Code civil*²⁴⁹¹.

²⁴⁸⁶ Nesse sentido, também José Rodrigues Vieira Netto para quem as noções de *casus* e *vis* uma vez fundidos na idéia mais ampla de *casus fortuitus et irresistibilis* faz com que se apresente como “a antinomia da culpa ou negligência” (VIEIRA NETTO, José Rodrigues. *O risco e a imprevisão*. p. 37)

²⁴⁸⁷ BONNECASE, Julien; BAUDRY-LACANTINERIE, Marie Paul Gabriel. *Suplement au traité théorique et pratique de droit civil*. Paris: Sirey, 1930. v. 3.

²⁴⁸⁸ VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. p.144.

²⁴⁸⁹ VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável. p.145.

²⁴⁹⁰ No *De Iure Belli at Pacis* encontra-se a seguinte passagem: “§ I. Tout ces qui nous est dû, l’est ou par quelque *Convention*, ou en conséquence de quelque *Délit*, ou en vertu de quelque *Loi*; selon la division que nous avons faite ailleurs. Nous venons de traiter suffisamment de ce que regarde la première de ces forces, ou les *Conventions*. Passons maintenant à la obligation qui résulte naturellement du *Délit*. § II. J’entens par *Délit*, toute faute commite, soit en faisant ou en ne faisant pas certaines choses, au préjudice

Ainda que não fosse estranha à obra de Domat, a influência da escola do direito natural é a religião – ou, mais especificamente os ideais cristãos dos jansenistas que acreditavam que a justiça devia ser revelada por Deus – que estará no centro de sua preocupação. Tanto assim que Domat estabelece duas leis naturais fundamentais na base de seu sistema. A primeira lei, base de todo o sistema, ordena ao homem o amor a Deus e ao bem supremo. A segunda lei decorre, logicamente, da primeira:

“É esta primeira lei que é o fundamento e o princípio de todas as outras. Por esta lei ordenar a cada um à busca e ao amor do bem supremo, comum a todos os homens, ela exige uma segunda que obriga a unirem-se e amarem-se”²⁴⁹².

Dessa regra de amor mútuo entre os homens decorrem, no sistema de Domat, todas as demais regras aplicáveis aos vínculos involuntários ou voluntários, decorrentes de convenção ou não. Nesse sentido, Domat enuncia que todos os diferentes deveres que prescrevem os vínculos, não são outra coisa do que os diversos efeitos produzidos por esse amor, inserido nas mais variadas conjunturas e circunstâncias²⁴⁹³. No capítulo V de sua obra, Domat enuncia os grandes princípios que governam os vínculos entre os homens e que decorrem da regra do amor mútuo, desses princípios interessa-nos o que dizem o quarto e sétimo. Desses, o primeiro afirma que:

[...] em todos os vínculos entre pessoas, sejam voluntários ou involuntários, que podem ser de matéria de leis civis, são reciprocamente devidos o que demandam os dois preceitos decorrentes da segunda lei: um é de fazer aos outros o que desejamos que nos façam, e outro é não fazer a ninguém o que desejamos que não nos seja feito; é isso que compreende a regra de não lesar à ninguém.²⁴⁹⁴

de ce à quoi on étoit tenu ou purement et simplement entant qu’Homme, ou à cause d’une certaine qualité particulière dont on est revêtu. § III. Or, quand on a cause du dommage par une faute comme celle-là, on est naturellement tenu de le reparer.” (GROTIUS, Hugues. *Le droit de la guerre et de la paix*. Amsterdam: Pierre de Coup, 1724. Tomo II., p. 522). Na nota 1 ao § II se lê que a palavra *faute* é utilizada aqui em sentido geral de forma a abranger tanto à má-fé quanto à negligência.

²⁴⁹¹ VILLEY, Michel. Esboço histórico sobre o termo responsável ; EWALD, François. *Foucault: a norma e o direito*. Lisboa: Vega, 1993. p. 168.

²⁴⁹² No original: “C’est cette première loi qui est le fondement, et le principe de toutes les autres. Car cette loi qui commande à l’homme la recherche et l’amour du souverain bien, étant commune à tous les hommes, elle en renferme une seconde que les oblige à s’unir, et s’aimer entre eux.” (DOMAT, Jean. *Ouvres de J. Domat*. Paris: Frimim Didot père et fils, Libraire de Jurisprudence, 1828. p. 4).

²⁴⁹³ DOMAT, Jean. *Ouvres de J. Domat*. p. 14 .

²⁴⁹⁴ No original: “[...] dans tous les engagements de personne à personne, soit volontaires ou involontaires, qui peuvent être des matières de lois civiles, on se doit réciproquement de que demandent les deux préceptes que renferme la seconde loi: le un de faire aux autres ces que nous voudrions qu’ils fissent pour nous, et l’autre de ne faire à personne ce que nous ne voudrions pas que d’autres nous fissent; ce qui comprend la règle de ne faire tort à personne, et celle rendre à chacun ce qui lui appartient.” (DOMAT, Jean. *Ouvres de J. Domat*. p.17).

Já o outro estabelece que: “[...] em toda sorte de vínculo, seja voluntário ou involuntário, se está impedido de recorrer à infidelidade, à duplicidade, ao dolo, à má-fé e toda outra maneira de prejudicar e lesar os outros”²⁴⁹⁵.

Em Pothier, embora também esteja presente a influência do pensamento jansenista por intermédio da ação direta da obra de D’aguesseau²⁴⁹⁶, as considerações e preocupações religiosas dão lugar a uma abordagem mais inspirada nos princípios jusnaturalistas racionalistas modernos, resultando numa obra de perfil mais pragmático. Em sua obra encontra-se a distinção entre delito e quase-delito, absorvida pelo *Code civil*; o primeiro, é fato através do qual uma pessoa, por dolo ou maldade, causa dano ou qualquer lesão à outra²⁴⁹⁷; o segundo, é o fato através do qual uma pessoa, sem maldade, mas por imprudência não excusável, causa uma lesão a alguém²⁴⁹⁸.

Ainda que não aplique nenhum desses dois conceitos (delito e quase-delito) quando aborda a responsabilidade contratual, se serve da noção de culpa ao tratar da obrigação de dar; ali afirma, com base no direito romano (Lei 5, par 2, ff. Commod.), que, se o contrato foi feito para a utilidade de ambos contratantes, o devedor é obrigado a pôr na conservação da coisa o cuidado ordinário que as pessoas prudentes usam na conservação das suas coisas. Assim, está obrigado, toda vez que houver perda ou deterioração causada por culpa leve (*faute légère*); porém, se o contrato for feito somente para a utilidade do devedor, refere aqui o empréstimo – esse deverá cuidar a coisa não somente com o cuidado ordinário, mas com toda vigilância

²⁴⁹⁵ No original: “[...] en tout sorte d’engagemens, soit volontaires soit involontaires, il est défendu d’user d’infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi et de toute autre manière de nuire et de faire tort.” (DOMAT, Jean. *Ouvres de J. Domat*. p. 17).

²⁴⁹⁶ Jansenista amigo de Domat e por ele influenciado. Essa influência se revela numa concepção moralista do direito, conforme se percebe claramente em passagens como esta: “Tous les devoirs réciproques de l’homme a l’égard de l’homme, se réduisent à ces deux grandes règles, où se trouve tout ce qui est nécessaire pour la perfection, et pour le bonheur, soit de chaque homme, considere séparément, soit de la société entière du genre humain: la première, que je ne dois jamais faire aux autres ce que je ne voudrais pas qu’ils fissent contre moi; la seconde, que je dois pareillement agir pour leur avantage, ainsi que je désire qu’ils agissent toujours pour le mien.” (AGUESSEAU. Henri François d’. *Essai d’une institution au droit public*. Paris: Sirey, 1955. p.196 apud ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du code civil français*. p. 109).

²⁴⁹⁷ No original: “[...] on appelle *délit* le fait par la quel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre.” (POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. Tome I - Traité des obligations. Paris: Chez L’Éditeur, 1821. p. 158).

²⁴⁹⁸ No original: “[...] le *quase-délit* est le fait par la quel une personne, sans malignité, mais pour une imprudence qui n’est pas excusable, cause quelque tort à un autre.” (POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. Tome I – Traité des obligations. p. 158).

possível e, por conseguinte, é responsável apenas se tenha o dano se originado de uma culpa levíssima (*faute la plus légère*)²⁴⁹⁹.

Além de fazer uso da noção de culpa, menciona as figuras do caso fortuito e da força maior como seu oposto, reconduzindo-as a uma única expressão romana: *vis divina*²⁵⁰⁰. O exemplo que Pothier dá de atuação dessas figuras é o da atuação criminosa e violenta de terceiros²⁵⁰¹:

[...] se eu vos emprestei o meu cavalo para irdes a certo lugar, e vós fostes atacado por ladrões, que vos roubarão ou matarão o cavalo, ainda que esta violência que vós sofrestes, seja um caso fortuito, a que um devedor ordinariamente não está obrigado; contudo se, em vez de irdes pela estrada ordinária e mais segura, tomastes por um travessio conhecido por ser infestado de ladrões, e nele fostes atacado, estais obrigado a este caso fortuito, porque lhe deu lugar a vossa imprudência.²⁵⁰²

Um exemplo da atuação desse tipo de excludente no regime contratual é dado por Pothier no momento em que analisa o contrato de depósito necessário que se configura na relação entre hóspede e hoteleiro/alberguista. Para ele, esse contrato – por força da lição de Gaio (I. 5. ff nautae, caupones, etc.) a respeito das regras de direito romano acerca da custódia devida por barqueiros, hospedeiros e donos de estábulos – faz surgir para o último uma responsabilidade pela guarda e conservação da coisa que se concretiza mesmo diante de dano decorrente da culpa leve²⁵⁰³. Disso conclui que o hoteleiro/alberguista é responsável, mesmo diante do furto por terceiros, pelas coisas depositadas, a não ser que prove que o desapossamento das mesmas decorreu de força maior²⁵⁰⁴, permitindo que se compreenda, na esteira do que sustentou relativamente à obrigação de dar, ser ela configurada pelo roubo.

Que a indistinção entre caso fortuito e força maior está presente no *Code civil* resta claro da observação da dicção dos arts. 1148, 1733-1738, na qual as expressões aparecem juntas, assim como da redação do inciso III do art.1302, assim como nos arts. 855, 1722, 1772, 1773 e 1881, em que a expressão caso fortuito aparece sozinha, e da forma como estão redigidos os

²⁴⁹⁹ POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. Tome I – Traité des obligations. p. 171.

²⁵⁰⁰ Faz o mesmo quando, em outro momento, trata da obrigação de fazer por meio da referência à expressão *nemo praestat casus fortuitos* (POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. Tome I – Traité des obligations. p.174).

²⁵⁰¹ A tradução de Pothier por José Homem Corrêa Telles indica a passagem das Ordenações do Reino de Portugal que corresponderia à opinião de Pothier: L. 4, T. 53, § 3.

²⁵⁰² POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. Tome I – Traité des obligations. p. 171.

²⁵⁰³ POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. Paris: Chez L'Éditeur, 1821. Tome VI – Traité des contrats de dépôt, mandat, de nantissement, d'assurance, de prêt et du jeu. p. 50.

²⁵⁰⁴ POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. Tome VI – Traité des contrats de dépôt, mandat, de nantissement, d'assurance, de prêt et du jeu. p. 50.

arts. 1730 e 1929, nos quais o conceito de força maior se apresenta isolado, pois em todos esses dispositivos parecem assumir significado idêntico.

Tal concepção não se limitou à França, tendo produzido reflexos também em outros países, como Itália e Alemanha, por exemplo.

Na Itália, Nicola Coviello, escrevendo sob a égide do Código italiano de 1865 e partindo da premissa de que todo e qualquer acontecimento deveria ser apreciado pelo Direito sob o ponto de vista da vontade humana, defendia que o conceito de caso fortuito era relativo, negativo e subjetivo²⁵⁰⁵; concluía que o caso fortuito era a ausência da vontade humana, aquilo que “independentemente da culpa do obrigado, impede o exacto cumprimento da obrigação”²⁵⁰⁶, em outras palavras, aquele “acontecimento que não podia se evitar com a diligência devida”²⁵⁰⁷.

Adotando a perspectiva de Coviello, afirmava Pietro Cogliolo que tanto o caso fortuito quanto a força maior deveriam sempre ser considerados subjetivamente, o que significava, em relação ao primeiro, ter de se verificar se ao sujeito era, por meio de sua comum providência, possível prever e enfrentar o evento; dessa forma, concluía que “tudo o que não é culpa é, juridicamente, caso fortuito”²⁵⁰⁸, ou seja, é fortuito todo o evento que um homem diligente não possa prever²⁵⁰⁹, – já quanto à força maior, sustentava que sua essência estava na “impossibilidade de impedir o evento”²⁵¹⁰.

Também Filippo Longo defendia que a distinção entre caso fortuito e força, além de constituir um equívoco histórico por não possuir base nas fontes de direito romano, era inapropriada em

²⁵⁰⁵ COVIELLO, Nicola. Do caso fortuito. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, dez./1908. p. 473.

²⁵⁰⁶ COVIELLO, Nicola. Do caso fortuito. p. 475.

²⁵⁰⁷ COVIELLO, Nicola. Do caso fortuito. p. 480.

²⁵⁰⁸ COGLIOLO, Pietro. Colpa aquiliana. In: _____. *Scritti varii di diritto privato*. 5. ed. Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1917. v. 1, p. 203.

²⁵⁰⁹ Em outro ensaio, Cogliolo afirma que “juridicamente é caso fortuito tudo que não é culpa imputável” (COGLIOLO, Pietro. La teoria della colpa. In: _____. *Scritti varii di diritto privato*. 5. ed. Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1917. v. 2, p. 138). Também para Giandomenico Romagnosi, o caso fortuito se caracterizava por ser um evento que deriva do concurso de circunstâncias que ordinariamente não poderia um homem diligente prever (ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genesis del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1956. p.230). Na dogmática penal brasileira, José Salgado Martins se servia de critério relativo a previsibilidade para diferenciar dolo, culpa e caso: “No dolo, o resultado é nitidamente previsto; na culpa, o resultado não previsto era, no entanto, previsível em função do ato em causa; no caso, o resultado não poderia ser previsto, porque era imprevisível em relação ao ato causal.” (MARTINS, José Salgado. *Direito penal*: introdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 222)

²⁵¹⁰ COGLIOLO, Pietro. Colpa aquiliana. p. 205.

termos de técnica jurídica por não corresponder às normas vigentes à época (final do século XIX) nos países europeus²⁵¹¹.

Na Alemanha, o trabalho sobre as fontes do direito comum e as opiniões dos glosadores levará a formação de duas tendências doutrinárias: a perspectiva subjetiva, que compreende indistintamente caso fortuito e força maior como todo acontecimento que não pode ser evitado nem mesmo por sujeito de diligência máxima, e a perspectiva objetiva, que, distinguindo caso fortuito de força maior, vê na última o acontecimento que se encontra fora do círculo de exercício profissional ou da exploração econômica desenvolvida pelo sujeito²⁵¹².

A corrente subjetiva teve sua manifestação inicial em trabalho de Goldschmidt sobre a doutrina romana do *receptum* com vistas à sua aplicação às relações comerciais modernas, mais especificamente o contrato de transporte de mercadorias²⁵¹³. Exner assim resumiu as conclusões de Goldschmidt:

Ex locato o transportador não deve, quando na guarda, senão a diligência do bom pai de família. *Ex recepto*, a causa de obrigações particulares de guarda, é obrigado a empregar as precauções exigidas por todas circunstâncias especiais. É responsável se a omissão dessas precauções causou o dano ou a perda. Caso contrário, está exonerado.²⁵¹⁴

Essa perspectiva subjetiva foi adotada, com pequenas variações, pela maioria dos Pandectistas. Assim, por exemplo, Bernard Windscheid entendia que “na impossibilidade sucessiva não é relevante se essa é objetiva ou subjetiva, mas se o devedor relativamente a essa está ou não com culpa”²⁵¹⁵. Compreendia, portanto, que afirmar que o devedor não responde pelo caso fortuito era uma forma negativa de afirmar que o devedor não responde se não possui culpa relativamente à impossibilidade²⁵¹⁶. Porém, não admitindo, pela regra geral,

²⁵¹¹ LONGO, Filippo. *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*. Nápoles: Tipografia della Critica Forense, 1893. p. 17.

²⁵¹² ENNECCERUS, Ludwig. Derecho civil: parte general, vol. II, segunda parte. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 3. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981. p.941; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 83; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 52-53.

²⁵¹³ Segundo Adolphe Exner, a teoria de Goldschmidt foi desenvolvida no tomo terceiro da “Revista geral de direito comercial alemão” publicada em 1871 (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 46).

²⁵¹⁴ GOLDSCHMIDT apud EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 47-48.

²⁵¹⁵ WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1904. v. 2, parte 1, p. 62.

²⁵¹⁶ WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. v. 2, parte 1, p. 62-63.

responsabilidade diante da ocorrência de caso fortuito²⁵¹⁷ ou força maior, em hipóteses restritas entendia ser possível que a responsabilidade persistisse diante de certos fatos qualificados como fortuitos e não diante de outros qualificados como de força maior. Mas ainda assim percebe-se, mais que uma responsabilidade independente de culpa, tratar-se de situações em que, através de uma associação à noção romana de *custodia*, se exigia do devedor maior grau de diligência:

Em particular pertence esse ponto o caso, em que o devedor é responsável a causa de todos os eventos que poderia ter evitado mediante uma mais intensa vigilância e diligência pessoal (*custodia* em sentido técnico), de modo que somente se isenta da responsabilidade diante da ocorrência de *damnum fatale, vis major, casus resist non potest*.²⁵¹⁸

Essa idéia de a responsabilidade diante de casos fortuitos decorrer de um acréscimo das obrigações de cuidado e diligência a cargo do devedor, não imposta em situações em que se configura a força maior, também se encontra em Dernburg. Afirma esse autor, por exemplo, que aquele que realiza uma atividade de transporte ou explora um hotel deve dispor das coisas de modo mais conveniente para tutela do público. Por conta desse dever, ficaria obrigado mesmo pelos perigos fortuitos que atinjam os que com ele contratam, ainda que essa garantia não se estenda aos acontecimentos que de tão extraordinários não se podem prever, constituindo assim força maior²⁵¹⁹.

A crítica a essa perspectiva subjetiva que naquele momento histórico dominava jurisprudência e doutrina européias foi realizada por Adolphe Exner em sua obra “A noção de força maior – teoria da responsabilidade no contrato de transporte”²⁵²⁰. Destaca inicialmente que, embora o papel desempenhado pela noção de força maior no direito dos transportes fosse circunscrito, não era por isso de pequena importância, pois, ao precisar os limites desse conceito, acaba-se por precisar os limites da responsabilidade daqueles que desempenham tal atividade empresarial.²⁵²¹

²⁵¹⁷ Windscheid faz remissão à noção romana de *casus* tal qua se apresenta em Mommsen e Brinz (WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. v. 2, parte 1, p. 62-63).

²⁵¹⁸ WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. v. 2, parte 1, p. 64.

²⁵¹⁹ DERNBURG, Heinrich. *Pandette, diritto delle obbligazioni*. 6.ed. Turim: Fratelli Bocca, 1903-1907.

²⁵²⁰ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*’.

²⁵²¹ No original: *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.21-22.

Para Exner, o problema com a perspectiva subjetiva era que não definia de forma precisa e objetiva o que era a força maior, recorrendo a uma delimitação indireta: força maior seriam todos os eventos que ocorressem ainda que o sujeito tivesse empregado uma diligência extraordinária. Ora, o problema está em que “o extraordinário é sempre individual, desprovido de tipo e não é suscetível de comparação e medida”²⁵²², o que leva a uma situação em que, na prática, se analisa se houve ou não culpa e conclui-se que, diante da ausência de culpa, está configurada a força maior, ou seja, se misturam coisas distintas. Exner concluía que, com isso, acabava ressuscitado o brocardo latino que dizia: *inter culpam et casum fortuitum nihil est medium*²⁵²³.

Conforme vimos, para Exner a Glosa adotou uma concepção subjetiva de força maior quando estabeleceu que o caso fortuito está presente na ausência de culpa (L. 3, Dig., *nautae* 4,9). Para ele, a doutrina estabelecida pelos glosadores tem como ponto de partida a idéia de que a força maior começa lá onde a culpa termina²⁵²⁴. O resultado seria tornar assemelhada a responsabilidade do *receptum* àquela presente na locação, algo que teria sido feito por Goldschmidt e os demais adeptos da concepção subjetiva (Windscheid, Dernburg, etc.)²⁵²⁵. Para o autor, assemelhar essas duas espécies de responsabilidade iria contra as regras tanto do direito romano²⁵²⁶ como do direito alemão²⁵²⁷.

²⁵²² EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.51.

²⁵²³ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.53.

²⁵²⁴ Para Exner, diante dessa perspectiva, também presente em muitos dos comentadores do *Code civil*, não se distingue *vis maior*, *casus fortuitus* e *casus* que são tomados por equivalente à ausência de culpa (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 33).

²⁵²⁵ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.54-62.

²⁵²⁶ Partindo da premissa de que, no direito romano (clássico), a responsabilidade do *receptum* decorria de um *judicium in factum*, concluía que nessa fase, em Roma, era indiferente saber como e porque o sujeito que detinha a coisa havia se posto em uma situação que lhe impedia de restituí-la (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 64), destacando que a alteração produzida por Labeão apenas permitiu afastar a responsabilidade do *receptum* pela demonstração da ocorrência de um *damnum fatale*. Um dos exemplos do *damnum fatale* era a ação de piratas. Segundo Exner, a expressão *damnum fatale* correspondia a duas outras denominações, ainda presentes no direito anglo-saxão: *act of god* e *act of king's enemies* (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 65, 68).

²⁵²⁷ Para Exner, o Código de Comércio alemão, por força do art. 395, assumia, assim como o antigo direito anglo-saxão, o transportador como um segurador, o que implicava a exclusão da análise acerca da culpa e a definição de que somente a força maior, e não o caso fortuito, permitia o afastamento da responsabilidade *ex recepto* (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 68-70).

Exner discordava da perspectiva compreensiva da força maior e do caso fortuito simplesmente como situações em que há ausência de culpa; defendia que, quando necessário verificar a responsabilidade do transportador por danos vinculados à sua atividade, o juiz não deveria se ocupar de identificar a maior ou menor diligência do réu ou de seu pessoal em face do acidente, mas, sim, cuidar de identificar se estavam presentes os caracteres que definem, de forma objetiva, a força maior²⁵²⁸.

Que caracteres seriam esses? De acordo com o autor, a força maior seria aquele evento “produzido fora do círculo de ação da atividade do devedor tendo por causa uma força que ocasiona um dano à pessoa ou à bens no interior do referido círculo” e que possui “uma natureza e um poder tal que saia, de maneira evidente, do conjunto de casos fortuitos que devem ser previstos no curso ordinário da vida”²⁵²⁹.

Mais do que inevitabilidade, o que Exner exigia para a caracterização da força maior capaz de excluir a responsabilidade *ex recepto* era a exterioridade do fato em relação ao que ordinariamente ocorre na exploração de dada atividade empresarial²⁵³⁰.

Tanto assim que, após referir opiniões de autores como Puchta e Holzschuher, concluía que a proveniência exterior do fato deveria ser considerada como o único critério do inevitável, expressão essa cujo emprego, de forma mais ou menos consciente, repousava sobre a sensação de que a força maior não era senão aquilo que “vinha de fora”²⁵³¹.

Essa orientação objetiva não foi recepcionada pelo Código Civil alemão. Esse Código acabaria por força do trabalho de alguns pandectistas participantes da primeira comissão responsável por sua redação²⁵³², por constituir-se num instrumento de disseminação e

²⁵²⁸ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.91-92.

²⁵²⁹ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.128.

²⁵³⁰ Pontes de Miranda afirma que, para Exner, o que importa é a extraordinariedade do fato em relação ao “campo de eficiência do devedor” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 86).

²⁵³¹ No original: “Il semble donc que la provenance extérieure était considérée comme le seul criterium de l’inévitable. Sans doute, sous ces expressions, employés d’une façon plus ou moins consciente, reposait le sentiment de cette vérité que la force majeure ne peut être reconnue que si elle vient du dehors.” (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 103).

²⁵³² Como, por exemplo, Windscheid (WIEACKER, Franz. *Pandettistica e rivoluzione industriale*. In: _____. *Diritto privato e società industriale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983. p. 88).

consolidação da orientação subjetiva. Ressalte-se que, embora o BGB não faça menção ao conceito de força maior enquanto regra geral²⁵³³, atendendo ao voto emitido no 22º Congresso de Jurisconsultos alemães²⁵³⁴, faz referência em pontos específicos a essa figura como causa excludente de responsabilidade em certas relações em que esta, excepcionalmente, existe por acontecimentos não-imputáveis ao devedor, como, por exemplo, a hipótese de responsabilidade dos hospedeiros estabelecida no § 701²⁵³⁵. Nessas situações, as figuras do caso fortuito e da força maior acabam sendo associadas, de forma geral, à ausência de culpa²⁵³⁶.

Em verdade, a orientação subjetiva sobreviverá no mundo germânico através do seguinte recurso: ainda que se mencionassem os critérios objetivos, como, por exemplo, a exterioridade do fato em relação à atividade do agente, isso era feito sem deixar de se mencionar critérios subjetivos, como, por exemplo, a constatação da inevitabilidade do fato mesmo diante de uma diligência extrema, dando-se, por fim, mais peso a esses critérios do

²⁵³³ Acerca da isenção de responsabilidade do devedor, dispõe o § 275, primeira parte: “[...] o devedor fica livre da obrigação à prestação sempre que a prestação se tornar impossível em consequência de uma circunstância, que se apresentou depois do nascimento da obrigação, pelo qual não tem ele de responder”. O § 323, primeira parte, relativo aos contratos bilaterais, dispõe que: “[...] se em contrato bilateral, se tornar impossível a prestação devida por uma das partes, em consequência de uma circunstância pela qual nem ela nem a outra parte tem de responder, perderá ela a prestação à contraprestação”. Por fim o § 325, primeira parte, estabelece que: “[...] se, em contrato bilateral, a prestação que competia a uma das partes, em consequência de uma circunstância pela qual ela tem de responder, tornar-se impossível, poderá a outra parte exigir indenização do dano por inexecução ou desistir do contrato.” (ALEMANHA. *Código Civil alemão* (BGB - Bürgerliche Gesetzbuch). Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 60, 67).

²⁵³⁴ Voto esse favorável à eliminação dessa expressão do projeto de CC do país (Bulletin de la Société de Législation Comparée, 1894, p. 441, apud FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 54).

²⁵³⁵ “Um hospedeiro, que recebe profissionalmente pessoas estranhas para hospedagem, tem de indenizar, a um hóspede recebido no exercício desta profissão, o dano que o hóspede sofrer pela perda ou deterioração das coisas introduzidas [por este em casa do hospedeiro]. A obrigação de indenizar não tem lugar quando o dano for causado pelo hóspede, um acompanhante do hóspede ou uma pessoa que ele admitiu consigo, ou tiver lugar pela natureza da coisa ou por força maior.” (ALEMANHA. *Código Civil alemão* (BGB - Bürgerliche Gesetzbuch). p. 120).

²⁵³⁶ Exceção encontra-se no § 287 onde está disposto que o devedor, em mora além de responder por todo dano decorrente da negligência que cometer, responde pela impossibilidade, ainda que decorrente de força maior, a não ser que, nessa última hipótese, demonstre que o dano teria surgido ainda que a prestação tivesse sido cumprida no tempo devido. Aqui, ao que tudo indica, não basta a simples demonstração de que o devedor em mora não atuou com culpa, é necessário demonstrar que mesmo se cumprida a obrigação, no momento devido, haveria grande probabilidade do dano igualmente ocorrer (WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. p. 96). Importante notar que tanto no art. 957 do Código Civil brasileiro de 1916 quanto no art. 399 do Código Civil brasileiro de 2002, o devedor em mora, além de afastar sua responsabilidade ao provar que o dano teria ocorrido ainda que cumprida a obrigação no momento devido, também se isenta de responsabilidade se demonstrar que está isento de culpa. Clóvis Beviláqua justificava essa regra pelo seguinte raciocínio: procedendo a responsabilidade da culpa e sendo a mora uma das formas que a culpa pode assumir, tem-se quanto ao devedor que “se não lhe cabe culpa da mora, e a impossibilidade da prestação resulta de caso fortuito ou força maior, a obrigação se resolve para ambas as partes.” (BRASIL. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. Vol. II, p. 92).

que aos primeiros ou compreendendo os primeiros à luz dos últimos (o fato x é exterior, por que é inevitável). Esse recurso pode ser identificado em várias manifestações doutrinárias e jurisprudenciais.

Exemplo são as manifestações de Enneccerus e Nipperdey, algumas décadas após a edição do BGB. Esses autores, embora afirmem adotar uma postura mista acerca do assunto, compreendem a força maior como “um acontecimento cognoscível, imprevisível, que não deriva da atividade em questão, senão que nesse sentido vem de fora e cujo **efeito danoso não podia evitar-se por meio das medidas de precaução que racionalmente era de esperar**”²⁵³⁷, ou seja, como aquele fato que nem mesmo a mais extrema diligência poderia evitar.

Quanto à jurisprudência alemã, os mesmos Enneccerus e Nipperdey referem várias decisões, entre elas uma em que, novamente, se estabelece constituir a força maior em um acontecimento estranho à atividade de exploração, por ter sido produzido por forças naturais ou atos de terceiros, acontecimento que, segundo a compreensão e a experiência humanas, não é previsível e não pode ser evitado ainda que pela mais extrema diligência que poderia ser racionalmente esperada diante das circunstâncias, aparecendo ao empresário como fato de rara frequência²⁵³⁸.

Segundo Trimarchi²⁵³⁹, a definição de força maior que os tribunais alemães adotavam (mormente nos casos envolvendo transporte ferroviário) abrangia não somente a identificação de eventos qualificados como estranhos à empresa por serem provenientes do exterior e causados por forças elementares da natureza ou por fatos de terceiros: acolhia igualmente outros eventos qualificados como inevitáveis, entendidos como aqueles que as empresas, não conseguiam elidir ainda que adotasse a máxima diligência que delas se pudesse exigir em razão da frequência com que ocorriam, isto é, eram compreendidos como eventos inafastáveis e não vinculados ao funcionamento típico de certa atividade empresarial. Tal noção de força maior, ao mesmo tempo em que fazia alusão às noções de “exterioridade” e “recorrência”, por influência da obra de Exner, ainda assim permanecia fiel à perspectiva subjetiva no instante

²⁵³⁷ ENNECCERUS, Ludwig. Derecho civil : parte general. Vol. II, segunda parte. p. 941. Grifo nosso.

²⁵³⁸ ENNECCERUS, Ludwig. Derecho civil : parte general. Vol. II, segunda parte. p. 941.

²⁵³⁹ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milão: Giuffrè, 1961. p. 200.

em que defendia não ser possível responsabilizar o agente diante de um dano que não podia ser evitado nem pela máxima diligência.

Na Suíça, temos a manifestação de A. von Thur. Mesmo destacando que a jurisprudência moderna, aplicando a teoria objetiva, entendia por força maior, à diferença do simples caso fortuito, um acontecimento que não guarda relação com a atividade do devedor e que se produz à sua margem como uma força inevitável²⁵⁴⁰, fazia questão de ressaltar que era do Tribunal Supremo suíço, com base no art. 97 do Código suíço de obrigações²⁵⁴¹, a definição mais completa daquela figura, assim descrita pelo órgão jurisdicional:

[...] um acontecimento extraordinário que se origina desde o exterior da indústria, acontecimento imprevisível e que não se poderia ter evitado ainda que se aplicasse a maior diligência possível sem pôr em perigo toda a indústria e a marcha econômica da empresa, sendo que a indústria não tinha por que ter em conta nem tomar em consideração tal fato apesar de sua frequência.²⁵⁴²

Percebe-se que a afirmação pelo tribunal suíço²⁵⁴³ de que a força maior caracteriza-se por ser um evento inevitável, ainda que diante da extrema diligência do devedor, acaba por ratificar aquilo que afirmava Silvio Giovanoli: a adoção, pela jurisprudência suíça, de um conceito de força maior de corte subjetivo e negativo concordante com a opinião defendida por Goldschmidt de que tal figura seria sinônimo de um estado de “ausência de culpa”²⁵⁴⁴.

A interpretação tradicionalmente dada às regras gerais acerca da impossibilidade, principalmente as que se encontravam, até 2001²⁵⁴⁵, enumeradas entre os §§ 275-280, 282 e

²⁵⁴⁰ VON THUR, Andréas. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1999. Tomo II, p. 101.

²⁵⁴¹ Para Von Thur, a redação do art. 97 determinava que o devedor fosse inocentado sempre que demonstrasse não haver incorrido em culpa, ainda que não conseguisse provar a causa precisa da impossibilidade (VON THUR, Andréas. *Tratado de las obligaciones*. Tomo II, p. 98-99).

²⁵⁴² VON THUR, Andréas. *Tratado de las obligaciones*. Tomo II, p. 101.

²⁵⁴³ Menção a essa orientação na jurisprudência suíça pode ser encontrada em TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. p. 200.

²⁵⁴⁴ GIOVANOLI, Silvio. *Force majeure et cas fortuit em matière d'inexécution des obligations, selon le code des obligations suisse (avec une comparaison des droits allemand et français actuels)*. Genebra: Georg & Cie. S.A., Libraires de L'Univerité, 1933. p. 13, 54-57, 60.

²⁵⁴⁵ Em 11 de outubro de 2001 o projeto de reforma do BGB foi aprovado no Parlamento alemão vindo a entrar em vigor em 01 de janeiro de 2002. Esse projeto alterou, entre outros pontos, o direito da perturbação das prestações. A base analítica para a qual são reconduzidas as diversas hipóteses de perturbação das prestações é a noção de “violação de dever”. A redação atual do § 280 deixa expresso que “quando o devedor viole um dever proveniente de uma relação jurídica pode o credor exigir a indenização do dano daí resultante” (apud CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1, p. 104). Observe-se que a adoção da noção de violação de dever, sendo mais abrangente que a noção de culpa, permite que a parte final do referido parágrafo, que estabelece que

323-325, permitiu sustentar que, quando o código civil alemão estabelecia, de forma circular, que o devedor estava isento de indenizar os efeitos lesivos da impossibilidade sempre que essa fosse consequência de circunstâncias pelas quais não deveria responder, dever-se-ia compreender que tais circunstâncias correspondiam às condutas das quais está ausente a culpa²⁵⁴⁶. Esse resultado já era antevisto por Saleilles quando da análise do primeiro projeto de código civil para o então Império Alemão²⁵⁴⁷:

O projeto não há definido qual seja o fato não imputável ao devedor, pois esse fato começa onde termina a culpa, e esse limite é já conhecido: evita-se mesmo de falar em caso fortuito, pois isso faria crer que se supõe um evento de força maior absolutamente estranho ao devedor, quando em realidade se trata de um fato, mesmo que atribuído ao devedor, mas que não implica culpa alguma a partir da qual possa o devedor ser responsável.²⁵⁴⁸

Foi essa perspectiva, de indistinção entre caso fortuito de força maior, dominante no direito brasileiro entre o período imediatamente anterior à edição do Código Civil de 1916 até meados dos anos 60 do século XX.

A penetração, no direito brasileiro, da perspectiva da indistinção entre caso fortuito e força maior – associando sua presença como sinônimo de ausência de culpa – pode ser visualizada, por exemplo, no alvará de 25 de janeiro de 1775 que, em seu parágrafo segundo, definia caso fortuito e força maior como “acontecimento superior às forças naturais, à prevenção dos homens”²⁵⁴⁹.

a regra “não se aplica quando a violação do dever não seja imputável ao devedor”, ao ter sua interpretação complementada pelo que estabelece a nova redação do § 276 autoriza a conclusão de que a imputação pode ser tanto subjetiva (calcada na idéia de culpa tanto na forma de dolo ou negligência) como objetiva (calcada na idéia de garantia e risco da produção).

²⁵⁴⁶ Ainda que se diga, por vezes, que tais circunstâncias são aquelas que ocorrem fora de esfera de risco atribuída ao sujeito, em realidade, se percebe que, na tentativa de estabelecer o raio dessa esfera, vários são os autores que ainda recorrem à noção de culpa. Exemplo disso encontra-se em Harm Peter Westermann: “Como o devedor, quando ocorrem os pressupostos do § 325, está exposto às prestações do credor, ele, não raro, contestará sua culpa na perturbação da prestação. Isso, segundo princípios gerais de prova, obrigaria o credor a provar a culpa do devedor, em dadas circunstâncias; portanto, provar acontecimentos sucedidos na esfera de risco do devedor.” (WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. p. 81).

²⁵⁴⁷ Ainda que percebesse na lógica do projeto alemão, calcado na responsabilidade subjetiva, a associação entre a presença do caso fortuito e a ausência da culpa, implicando um afastamento da responsabilidade do devedor, Saleilles ressaltava que essa vinculação não poderia ser generalizada diante da constatação de que a legislação extraordinária estabelecia, em certos momentos, regras de responsabilidade objetiva (SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 21)

²⁵⁴⁸ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation d’après le premier projet de code civil pour l’empire allemand*. p. 21..

²⁵⁴⁹ Apud FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 130.

Essa indistinção também se apresenta na obra do Conselheiro Ribas, na segunda metade do século XIX. Servindo-se das fontes romanas, com especial destaque para aquelas que tratam do comodato e do depósito, define caso fortuito/força maior como “o acontecimento para que não se concorreu e a que se não liga imputabilidade”²⁵⁵⁰. A expressão “não se concorreu” significa “não se deu causa com ato anterior”, e a expressão “não se liga imputabilidade” significa “não há culpa”²⁵⁵¹. De acordo com Ribas, os danos resultantes de tais acontecimentos não podem ser atribuídos ao devedor²⁵⁵², a não ser em situações nas quais o caso fortuito é provocado ou determinado por dolo/culpa anterior, quando as partes estabelecem, por convenção, a responsabilidade em razão do caso fortuito ou quando esta responsabilidade “emanar tacitamente das circunstâncias do negócio”²⁵⁵³.

Também no Esboço de Código Civil, preparado por Teixeira de Freitas, se encontram, de modo geral, regras que, além de apresentarem caso fortuito e força maior como figuras equivalentes, as compreendiam como situações sinônimas à ausência de culpa. Assim, no art. 823, § 1º, restava assinalado a inoportunidade de culpa se o dano fosse causado por *caso fortuito* ou *força maior*, salvo se para o dano se concorresse de algum modo, ou se fosse ilícito o ato que o causara²⁵⁵⁴. Já o art. 833 estabelecia que haveria caso fortuito ou força maior quando o dano decorresse de algum fato exterior, necessário ou fortuito, ou de fatos involuntários ou voluntários de outrem cujos efeitos não era possível impedir (§§ 1º e 2º), ou de algum fato involuntário próprio, necessário ou fortuito (§3º)²⁵⁵⁵. O art. 433 definia fato exterior necessário como o acontecimento que infalivelmente deve existir (a morte, por exemplo) e fato exterior fortuito como o acontecimento que pode ou não existir (o nascimento, por exemplo)²⁵⁵⁶. Conforme o art. 434, também os fatos humanos involuntários, mencionados no §2º do art. 833, poderiam ser necessários ou fortuitos, sendo que as ações ou omissões

²⁵⁵⁰ RIBAS, Joaquim, Conselheiro. *Curso de Direito Civil brasileiro*. p.514.

²⁵⁵¹ Ribas indica como fonte Ulpiano, fr. 5, § 4 Dig. Commodati (XIII, 16): “Quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut si quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat”, além de Const. 6 Cod. De pignorat. Act. (IV, 24) – “Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint [...]” (Apud RIBAS, Joaquim, Conselheiro. *Curso de Direito Civil brasileiro*. p. 514).

²⁵⁵² Como base desse entendimento refere Ulpiano, fr. 22, Dig. De reg. jur. (L, 17) – “Animalium vero casus, mortisque, quae sine culpa accidunt, fuga servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incenpiae, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.” (Apud RIBAS, Joaquim, Conselheiro. *Curso de Direito Civil brasileiro*. p. 515).

²⁵⁵³ Aqui Ribas faz referência aos seguintes fragmentos do Digesto: fr. 1, § 35, Dig. Deposit. (XVI, 3) e fr. 15, § 3 Dig. Commod. (XIII, 6) (Apud RIBAS, Joaquim, Conselheiro. *Curso de Direito Civil brasileiro*. p. 515-516).

²⁵⁵⁴ FREITAS, Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, Universidade de Brasília, 1983. Vol. I

²⁵⁵⁵ FREITAS, Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Vol. I.

²⁵⁵⁶ FREITAS, Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Vol. I. p. 145.

involuntárias (próprias ou de outrem) que infalivelmente têm de existir denominava-se fatos necessários, e as ações e omissões involuntárias (próprias ou de outrem) que podem ou não existir denominava-se fatos fortuitos. Os fatos involuntários necessários eram todos aqueles praticados sem liberdade, entendidos como aqueles em que há realização de ação ou omissão com discernimento e intenção, mas violentada por força ou intimidação (art. 451) – exemplos disso eram os atos causados por violência de outrem, por efeito de fenômenos da natureza exterior ou pela necessidade de legítima defesa²⁵⁵⁷ –; já os fatos involuntários fortuitos eram compreendidos como aqueles praticados espontaneamente, porém sem discernimento ou intenção (arts. 449 e 450, respectivamente), como, por exemplo, os dos alienados, salvo se realizados em período de lucidez (art. 449, §2º), e os praticados em ignorância ou erro (art. 450, § 1º)²⁵⁵⁸.

Segundo o sistema do Esboço, se um dano surgisse dentro de uma relação contratual por ato voluntário e violento de outrem (de terceiro) e a parte prejudicada voltasse sua pretensão indenizatória à contraparte, permitiria que essa se defendesse, com sucesso, alegando a ocorrência de caso fortuito/força maior, pois o dano teria surgido de fato voluntário de outrem cujo efeito não era possível impedir, podendo ainda afirmar que sua omissão em impedi-lo se configuraria como um fato involuntário necessário (art. 833, §§ 2º e 3º, respectivamente). Isso faria com que o contratante, vítima desse ato violento de terceiro, acabasse por sofrer sozinho os efeitos do que Teixeira de Freitas denominava um fato acidental²⁵⁵⁹.

Na análise do tratamento dado no *Esboço* àquilo que Teixeira de Freitas denominava *faltas* e que compreendiam as hipóteses de não cumprimento da obrigação ou cumprimento irregular, fora do lugar ou do tempo (arts. 844-847), percebe-se que a essa figura está intimamente ligada à idéia de culpa, tanto assim que os artigos subseqüentes estabelecem a graduação da culpa do devedor incurso nessas faltas.

A análise daqueles dispositivos também nos permite identificar que em sendo o principal efeito da ocorrência de uma dessas *faltas* tornar o devedor “responsável para com o credor pela indenização de todas as perdas e interesses que da falta resultarem” (art. 882) e restando essa responsabilidade afastada diante da ocorrência de caso fortuito ou força maior (art. 884),

²⁵⁵⁷ FREITAS, Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Vol. I. p. 170.

²⁵⁵⁸ FREITAS, Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Vol. I. p. 170.

²⁵⁵⁹ FREITAS, Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Vol. I. p. 170.

Teixeira de Freitas compreendia essas duas últimas figuras como sinônimo de situações em que estava ausente a culpa do devedor; tanto assim que o § 2º do art. 884 estabelecia que a responsabilidade não cessaria “se o caso fortuito houver ocorrido por culpa do próprio devedor”²⁵⁶⁰.

Porém, uma análise mais detida permite também identificar que há certas situações em que é possível que um dos contratantes tenha de indenizar a contraparte por dano produzido por ato de terceiro ainda que violento, ou seja, ainda que não fosse impossível impedir sua ocorrência. A hipótese que no momento interessa destacar está na seção III do Esboço, relativa aos direitos pessoais nas relações civis, mais especificamente na parte do título V (das obrigações derivadas de atos ilícitos), que trata das obrigações derivadas de ofensas que não são delitos (capítulo II).

Antes de tudo, cabe sublinhar que se o conceito de *falta* se caracteriza por uma vinculação estreita com a idéia de incumprimento culposo (conforme se percebe da leitura dos arts. 844-847); a de *ofensa* parece se configurar em situações em que a presença de um ato culposo não se faz de forma tão intensa (conforme se percebe da leitura dos arts. 842-843).

Assim, diante do disposto nos arts. 3660, 3665, § 4º e 3670, é possível afirmar que o agente de transportes terrestres responde pelos danos que ocorram durante a execução do contrato ainda que prove que lhe era impossível impedir sua ocorrência, cabendo-lhe apenas exigir dos autores do dano o que houver pago à título de indenização se estes o causaram sem ordem sua e forem suscetíveis de imputação.

Também Spencer Vampré faz referência às regras relativas ao comodato, tanto as referentes às fontes romanas como as vigentes nas ordenações Filipinas (Livro IV, Título 53, §§ 3 e 4), afirmando que eram aplicáveis durante o período em que havia ausência de disposições especiais que regulassem os acidentes de transporte para defender que “caso fortuito é igual a não-culpa”²⁵⁶¹, e completa sustentando que essa situação permaneceu com a edição do Decreto 2681 de 1912, que não teria se afastado dessa orientação:

²⁵⁶⁰ No comentário ao art. 884, Teixeira de Freitas anotou a seguinte expressão latina: *Nemo praestat casus fortuitos, – casus anullo praestantur* (FREITAS, Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Vol. I. p. 208).

²⁵⁶¹ VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. São Paulo: Typographia Amendola & Ferraz, 1914. p. 43.

A lei [o decreto 2681/12] equipara caso fortuito e ausência de culpa, tanto assim que a estrada não responde pelos danos causados a objectos não confiados á sua guarda, más á dos passageiros, nem de facto resultante exclusivamente de culpa do passageiro remetente ou do destinatário. [...] A lei sobre estradas de ferro consagra assim o principio de que onde há culpa não há caso fortuito, e que, nas relações contractuaes, a culpa se presume, incumbindo ao transportador a prova de que não cumpriu a sua obrigação por caso fortuito.²⁵⁶²

Resta então analisar se também o Código Civil de 1916, seguindo a linha de influência antes apontada, também optou por uma abordagem geral que privilegia a indistinção entre caso fortuito e força maior e configura-os como hipóteses equivalentes à ausência de culpa.

Nosso Código Civil de 1916, ao dispor no parágrafo único do art. 1058²⁵⁶³ que tanto o caso fortuito quanto o de força maior se verificam no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir, utiliza o conceito de inevitabilidade para estabelecer uma definição que não distingue ambos conceitos.

Assim, quanto ao caso fortuito e de força maior, há quem sustentará que a sua indistinção deriva do fato da norma ter optado por qualificá-los por referência à inevitabilidade do evento e que, portanto, somente seria possível diferenciá-los através de uma análise que privilegiasse as origens distintas dessa inevitabilidade.

Essa a linha de raciocínio seguida por Clóvis Beviláqua em seu comentário ao art. 1058 do Código Civil de 1916, utilizando as lições de Huc²⁵⁶⁴, em que distingue caso fortuito de força

²⁵⁶² VAMPRE, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 44, 45.

²⁵⁶³ Segundo Arnaldo Medeiros da Fonseca, essa matéria parecia aos olhos dos juristas brasileiros tão insuscetível de dúvida que tanto o projeto primitivo quanto o projeto revisto do Código Civil não traziam nenhuma definição de caso fortuito ou de força maior, sendo que em sessão da comissão especial da Câmara dos Deputados, ocorrida em 10 de dezembro de 1901, Clóvis Beviláqua sustentava a desnecessidade dela, afirmando que lhe parecia desnecessário definir caso fortuito já que tanto os leigos como os juristas sabiam inequivocamente o que isso significava. O parágrafo único do art. 1058 do Cód. Civil brasileiro proveio, em realidade, de uma emenda apresentada por Oliveira Figueiredo, por sugestão de Amaro Cavalcanti, e aceita, com pequena alteração de redação, pela então chamada Comissão dos vinte e um, sem que sofresse, posteriormente, qualquer alteração. No parecer em que propôs a emenda, como membro da comissão especial do Instituto dos Advogados Brasileiros que estudou o projeto do Código Civil, depois de salientar a necessidade da ausência de culpa do devedor, acentuou Amaro Cavalcanti que o acontecimento para se caracterizar como caso fortuito ou força maior deveria ser de natureza tal que os seus efeitos fossem impossíveis de impedir (CAVALCÂNTI, Amaro. *Código Civil brasileiro: trabalhos relativos à sua elaboração*. vol. 3, p. 1172 apud FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p.131-133).

²⁵⁶⁴ HUC, Theophile. *Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil*. Vol. VII, n.143 e 144 apud BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Editora Rio e Faculdade Estácio de Sá, 1979. v. II, p. 173. A opinião de Huc não era compartilhada por um grande número de juristas franceses, assim, diferentemente de Planiol, essas duas expressões que, em princípio,

maior ao afirmar que: a) o primeiro se caracteriza por ser “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições, que não podiam ser previstas pelas partes”²⁵⁶⁵, ou seja, imprevisível²⁵⁶⁶, e b) o segundo se configura como “o fato de terceiro que criou, para a inexecução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”²⁵⁶⁷, ou seja, inevitável.

Porém, logo depois unifica as duas figuras ao ressaltar a necessidade do elemento inevitabilidade para que se constituam como excludentes, afirmando ser indiferente indagar se a impossibilidade do devedor cumprir decorre de uma ou outra hipótese²⁵⁶⁸.

Em monografia em que tratava do caso fortuito nos acidentes pessoais de transporte, Spencer Vampré, com base na lição de Coviello, afirma que, enquanto no campo filosófico acaso significaria ignorância, no campo jurídico significaria ausência de culpa²⁵⁶⁹. Filia-se, pois a uma noção subjetiva de caso fortuito²⁵⁷⁰.

Isso resta mais claro se percebe que embora Vampré refira que o ponto fundamental do conceito de caso fortuito é ser esse um fato inteiramente estranho ao devedor, não faz essa referência com base em noções objetivas como, por exemplo, a adotada por Exner, mas pelo contrário: para o autor brasileiro estranho é o fato que para um sujeito diligente se apresenta como imprevisível e inevitável, ratificando assim ser “a culpa o fundamento da responsabilidade, não sendo a imprevisibilidade ou irresistibilidade senão conseqüências exteriores”²⁵⁷¹.

são equivalentes, podem ser diferenciadas pelo uso do que chama “distinção lógica”, levando a expressão caso fortuito a ser aplicada somente a fatos que possuem origem externa e a expressão força maior somente aqueles fatos que se apresentam como impossíveis de resistir (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil conforme au programme officiel des facultés de Droit*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1907. Tomo II, n. 231, p. 82-83).

²⁵⁶⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. II, p. 173.

²⁵⁶⁶ Assim como para Huc, para Beviláqua o conceito de imprevisibilidade somente está ligado ao de caso fortuito e não ao de força maior.

²⁵⁶⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. II, p. 173

²⁵⁶⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. II, p. 174.

²⁵⁶⁹ VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 16..

²⁵⁷⁰ Essa orientação, que reserva ao direito uma noção relativa de caso fortuito associando-a, equivocadamente, com uma concepção subjetiva e negativa, ainda persiste em manifestações como a de Robervani Pierin Prado que, ao defender que o conceito utilizado pelo sistema jurídico seja distinto do utilizado nas ciências naturais, afirma que enquanto nesse campo cabe a utilização de um conceito positivo e absoluto de *casus*, na seara jurídica a figura deve estar sempre referida à vontade individual, ou seja, deve ser sempre relativa, negativa e subjetiva, isto é, indicativa da ausência de culpa (PRADO, Robervani Pierin. *Caso fortuito: um estudo jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003. p. 89).

²⁵⁷¹ VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 17.

Além disso, sustentando ser a posição jurídica do transportador análoga à dos armadores, hospedeiros, etc.,²⁵⁷², não distinguindo o caso fortuito e a força maior em razão da identidade de efeitos²⁵⁷³ e compreendendo-os de forma negativa e subjetiva (isto é, como ausência de culpa²⁵⁷⁴) conclui ser o transportador responsável pela guarda das coisas a ele confiadas, sempre que não conseguisse provar que o dano decorria de fatos que “não poderia absolutamente evitar, nem com a diligência e previsão máximas possíveis”²⁵⁷⁵.

O mesmo ocorreria diante do dever de velar pela integridade física das pessoas transportadas, sendo o transportador, na opinião de Vampré, responsável sempre que não conseguisse provar que “por caso fortuito, a segurança se tornou impossível”²⁵⁷⁶.

Para Arnaldo Medeiros da Fonseca, a questão não era simplesmente de irrelevância da distinção, tratava-se de total inadequação da defesa em nosso sistema, pois, segundo ele, a disjuntiva empregada no artigo estava

[...] a indicar uma perfeita equivalência entre as duas expressões, traduzindo ambas um acontecimento *necessário*, cujos efeitos não era possível prevenir ou conjurar, parece-nos evidente carecer de fundamento legal, em face do nosso direito comum, qualquer distinção entre *caso fortuito* e *fôrça maior*, tanto mais quanto, em muitos outros dispositivos, ainda o Código os equipara, usando da mesma fórmula (arts 877; 957; 1208; 1253; 1412; 1419; 1527, IV).²⁵⁷⁷

Para Pontes de Miranda, as referências feitas pelo Código Civil de 1916 ao caso fortuito (arts. 1127, § 1º; 1196; 1214; 1300, § 1º; 1332 e 1338) e à força maior (arts. 193; 1226, I, 1229, I; 1271 e 1285, II) revelariam que esses conceitos são utilizados no referido diploma como sinônimos²⁵⁷⁸. Para ele, o parágrafo único do art. 1058 do Código Civil de 1916 teria estabelecido a inevitabilidade como elemento comum a esses dois conceitos; diante disso, afirmava que, se o fato produtor da impossibilidade fosse previsível, sendo ineficientes

²⁵⁷² VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 25.

²⁵⁷³ VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 18.

²⁵⁷⁴ Para ele “a natureza do facto (accidente physico, estado de necessidade, culpa ou acto illicito de terceiro, culpa da victima, etc.), ou as suas causas finaes não importam aos problemas que temos em vista. O que importa é saber em cada caso se há ou não culpa do agente. Culpa do agente é pois o ponto cardeal da nossa orientação; não a imprevisibilidade ou inevitabilidade do accidente (sic).” (VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 18).

²⁵⁷⁵ VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 26

²⁵⁷⁶ VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 33.

²⁵⁷⁷ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 122.

²⁵⁷⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 79.

quaisquer medidas para lhe evitar as conseqüências, não haveria qualquer responsabilidade pelos prejuízos decorrentes daquele²⁵⁷⁹.

Também Limongi França sustenta, diante do que dispunha o parágrafo único do art. 1058 do Código Civil de 1916, a indistinção normativa do caso fortuito e da força maior, afirmando que ambas figuras se constituíam a partir de fatos inevitáveis, isto é, aqueles em que era impossível impedir a sua ocorrência²⁵⁸⁰; – igualmente Silvio Rodrigues, que defendia que ambas figuras eram consideradas como sinônimas pelo diploma civil, caracterizando-as através da conjunção de dois elementos: ausência de culpa e inevitabilidade do evento²⁵⁸¹. No mesmo sentido, Antonio Chaves, para quem, também com base no referido artigo legal, não é a imprevisibilidade que deve de modo principal caracterizar o caso fortuito e, sim, a inevitabilidade com que se reveste o mesmo em relação à força maior; daí porque conclui que, “juridicamente, se assimilam estas duas causas de irresponsabilidade”²⁵⁸². Para Luiz da Cunha Gonçalves, ambas figuras têm por característica comum o fato de serem irresistíveis²⁵⁸³. O mesmo defendiam, no campo da dogmática penal, José Frederico Marques²⁵⁸⁴, Nélson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, os dois últimos argumentando que “tanto faz não poder prever um evento, quanto prevê-lo ou poder prevê-lo, sem entretanto, poder evitá-lo”²⁵⁸⁵.

O vigente Código Civil (Lei 10406/02) manteve no art. 393, caput e parágrafo único, a redação presente no art. 1058, caput e parágrafo único do CC/16, permitindo assim com que muitos autores concluíssem estar mantida a sinonímia entre as figuras do caso fortuito e da força maior, compreendidas como o fato necessário e inevitável e, portanto, não imputável ao devedor, que ocasiona a impossibilidade de cumprimento da prestação tal como devida²⁵⁸⁶.

²⁵⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 88.

²⁵⁸⁰ FRANÇA, Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 13 – Caso fortuito e força maior, p. 478.

²⁵⁸¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 238.

²⁵⁸² FRANÇA, Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 38 – Força Maior – II, p. 151.

²⁵⁸³ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951. vol. II, p. 645.

²⁵⁸⁴ José Frederico Marques também não os distinguia (MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. II, p. 232).

²⁵⁸⁵ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. I, p. 142..

²⁵⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 2003. Vol. V, T. II, p. 198-199. Para a autora, o elemento forte do parágrafo único do art. 393 do atual Código Civil é a inevitabilidade (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Vol. V, T. II, p. 202). No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 621-624 (o autor expressa a mesma opinião em NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano

Já Agostinho Alvim, ainda na vigência do Código Civil de 1916, entendia de maneira diferente, defendendo que a distinção entre caso fortuito e força maior permitiria estabelecer-se

[...] uma diversidade de tratamentos para o devedor, consoante o fundamento da sua responsabilidade. Se esta fundar-se na culpa, bastará o caso fortuito para exonerá-lo. Com maioria de razão o absolverá a força maior. Se sua responsabilidade fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonerará. Será mister haja força maior ou, como alguns dizem, caso fortuito externo.²⁵⁸⁷

Essa perspectiva, que via no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa (e, portanto, somente utilizável nas hipóteses em que se pretendia excluir a culpa daquela, compreendendo a força maior como um acontecimento externo), tinha, como vimos, inspiração na doutrina criada por Adolphe Exner²⁵⁸⁸, sendo desenvolvida por um grupo de juristas franceses, entre eles Louis Josserand²⁵⁸⁹.

Para Josserand, a diferença existente entre força maior e caso fortuito está em que a primeira caracteriza-se como um evento exterior à atividade do transportador, como um risco não inerente à mesma; já o último se caracteriza como um evento de origem interna produzido pela própria atividade desempenhada. Com base nas idéias de Exner, sustenta evocar a força maior “a idéia de uma força estranha que irrompe durante o desempenho da atividade empresarial e cujos efeitos não podem ser considerados como a realização de um risco

04, v. 14, abr.-jun./2003. p. 69).

²⁵⁸⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. p. 330.

²⁵⁸⁸ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*.

²⁵⁸⁹ Isso ocorreu porque enquanto na Alemanha a perspectiva que entendia caso fortuito e força maior de forma indissociada tinha obtido, por força de sua recepção indireta pelo BGB, maior sucesso junto à grande parcela da dogmática civilista, na França o fenômeno foi um pouco distinto. A diferença, para Josserand, entre força maior e caso fortuito, está em que a primeira caracteriza-se como um evento exterior à atividade do transportador, como um risco não inerente à mesma. Já o último se caracteriza como um evento de origem interna produzido pela própria atividade desempenhada. Para Josserand, com base nas idéias de Exner, a força maior evoca “sauf controverse, l’idée d’une force étrangère qui fait irruption dans l’entreprise et dont les coups ne sauraient être considérés comme la réalisation d’un risque inhérent à l’exploitation; le cas de force majeure, par opposition au cas fortuit qui se caractérise par son origine interne, qui se produit en dedans de l’entreprise à l’ambiance de laquelle il se rattache, c’est l’événement doué d’une puissance dommageable abstraite, non spécialisée à l’industrie du transport; c’est le risque de l’humanité et non point le risque professionnel, – c’est la cause étrangère de l’article 1147, C. Civ.: seul, un événement de ce genre est susceptible d’innocenter le voiturier dont la responsabilité ne fléchit en aucune façon devant le cas fortuit, devant le *cas professionnel* qui, à l’instar de la faute, fait jouer le *risque professionnel* et non point la responsabilité des personnes étrangères à la profession.”(JOSSEAND, Louis. *Les transports*. In : THALLER, Edmond (org.), *Traité général théorique et pratique de droit commercial*. Paris : Arthur Rosseau Editeur, 1910, p. 755).

inerente à exploração”²⁵⁹⁰, se opondo, portanto, ao caso fortuito – este se caracteriza como “risco profissional”, por sua origem interna à atividade. A força maior no contrato de transporte se configuraria na ocorrência dos riscos não vinculados ao exercício dessa empresa, os denominados “riscos da humanidade”, a causa estranha do art. 1147 do *Code civil*²⁵⁹¹.

Outro autor francês, Henri Lalou, chegou mesmo a afirmar que o art. 1148²⁵⁹² do *Code civil* equipara o caso fortuito à força maior²⁵⁹³, asseverando ser essa equiparação também feita pela jurisprudência²⁵⁹⁴. Observa que para alguns autores a força maior é um evento absolutamente insuportável, imprevisto e imprevisível resultante de uma força estranha, opondo-se ao caso fortuito compreendido como um obstáculo interno ao cumprimento da obrigação proveniente das condições pessoais do devedor e das circunstâncias nas quais esse se encontra e que não é senão relativamente insuportável²⁵⁹⁵.

O exemplo que utiliza também é o do contrato de depósito existente, por força de lei, entre o hoteleiro e seu hóspede²⁵⁹⁶. De acordo com o disposto no art. 1953 do Code Civil, o hoteleiro,

²⁵⁹⁰ JOSSERAND, Louis. Les transports. In : THALLER, Edmond (org.), *Traité général théorique et pratique de droit commercial*. Paris : Arthur Rosseau Editeur, 1910, p. 755.

²⁵⁹¹ No original: “[...] sauf controverse, l’idée d’une force étrangère qui fait irruption dans l’entreprise et don les coups ne sauraient être considérés comme la réalisation d’un risque inhérent à l’exploitation; le cas de force majeure, par opposition au cas fortuit qui se caractérise par son origine interne, qui se produit en dedans de l’entreprise à l’ambiance de laquelle il se rattache, c’est l’événement doué d’une puissance dommageable abstraite, non spécialisée à l’industrie du transport; c’est le risque de l’humanité et non point le risque professionnel, – c’est la cause étrangère de l’article 1147, C. Civ.: seul, un événement de ce genre est susceptible d’innocenter le voiturier dont la responsabilité ne fléchit en aucune façon devant le cas fortuit, devant le *cas professionnel* qui, à l’instar de la faute, fait jouer le *risque professionnel* et non point la responsabilité des personnes étrangères à la profession).” (JOSSERAND, Louis. *Les transports*. In : THALLER, Edmond (org.), *Traité général théorique et pratique de droit commercial*. Paris : Arthur Rosseau Editeur, 1910, p.755).

²⁵⁹² Art. 1148, Código Civil francês: “Não são devidas as perdas e danos se em razão de uma força maior ou de um caso fortuito o devedor resta impedido de dar ou de fazer aquilo a que estava obrigado ou acaba por fazer aquilo a que estava impedido”. No original: “Il n’y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d’une force majeure ou d’un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit”).

²⁵⁹³ LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. Paris: Dalloz, 1928. p. 76.

²⁵⁹⁴ Sobre a jurisprudência francesa do período em questão ver também: RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 478.

²⁵⁹⁵ LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. p. 77.

²⁵⁹⁶ Para Roger Dufourmantelle, essa responsabilidade do hoteleiro diante do hóspede se justifica pela confiança que esse deposita naquele quando ingressa em seu estabelecimento e que faz com que se possa considerá-lo como segurador de seus hóspedes diante da ocorrência de certos eventos fortuitos (DUFOURMANTELLE, Roger. *La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marches administratifs*. Paris: M. Girard & E. Brière, 1920. p. 52). Para Dufourmantelle, a distinção entre caso fortuito e força maior também está presente na regulação dada pelo art. 1782 do Código Civil francês e pelos arts. 97, 98, 103 e 104 do Código Comercial francês ao contrato de transporte. Para ele, desde o direito romano, o transportador teria uma responsabilidade agravada que somente lhe permitiria isentar-se de reparar os danos sofridos por seus clientes quando o dano decorresse da força de elementos

enquanto depositário dos bens do hóspede, responde pelo sumiço desses diante de furto simples, mas, segundo o art. 1954, essa responsabilidade desaparece se intervêm um roubo à mão armada ou outras hipóteses de força maior; para ele, o primeiro artigo trata de hipótese de caso fortuito e o segundo, conseqüentemente, de força maior²⁵⁹⁷.

Com relação ao contrato de transporte, Lalou destaca que a Corte de Cassação, em decisão proferida no ano de 1922, sem classificá-lo como caso fortuito ou força maior entendeu que o fato de terceiro exonera o transportador da responsabilidade, pois seria uma “causa estranha não imputável ao transportador” produzindo o mesmo efeito da força maior²⁵⁹⁸.

Mais recentemente, Philippe Le Torneau apresenta a seguinte distinção: caso fortuito se caracterizaria por ser um obstáculo interno proveniente das condições mesmas de exploração do devedor; força maior, um evento exterior absolutamente insuportável, resultante de uma força estranha²⁵⁹⁹. Segundo ele, essa distinção estaria fundada sobre a origem do dano e seria precedida por uma oposição quanto ao caráter principal desses dois fatos: a força maior (*vis máxima*) é insuportável (*insurmontable*); o caso fortuito (*fors*) é, essencialmente, imprevisível²⁶⁰⁰.

Aliás, anteriormente, já Ripert e Boulanger²⁶⁰¹, após perceberem a existência de elementos comuns entre as duas figuras, quais sejam: a) os de caracterizarem-se pela ocorrência de fato

da natureza ou da atuação de piratas. Tal responsabilidade agravada se explicaria por, entre outras coisas, sua aproximação com o depósito, já que o art. 1782 do *Code* dispõe que o transportador tem as mesmas obrigações que o alberguista, entre elas destacando-se a obrigação de *custodia* (DUFOURMANTELLE, Roger. *La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marches administratifs*. p. 118).

²⁵⁹⁷ LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. p. 77. No mesmo sentido, Marcel Planiol e Georges Ripert afirmam que, se por força do art. 1953 *Code civil*, o hotelheiro é responsável pelo furto de bem de propriedade de hóspede, ainda que cometido por terceiro, não o é pela perda decorrente de roubo à mão armada, em razão do que dispõe o art. 1954 do mesmo estatuto legal (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado practico de Derecho Civil frances*. Havana: Cultural, 1946. Tomo VI. p. 536, 544), ressaltando a existência de decisões que, mesmo diante dessa hipótese, entenderam por responsabilizar o devedor (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado practico de Derecho Civil frances*. Havana: Cultural, 1946. Tomo VI. p. 540).

²⁵⁹⁸ Ainda relativamente a isso, a Corte de Cassação julgou que os atos criminosos de terceiros não geram responsabilidade para o transportador, ainda que a disposição defeituosa dos vagões daquele tenham facilitado o atentado, se esses vagões satisfazem as exigências do órgão administrativo encarregado da fiscalização (LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. p. 88).

²⁵⁹⁹ LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 424.

²⁶⁰⁰ Philippe Le Torneau explica que essas expressões foram, aos poucos, se tornando sinônimas, pois a jurisprudência, se mostrando mais severa, passou a exigir a reunião dessas duas características para configurar uma excludente de responsabilidade (LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 424).

²⁶⁰¹ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 479.

externo não imputável ao devedor, e b) fato que se apresenta ao devedor como obstáculo que pode ser insuperável ou imprevisível²⁶⁰², destacavam que era necessário e possível diferenciá-las.

Assim sendo, passaram a associar a força maior aos obstáculos insuperáveis asseverando que “se o devedor pode, por sua atividade, apartar-se dessa força ou dominá-la, já não há força maior”²⁶⁰³, daí porque, segundo eles, uma tempestade poderia ou não ser considerada força maior, tudo a depender do fato do transportador poder ou não resistir, através da adoção de medidas úteis, à força dos ventos²⁶⁰⁴.

Já o caso fortuito foi, por eles, vinculado aos obstáculos imprevisíveis, destacando que a imprevisão deve ser compreendida em sentido não-retrospectivo, isto é, deve o observador tentar definir se, no momento da ação/omissão do devedor, era possível prever o ocorrido²⁶⁰⁵.

Dos três elementos acima mencionados – exterioridade do fato em relação à atividade do devedor, imprevisibilidade de sua ocorrência e irresistibilidade de seus efeitos –, o primeiro é, por uma parte importante da doutrina e da jurisprudência francesa, recorrentemente associado de forma exclusiva à figura da força maior. Por essa razão, é a figura compreendida como excludente de atuação mais ampla (abarcando as hipóteses de responsabilidade subjetiva e objetiva). Exemplo desse entendimento é a manifestação de René Chapus, para quem enquanto a ocorrência da força maior destrói o liame causal entre sujeito e dano, atuando como excludente – portanto, em qualquer forma de responsabilidade –, o caso fortuito “demonstra somente a ausência de culpa do réu (ou da pessoa pela qual responde), tendo seus efeitos limitados ao quadro da responsabilidade subjetiva”²⁶⁰⁶. Essa consideração em relação

²⁶⁰² Philippe Malaurie, Laurent Aynès e Philippe Stoffel-Munck também destacam esses três elementos (exterioridade (sic), imprevisibilidade e irresistibilidade) relacionando-os, porém, diretamente à força maior (MALAURIE, Philippe ; AYNÈS, Laurent ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. Paris: Defrénois, 2003. p. 96).

²⁶⁰³ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 479. Também Marcel Planiol e Georges Ripert associam força maior a fatos invencíveis, inevitáveis (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado practico de Derecho Civil frances*. Tomo VI, p. 537).

²⁶⁰⁴ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 479-480.

²⁶⁰⁵ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 480. Também Marcel Planiol e Georges Ripert associam o caso fortuito ao fato de aspecto imprevisível (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado practico de Derecho Civil frances*. Tomo VI, p. 537).

²⁶⁰⁶ CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée: les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Paris : LGDJ, 1957. Tome VIII, p. 445.

ao elemento de exterioridade para qualificar um evento como força maior aproxima essa figura da noção de causa estrangeira (*cause étranger*) presente no art. 1147, do *Code civil*. Passa, portanto, aquela figura (a força maior) a ser compreendida como um “evento exterior”, um evento estranho à atividade do devedor (*événement étranger*)²⁶⁰⁷.

Portanto, ao se estabelecer uma conexão de sentido entre a “causa estranha” do art. 1174, do *Code civil* e a força maior se estabelece um elemento de distinção entre essa figura e o caso fortuito, a exterioridade²⁶⁰⁸.

Porém, nem todos os autores que distinguem caso fortuito de força maior vinculam essa à ocorrência de fatos exteriores. Há quem, como Ripert e Boulanger²⁶⁰⁹, vincule força maior não com exterioridade do evento em relação à atividade do devedor, mas com a inevitabilidade do mesmo²⁶¹⁰. Assim também o faz a atual jurisprudência francesa que, segundo Philippe Le Torneau, estabelece, como elemento essencial para a exclusão da responsabilidade, a irresistibilidade ao invés da imprevisibilidade, o que fez com que o caso fortuito cedesse espaço para a força maior como expressão de exclusão tanto da responsabilidade extracontratual²⁶¹¹ como contratual²⁶¹², ficando aquele como excludente apenas nas hipóteses em que a responsabilidade do réu está fundada na culpa²⁶¹³.

²⁶⁰⁷ CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée*. p. 445. No mesmo sentido: MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. p. 482. Ver por todos: ANTONMATTEI, P. H. *Contribution à l'étude de la force majeure*. Paris: LGDJ, 1992.

²⁶⁰⁸ Para Roger Dufourmantelle, diante das hipóteses de responsabilidade por risco, somente a demonstração de que o dano se originou em decorrência de força maior é capaz de exonerar o réu do dever de reparar, pois somente esse fato constituirá, conforme ao art. 1147 do Code Civil, uma causa estranha que não pode ser imputada ao devedor (DUFOURMANTELLE, Roger. *La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marches administratifs*. p. 46).

²⁶⁰⁹ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 479-480.

²⁶¹⁰ Roger Dufourmantelle afirma que a força maior é todo evento de ocorrência independente à vontade do devedor que não pode ser nem previsto e nem evitado por ele e que torna absolutamente impossível o cumprimento da obrigação (DUFOURMANTELLE, Roger. *La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marches administratifs*. p. 12-13). Para Philippe Malaurie, Laurent Aynès e Philippe Stoffel-Munck a irresistibilidade é o elemento dominante na definição do que seja força maior (MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. p. 96). A vinculação entre o conceito de força maior e o critério de inevitabilidade deita raízes, como vimos, no período do direito romano; assim Paulo (Dig. 4, II, 2): “Vis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest” (PAULO apud LINHARES, Marcelo Jardim. *Coação irresistível*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 59).

²⁶¹¹ LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 424.

²⁶¹² LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 425.

²⁶¹³ LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 424. Segundo Le Torneau, concluir que hoje é a irresistibilidade que domina e caracteriza melhor a noção de força maior, presente nas decisões da Primeira Câmara Civil e na Câmara Comercial da Corte de Cassação, sendo que a Segunda Câmara Civil exige ainda a imprevisibilidade do evento para caracterizar a força maior (LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 426).

Entre nós, a mesma via é seguida por Pontes de Miranda. Após referir Ulpiano (L. 1, § 1, D., *nautae caupones stabulari ut recepta restituant*, 4, 9) e Gaio (L. 1, § 4, D., *de obligationibus et actionibus*, 44, 7), afirma que “o fato natural ou humano, a que resistir a humana *infirmetas* não pode, é força maior: é *vis cui resist non potest* (L. 18, pr., D, *commodati vel contra*, 13, 6; L. q5, § 2, D., *Locati conducti*, 19,1; L. 28, C., *de locato et conducto*, 4, 65)”²⁶¹⁴; inevitabilidade, que segundo ele²⁶¹⁵, deve ser verificada *in concreto*, ou seja, considerada em relação “aos homens, no lugar e tempo em que as conseqüências se hão de apresentar”²⁶¹⁶.

Ocorre que na referência ao que não pode ser evitado mesmo através da adoção de medidas úteis, ou ao que não há possibilidade de prever, se introduz, sub-repticiamente, a noção de culpa, como admitem os mesmos Ripert e Boulanger no momento em que afirmam que, quando se busca estabelecer a causa adequada, o que se está, em verdade, fazendo é tentar fixar a culpa, sem que se ouse confessá-lo²⁶¹⁷. Assim, a prova de que o devedor adotou medidas de prevenção acaba sendo compreendida como indício de que o evento danoso era imprevisível²⁶¹⁸ e a prova de que adotou medidas de resistência é entendida como indício de que o evento era irresistível²⁶¹⁹, ou melhor, “normalmente irresistível”²⁶²⁰.

Exemplo da adoção dessa perspectiva se encontra na passagem do ensaio, acima referido, de Spencer Vampré, que sustentava:

Nada melhor interpreta a doutrina que vamos estabelecendo do que a chamada teoria da *causalidade adequada*, nome novo a que não corresponde, entretanto, um conceito novo da culpa. Segundo essa doutrina dá-se responsabilidade do conductor toda a vez que o accidente teve causas

²⁶¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 82.

²⁶¹⁵ Vários são os autores que como Pontes de Miranda afirmam ser a inevitabilidade uma característica do caso fortuito, entre os latino-americanos há, por exemplo, Jorge Bustamante Alsina para quem a inevitabilidade ou irresistibilidade é a característica definitiva do *casus*, explicando que ser o fato imprevisível “relevante na medida em que por isso torna-se inevitável” (ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 317). Com isso temos que a inevitabilidade é, ao fim, a característica que define ambas excludentes.

²⁶¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 85.

²⁶¹⁷ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. II, p. 102.

²⁶¹⁸ COUSTASSE, Alberto; ITURRA, Fernando. *El caso fortuito ante el derecho civil*. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1958. p. 165.

²⁶¹⁹ COUSTASSE, Alberto; ITURRA, Fernando. *El caso fortuito ante el derecho civil*. p. 165.

²⁶²⁰ Philippe Malaurie, Laurent Aynès e Philippe Stoffel-Munck, ainda que afirmem que a força maior não se confunde com a ausência de culpa, destacam que os tribunais franceses, quando da necessidade de estabelecer se a excludente se faz ou não presente, procuram identificar se o evento ocorrido seria “normalmente irresistível”, o que significa dizer que a irresistibilidade é apreciada tendo em vista a diligência normalmente esperada de um indivíduo ordinário, de um homem médio (MALAURIE, Philippe ; AYNÈS, Laurent ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. p. 481).

normalmente idôneas a causal-o, como o excesso de velocidade, a falta de signaes, etc.²⁶²¹

Tal perspectiva acaba por levar à associação entre a prova da ocorrência de um caso fortuito/força maior e a prova da ausência de culpa, como resta inequívoco, por exemplo, da leitura da passagem em que Alberto Coutasse e Fernando Iturra opinam acerca do que deve ser provado pelo devedor para isentar-se da responsabilidade pelo dano ocorrido:

Logo, o que este deve provar para liberar-se de responsabilidade é sua falta de culpa diante do evento danoso, porém como isto resulta impossível por tratar-se de uma prova negativa o que o devedor deve provar é um fato positivo correspondente à ausência de culpa, isto é, o fato positivo que exclui de toda a culpabilidade. E este fato é, precisamente, o emprego da diligência e cuidado devidos frente ao acontecimento específico que causa a impossibilidade absoluta de cumprir. [...] **Por conseguinte o devedor que prova haver empregado a devida diligência e cuidado, exclui sua culpabilidade e mediante essa exclusão demonstra a presença da força maior.**²⁶²²

Se essa concepção que identifica caso fortuito e ausência de culpa encontrou acolhida junto à certa dogmática latino-americana²⁶²³ no Brasil, principalmente pela influência das idéias de Nicola Coviello, cujas teses encontraram grande voga no país, se consolidou na interpretação dominante da norma do caput do art. 1208 do Código Civil de 1916 referente à responsabilidade do locatário diante do incêndio do prédio locado²⁶²⁴. O dispositivo em questão era a reprodução fiel do art. 1733 do Código Civil francês de 1804²⁶²⁵ que também era compreendido, por um conjunto de juristas franceses, como estabelecendo apenas uma presunção relativa de culpa que poderia ser afastada não somente pela prova da ocorrência dos fatos ali mencionados, mas também por qualquer outra prova que demonstre não ter o locatário atuado com culpa²⁶²⁶.

²⁶²¹ VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 34. Note-se que os dois exemplos de causa idônea – excesso de velocidade e ausência de sinalização – são exemplo de condutas imprudentes ou negligentes, isto é, condutas culposas.

²⁶²² COUSTASSE, Alberto; ITURRA, Fernando. *El caso fortuito ante el derecho civil*. p. 167. Grifo nosso.,.

²⁶²³ Assim, por exemplo, Jorge Bustamante Alsina, para quem a decisão acerca da conduta do réu determinará ou a existência de culpa e a inexistência do *casus* ou a existência desse e a inexistência daquela (ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. p. 317).

²⁶²⁴ Art. 1208, Código Civil brasileiro de 1916: “Responderá o locatário pelo incêndio do prédio, se não provar caso fortuito ou força maior, vício de construção ou propagação de fogo originado em outro prédio.”

²⁶²⁵ Art. 1733, Código civil francês: no original: “Il repond de l’incendie, à moins qu’il ne prouve: Que l’incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction. Ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.”

²⁶²⁶ Nesse sentido Eugène Gaudemet defendia ser lógico que o locatário “uma vez provando que o incêndio não decorre de ato seu, prova indiretamente que ele vem de uma causa fortuita” pouco importando se se

Entre alguns juristas brasileiros se estabelece essa opinião. Assim, Clóvis Beviláqua, ao tratar do assunto, afirmava que o dispositivo em questão não se afastava da regra geral à responsabilidade civil, ao indicar que o locatário deveria, para afastar sua responsabilidade diante do incêndio, provar que o fato havia se originado em decorrência da atuação ou de caso fortuito, ou força maior, ou vício de construção ou de propagação de fogo originado em outro prédio, ou seja, para o autor tratava-se de uma presunção relativa de culpa cabendo ao sujeito demonstrar que estava isento de culpa, tomando-se aquelas hipóteses como não-exaustivas²⁶²⁷. O mesmo entendimento esboçava Carvalho Santos que afirmava que a presunção de culpa que pesava contra o locatário poderia ser afastada tanto pela prova positiva de que aquele atuou de forma diligente e cuidadosa, que correspondia à prova negativa de ausência de culpa, como pela prova positiva de que o incêndio tinha causa não vinculada à atuação culposa do inquilino, ou seja, de que resultou de caso fortuito, força maior, vício de construção ou propagação de fogo originado em outro prédio²⁶²⁸.

Se é verdade que, ao final, a jurisprudência francesa acaba por repudiar esse entendimento e passa a adotar a orientação doutrinária oposta que partia da premissa de que as hipóteses indicadas no referido artigo constituíam uma lista fechada de excludentes²⁶²⁹, também é verdade que, no Brasil, isso não ocorrerá e a orientação que compreendia que o art. 1208 do

estabelece qual seja, especificamente, essa causa (GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. p. 394).

²⁶²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil comentado*. p. 315.

²⁶²⁸ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, [196-?]. Vol. XVII, p. 171.

²⁶²⁹ O precedente é a decisão proferida pela Corte de Cassação em 1882 (Cass., 16 août 1882, D.83.1.213). Tal fato é inequívoco, sendo inclusive informado pelos defensores da opinião afastada por essa orientação jurisprudencial (ver, por exemplo, GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. p. 394). Sobre o assunto, Arnaldo Medeiros da Fonseca afirmava que, ainda que no início a jurisprudência francesa houvesse optado por “exigir que fosse apenas comprovada a impossibilidade de atribuir-se o incêndio a outra causa que não uma das previstas no dispositivo interpretado, *de tal sorte que a existência de uma dessas causas aparecesse como necessária, se bem que sua natureza exata continuasse ignorada*”, ao final “prevaleceu ainda maior rigor, exigindo-se, da parte do locatário, para a sua liberação, a prova *direta e positiva* de um dos fatos enumerados no art. 1733, notadamente do caso fortuito ou de força maior” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 51). Segundo Pietro Trimarchi, a partir das regras presentes nos arts. 2051 e 2052 do Code Civil – relativas à responsabilidade por fato da coisa ou por fato do animal – a jurisprudência francesa acabou por estabelecer que aquele que detém a custódia de um bem não pode liberar-se da responsabilidade pela destruição sofrida pela coisa provando ter adotado todas as medidas adequadas ao caso, senão provando a ocorrência de caso fortuito ou força maior – provas essas que não coincidem com a prova de ausência de culpa (TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. p.179). Exemplo disso seria exatamente a “responsabilidade decorrente de incêndio” em que a prova liberatória tem, por conteúdo, a identificação de causa não imputável ao inquilino, de maneira que a manutenção da ignorância quanto à origem do incêndio é um risco imputado ao detentor da coisa (TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. p. 180). Tal posição é acompanhada, desde meados do século XIX, por grande parte da doutrina e por inúmeros precedentes jurisprudenciais italianos (TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. p. 183).

CC/16 impunha um rol exaustivo de excludentes será, por fim, repudiada pela nossa jurisprudência²⁶³⁰.

Porém, essa concepção foi, acertadamente, criticada por Arnaldo Medeiros da Fonseca sob o argumento de que, embora “sempre que se verifique um *caso fortuito* deva haver *ausência de culpa*, porque esta é um dos elementos daquele, todavia não basta que o devedor não seja culpado para que se caracterize o *fortuito*”²⁶³¹. Concluiu, dessa forma, que a ausência de culpa representava para o devedor um meio liberatório de bem mais fácil acesso do que o caso fortuito. A partir dessas considerações é possível, em relação ao direito brasileiro, referendar aquilo que René Savatier afirmara em vista do direito francês: a imposição de uma responsabilidade que se funda no risco reduz o espaço que o devedor possui para argumentar em sua defesa, pois não basta, por óbvio, provar que tomou todas as precauções possíveis, estando isento de culpa, sendo necessário que demonstre a ocorrência de um evento preciso que possa ser qualificado como alheio aos riscos a ele imputados²⁶³².

A distinção entre a prova acerca da ausência de culpa e acerca da presença de fortuito encontra-se no fato de que “a prova da ausência de culpa consiste em eliminar, sucessiva e completamente, da conduta de um indivíduo, senão tôdas as faltas humanamente possíveis, pelo menos aquelas que, numa espécie dada, poderiam ter determinado o fato prejudicial considerado”; com isso, tem-se que “se a causa permanece impossível de descobrir, o mais que se poderá fazer será mostrar que, qualquer que seja essa causa, ela não poderá ter consistido numa culpa do obrigado” – se demonstra que o devedor não cometeu nenhuma falta das que habitualmente se verificam na hipótese ou se indica as precauções que tomou²⁶³³. O devedor, nessa hipótese, é liberado por meio de uma prova imperfeita e indireta: imperfeita por não produzir maior certeza sobre o ocorrido e indireta por atuar por eliminação²⁶³⁴. Em resumo:

Estatuindo a lei que só o *caso fortuito* liberará o obrigado, terá êste de fazer a prova completa da verificação de um evento *certo, necessário, inevitável*,

²⁶³⁰ A possibilidade do locatário afastar sua responsabilidade, por meio da prova de que agiu com cuidado e diligência, tem nas decisões dos Recursos Extraordinários nº 5456 (julgado pela Segunda Turma em 16 de abril de 1943) e 72411 (julgado pelo Pleno em 06 de dezembro de 1973) dois grandes exemplos de sua consagração.

²⁶³¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 163.

²⁶³² SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français civil*. Tomo I, p. 512-513.

²⁶³³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 49.

²⁶³⁴ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 50.

do qual resulte a impossibilidade de executar. Quando, ao contrário, apenas se aludir à *ausência de culpa*, poderá e deverá o juiz contentar-se com a prova do emprego, por parte do devedor, do grau de diligência requerido na espécie.²⁶³⁵

Nessa manifestação de Arnaldo Medeiros da Fonseca, ecoam ensinamentos hauridos na obra de Adolphe Exner, conforme resta claro em passagem na qual o jurista brasileiro refere que para o jurista austríaco não haveria dúvida de que “a responsabilidade, no direito comum, está normalmente subordinada à existência de culpa, de modo que onde não houver culpa se deverá reconhecer a existência de *caso fortuito*”, destacando também que, de acordo com aquele jurista, haveria, porém, determinadas esferas jurídicas nas quais “as dificuldades de prova desse requisito justificariam um princípio diverso, consagrando a lei uma responsabilidade objetiva para certos empresários, à qual só cessaria diante da prova de *fôrça maior*”; nessas situações, tal conceito ganharia uma conotação mais restrita “destinada a representar a única exceção admitida ao princípio da responsabilidade estabelecido para esses casos excepcionais, entre os quais estaria incluído o contrato de transporte”²⁶³⁶

Agostinho Alvim possuía a mesma opinião, tanto que afirmava que, quando a legislação exige a prova da ausência de culpa:

[...] bastará que o devedor prove que o seu procedimento foi normal, que foi prudente e cuidadoso etc., embora permaneça ignorada a causa do dano. Mas quando o legislador fala em caso fortuito, ou *fôrça maior*, então já se torna necessária a prova do fato preciso e determinado, que, por ser inevitável, e não culposo, exonerará o devedor.²⁶³⁷

A vinculação entre a identificação da causa adequada e a constatação de um ato culposo fica ainda mais intensa quando é necessário definir se os danos decorrentes de atos de terceiros são ou não resultado de relevante conduta omissiva do réu²⁶³⁸. O ponto fundamental aqui parece

²⁶³⁵ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 167.

²⁶³⁶ Arnaldo Medeiros da Fonseca cita passagens da obra “La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport”. (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 82).

²⁶³⁷ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. p.332-333.

²⁶³⁸ Ripert e Boulanger destacam que se, inicialmente, no direito romano, a responsabilidade surgia apenas diante de danos causados por dolo, compreendido exclusivamente em termos comissivos, com o tempo, pelo menos nas ações calcadas na boa-fé, passou-se a admitir responsabilidade por danos decorrentes de culpa, associada intimamente à noção de omissão (RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 468). Se ainda a *Lex Aquilia* exigia ato positivo para configuração do delito, será a atuação pretoriana – mormente no tratamento das matérias relativas as convenções de *re et consensus* que se formam por meio da tradição de coisa restituível, como o mútuo, e as de *bona fides*, como comodato ou depósito – que permitirá a compreensão de que os delitos

ser definir quando o ato lesivo de terceiro é propiciado pela omissão anterior do réu e quando se configura como força maior. Segundo Ripert e Boulanger, o fato de terceiro é equiparado à força maior quando se apresenta como um obstáculo, simultaneamente, imprevisível e inevitável ao cumprimento da obrigação²⁶³⁹.

Nessa esteira, o fato de terceiro, como hipótese de força maior, somente deixaria de ser excludente se decorresse de culpa anterior do devedor ou se tivesse ele se obrigado, frente à vítima, dos efeitos decorrentes dos eventos assim qualificados²⁶⁴⁰, como ocorre, por exemplo, no contrato de seguro²⁶⁴¹. Nesse sentido, afirmar que fato de terceiro decorre de culpa anterior do devedor é afirmar que o devedor omitiu-se injustificadamente, isto é, não realizou a conduta devida estando, portanto, em situação de negligência. É a compreensão da omissão juridicamente relevante como violação de uma obrigação positiva de agir com cuidado esperado do homem médio, do bom pai de família, que levará autores como Gaudemet²⁶⁴² a afirmar que a pura abstenção não pode gerar responsabilidade, a não ser quando essa abstenção se revela a violação de uma obrigação de agir a cargo do autor da omissão, pois nesse caso surgirá uma responsabilidade que sanciona a inexecução da obrigação de agir. Nesse sentido a sanção jurídica reage à negligência entendida como abstenção indevida²⁶⁴³. A pergunta que, então, surge é: quando há a obrigação de agir?

podem decorrer de uma omissão: “assim, a responsabilidade *bona fides* vai ser apreciada pela *diligentia, custodia* que se tem com as coisas alheias. E do seu oposto surge a culpa” (VIEIRA NETTO, José Rodrigues. *O risco e a imprevisão*. p. 34). Percebe-se aqui, subjacente ao processo de ampliação da responsabilidade do dolo à culpa, uma ampliação da idéia de causalidade, pois se, inicialmente, os romanos delimitavam os delitos às ações que violavam direito alheio, passaram, posteriormente, a admitir delitos corporificados em omissões que produziam igual violação. Essa relação entre culpa e omissão também é destacada por Planiol quando trata dos arts. 1402 e 1245 do *Code civil*, pois, segundo ele, nesses dispositivos “a palavra ‘fato’ designa um *ato positivo*, um dano causado diretamente pelo devedor, por maldade ou voluntariamente”, enquanto que “a palavra ‘culpa’ designa mais especialmente as *omissões* ou *atos negativos* de negligência ou imprudência, por meio dos quais o devedor indiretamente causa o dano” (PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado practico de Derecho Civil frances*. Vol. II, p. 200). Sobre o assunto ver também ALPA, Guido. *Struttura dell’illecito: dolo, colpa, imputabilità, causalità*. p. 253-290.

²⁶³⁹ Ripert e Boulanger referem os julgamentos sobre roubo à mão armada em hotéis e transportes públicos (Req., 1º de agosto de 1929, D.P. 1930.I.25, nota de Josserand; Civ., 24 de julho de 1930, D.H. 1930, 508) em que os tribunais entendiam ter ocorrido, em razão mesma do roubo, força maior (RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 481).

²⁶⁴⁰ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 484.

²⁶⁴¹ A hipótese do devedor se obrigar frente à vítima pelos efeitos produzidos pela concretização de certos riscos é comparada pelos autores à situação produzida pela *custodia* do direito romano, formar-se-ia “uma garantia especial de riscos que, de certo modo, faria do devedor o segurador do credor” (RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 486).

²⁶⁴² GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. p. 306.

²⁶⁴³ Esse tipo de raciocínio também é encontrado na dogmática alemã: assim, em Karl Larenz é possível ler

Interessante observar que, ainda hoje, parte significativa da dogmática civilista entende que a ação é devida quando sua realização teria impedido o resultado. Exemplo é a opinião de Laurent Aynés e Philippe Malaurie, para quem a abstenção do agente é relevante se em atuando podia evitar a ocorrência do prejuízo²⁶⁴⁴. Outro exemplo recente é Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho, para quem existe nexo causal entre uma omissão e certo evento “quando, dadas as regras da experiência e as circunstâncias conhecidas ou cognoscíveis pelo sujeito, a prática do acto omitido teria, segura ou muito provavelmente, **evitado esse evento**, previsto ou previsível pelo sujeito”²⁶⁴⁵.

A manutenção desse entendimento ainda no período atual é, ao que tudo indica, fruto da influência de teorias desenvolvidas já há algum tempo pela dogmática penal para o problema da causalidade omissiva. Nesse âmbito é comum encontrar manifestações como a de Hans Welzel, para quem “uma omissão pode ter acarretado, então, o resultado, somente quando **a realização da ação o tivesse evitado** com uma possibilidade praticamente ao nível da certeza”²⁶⁴⁶. No mesmo sentido Johannes Wessels entende que o direito pode ver um nexo causal entre dada omissão e o surgimento de determinado resultado socialmente danoso, e com isso imputar tal resultado ao omitente se “a prática da ação salvadora juridicamente exigida tivesse **impedido** o resultado típico com probabilidade nos limites da certeza”²⁶⁴⁷. Em resumo, adotando-se essa perspectiva haverá responsabilidade pela omissão quando se responder afirmativamente a seguinte pergunta: “A ação omitida teria evitado o resultado?”²⁶⁴⁸

O problema do recurso ao critério da inevitabilidade, como apontado acima, e já há muito tempo referido por Exner é que “o inevitável é essencialmente relativo e depende dos meios de resistência que um dispõe”²⁶⁴⁹, o que faz com que, em razão disso, falar em inevitabilidade seja uma forma de não se desvencilhar da idéia de culpa, bastando, para isso, com que se

que a responsabilidade civil por omissão só existe se a atuação destinada a evitar ou diminuir o prejuízo, que era previsível, fosse objetivamente possível (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Edersa, 1958. Tomo I, p. 592).

²⁶⁴⁴ AYNÉS, Laurent; MALAURIE, Philippe. *Cours de Droit Civil: les obligations*. Paris: Cujas, 1985. p. 37.

²⁶⁴⁵ PITTA, Pedro; CARVALHO, Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil: contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 126. Grifo nosso.

²⁶⁴⁶ WELZEL, Hans. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1956. p. 210. Grifo nosso.

²⁶⁴⁷ WESSELS, Johannes. *Direito Penal: parte geral (aspectos fundamentais)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976. p. 40. Grifo nosso.

²⁶⁴⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 126.

²⁶⁴⁹ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.44.

associe o referido critério a uma força a que mesmo a extrema diligência humana não poderia resistir²⁶⁵⁰.

Pelo exposto, resta patente o peso da noção de culpa na construção da compreensão do que seja a força maior e o caso fortuito, do qual temos um exemplo na abordagem que Planiol e Ripert realizam sobre o conceito de causa estranha presente no art. 1147, *Code civil*. Segundo eles, o mais importante da redação desse dispositivo é que deixa claro que a causa estranha somente exonera o devedor do incumprimento quando não pode ser a ele imputada o que significa que:

[...] seja o fundamento da irresponsabilidade a impotência para cumprir ou a imprevisibilidade, não se pode defini-lo de modo completo e prático senão como contraposição à culpa. *Existe força maior ou caso fortuito quando o incumprimento não é imputável a uma culpa do devedor.*²⁶⁵¹

A atuação da causa estrangeira impediria, nessa perspectiva, que se pudesse falar em descumprimento da obrigação de segurança que resta a cargo, por exemplo, do transportador de pessoas, pois essa obrigação imporá um dever de atuar, em regra positivamente, na execução de medidas que fizessem frente aos fatos internos, previsíveis e resistíveis que possuíssem potencial lesivo. Logo, não sendo o fato resistível, isento encontra-se o devedor.

Diante disso, se detecta na jurisprudência francesa o seguinte recurso para restringir, nas situações em que se debate o cumprimento ou descumprimento de uma obrigação de segurança, a incidência dessa excludente: a) se estabelecem critérios objetivos para a configuração da impossibilidade de cumprimento da obrigação, b) reforça-se o argumento de que a exclusão da responsabilidade somente se concretiza quando da ocorrência de eventos que tornam o cumprimento da obrigação impossível e não simplesmente mais onerosa ao devedor²⁶⁵², e c) por fim, realiza-se uma interpretação dos fatos da lide de forma a identificá-los como eventos previsíveis, evitáveis e de efeitos resistíveis²⁶⁵³. Assim amplia-se a responsabilidade ao restringir a qualificação de força maior a poucos fatos²⁶⁵⁴.

²⁶⁵⁰ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.109.

²⁶⁵¹ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado practico de Derecho Civil frances*. Tomo VI, p. 537. Grifo nosso e do autor.

²⁶⁵² CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilté privée*. Tomo VIII, p. 448.

²⁶⁵³ DEFFERRARD, Fabrice. *Une analyse d l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère*. Paris : Dalloz, 1999

²⁶⁵⁴ No mesmo sentido, Jean Carbonier sustenta que, no direito francês atual, a noção de força maior

De acordo com Fabrice Defferrard, essa orientação jurisprudencial acaba por fazer da obrigação de segurança uma obrigação de quase-garantia em que, embora a prova da causa estrangeira não esteja, em princípio, expressamente interdita, jamais se concretiza na prática, fazendo com que a execução da obrigação de segurança exija a realização de uma completa prevenção dos danos aos quais à outra parte está exposta e uma ação eficaz em afastá-los²⁶⁵⁵ – isso tudo como resultado de uma tendência de fundo²⁶⁵⁶, presente no direito da responsabilidade, em favorecer de maneira prioritária a vítima encontrando um responsável, pessoa física ou jurídica, capaz de indenizar, como se fosse um segurador²⁶⁵⁷.

Nesse sentido, asseverava Exner que a extensão da responsabilidade do *receptum* deveria ser determinada, como em todo seguro, de maneira *a priori* por meio do estabelecimento de um limite objetivo, isto é, por meio de critérios a partir dos quais se pudesse julgar sem a necessidade de recorrer a uma análise das circunstâncias particulares relativas à conduta do transportador no caso concreto²⁶⁵⁸. Haveria, assim, nessa responsabilidade, decorrente do estabelecimento de uma obrigação de garantia²⁶⁵⁹, como que a fixação de um seguro especial com a finalidade de, por motivos de utilidade social, estabelecer uma proteção ao público usuário do serviço²⁶⁶⁰.

2655 exoneratória é mantida, sob a atuação do art. 1384, § 1º, em limites particularmente estritos pela exigência de uma exterioridade do evento em relação à coisa (CARBONIER, Jean. *Droit civil*. Vol. IV, p. 267-268). DEFFERRARD, Fabrice. *Une analyse d l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère*. p. 368.

2656 Exemplo dessa tendência sobre a orientação jurisprudencial é dado por Philippe Malaurie, Laurent Aynès e Philippe Stoffel-Munck que, diante da decisão da Corte de Cassação em responsabilizar a empresa de transporte ferroviário por acidente causado por sabotagem de terceiro sob a fundamentação que o atentado era previsível diante das circunstâncias sociais e de cartas anônimas, afirma ter esse tribunal criado, para o transportador, uma “quase-obrigação de garantia” (MALAURIE, Philippe ; AYNÈS, Laurent ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. p. 484).

2657 DEFFERRARD, Fabrice. *Une analyse d l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère*. p. 368.

2658 EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.71.

2659 Aqui o devedor garante ao credor a satisfação de sua expectativa, mesmo diante de frustrações, que têm como causa eventos que poderiam, em situações outras, serem qualificados de força maior ou causa estranha. O devedor se transforma no segurador do credor, garantindo-o diante da ocorrência de certos riscos (MALAURIE, Philippe ; AYNÈS, Laurent ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. p. 473, 479). Pontes de Miranda fala aqui, nas hipóteses em que há dever de reparar os danos decorrentes de caso fortuito ou força maior, em responsabilidade por ato-fato ilícito (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1954. p. 265).

2660 No original: “Ces secours spécial consiste dans la responsabilité *ex recepto* don't nous avons déjà indique la portée. Le risque de la chose est mis à la charge du *recipiens* pour un motif d'utilité générale, dans un but de protection du public.” (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 84).

Assumindo-se a existência de uma obrigação de garantia, não faz sentido, para responsabilizar o réu, buscar identificar – nas hipóteses em que a omissão do réu há criado a ocasião para que o terceiro pudesse ter atuado e, voluntária ou involuntariamente, causado dano à vítima – uma violação de dever a ele imposto e que, se cumprido, teria evitado a intervenção do terceiro, mas, sim, identificar se a vítima estaria, independentemente da omissão do réu, igualmente exposta ou não àquela intervenção²⁶⁶¹. Assim, se o dano é a realização de um risco ao qual a vítima já estava exposta, ainda que não tivesse o réu se omitido, se é compreendido como um risco de agressão distribuído de maneira mais ou menos uniforme entre todos cidadãos, distribuição essa que não se agravou com o comportamento do réu, não é ele responsável; ao contrário, se a forma como atividade do réu é organizada amplia a probabilidade dessa intervenção lesiva, haverá responsabilidade.

Impõe-se aqui a necessidade de se verificar a situação concreta em que se encontra o devedor, o alcance da obrigação a ele atribuída. É somente tendo em vista o tipo de atividade desenvolvida pelo devedor que se poderá afirmar se há impossibilidade de eliminar ou mesmo de resistir ao evento e/ou a suas conseqüências, ou se, pelo contrário, há dever de eliminar e/ou resistir a tais eventos e/ou conseqüências²⁶⁶². É em razão de uma análise feita nesses moldes que Judith Martins-Costa afirma que “em certos tipos de atividade que envolvem fundamentalmente uma obrigação de garantia, como é o caso do transporte, a noção de ‘fato necessário’, concretamente visualizada, leve a certas distinções que melhor permitem aprender essa dimensão concreta”²⁶⁶³. Trata-se, aqui, da distinção entre “fortuito externo” e “fortuito interno”.

Diz-se, com isso, que mais importante do que verificar qual a relação causal entre a omissão do réu e o ato de terceiro é verificar se esse último pode ser considerado um risco descrito como um fortuito interno, típico da atividade desempenhada por aquele²⁶⁶⁴. Por exemplo, há situações nas quais a forma através da qual se organiza, a atividade do réu desempenha um grande papel tanto na tomada de decisão e como na execução dos atos dos chamados “terceiros,” fazendo com que a intervenção desses naquela atividade seja um fenômeno

²⁶⁶¹ TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. p. 117.

²⁶⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Vol. V, T. II, p. 200.

²⁶⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Vol. V, T. II, p. 200.

²⁶⁶⁴ TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. p. 153.

corriqueiro logo, economicamente computável²⁶⁶⁵. Em resumo: o ato de terceiro se apresenta, pela sua freqüência, como risco inerente à atividade do réu²⁶⁶⁶.

De forma semelhante já Exner sugeria que o limite da responsabilidade deveria ser estabelecido tendo em vista o que denominou “curso ordinário da vida e dos negócios”. Assim, somente fatos de caráter extraordinário que saíssem fora do ritmo habitual das coisas é que poderiam ser vistos como força maior²⁶⁶⁷.

Não é correto associar, na perspectiva da responsabilidade objetiva, o risco atípico com eventos inevitáveis, pois essa responsabilidade abrange todo risco associado à atividade – seja ele evitável ou não – por intermédio da adoção de medidas específicas que podem ir da precaução que visa evitar e/ou reduzir a freqüência da ocorrência dos riscos até a administração econômica de seus efeitos. A sua finalidade é produzir a interiorização pela empresa²⁶⁶⁸ e, conseqüentemente, a distribuição entre usuários de um custo comum que, *in casu*, se corporificou sobre um sujeito em especial (vítima)²⁶⁶⁹. Aqui, a responsabilidade da empresa de transporte, *in casu*, não se justifica através da idéia de que sua omissão teve como efeito o ato lesivo de terceiro, mas se aproxima do que Hart chama de *role-responsability*:

Quando uma pessoa ocupa uma significativa posição ou função em uma organização social, a qual deveres específicos são vinculados para prover o bem-estar de outros ou o avanço, em determinada maneira, dos objetivos e

²⁶⁶⁵ TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. p. 156.

²⁶⁶⁶ Se adotássemos a descrição proposta por Günther Jakobs para o fenômeno da responsabilidade pela omissão em direito penal, poderíamos dizer que há aqui um “risco especial” atribuído a uma instituição em relação à qual se possui uma “confiança especial”. Para Jakobs, existem “formas de comportamento que supõem um incremento dos riscos normais de toda manifestação vital, o que especialmente (ainda que não somente) se pode reconhecer no fato de que o direito de realizar tais comportamentos abarca uma responsabilidade objetiva” (JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. p. 13). Ao que tudo indica, para Jakobs, essa responsabilidade objetiva se justificaria na proibição do *venire contra factum proprium*, pois a concretização da lesão representaria a violação de uma expectativa associada a um âmbito institucional determinado que a organiza e a assegura, assim, por exemplo, mais do que no médico, a confiança se organiza em relação ao sistema da saúde (JAKOBS, Günther. *Sobre o estado da omissão*. São Paulo: Manole, 2003. p. 48, 54; JAKOBS, Günther. *Fundamentos de la imputación objetiva del comportamiento*. In: _____. *La imputación objetiva em Derecho penal*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996. p. 97). Há aqui uma relação entre quem detém o direito de organizar uma determinada estrutura – com vistas a determinar o funcionamento de certa ordem para lograr um fim coordenado – e de quem detém também o dever de assegurar as expectativas, associadas à essa estrutura. Mais do que um nexos causal entre ação realizada e dano ocorrido, importa o nexos institucional entre estrutura organizada e a confiança especial que desperta (JAKOBS, Günther. *Sobre o estado da omissão*. p. 53-54).

²⁶⁶⁷ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.110.

²⁶⁶⁸ Segundo Günther Jakobs, essa é a matéria da imputação objetiva: definir a quem incumbe arcar com as conseqüências (JAKOBS, Günther. *Sobre o estado da omissão*. p. 47).

²⁶⁶⁹ TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. p. 153-154.

propósitos da organização, ela é dita responsável pela realização desses deveres ou por fazer todo necessário para o cumprimento dos mesmos.²⁶⁷⁰

Tem-se, então, que a uma determinada posição social corresponde uma “esfera de responsabilidade” que permite imputar àqueles sujeitos que ocupam a referida posição os prejuízos que, ainda que não causados por eles, devem ser por eles assumidos. Recorre-se à idéia de papel social e não à de causalidade física para selecionar o sujeito responsável, enfatizando-se, assim, a importância de regras que definam instituições e papéis sociais²⁶⁷¹.

Se, como sustentamos acima, é fundamental analisar as circunstâncias concretas em que se insere a atividade do devedor, isto é, se é imperioso analisar a situação do devedor para definir a atuação das excludentes relativas ao caso fortuito e à força maior, a pergunta que se impõe é, portanto, se o ato criminoso praticado por terceiro dentro de um veículo de transporte público é o ou não, atualmente, diante da situação presente e concreta, um risco inerente à forma de organização dessa atividade empresarial?

6.3.3 Crimes violentos e o estabelecimento dos meios de distribuição dos riscos sociais

Observamos na Parte I deste trabalho não ser possível sustentar, sociologicamente, que no Brasil, atualmente, o risco relativo à exposição à criminalidade violenta está distribuído de forma idêntica entre todas as classes sociais²⁶⁷². Lembra Lúcio Kowarick, quanto ao direito básico de proteção à integridade física, que “não obstante alguns intentos de tornar alguns grupos – crianças e adolescentes, mulheres, idosos – mais protegidos nos seus direitos, basta ver as notícias e estatísticas estampada na imprensa acerca de atos criminais perpetrados por bandidos e pela polícia” para se perceber a injusta distribuição social dos efeitos desse tipo de violência²⁶⁷³. Kowarick percebe que “para se desobrigar diante da pobreza e tornar a

²⁶⁷⁰ No original: “Whenever a person occupies a distinctive place or office in a social organization, to which specific duties are attached to provide for the welfare of others or to advance in some specific way the aims or purposes of the organization, he is properly said to be responsible for the performance of these duties, or for doing what is necessary to fulfil them.” (HART, H. L. A. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon Press, 1968..p. 212).

²⁶⁷¹ WEINRYB, Elazar. Omissions and responsibility. *The Philosophical Quarterly*, v. 30, n. 118, Jan/1980. p. 18.

²⁶⁷² O que se expôs naquela parte deste trabalho reforça a observação de Amartya Sen de que também a exposição à violência é um elemento de carência social (SEN, Amartya. *The economics of life and death*. *Scientific American*, v. 268, n. 5, p. 40-48, May 1993. p. 46).

²⁶⁷³ KOWARICK, Lúcio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil urbano. *Novos Estudos*, São Paulo, n.63, p. 9-30, jul./2002. p. 10.

inferiorização vantajosa, não basta enxergá-la como inerente à fundamentação de nossa sociedade: **é também preciso controlá-la por meio de discursos e ações que levem à sua pacificação**²⁶⁷⁴. Diante dessa constatação, se pergunta quais os discursos e práticas sociais dão conta dessa vulnerabilidade, permitindo, no nosso caso, a manutenção de uma situação em que inexistem instituições que protejam das “intempéries do mundo urbano” o morador, transeunte e usuário de serviços básicos²⁶⁷⁵.

Ora, diante do que vimos nas decisões acima referidas, parece imperioso concluir que o Poder Judiciário, por meio de seu discurso de que o ato criminoso que atinge o passageiro no transporte público configura-se como um fato extraordinário e imprevisível, portanto não gerando à vítima nenhum direito à reparação, acaba por manter e legitimar a situação de vulnerabilidade em que se encontram os usuários desse serviço público. Há aqui, por intermédio dessa jurisprudência, a naturalização do acontecimento por meio da utilização de um discurso que tem por premissa “a imponderabilidade das leis incontroláveis da natureza, da inevitabilidade daquilo que é assim porque assim sempre foi”²⁶⁷⁶ para justificar a ausência de responsáveis pelos danos sofridos por certos sujeitos. Nessa perspectiva, “estar desempregado, morar em favela ou ser assassinado pela polícia ou por bandidos é equacionado como uma sina que cai sobre os deserdados da sorte – trata-se, enfim, de uns ‘coitados’²⁶⁷⁷ passíveis de pena e alvos de caridade, mas não titulares de direito à reparação imposta por uma assimilação propriamente jurídica dos ditames do valor da solidariedade social.

A representação coletiva que se expressa nessa manifestação institucional²⁶⁷⁸, qual seja a linha jurisprudencial, é a de que a vítima da violência é uma vítima do acaso. Com essa orientação, que define o ato violento de terceiro como fato necessário e inevitável, os tribunais superiores convertem em mera fatalidade o que poderia ser compreendido como efeito de uma escolha social²⁶⁷⁹. Um dos resultados dessa construção dos tribunais superiores é que, tomada a criminalidade urbana violenta como infortúnio, permite-se que os arranjos estruturais com as quais está interligada mantenham-se independentemente de qualquer processo de debate e

²⁶⁷⁴ KOWARICK, Lúcio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil urbano. p. 27. Grifo nosso.

²⁶⁷⁵ KOWARICK, Lúcio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil urbano. p. 16.

²⁶⁷⁶ KOWARICK, Lúcio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil urbano. p. 29.

²⁶⁷⁷ KOWARICK, Lúcio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil urbano. p. 29.

²⁶⁷⁸ DOUGLAS, Mary. *Como as instituições pensam*. São Paulo: EDUSP, 1998. p. 102.

²⁶⁷⁹ “By making the result seem necessary, unvoidable, rather than chosen, it attempts to convert what is tragically chosen into what is merely a fatal misfortune.” (CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. p. 21).

decisão coletiva, o que por si só já é negativo já , conforme Calabresi e Bobbit, a possibilidade da escolha, ainda que implique a assunção de custos, “é liberadora e conduz ao progresso”, enquanto que a não-escolha “permite àqueles que já detém melhor posição manter inquestionadas as alocações que os favorecem”²⁶⁸⁰.

Em sentido semelhante poderíamos, com base em opinião de Mary Douglas, afirmar que, ao expor a criminalidade urbana violenta como risco, é possível conectar o debate acerca da sua distribuição com a questão relativa à atuação de princípios morais e de decisões políticas²⁶⁸¹, e complementaríamos, mais especificamente, a questão atinente à justiça distributiva²⁶⁸². Ocorre, porém, que a manutenção dessa orientação jurisprudencial que qualifica tal criminalidade como infortúnio leva à disseminação de um estímulo para a aceitação, dentro do sistema jurídico, do fato de que os danos produzidos pelo crime violento constituem problema decorrente da relação entre dois indivíduos (autor direito e vítima) e que, portanto, somente impõem ao sistema jurídico uma abordagem conforme o parâmetro da justiça comutativa: o dever de reparar o dano deve recair apenas sobre aquele que o causou²⁶⁸³.

Diante disso e assumindo-se que a identidade de um discurso depende de sua localização em um dado campo institucional²⁶⁸⁴ e que o direito como prática discursiva tem no campo judicial um espaço privilegiado para a construção de sua materialidade²⁶⁸⁵ é possível concluir que os tribunais brasileiros, ao adotarem aquela específica orientação jurisprudencial, acabam por conferir nenhuma eficácia concreta ao discurso solidarista. Ao estabelecerem que os danos decorrentes dos atos de criminalidade violenta ocorridos durante o transporte são problemas exclusivos dos passageiros, esses tribunais deixam claro que o discurso teórico-dogmático acerca do direito social à segurança não desempenha papel algum quando da materialização das práticas judiciárias²⁶⁸⁶ vinculadas ao enfrentamento dessa questão. Em

²⁶⁸⁰ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. p. 48.

²⁶⁸¹ DOUGLAS, Mary. *Risk acceptability according to the social science*. p. 60, 91.

²⁶⁸² Aqui tomada como a distribuição de bens – compensações – adotada como forma de contrabalançar, *a posteriori*, uma injusta e persistente distribuição de males – maior exposição aos efeitos da criminalidade violenta.

²⁶⁸³ COLEMAN, Jules. *Risks and wrongs*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 361.

²⁶⁸⁴ “A materialidade constitutiva do enunciado é de ordem institucional.[...] Sua identidade de sua localização em um campo institucional. A instituição constitui a materialidade do que é dito e, por isso, não pode ser ignorada.” (MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. p. 152).

²⁶⁸⁵ Para Michel Foucault o sistema judiciário seria um dos grandes procedimentos de apropriação, sujeição e distribuição do discurso presente na sociedade (FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 44-45).

²⁶⁸⁶ “As práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as

resumo: tais danos são compreendidos como danos individuais originários de fatos individuais e, portanto, incapazes de justificar uma atribuição de responsabilidade por critério outro que não o comutativo.

Há indícios de que essa orientação mantém-se também como majoritária dentro de tribunais de justiça estaduais. Em pesquisa que abrangeu a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do extinto Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, no período entre 1975 e 2000, César Caldeira percebeu que o aumento da frequência das ocorrências violentas que atingiam os usuários do transporte coletivo acabou por alterar qualitativamente o reconhecimento público do problema²⁶⁸⁷. Em seu pensamento, “essa mudança na percepção social dos riscos no transporte coletivo e a crescente tentativa de buscar indenizações judiciais pelos danos sofridos demandam uma nova abordagem para a resolução do problema jurídico”²⁶⁸⁸, porém identificou nos tribunais cariocas a mesma tendência que identificamos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça: o enquadramento do tema do crime não como um problema social – “violência urbana” –, mas como um problema individual, isto é, da vítima:

[...] os Tribunais continuam a vê-lo [o crime] como episódios singulares e julgá-lo a partir de uma abordagem jurídica que não considera nem as mudanças constitucionais e legislativas – como o Código de Defesa do Consumidor – nem a *nova dimensão do risco que emerge com a crescente violência*.²⁶⁸⁹

A linha de argumentação realizada por Cesar Caldeira, e que corresponde à tese aqui defendida, é a de que o sistema jurídico, tanto por meio da regulação legal como pela atuação dos tribunais, não vem até o presente momento dando resposta socialmente adequada ao novo patamar de riscos e danos decorrentes do aumento da criminalidade urbana violenta, pois

responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas.” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999. p. 11).

²⁶⁸⁷ Conforme o autor, os estudos jurídicos sobre a regulação jurídica da violência são predominantemente feitos no campo penal, porém entende que, diante das atuais circunstâncias, se faz necessário reexaminar a prática dos tribunais quando posto frente às solicitações de reparação de danos em casos que envolvem violência contra a integridade física e moral de passageiros do transporte coletivo realizado por ônibus (CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 159).

²⁶⁸⁸ CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 160.

²⁶⁸⁹ CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 160. Grifo do autor.

desconsidera o transporte público como um espaço de eclosão privilegiado desse tipo de violência²⁶⁹⁰.

Grande parte da dogmática de responsabilidade civil no Brasil chancela essa perspectiva ao sustentar que esses atos violentos praticados por terceiros – pedradas, assaltos etc. – configuram-se como fortuitos externos, como riscos não-inerentes à atividade do transportador. Alega-se que o evento lesivo se deu por ocasião do transporte, mas não tem nele sua causa; essa estaria no ato exclusivo de terceiro²⁶⁹¹.

Essa é uma orientação que tem um de seus precursores modernos em Pothier. Como vimos acima, o jurista francês entendia o ato violento de terceiro como caracterizador de hipótese de caso fortuito. Na França, essa opinião se reflete no que irão defender inúmeros autores. Assim, por exemplo, para Ripert e Boulanger²⁶⁹², o fato de terceiro seria causa de isenção de responsabilidade somente quando atuasse como força maior, o que significava dizer que não se podia tê-lo previsto, nem impedido²⁶⁹³, ou seja, deveria apresentar as mesmas características de “imprevisibilidade” e “inevitabilidade” exigida dos demais fatos caracterizadores de força maior; o exemplo que davam era exatamente o roubo²⁶⁹⁴.

²⁶⁹⁰ CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 160.

²⁶⁹¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. XII, p.91. Esse argumento não é novo, como se pode ver da oposição que Josserand faz à opinião de Vasteenberghe, para quem “o atentado dirigido contra a pessoa do viajante não é um acidente de transporte: a viagem não é causa, não sendo senão a ocasião.” (apud JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 762-763).

²⁶⁹² RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I.

²⁶⁹³ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 480.

²⁶⁹⁴ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 481. Referem os autores julgamentos sobre roubo à mão armada em hotéis e transportes públicos em que os tribunais entenderam ter ocorrido “força maior” (Req., 1º de agosto de 1929, D. P. 1930.I. 25, nota Josserand; Civ., 24 de julho de 1930, D. H. 1930, 508) (RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Tomo IV, Vol. I, p. 481). Essa orientação também está presente em vários autores latino-americanos; um exemplo disso é a manifestação de Jorge Bustamante Alsina no sentido de caracterizar-se um excludente quando a coisa que deveria ser entregue pelo devedor foi roubada por terceiro (ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. p. 322). Revela-se aqui uma mirada que visualiza o “fato de terceiro” como um acontecimento que revela a ausência de culpa do devedor e, por essa razão, justifica o afastamento da responsabilidade. Tanto isso é verdade que Alsina, na mesma passagem, concluirá que o furto não permitirá isentar o devedor de responsabilidade, “porque esta figura delitativa, que se produz sem violência, supõe, por definição, a existência de um descuido do devedor”. Caracterizar-se-ia, portanto, a culpa do devedor e não se poderia falar que o fato de terceiro seria alheio àquele (ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. p. 322).

Essa opinião também será adotada por um número significativo de juristas brasileiros. Para Spencer Vampré, “o facto de terceiro é causa, muitas vezes, de caso fortuito. Para isso é porém necessário que entre o facto de terceiro e o acidente não exista a menor culpa do transportador”²⁶⁹⁵, pois “o transportador tem a obrigação de vigiar, entendendo-se por vigilância a prudência em evitar os danos causados por pessoas ou cousas com que o transportador se acha em relação”²⁶⁹⁶. No mesmo sentido, Noé Azevedo afirma que “ainda que a exceção do transportador ficasse limitada ao caso fortuito ou de fôrça maior, o fato de terceiro deve ser havido como excludente da sua responsabilidade”, isso porque entende ser “juridicamente inconcebível que alguém seja condenado por ato de outrem, no qual não tenha tido a mínima participação”, e conclui: “o fato culposo de terceiro, inteiramente desligado do contratante do transporte, aparece nessas circunstâncias com todos os requisitos da inevitabilidade, da fatalidade, que caracterizam o caso fortuito”²⁶⁹⁷. Para Pontes de Miranda, enquanto o caso fortuito se configurava no fato da natureza, a força maior era a força dos homens²⁶⁹⁸, e o exemplo que dava dessa era o assalto dos ladrões²⁶⁹⁹.

Recentemente essa orientação teve seu fôlego renovado²⁷⁰⁰, estando entre seus maiores defensores Sérgio Cavalieri Filho, defendendo que o ato doloso de terceiro, as pedradas arremessadas em direção os veículos e os assaltos, não poderiam ser considerado fortuito interno. Seria, ao contrário, “absolutamente imprevisível e inevitável”²⁷⁰¹, assim sustentando não guardar nenhuma ligação com os riscos do transportador²⁷⁰². Para ele, tais atos constituem

²⁶⁹⁵ VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 38.

²⁶⁹⁶ VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. p. 39.

²⁶⁹⁷ AZEVEDO, Noé. Transporte de passageiro em auto-ônibus. p. 12, 13.

²⁶⁹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 84.

²⁶⁹⁹ Para Pontes “a culpa de terceiro funciona, por vezes, para o devedor e credor, como caso fortuito ou força maior é o caso do assalto por ladrões” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1958. p. 89).

²⁷⁰⁰ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.198-199; LEÃO, Antonio Carlos Amaral. A era da violência no Rio de Janeiro e a excludente de responsabilidade civil do art. 17, I do Dec. 2.681/12. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 715, maio/1995. p. 34-35 ; LEÃO, Antônio Carlos Amaral; GRAMÁTICO, Alexandre José Norman; LEÃO, Hugo Leonardo V. C. O direito, a violência e a excludente do art. 17, I do Decreto nº 2.681/12. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 331, jul.-set./1995 ; CRITSINELIS, Marco Falcão. Responsabilidade civil: quando o fato de terceiro se equipara ao caso fortuito. *Adcoas*, São Paulo, n. 18, jun/1996. p. 598 ; VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. p. 54; TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexa de causalidade*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, ano II, vol. 6, ab./jun., 2001, pp. 10-11.

²⁷⁰¹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*. p. 91.

²⁷⁰² Essa opinião já havia sido expressa, nos mesmos termos, por Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. p.221. Importante destacar que Cavalieri e Menezes Direito compreendem inevitabilidade dentro de uma perspectiva, já anteriormente criticada, que recorre às noções subjetivas, pois afirmam que “deve ser considerada dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento

[...] fato estranho à organização do seu negócio, pelo qual não pode responder. Por isso, a melhor doutrina caracteriza o fato doloso de terceiro, vale dizer, o fato exclusivo de terceiro como *fortuito externo*, com o que estamos de pleno acordo. Ele exclui o próprio nexos causal, equiparável à força maior, e, por via de consequência, exonera de responsabilidade o transportador.²⁷⁰³

Conquanto majoritária, essa tese no direito brasileiro se revela passível de crítica. Seria adequado exigir que o transportador reparasse as vítimas, pois sua responsabilidade não se origina exclusivamente de eventos tidos, à época da edição da súmula 187 do STF, por comumente verificados no exercício de sua atividade, tais como os acidentes de trânsito, “mas de todos aqueles que se possa esperar como possíveis ou previsíveis de acontecer, dentro de um leque amplo de variáveis inerentes ao meio, interno e externo, em que trafega o coletivo”²⁷⁰⁴. Assim, diante das atuais circunstâncias históricas, o assalto e o roubo de passageiros de ônibus devem ser considerados como hipóteses de risco do negócio de transporte²⁷⁰⁵. Ao argumento de que o transporte não é a causa do ato violento do terceiro, sendo apenas o espaço em que esse, por acaso, ocorre, ou seja, o evento lesivo não teria por causa o transporte, ele apenas teria “ocasião” no transporte, se pode contrapor a assertiva de que, quando há a identificação de uma estratégia habitual do terceiro que realiza seu ato violento levando em consideração o fato do transporte, a viagem deixa de ser mera ocasião e passa a ser uma das causas²⁷⁰⁶.

Interessante observar que, mesmo em momentos em que a expansão da criminalidade violenta estava ausente, já havia autores que propugnavam a possibilidade de responsabilização do transportador por atos violentos de terceiro. Assim J. X. Carvalho de Mendonça, por exemplo, destacará, quanto ao ato de terceiro no contrato de transporte, a aplicabilidade, no direito brasileiro, da regra do Digesto (L. 1, Dig., 4.9) da qual decorre a atuação, no direito pretoriano, do princípio do *receptum*. Segundo ele, diante dessa regra “os mestres ou capitães

como inevitável em função do que seria razoável exigir-se.” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*. p. 87).

²⁷⁰³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil*. p. 91.

²⁷⁰⁴ CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 160.

²⁷⁰⁵ CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 160.

²⁷⁰⁶ Nesse sentido, Josserrand afirmava que se é certo que quando um indivíduo encontra um inimigo em uma estação ou em um vagão e aproveita a situação para realizar agressão em resposta a uma querela anterior, as lesões ou mesmo a morte daí decorrentes não teriam razão alguma em ser imputadas à operação do transporte. Mas a situação se altera se a violência contra os bens ou contra a pessoa são resultado da ação de um criminoso, pois aqui o viajante que é agredido por terceiro é vítima de um acidente de transporte tanto quanto aquele que sofre lesões decorrentes de um descarrilhamento ou derrapagem (JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 762-763).

de navio (*nautae*), sempre seus proprietários, eram obrigados a indenizar quaisquer danos às pessoas que lhes confiassem mercadorias para transportar, **ainda que fossem roubadas** ou se deteriorassem por culpa dos seus empregados, ou dos viajantes”, sendo que somente lhes aproveitava a defesa fundada no caso fortuito. Conclui, assim, que o transportador era constituído como “segurador do transporte”, no sentido de responder sempre pelos danos ocorridos durante o período em que as coisas lhe eram confiadas.²⁷⁰⁷

Em seara distinta, mas tratando do mesmo problema – a possibilidade ou não do ato de terceiro ser utilizado como justificativa para o afastamento ou redução da responsabilidade do réu, Francesco Carrara admitia não conseguir imaginar uma hipótese em que um evento lesivo resultante de obra humana, como o ato de terceiro, pudesse ser tido por absolutamente imprevisível e inevitável²⁷⁰⁸ e, portanto, pudesse levar à isenção de responsabilidade.

Essa orientação tem seu marco mais consistente, dentro do direito privado moderno, na opinião de Adolphe Exner que, dentro das situações tidas como habituais, rotineiras e ordinárias do transporte de passageiros capazes de gerar responsabilidade ao empresário do setor, apontava a ocorrência de eventos criminosos²⁷⁰⁹. Para ele:

O roubo e os outros atentados contra a propriedade não são força maior pois como já dissemos anteriormente eles fazem parte do curso da vida, a não ser que tenham sido resultantes da organização de bandos de malfeitores ou de piratas cujo número e força produzissem terror e paralisassem o funcionamento do comércio. O ataque desses bandos deve ser assimilado à força dos elementos. É uma acidente de grandeza extraordinária. As condições normais da vida são tais que se deve prever o ataque lesivo de um particular ou de alguns indivíduos, mas não a irresistível agressão de massas organizadas.²⁷¹⁰

Aliás, segundo o próprio Exner, um dos pontos diferenciais de sua teoria em relação às demais se encontrava justamente no fato de que nela o império da força maior era

²⁷⁰⁷ MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de direito comercial brasileiro*. p. 498.

²⁷⁰⁸ CARRARA, Francesco. Sul caso fortuito (studio). p. 17.

²⁷⁰⁹ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.113-114.

²⁷¹⁰ No original: “Le vol et les autres attentats contre le propriété ne sont pas force majeure puisque, comme nous l’avons dit, ils font partie du cours de la vie. Il en est autrement s’il s’est organisé des bandes de malfeitores ou de pirates dont le nombre et la force répandent au loin la terreur et paralysent le fonctionnement du commerce. L’attaque de ces bandes doit être assimilée à la force des éléments. C’est un accident d’une grandeur extraordinaire. Les conditions normales de la vie sont telles que chacun doit faire entrer dans ses prévisions l’éventualité de l’acte nuisible d’un particulier ou de quelques individus, mais non l’irrésistible agressão de masses organisées.” (EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p. 115).

sensivelmente mais estrito do que naquelas, afirmando que não fazia sentido, em dentro da perspectiva que adotava, avaliar se o fato era ou não inevitável²⁷¹¹. Referia-se expressamente à discussão acerca da discussão, proposta por inúmeros teóricos, de se o roubo era ou não evitável pela adoção, em certas circunstâncias, de medidas protetivas²⁷¹². Para ele, com base na noção romana de *receptum*, não se poderia entender o roubo como hipótese de força maior²⁷¹³.

Karl Larenz apontava que, se não há responsabilidade quando o dano resulta de eventos cuja verificação é efeito de uma coincidência extraordinária de circunstâncias, ela, pelo contrário, existirá sempre que, segundo as regras de experiência, se puder considerar possível a realização dos fatos²⁷¹⁴. Em análise recente do direito civil alemão, Zweigert e Kötz concluem que, nele, a empresa de transporte ferroviário não é responsável pelos danos decorrentes de força maior (*höhere Gewalt*), entendida como forças naturais elementares e externas ou de atos de terceiros cujos efeitos não poderiam ter sido previstos ainda que adotada a mais extrema precaução²⁷¹⁵. Entretanto não constitui caso de força maior evento que, em razão de sua frequência, faz com que o transportador tenha de considerá-lo ainda que não possa fazer nada para evitá-lo. Nesse sentido haveria responsabilidade do transportador se um passageiro se fere em razão de freada brusca do trem causada pela imprevista aparição na linha tanto de uma criança como de um animal que tenham atravessado/saltado as cercas de proteção²⁷¹⁶.

Também no direito francês encontram-se opiniões nessa linha. Já Josserand, por exemplo, ao se perguntar acerca dos atentados e violências realizadas por terceiros ao longo do transporte, concluía ser desejável que os danos decorrentes desses atos fossem englobados no passivo do transportador, ressalvando, porém, que tal absorção deveria ser imposta pelo legislador²⁷¹⁷,

²⁷¹¹ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.116.

²⁷¹² EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.117.

²⁷¹³ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.118.

²⁷¹⁴ LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, v. 2, 1959. p.565.

²⁷¹⁵ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 653.

²⁷¹⁶ RGZ 54, 404; BGH VersR 1955, 346. O Bundesgerichtshof já exigiu, para a caracterização da força maior, que o evento fosse além de não usual, extraordinário, “quase uma qualidade elementar”, quando se trata de definir se está diante dessa excludente ou não (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 654).

²⁷¹⁷ JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 795. Refere Josserand uma decisão do Tribunal Comercial de Marseille, proferida em 04 de fevereiro de 1910, que afastou a responsabilidade do transportador pelos danos sofridos pelo passageiro em função de pedra lançada do exterior do carro (*Rec. Marseille*, 1910, 1, 152 apud JOSSERAND, Louis. *Les Transports*. p. 797).

pois tais agressões físicas e patrimoniais sofridas pelos passageiros podem ser consideradas, em certas situações, risco inerente à atividade do transportador.²⁷¹⁸

Hoje em dia, Philippe Le Torneau entende que o aumento do número de roubos, mesmo à mão armada, cometidos em transportes de mercadorias, fez com que a imprevisibilidade não pudesse mais ser alegada. Contudo, para evitar o rigor excessivo sobre os transportadores a jurisprudência admite, hoje, que um evento pode constituir força maior, desde que irresistível, ainda que não seja absolutamente imprevisível²⁷¹⁹. Segundo esse autor, embora existam decisões que admitem que, no contrato de transporte, o ato de terceiro imprevisível e irresistível configura excludente da responsabilidade do transportador²⁷²⁰, a tendência da jurisprudência francesa é dificultar a caracterização desses elementos²⁷²¹, o que faz com que tenda a considerar o transportador responsável pelos danos sofridos pelo passageiro em razão de agressões sofridas por outros passageiros ou desconhecidos, ainda que assuma que não possui o transportador nenhum meio de selecionar seus clientes e não possa colocar um guarda-costa a proteger cada passageiro²⁷²². Ainda segundo informação fornecida pelo referido autor, a Corte de Cassação já decidiu que a agressão à mão armada não é, *ipso facto*, uma força maior exoneratória da responsabilidade do transportador de coisas²⁷²³ – da mesma forma o roubo²⁷²⁴. Também já decidiu que um assalto à mão armada não era imprevisível para um comissário de transporte encarregado de escoltar uma carga de moedas²⁷²⁵ e, em caso de

²⁷¹⁸ JOSSERAND, Louis. Les Transports. p. 762-763.

²⁷¹⁹ LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 437.

²⁷²⁰ Cass. 1^a civ., 25/10/1972, D. 1973, 89; Cass. 1^a civ., 03/07/1974, JCP G 1975, II, 17919; Cass. 1^a civ., 23/07/1979, Bull. Civ. I, n^o 228 apud LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p.437.

²⁷²¹ Isso também se aplica às hipóteses relativas ao ato exclusivo da vítima, pois, de acordo com a orientação atual na França, não basta, para afastar a responsabilidade do transportador, a presença de uma culpa inescusável do viajante-vítima, é necessário que ela seja extrema. Assim, em decisão proferida em 08/11/1993, a Corte de Cassação decidiu que a empresa de transportes era responsável pelos danos sofridos por sujeito que na noite de final de ano subiu ao teto do ônibus e caiu dali quando o veículo começou a andar, pois se afirmou que ainda que tenha agido com culpa inescusável, esta não foi a causa exclusiva do dano, já que o motorista do veículo sabia, ao dar a partida, que ele estava no teto (Civ. 8 Nov. 1993, Bull. II, n^o 316 apud ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. p. 665-666).

²⁷²² Cass 1^a civ., 12/12/2000, Bull. Civ. I, n^o 323; Cass. 2^a civ., 15/03/2001, D. 2001, IR 1145, Bull. Civ. II, n^o 56; Cass. 1^a civ., 03/07/2002, D. 2002, 2631 apud LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 437.

²⁷²³ Cass. Com., 28/02/1988, Bull. Civ. IV, n^o 87 apud LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 437.

²⁷²⁴ Cass. Com., 20/03/1990, Gaz. Pal. 1991, 1, pan. 31 apud LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 810. A Corte de Cassação já decidiu, em certa ocasião, que o evento (roubo a mão armada) não era inevitável (Cass. Com., 18/03/1986, Bull. Civ. IV, n^o 55 apud LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 426).

²⁷²⁵ Cass. Com., 03/10/1989, D. 1990, 81, concl. Jéol; Bull. Civ. IV, n^o 246 apud LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 426).

agressão ocorrida em trem²⁷²⁶, em sentido contrário há uma decisão que entendeu que a agressão à mão armada contra um transportador de coisas, ainda que fosse algo freqüente, não afastava a configuração da força maior²⁷²⁷.

Essa orientação que pretende uma redefinição do fato de terceiro como excludente também possui representantes na América Latina. Exemplo é a opinião de Matilde Zavala de Gonzalez que defende que não se deva admitir, em algumas hipóteses de atividades, a excludente relativa ao fato de terceiro que, mesmo sem ser agente ou dependente do titular da atividade, é componente natural e habitual do perigo a ele vinculado; isso porque há casos em que ainda que o fato de terceiro tenha sido, *in concreto*, imprevisto e inevitável, se configura, *in genere*, como caso fortuito interno, isto é, como indesejável margem estatística de custos que devem ser prevenidos e evitados²⁷²⁸.

Assume-se aqui, de forma integral, a noção de que as regras de responsabilidade objetiva são semelhantes a um seguro estabelecido por lei; daí porque sua extensão deve obedecer limites objetivos, daí porque somente se pode imputar ao transportador a responsabilidade por danos decorrentes de fatos cuja ocorrência é estatisticamente relevante. Mais especificamente, se pode dizer que a lei torna os empresários de transporte seguradores dos danos que sucedam, em um determinado período e em certas situações, às mercadorias ou às pessoas que transportam. A responsabilidade, assim definida, não resulta da culpa, nem no seu sentido usual, nem no sentido de culpa levíssima, nem no sentido de culpa presumida ou suposta, mas, sim, como em todo seguro, passa a ser determinada por um “limite objetivo”. Isso se dá pela adoção de critérios segundo os quais se possa julgar *a priori* se o caso em questão entra na regra ou na exceção, sem que seja necessário apreciar as circunstâncias particulares do acontecimento²⁷²⁹, mas que também permitem incorporar, de maneira objetiva, dinâmicas que passem a ser recorrentes ao desempenho da atividade empresarial em questão²⁷³⁰.

²⁷²⁶ Cass. 1ª Civ., 03/07/2002, D. 2002, 2631, note Gridel; Bull. Civ. I, nº 183 apud LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 426.

²⁷²⁷ Cass. Com., 01/10/1997 apud LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. p. 426.

²⁷²⁸ GONZALEZ, Matilde Zavala. *Responsabilidad por riesgo*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1997. p. 213.

²⁷²⁹ EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. p.71 ; FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 83.

²⁷³⁰ Segundo Arnaldo de Medeiros, em vista da tese de Exner, teríamos que “a força maior, assim, que se verificaria em tal hipótese, para não contrariar o próprio fundamento da exceção, teria de caracterizar-se por um critério *objetivo e abstrato*, que o professor austríaco pretendeu encontrar na *exterioridade* do evento e em sua *notoriedade e importância*. Para Arnaldo Medeiros da Fonseca, a teoria de Exner, ao distinguir a força maior do caso fortuito pela exterioridade material do evento constitutivo da primeira,

Se, já na década de 40 do século XX, José de Aguiar Dias admitia que, diante da violação positiva do contrato de transporte pelo transportador, ao passageiro “pouco importa, também que o causador do desastre seja terceiro, porque isso não basta para isentar o transportador senão quando configure caso fortuito ou de força maior, **sabendo-se que nem sempre o fato de terceiro a êle se assimila**”²⁷³¹, forçoso é concluir que a assimilação entre fato de terceiro e força maior é atualmente ainda mais criticável²⁷³², pois, diante de uma sociabilidade cada vez mais violenta, se faz necessário impor responsabilidades especiais que precisam ser ponderadas no campo do direito de danos²⁷³³.

Nessa esteira, Maurício Luís Pinheiro Silveira²⁷³⁴, após esclarecer como a assimilação entre força maior e ato de terceiro foi utilizada pelas empresas de transporte para defender sua irresponsabilidade pelos danos decorrentes de assaltos à mão armada²⁷³⁵, sustenta que o roubo

exigiu que *vis maior* se caracterizasse “além desse elemento *qualitativo*, um outro elemento *quantitativo*, qual o de se tratar de um acontecimento *notório e importante*, no sentido de ser superior aos que se verificam no curso ordinário da vida, evidenciando, de um lado, a impossibilidade de escapar às suas conseqüências, pela violência de suas manifestações; e, por outro, a certeza do fato alegado.” (FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. p. 89).

2731

DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade civil das empresas de transportes. p. 446. Grifo nosso.

2732

CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 160.

2733

Embora Caldeira destaque a necessidade de uma alteração na percepção do problema por parte daquelas instituições chamadas a operar as regras da responsabilidade civil, os resultados de sua pesquisa demonstram que não é isso que ocorre. De acordo com os dados levantados pelo autor no período entre 1991 e 1999 ocorreram no Estado do Rio de Janeiro 50.177 assaltos a ônibus, sendo que dentro do mesmo período foram encontradas 77 decisões judiciais que tratavam da possibilidade de se obter ressarcimento em vista desse fato, dessas 76 buscavam a indenização junto às empresas e uma junto ao Estado (CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 165). De um total de 37 decisões do Tribunal de Alçada proferidas no período entre 1975 e 2000, apenas 8 acabaram por condenar as empresas a indenizar as vítimas (CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 165). No Tribunal de Justiça foram encontradas 40 decisões, no mesmo período, sendo que a maioria (28 decisões) concentrava-se dentro do período entre fevereiro de 1998 e abril de 2000. Em 34 decisões, desse total de 40, constatou-se que, em cerca de um terço, houve pelo menos um voto de desembargador contrário à exoneração da responsabilidade da empresa transportadora por assalto a passageiro, mas em nenhuma as empresas de transporte foram condenadas unanimemente a indenizar (CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 166), o que poderia ser feito se os assaltos fossem compreendidos, em razão de sua freqüência, como um “fortuito interno” à atividade do transportador, orientação que ao autor parecia ser a mais adequada, tendo em vista os mandamentos constitucionais (CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 168).

2734

SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador.

2735

Até o início ou meados da década de 80, o Poder Judiciário, sistematicamente, reconhecia a responsabilidade do transportador de cargas quando, durante o transporte, a mercadoria era subtraída e, conseqüentemente, determinava que esse indenizasse o dono da carga, o dono da mercadoria. Nesse período, o transportador não conseguia, no mercado, cobertura para esse tipo de evento (SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p. 234-235). As empresas de transporte então, ainda na década de 80, procuraram as operadoras de seguro solicitando a inclusão do roubo como risco coberto no seguro obrigatório do transportador, porém as seguradoras se negaram a conceder tal cobertura (SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p. 236). Diante dessa situação, as empresas de transporte adotaram a tese jurídica que propugnava a equiparação do roubo de carga ao caso fortuito e à força maior. O órgão representativo dos transportadores, a ANTC – Associação Nacional dos Transportadores de

é, hoje, um risco inerente à atividade empresarial de transporte²⁷³⁶; não pode, portanto, o empresário, quando o risco se concretiza, transferir a responsabilidade para seu cliente²⁷³⁷.

À tese de assimilação entre força maior e ato de terceiro sustentada pelas empresas de transporte Maurício Pinheiro Silveira responde com a afirmação de que o parágrafo único do art. 1058, CCv não dispõe que se caracterize o caso fortuito ou de força maior quando haja evento que não se possa impedir, mas quando houver evento cujos efeitos não possam ser impedidos, para concluir que

[...] a partir da conceituação legal, pouco importa que o evento roubo seja inevitável, pouco importa que o transportador não consiga evitar a ocorrência do evento. Para a caracterização do caso fortuito ou de força maior deve ficar caracterizado que não se pode evitar os efeitos do evento”.²⁷³⁸

Maurício, então, pergunta quais são os efeitos do evento roubo de carga para, de imediato, responder:

Os efeitos do evento roubo de carga não são outros senão a perda patrimonial e, uma vez que se tem um cobertura securitária específica para esse tipo de evento, ou seja, uma vez que o transportador pode evitar os efeitos disso, uma vez que o transportador possa se precaver contra os resultados dos roubos de carga, não se pode mais, em hipótese alguma, falar-se em equiparação do roubo de carga ao caso fortuito ou de força maior.²⁷³⁹

Quanto à alegação de que caberia ao dono da carga a realização do seguro, contrapõe o seguinte argumento: Se o embarcador produz produtos muito visados pelas quadrilhas

Carga se encarregou de difundir essa tese que passou a ser utilizada pelas empresas em suas defesas (SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p. 236). Tal tese tomou volume até que desembocou no STJ que, como visto acima, a acolheu.

²⁷³⁶ Segundo Maurício Luís Pinheiro Silveira, a partir de meados dos anos 80, com os roubos de carga aumentando, “os órgãos representativos dos transportadores passaram a contar com estudos estatísticos incrivelmente precisos – que trazem informações acerca dos horários e locais mais perigosos, cargas mais procuradas, etc.” (SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p. 237). Isso fez com que, no mercado transportador, o roubo de carga passasse a ser uma constante, uma variável calculável, um evento conhecido com grande precisão (SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p. 237). Além disso, nesse período “o mercado segurador passou a disponibilizar para o transportador uma cobertura para o evento roubo de carga” (SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p. 237).

²⁷³⁷ SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p.240.

²⁷³⁸ SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p.238.

²⁷³⁹ SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p.239.

especializadas em roubo de carga, como, por exemplo, cigarros ou eletrodomésticos, ele “passa a concentrar um risco extraordinário e no momento em que ele vai contratar o seguro os valores são proibitivos”²⁷⁴⁰. Porém, o transportador “transporta medicamento, parafuso, pneu, enfim, há, pela própria natureza da atividade, uma pulverização do risco”²⁷⁴¹, o que faz com que o custo da cobertura para ele seja menor²⁷⁴²:

A seguradora, no primeiro caso, estará segurando exclusivamente medicamentos. Já no segundo, ela vai, no mesmo contrato, estar assegurando diversos tipos de mercadorias, cada uma com um incidência diferenciada de risco, o que permite que se pulverize esse risco e que os valores de prêmio caiam substancialmente. Não preciso dizer, por óbvio, que esses custos são transmitidos para o consumidor final.²⁷⁴³

Seguindo a mesma trilha, tem-se como consistente, portanto, a afirmação de Cesar Caldeira no sentido de que:

Numa complexa sociedade-mercado, os espaços semi-públicos (como os *shopping*, cinemas, caixas de saque eletrônico e outros) crescem e impõem novos desafios à regulação jurídica, especialmente quando a violência e a criminalidade estão atingindo freqüentemente nesses espaços. [...] É notável a partilha de responsabilidades na manutenção da segurança nesses espaços semipúblicos, por meio de seguranças particulares cujo contingente efetivo é várias vezes maior que o das forças de segurança pública. Essa tendência à partilha da responsabilidade na área da segurança pública também será estendida aos transportes coletivos, com o objetivo de assegurar a incolumidade dos usuários e de seus bens.²⁷⁴⁴

Mas cabe perguntar qual seria o efeito dessa partilha de responsabilidade por meio da condenação das empresas de transporte à indenizar as vítimas de assaltos e outros crimes ocorridos dentro dos coletivos?

²⁷⁴⁰ SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p.242.

²⁷⁴¹ SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p.243.

²⁷⁴² Em verdade, o custo distribui-se entre os consumidores de todas as mercadorias transportadas. Sendo assim: “Pela lógica da estrutura do seguro, quanto mais transportadores contratarem o seguro de responsabilidade civil, maior será a pulverização e menor será o prêmio. Então, para o consumidor é fundamental que os transportadores contratem o seguro, justamente porque o valor da garantia passa a ser menor. Lembro até, [...], que a idéia da ANTC era que não se criasse um seguro facultativo, em que se cobrisse o roubo, mas que se incluísse o risco de roubo no seguro obrigatório do transportador, o que seria muitíssimo melhor e espero que ainda venha a acontecer” (SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p. 253-254).

²⁷⁴³ SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. p.243.

²⁷⁴⁴ CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 166.

De acordo com Cesar Caldeira, essas condenações acabariam por regular indiretamente as condutas dessas empresas por meio do ônus financeiro decorrente do pagamento das reparações²⁷⁴⁵. Ocorre que há que se considerar o efetivo impacto dessa medida quando tal custo pode ser repassado aos usuários por meio de sua difusão no valor do preço pago pela prestação do serviço²⁷⁴⁶, já que é essa possibilidade, inclusive, uma das justificativas para a adoção de um sistema de responsabilidade objetiva relativamente ao fornecedor de produtos e serviços²⁷⁴⁷, além de ser o que economicamente faz da garantia decorrente desse regime um seguro ao consumidor²⁷⁴⁸.

E, se o regime da responsabilidade objetiva funciona como um seguro, caberia perguntar se o limite da imputação não deveria ser o grau de previsibilidade e não a margem de inevitabilidade do evento. A opção se dá pela previsibilidade como critério, quando se concorda com Luiz Gastão Paes de Barros Leães, para quem o reclamo pela instauração de um regime de responsabilidade calcada no risco é, em si, decorrência da constatação de que no sistema de produção capitalista há um grande número de danos anônimos e inevitáveis vinculados à própria estrutura da atividade empresarial²⁷⁴⁹.

Nesse sentido, Schäfer e Ott afirmam que, em se admitindo que a finalidade do regime de responsabilidade objetiva é a internalização pelo empresário do ônus financeiro que o dano representa para a vítima e a conseqüente repartição desse ônus entre todos os consumidores dos produtos ou serviços daquela empresa, se faz necessário que a nocividade ou o potencial de nocividade, ainda que não tenha sido previsto pelo sujeito a quem se imputa a responsabilidade, seja previsível, pois, do contrário, não haveria como exigir que recursos fossem destinados para reduzir a probabilidade de ocorrência e/ou formar um seguro para

²⁷⁴⁵ Cesar Caldeira ressalta, porém, que as “ações indenizatórias não têm impacto agregado suficiente para resultar num controle efetivo sobre as atividades [de transporte] e espaços [semipúblicos]. Isso ocorre devido às tendências doutrinárias e jurisprudenciais que não incorporam apropriadamente a dimensão constitucional de ética social e de interesse público na reparação de danos.” (CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. p. 169).

²⁷⁴⁶ CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. Yale: Yale University Press, 1970. p. 53 ; ATIYAH, Patrick S. *The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997. p. 21, 112-113, 135.

²⁷⁴⁷ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. p. 301 ; LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987. p.22 ; COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 35

²⁷⁴⁸ SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1991. p. 103.

²⁷⁴⁹ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. p.151.

pagamento dos custos decorrentes de sua ocorrência²⁷⁵⁰. Em resumo, defendem que “há que se ter em conta que para o nascimento da responsabilidade objetiva não somente interessa a *causação ex post* do dano, senão também sua *perceptibilidade ex ante*”²⁷⁵¹.

Partindo da constatação de que a relação entre transportador e passageiro é uma relação contratual, é correto afirmar que o transportador deve ser responsabilizado por danos decorrentes de eventos cuja eclosão nenhuma das partes poderia evitar de maneira completa por constituir-se, dentro do contrato, naquele que detém a melhor posição para enfrentar os riscos associados à situação, uma vez que detém os menores custos de informação para identificar os riscos e a possibilidade de dispersar o risco (mais especificamente, seu custo), ou seja, constitui-se o *superior risk bearer*²⁷⁵².

Mas, a responsabilização dos transportadores pelos atos criminosos de terceiros que atingem os passageiros não é ainda uma medida de concretização da solidariedade social, pois se ao final a condenação das empresas de transporte faria com que o “custo da violência” fosse pago, de forma difusa, pelos usuários do transporte quando do pagamento da tarifa, criar-se-ia, com essa obrigação de indenizar, uma situação de solidariedade restrita e, com isso, insuficiente na realização dos ditames do valor da solidariedade social, pois mais uma vez mais se limitariam os efeitos negativos do fenômeno social em questão – criminalidade violenta – à camada mais exposta aos mesmos, ao invés de difundir seu custo por entre aqueles sujeitos que mais se beneficiam da persistência dele.

Além disso, a imputação da responsabilidade ao transportador produziria outro efeito perverso: a compensação atribuída em razão da concretização do risco relativo à criminalidade urbana violenta somente seria concedida àqueles que sofressem danos durante o transporte. Basta pensar na hipótese em que alguém é assaltado na parada do ônibus enquanto espera-o para ir ao trabalho ou em qualquer outra situação em que transita pelo espaço público, para se constatar que o fato da tese que fundamenta a responsabilidade do transportador não conseguir dar conta de tais situações é suficiente para concluir a sua reduzida viabilidade como veículo de concretização do valor constitucional da solidariedade social, bem como a limitada utilidade de qualquer “ativismo judicial” para alcançar-se a

²⁷⁵⁰ SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. p. 122.

²⁷⁵¹ SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. p. 123.

²⁷⁵² SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. p. 272-273.

resolução mais adequada do problema²⁷⁵³. A questão parece mesmo remeter à limitação da judicatura a indicar que o exercício da jurisdição pelos tribunais não é o procedimento mais adequado para a definição primária de alocação de recursos escassos²⁷⁵⁴, aquilo que Calabresi e Bobbit denominam “determinações de primeira ordem”²⁷⁵⁵.

Constatado que nem o raciocínio adotado por ambos tribunais, STF e STJ, nas decisões relativas à questão dos danos sofridos por passageiros em virtude de atos de criminalidade violenta perpetrado por terceiros durante o transporte, qual seja, o de que tais atos apresentam-se como “força maior” e, portanto, isentam o transportador da obrigação de indenizar, nem a tese de que, pelo contrário, constituem tais atos de terceiros risco inerente ao negócio que justifica exigir-se do empresário que repare os danos sofridos pelos usuários do serviço, expressam a mais adequada concretização do direito à segurança em consonância com o valor constitucional da solidariedade social; faz-se necessário imaginar outra estratégia para que, respeitada a lógica do sistema jurídico nacional, obtenha-se efetiva promoção do referido direito.

Para isso, adota-se a premissa, defendida por Matilde Zavala de Gonzalez, de que não há verdadeiro humanismo sem solidariedade, para, também com ela, afirmar que o princípio protecionista relativo às vítimas, antes característico do direito do trabalho, tendo ingressado com força no direito civil, fez com que as idéias de garantia e de segurança passassem a ser vistas como um elemento inseparável de certas relações negociais como, por exemplo, o contrato de transporte²⁷⁵⁶. Tudo para concluir que tal constatação impõe que a atenção dada à reparação se concretize numa preocupação com a justiça distributiva antes do que com a justiça comutativa²⁷⁵⁷.

Em sendo assim, esclarecido que o risco relativo aos efeitos da criminalidade urbana violenta é um risco social (como resta claramente demonstrado em inúmeras passagens deste trabalho

²⁷⁵³ Sobre a existência ou não de um ativismo judicial no Brasil, veja: VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 258-259; SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p. 47-48.

²⁷⁵⁴ Ainda que, em nossa sociedade, importantes decisões tenham sido entregues aos tribunais, isso não significa que essas instituições tenham as melhores condições para tomá-las (CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. p. 71). Nesse sentido e também com base em Calabresi e Bobbit, ver no Brasil: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 206.

²⁷⁵⁵ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices*. p. 19.

²⁷⁵⁶ GONZALEZ, Matilde Zavala. *Responsabilidad por riesgo*. p. 29.

²⁷⁵⁷ GONZALEZ, Matilde Zavala. *Responsabilidad por riesgo*. p. 24.

e mais especificamente em sua parte preliminar), deve-se aceitar que o dano decorrente da concretização desse risco é um problema que afeta à coletividade tanto quanto à vítima. Disso decorre que a socialização dos riscos deveria ser estabelecida, com base em critérios de justiça distributiva, através de ônus e obrigações de pesos distintos e atribuídos a classes de sujeitos diferentes para, por essa via, produzir um sistema que garanta efetiva solidariedade social²⁷⁵⁸. Nessa esteira, poder-se-ia imaginar algumas das seguintes formas de tratamento da questão²⁷⁵⁹:

A primeira alternativa estaria centrada na constituição de um seguro social obrigatório, nos moldes dos já existentes²⁷⁶⁰, constituído por recursos provenientes da tributação dos lucros obtidos no desempenho de atividades lícitas relacionadas com o mercado da violência, ou seja, os lucros da chamada “indústria do controle do crime”²⁷⁶¹, tais como as de fabricação e

²⁷⁵⁸ Niklas Luhmann discorda dessa perspectiva ao afirmar que “uma das peculiaridades da ajuda organizada é que ela, de maneira alguma, conduz à solidariedade.” (LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Nova Iorque: Aldine de Gruyter, 1993. p. 104). Para a relação entre socialização dos riscos e justiça distributiva ver RIPSTEIN, Arthur. *Equality, responsibility and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 264-295. Na dogmática brasileira, um dos primeiros a buscar teorizar sobre o assunto foi Wilson Melo da Silva (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. p. 346, 352).

²⁷⁵⁹ A sugestão das formas de tratamento são feitas somente neste momento do trabalho, pois tem-se presente a observação de Calabresi de que somente após uma cuidadosa pesquisa empírica do fato social, objeto de reflexão, é que se pode estabelecer qual o melhor sistema de alocação de danos produzidos por aquele (CALABRESI, Guido. *The cost of accidents*. p. 15).

²⁷⁶⁰ O Decreto-lei 73 de 21 de novembro de 1966 que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências, estabelece como obrigatórios os seguros de: danos pessoais a passageiros de aeronaves comerciais; responsabilidade civil do proprietário de aeronaves e do transportador aéreo; responsabilidade civil do construtor de imóveis em zonas urbanas por danos a pessoas ou coisas; bens dados em garantia de empréstimos ou financiamentos de instituições financeiras pública; garantia do cumprimento das obrigações do incorporador e construtor de imóveis; garantia do pagamento a cargo de mutuário da construção civil, inclusive obrigação imobiliária; edifícios divididos em unidades autônomas; incêndio e transporte de bens pertencentes a pessoas jurídicas, situados no País ou nele transportados; crédito à exportação, quando julgado conveniente pelo CNSP, ouvido o Conselho Nacional do Comércio Exterior (CONCEX); danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não e responsabilidade civil dos transportadores terrestres, marítimos, fluviais e lacustres, por danos à carga transportada (art. 20, alíneas ‘a’ a ‘m’). Na Comunidade Européia, a Diretiva 80 de 29 de abril de 2004 teve por finalidade criar um sistema de cooperação entre os países membros com vistas a facilitar, às vítimas de crimes dolosos violentos, o acesso à compensações pecuniárias a serem pagas pelas autoridades do país em que o crime ocorrer. Na Grã-Bretanha (Inglaterra, Escócia e País de Gales) há, desde 1964, um Sistema de Compensação de Danos Criminais (Criminal Injuries Compensation Scheme) que estabelece que certos danos – físicos, mentais, redução/perda da capacidade de obtenção de renda, despesas médicas, etc. – decorrentes direta ou indiretamente de violência criminal geram às vítimas o direito de obter determinada compensação a cargo do Estado. Esse sistema foi, em 08 de novembro de 1995, revisado pelo Criminal Injuries Compensation Act (para uma visão panorâmica do sistema ver: CANE, Peter. *Atiyah’s accidents, compensation and the law*. London: Butterworths, 1999. p. 249-272). Mais recentemente, em 09 de dezembro de 2005, o Act de 1995 foi adaptado à Diretiva 80 da Comunidade Européia.

²⁷⁶¹ A expressão, embora tenha sido utilizada pelo criminologista norueguês Nils Christie para descrever o perfil do sistema prisional norte-americano (CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998), cabe perfeitamente para descrever o conjunto de atividades empresariais especializado na venda de produtos e serviços de

comercialização de armas, blindagem de veículos e segurança privada. Teríamos, aqui, uma cobertura securitária nos moldes da atual configuração do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre (DPVAT) em que, por razões de justiça distributiva²⁷⁶², aos proprietários dos veículos é imposta a obrigação de pagar seguro que fornece cobertura para riscos a que estão expostos também terceiros, isto é, pedestres, ciclistas etc., e às sociedades seguradoras dos veículos causadores do evento é imposta a obrigação de pagar a indenização às vítimas²⁷⁶³.

Ressalte-se que, nesse sistema, a obrigação de contribuir para a formação do fundo monetário comum de onde sairão os recursos para pagamento às vítimas se impõe a certas classes de sujeitos não porque a eles se impute uma especial responsabilidade, mas, sim, porque deles se exige o cumprimento do dever de solidariedade de forma específica²⁷⁶⁴. Se, na atuação do seguro obrigatório de danos causados por veículos automotores terrestres, ainda é possível ver uma influência da noção de responsabilidade, já que é possível justificar que a obrigação de pagar o seguro se impõe aos proprietários de veículos porque esses são, na origem, os

segurança aos cidadãos. Aliás, vários desses bens de consumo oferecidos às pessoas comuns são descritos por Christie quando trata dos equipamentos e serviços – do spray paralisante à segurança privada – oferecidos por empresas norte-americanas às prisões daquele país (CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. p.95-132).

²⁷⁶² Mais do que distribuir os prejuízos entre o maior número de pessoas sujeitas ao mesmo risco, busca-se distribuí-lo às pessoas que tenham as melhores condições de solvabilidade, já que, mais do que um problema de aceitação do risco, trata-se de resolver um problema de gerenciamento dos seus efeitos. Nesse sentido Adam Raphael afirma: “Insurance is not about the acceptance of risk, but its management.” (RAPHAEL, Adam. *Lessons of Loyd’s: the limits of insurance*. In: FRANKLIN, Jane (Ed.). *The politics of risk society*. Cambridge: Polity Press, Institute for Public Policy Research, 1998. p. 37). Além disso, ao imputar a obrigação de contribuir para o seguro às empresas que lucram com a exploração do mercado da insegurança, estabelece-se um vínculo entre a solvabilidade exigida para a manutenção do sistema e um juízo de valor acerca da fonte dessa solvabilidade. Sobre a necessária mutualidade do seguro e exigência de solvabilidade dos segurados ver: ALVIM, Pedro. *Responsabilidade civil e seguro obrigatório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 55-56.

²⁷⁶³ Conforme o art. 6º da lei 6194 de 19 de dezembro de 1974 que dispõe sobre o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não, tem-se que “no caso de ocorrência do sinistro do qual participem dois ou mais veículos, a indenização será paga pela Sociedade Seguradora do respectivo veículo em que cada pessoa vitimada era transportada (caput)”. O mesmo artigo estabelece que “resultando do acidente vítimas não transportadas, as indenizações a elas correspondentes serão pagas, em partes iguais, pelas Sociedades Seguradoras dos veículos envolvidos”, em seu §1º, e que “havendo veículos não identificados e identificados, a indenização será paga pelas Sociedades Seguradoras destes últimos”, em seu §2º. O art. 7º complementa a regulação dispondo que “a indenização, por pessoa vitimada, no caso de morte causada apenas por veículo não identificado, será paga por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as seguradoras que operarem no seguro objeto da presente lei”, sendo que “o limite de indenização de que trata este artigo corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor estipulado na alínea a do artigo 3º da presente lei”, conforme §1º, cabendo ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) estabelecer normas para atender ao pagamento das indenizações previstas neste artigo, bem como a forma de sua distribuição pelas seguradoras participantes do consórcio, conforme §2º.

²⁷⁶⁴ Para Pedro Alvim o seguro é a técnica da solidariedade (ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 60).

causadores do risco de acidentes, isso não ocorre na atuação de um seguro obrigatório relativo à criminalidade violenta tal como aqui proposto, pois, aqui, a obrigação de contribuir pecuniariamente para o referido fundo monetário comum não recairia sobre classes de sujeitos que possam ser identificados como causadores do risco, nem mesmo de forma mediata; logo, a justificativa para fazê-los participar está baseada, exclusivamente, na noção de solidariedade social anteriormente delineada.

Um dos efeitos dessa opção seria tornar o custo social da violência um custo econômico visível aos consumidores dos produtos e serviços de segurança, isto é, às classes altas e médias, ou seja, fazê-los conscientes não de sua responsabilidade para com os fatos, mas das imposições concretas decorrentes da inscrição da solidariedade social como valor constitucional²⁷⁶⁵.

A segunda alternativa seria a criação de um fundo de amparo às vítimas de criminalidade violenta, podendo ter parte de seus recursos proveniente da redistribuição de receitas tributárias²⁷⁶⁶ já existentes (como ocorre com vários dos fundos criados no país a partir dos anos 90²⁷⁶⁷) e parte proveniente da retenção, por força de sentença penal condenatória²⁷⁶⁸, dos

²⁷⁶⁵ Com isso pretender-se-ia evitar a manutenção de uma constitucionalização simbólica, em sentido negativo, do texto constitucional acerca da solidariedade social, ou seja, mantê-lo não concretizado ou insuficientemente concretizado, normativo-juridicamente de forma generalizada (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 83)

²⁷⁶⁶ Para uma discussão sobre os efeitos redistributivos dos sistemas tributário e de responsabilidade civil ver: WEISBACH, David A. Taxes and torts in the redistributions of income, *John M. Olin Program in Law & Economics*, Working Paper nº 148 (2d series), The Coase Lecture. Chicago: University of Chicago, Law School, winter, 2002, pp. 01-15 (Disponível em http://www.law.uchicago/Lawecon/wkngpprs_126-150/148.weisbach.coase.pdf . Acesso em: 20 mar. 2003)

²⁷⁶⁷ Fundo de Amparo ao Trabalhador, criado pela lei 7998/90; Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, inscrito no caput do art. 79 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88 por força da emenda constitucional nº 31 de 14 de dezembro de 2000 e regulamentado pela lei complementar nº 111 de 06 de julho de 2001; Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação, inscrito no inciso I do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88 por força da emenda constitucional nº 53 de 19 de dezembro de 2006 (substituindo o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério inscrito no caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias por força da emenda constitucional nº 14 de 12 de setembro de 1996).

²⁷⁶⁸ Algo semelhante ocorre com o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, criado pela lei 7347/85 e regulamentado pelo Decreto 1306/94, cujos recursos são provenientes: das condenações em dinheiro decorrentes tanto da ocorrência da hipótese descrita no art. 11 como no art. 13 da lei 7347/85; das multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989, desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais; dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto da indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei 8078, de 11 de setembro de 1990; das condenações judiciais de que trata o parágrafo 2º, do art. 2º, da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; das multas referidas no art. 84, da Lei 8884, de 11 de junho de 1994; rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo, de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo e de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras (incisos I à VIII do art. 2º do decreto 1306/90).

instrumentos utilizados para e dos produtos obtidos no desempenho de atividades ilícitas relacionadas com a chamada “indústria do crime”, tais como o comércio ilegal de armas, drogas, órgãos humanos e bens falsificados, o tráfico ilegal de pessoas (imigrantes, mulheres e crianças) com vistas à escravidão e/ou a prostituição dessas, a lavagem de dinheiro, etc²⁷⁶⁹.

Um dos efeitos dessa opção seria, mais do que redirecionar as receitas do Estado, vinculá-las de forma estrita à realização de certo projeto de sociedade, impedindo, com isso, que esse fique subordinado à vontade política de certos governos. Tal impediria que, por razões transitórias e sem a apresentação de justificativas sérias, determinada representação política da maioria pudesse ao contingenciar ou redirecionar os gastos públicos modificar substancialmente a forma imaginada para a realização de determinado valor constitucionalmente declarado como fundamental, *in casu*, a solidariedade social, diante de determinado desafio concreto, *in casu*, a criminalidade violenta.

Outro efeito decorrente da adoção desse modelo encontra-se no fato de que, ao decidir-se pela redistribuição social do capital associado à e/ou produzido pela criminalidade econômica e financeira, assume-se a relação entre essa e a persistência da criminalidade violenta e, ao mesmo tempo, reduz-se a oneração das atividades lícitas associadas à última.

Seja qual for a alternativa adotada – a opção *in totum* por uma delas ou a mistura de ambas –, resta dizer que o que se pretende com a indicação dessas é fornecer estratégias que contribuam efetivamente para evitar tanto a não-concretização quanto a insuficiente concretização normativa do texto constitucional. Embora esteja-se ciente da observação de Calabresi quanto ao fato de que se é fácil defender que específicos e não experimentados sistemas de alocação de danos corrigirão injustiças já existentes e decorrentes dos sistemas atuais, não é nada fácil antecipar as injustiças que os sistemas propostos causarão; ainda assim parece-nos imprescindível chamar a atenção para o fato de que a mera existência desse texto não só não nos isenta da obrigação de cultivá-lo, como nos impõe a tarefa de encontrar maneiras de fazê-lo germinar²⁷⁷⁰.

²⁷⁶⁹ Indústria que hoje movimentava mais ou menos 10% de todo o comércio mundial, segundo dados obtidos por Moisés Naím (NAÍM, Moisés. *Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006).

²⁷⁷⁰ Assume-se, assim, como desafio, a afirmação de Peter Häberle de que “los textos constitucionales deben ser literalmente *cultivados* para que resulten una Constitución.” (HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad*. p. 47). Relativamente à situação brasileira, diagnostica Marcelo Neves que “com maior rigor, pode-se falar de insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional. Em outras

Isso tudo porque, uma vez aceita a advertência formulada por Italo Calvino de que, se o inferno existe, já está aqui e é “o inferno no qual vivemos todos dias, que formamos estando juntos” e a explicação de que diante desse só existem duas maneiras de não sofrer, uma, a mais fácil, “aceitar o inferno e tornar-se parte deste até o ponto de deixar de percebê-lo” e a outra, arriscada, exigindo “atenção e aprendizado constante” por implicar a tentativa de “saber reconhecer quem e o que, no meio do inferno, não é inferno, e preservá-lo, e abrir espaço”²⁷⁷¹, não parece possível ao Direito, e mais especificamente aos juristas, cogitar em escolher senão o caminho arriscado.

palavras, há uma desconstitucionalização fáctica no processo concretizador do direito ou uma concretização jurídica desconstitucionalizante.” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 256). E é essa carência de força normativa dos ditames constitucionais que se faz imperioso enfrentar.

²⁷⁷¹

CALVINO, Italo. *Cidades Invisíveis*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 150.

7 SÍNTESE DAS CONCLUSÕES ALCANÇADAS

Catar feijão se limita com escrever:
jogam-se os grãos na água do alguidar
e as palavras na folha de papel;
e depois, joga-se fora o que boiar

Extraído do poema Catar feijão, de
João Cabral de Melo Neto

Se, é verdade que não existe setor da vida contemporânea que não tenha sido influenciado pela Revolução Industrial, também é indiscutível ter sido o setor de transportes públicos de passageiros um dos principais responsáveis pela forma como, a partir do século XIX, se organizou a vida urbana moderna. Entretanto, se no Brasil desde o início do funcionamento desse sistema os usuários do serviço foram expostos a uma violência cotidiana e estrutural exteriorizada em inúmeras formas de transtornos, desde atrasos, veículos que não atendem a padrões mínimos de conforto, além de acidentes que, por si só, já indicavam a medida de como os direitos desses sujeitos foram e continuam a ser desconsiderados, a partir de fins da década de 80 do século XX outro problema se abaterá sobre o sistema: o aumento da criminalidade urbana violenta.

O aumento da criminalidade urbana violenta produziu dois fenômenos geminados: o deslocamento de parcela da atividade de segurança para o âmbito da iniciativa privada e a opção das classes média e alta pela convivência em condomínios fechados, residências e estabelecimentos comerciais vigiados. Esses dois fenômenos produzem um efeito paradoxal e perverso sobre as camadas mais pobres da população: o aumento de sua vitimização. Não podendo pagar por mais segurança e tendo de transitar em locais carentes de maior vigilância, acabam mais vulneráveis ao risco relativo à criminalidade urbana violenta. Prova disso é o aumento das ocorrências de assaltos a ônibus.

O exposto até aqui apenas ratifica uma representação bastante difundida no imaginário brasileiro: a de que a condição de usuário habitual do transporte coletivo no Brasil experimenta uma desconsideração tão grande para com seus direitos que autoriza afirmar ser essa condição um índice da sub-integração desses sujeitos à nossa sociedade. A esses sujeitos que vivenciam constantemente privações fundamentais no espaço público em razão de

estarem desprovidos de qualquer proteção impulsionada pelas regras de direito resta apenas o recurso, no espaço privado, ao favor movido pelos sentimentos de caridade.

Repercussão contemporânea de estruturas originárias de nosso período colonial e que foram sendo constantemente atualizadas, essas conformações sociais estruturadas, simultaneamente, sobre a economia da caridade e a política do favor, produzirão efeitos na estruturação de nossa sociedade como um todo, sendo o principal desses efeitos a expansão e disseminação por todo tecido social do nosso insolidarismo que traduz diferenças e desigualdades sempre no sentido de hierarquias e que compreende a proteção como concessão do superior ao inferior, nunca como direito garantido a todos indivíduos.

Uma das vias de atualização, através dos tempos, das formas tradicionais de dominação se deu através da atuação de nosso sistema jurídico, inclusive do direito civil. Partindo-se da premissa de que, no Código Civil de 1916, se privilegiavam os interesses do núcleo familiar em detrimento do indivíduo, percebe-se quão difícil deve ter sido a convivência desse estatuto normativo com todas as tentativas, historicamente posteriores à sua edição, de instaurar regras jurídicas capazes de estruturar, em nosso país, um Estado de Bem-Estar Social. Isso porque, admitindo-se que o paradigma do Estado de Bem-Estar Social nada mais é do que o desenvolvimento e a ampliação do movimento de libertação do indivíduo das relações familiares ampliadas, baseadas na troca e no favor, iniciado pelo Estado-Protetor surgido no século XVIII, isto é, a consolidação do indivíduo como figura central do social através do desfazimento das redes de solidariedade constrangedoras e aleatórias nas quais ainda se insere, percebe-se que tanto a lógica de constituição quanto a de operação de nosso direito privado trabalhava contra a consecução desse objetivo.

Há pontos importantes do sistema jurídico nos quais se constata uma preocupação constante em impor limites com vistas à preservação do espaço privado (obrigações negativas) e um descaso histórico com a construção de solidariedades no espaço público (obrigações positivas). O nosso passado caracterizou-se pela pouca capacidade em vincular interesse individual, solidariedade social e consciência nacional. Aliás, a persistência do recurso ao favor, a práticas sociais assimétricas e plenas em arbitrariedades parece ser o resultado de uma, sempre presente, ineficiência da sociedade brasileira em estabelecer formas de mediação sociais eficazes e justas. Assim, ao invés do recurso à solidariedade social privilegia-se o

recurso à solidariedade familiar que irá transformar todas as questões relativas à segurança do indivíduo em questões de caridade, e não de direito.

Se está correto afirmar que nosso projeto nacional sempre conviveu com uma grande margem de “exclusão controlada” que produziu uma desigualdade na distribuição de bens sociais que vão dos benefícios previdenciários ao acesso ao ensino superior, também está correto sustentar que essa exclusão também se revela na forma desigual pela qual, como vimos acima, se repartem entre os diferentes estratos da população os riscos ligados à violência.

A incorporação do valor da solidariedade pelo discurso jurídico do Estado de Bem-Estar europeu permitiu que esse desenvolvesse estratégias sociais para o enfrentamento do problema relativo à distribuição de bens sociais escassos. Dessa experiência jurídica resulta a construção de um “direito social à segurança” no exato momento em que historicamente se dá o surgimento e o evoluir da denominada civilização industrial resultante do desenvolvimento do capitalismo.

É da necessidade de intervenção ativa do Estado na implementação dos direitos sociais, entre eles o de segurança, que surgirá a organização dos serviços públicos que, entre outras coisas, caracterizará o Estado Social. E é a partir da concretização dos direitos sociais por meio do sistema de serviços públicos a cargo do Estado que restará superada a idéia de que existem obrigações sem direitos correspondentes, cujo exemplo máximo era, até aquele momento, o conjunto de obrigações de beneficência, dentre as quais se encontrava a de proteção. As idéias relativas à responsabilidade objetiva, tendo nascido em momento histórico anterior ao da emergência do Estado de Bem-Estar Social, podem ser compreendidas dentro desse cenário em que se processa a transformação dos deveres morais de beneficência em deveres jurídicos de segurança.

Na Alemanha, a atuação da Lei Fundamental levou o direito privado a um utilitarismo social fundado em uma ética social de responsabilidade solidária, tendência moral cujos efeitos podem ser mais sentidos no campo da responsabilidade civil, onde passa a se destacar a idéia de responsabilização social mútua (indivíduo-coletividade) a atuar sobre as regras relativas à responsabilidade fundada no risco que, junto às regras relativas aos deveres do tráfico, devem concretizar um sistema de proteção eficiente admitindo-se, se necessário, a complementação pelo recurso a conjuntos de regras de moldes securitários.

Na Inglaterra, a partir da implementação dos Planos Beveridge, se começa a cada vez mais se considerar como motivo para o auxílio e a proteção de indivíduos em situações de risco algo que transcende à mera compaixão. O fato de o Programa de Seguro Nacional se configurar através da organização e administração financeira do Estado fazia com que fosse compreendido como baseado firmemente no direito e não na caridade. Restava claro o surgimento de um novo direito, um direito social que abarcava todo o espectro desde o direito à segurança, que visava à redução e administração generalizada do risco até o direito a um mínimo de bem-estar individual.

Na França, percebe-se que um arco temporal que, ao se iniciar com o art. 21 da Constituição Francesa de 23 de junho de 1793 – dispositivo que estabelecia serem os seguros públicos uma “dívida sagrada” sem deixar claro aos seus destinatários se tal dívida constituía a contrapartida de pretensão que pudessem fazer valer contra o Estado, fazendo com muitos atribuíssem a tal regra o *status* de simples enunciação incapaz de gerar direito sancionável –, se encerra com o preâmbulo à Carta Constitucional de 1946 no qual se encontram as declarações de que “a Nação proclama a solidariedade e a igualdade de todos os Franceses diante dos ônus que resultam das calamidades nacionais” e de que a República Francesa “garante a todos, notadamente ao infante, à mãe e aos trabalhadores idosos, a proteção da saúde, a segurança material, o repouso e seu lazer”, tornando claro que “todo ser humano que, em razão de sua idade, de seu estado físico ou mental, da situação econômica, se encontre incapacitado para trabalhar possui o direito de obter da coletividade os meios apropriados de existência”.

No Brasil, é a partir do século XIX que serão fomentadas e ganharão visibilidade algumas das idéias ainda ativas no conjunto das práticas simbólicas contemporâneas. É, pois, o referido momento histórico um momento privilegiado para a observação de como se organiza o campo intelectual brasileiro, especificamente a intersecção entre pensamento jurídico e pensamento político-filosófico, estruturado desde a sua origem por meio da recepção seletiva e da reelaboração de idéias estrangeiras utilizadas, posteriormente, para implementar práticas jurídicas nacionais. É nesse momento histórico que as idéias relativas à fraternidade, difundidas no solo europeu, serão aqui recebidas e apropriadas por certa ideologia liberal no processo de construção da idéia de socialidade.

No período imediatamente anterior à Independência do Brasil, teóricos como Diogo Feijó e Visconde de Cairu serão responsáveis por criar um discurso jurídico de matiz liberal capaz de conviver com o discurso solidarista calcado no valor da fraternidade. Isso somente foi possível a partir da admissão da existência de um dever de beneficência compreendido apenas como um dever moral do sujeito beneficente, e não como um direito do beneficiário. Com isso percebe-se, nas teses expostas por Cairu e Feijó, a defesa de uma solidariedade concebida como virtude privada, no sentido de familiar e não como objetivo social cuja realização passa pela esfera pública, pela comunidade politicamente considerada.

O desenvolvimento desse liberalismo eclético e conciliador (no plano das idéias) ganha novos impulsos em nosso país com a independência e a criação dos cursos jurídicos. Eis o momento no qual a transplantação, já sendo uma prática intelectual corrente, se torna uma estratégia lúcida e consciente para o estabelecimento de instituições preocupadas não mais com a mera exploração comercial do território colonial, mas com a formação cultural de uma nação.

Com a independência, o liberalismo, importado pela elite e que por aqui começa a vingar, passa a ser um liberalismo já entrado na fase das experiências e das reformulações; há uma acomodação, antes mesmo da assimilação e difusão de qualquer ideário liberal radical ou mesmo renovador. Há, nesse período, a adoção pela teoria social crítica de uma perspectiva liberal social que produzirá um pensamento que combinará liberalismo clássico e revolta romântica anticapitalista. Esse modelo teórico terá como agenda um conjunto de reformas sociais e morais que não pretendem alterar radicalmente sistema algum – seja econômico, político ou mesmo jurídico –, mas cuja pretensão é apenas a obtenção de uma vaga “humanização”.

Se no período imperial difundiu-se um liberalismo social influenciado por certas idéias filosóficas, como as provenientes do krausismo, na república velha a perspectiva do liberalismo individual viu-se reforçada pela influência do discurso cientificista, o grande polarizador de idéias durante a República. Assim é que mesmo a influência das idéias positivistas em nosso país deve ser analisada a partir de suas inter-relações com as diretrizes do evolucionismo spenceriano, do monismo haekeliano e de todo pensamento biológico estruturado, acertada ou equivocadamente, sobre as premissas e descobertas provenientes do darwinismo. Ainda que não possa ser considerada como um bloco homogêneo, a Escola de Recife representa, em grande medida, o ápice da atuação dessas idéias no cenário nacional e,

sem sobra de dúvida, a codificação de 1916 é um catalisador da influência dessa escola sobre o direito privado brasileiro.

A partir de 1930, o novo arranjo de forças no campo político se impôs a tarefa de transformar a sociedade brasileira pela adoção de um projeto de modernização conservadora a ser concretizado por meio da promoção estatal de um amplo programa econômico-social, construído estrategicamente sobre medidas legislativas que reconheciam e sistematizava um conjunto de direitos sociais. Nesse momento, a expansão, dentro do campo intelectual e da burocracia estatal, de um discurso positivista e anti-liberal levaria a que a modernização brasileira produzisse um conjunto de normas de direito econômico, do trabalho, previdenciárias e securitárias que era, simultaneamente, progressista – no sentido de tendentes à proteção dos economicamente débeis – e autoritário – no sentido de serem promovidas por um Estado centralizador. Ocorre que mesmo tendo, nesse período histórico, o sistema jurídico sofrido alterações significativas em seu marco fundamental (da Constituição de 34 até a Emenda Constitucional de 69), o Código Civil de 1916 manteve-se incólume. O que permitiu sua contínua operacionalidade foram as adaptações teórico-dogmáticas entre o novo espírito socializante e o antigo corpo de normas civilísticas. Esse influxo socializador atuante sobre as normas do direito privado irá continuamente ganhando fôlego – a Constituição Federal de 88 – até culminar com sua incorporação estrutural às regras do direito civil por meio do atual Código Civil de 2002.

As regras relativas à responsabilidade civil objetiva foram, desde muito cedo, eleitas pela dogmática, mormente pela civilística, como exemplos da atuação daquele influxo socializador sobre o sistema de direito privado. O problema reside em saber se a análise da aplicação dessas regras pelos tribunais superiores confirmaria o discurso dogmático, pois se o valor da solidariedade social, bem como os discursos que tiveram e têm a pretensão de legitimá-lo e operacionalizá-lo são fruto de certa experiência relativa ao Estado Social de Direito, é fundamental buscar estabelecer se essa experiência irá modificar os parâmetros de funcionamento de certas áreas do sistema jurídico associadas ao direito privado, entre elas as que são tidas, desde há muito tempo, como mais suscetíveis a esse movimento de socialização.

Partindo de uma incidência limitada a certos contratos, como o de trabalho e o de transporte de passageiros, e inicialmente vinculada aos chamados acidentes anônimos, a obrigação de

segurança chegará até o estágio em que, segundo parte significativa da doutrina estrangeira, incidirá em todo contrato no qual exista um momento durante sua execução em que a incolumidade física de uma das partes esteja sob o poder e controle da outra.

No que diz respeito especificamente ao setor dos transportes, ainda hoje é recorrente na doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, afirmar que junto à prestação específica do transporte – que se corporifica no processo de traslado de alguém ou alguma coisa de um ponto geográfico a outro – há uma obrigação de preservar a incolumidade do passageiro e/ou a inviolabilidade da carga. Essa obrigação de prestar segurança a bens e pessoas transportadas será muitas vezes compreendida como um seguro, legalmente imposto, frente a certos riscos inerentes à atividade empresarial, no caso, a atividade de transporte.

A admissão da atuação, por força legal, da obrigação de segurança no contrato de transporte acabou por produzir uma modificação profunda na maneira de compreender a relação transportador-passageiro, mas, por mais que essa perspectiva parecesse se distanciar da idéia de culpa como base da responsabilidade civil, ela ainda dependia de uma apreciação da conduta do sujeito a quem se atribuía a autoria do dano; logo, ainda era, em certo sentido, uma responsabilidade subjetiva.

A alteração do raciocínio se processa quando o transportador passa a ser condenado a pagar a reparação não com base em uma presunção de responsabilidade, mas com a justificativa de que deve satisfazer à exigência de garantia na direção da coisa utilizada em sua atividade, garantia estabelecida conforme as expectativas de segurança que os demais sujeitos envolvidos possam, legitimamente, nutrir. A vantagem de fundar a chamada responsabilidade por risco na idéia de solidariedade social é que surge não como decorrente da violação de uma obrigação contratual de segurança, mas como decorrente da tutela de um direito geral à segurança. Aqui, o direito atribuído à vítima não surge como algo a ela concedido exclusivamente em razão da correspondente obrigação contratual, mas como desdobramento de direito que corresponde a toda coletividade. No limite, a expansão da figura da obrigação de segurança para além da área contratual acabou por se transformar numa questão relativa ao direito à segurança, ou seja, substitui-se a perspectiva da responsabilidade, decorrente do descumprimento da obrigação de proteção e vigilância, pela assunção da noção de que o direito à reparação das vítimas decorre de uma exigência de concretização de justiça social.

Assumida a tarefa de analisar a forma como os tribunais superiores brasileiros – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – fazem atuar as regras relativas à responsabilidade civil diante do reconhecimento de um direito social à segurança, mais especificamente, como as aplicam frente aos atentados violentos ocorridos em um espaço utilizado por parte significativa da população de baixa renda do país – o transporte público – percebeu-se que o tratamento dado pelos referidos tribunais tende a cancelar a desigual distribuição da violência e dos custos a ela vinculados.

O Supremo Tribunal Federal construiu, a partir das decisões que produziram a súmula 187, uma orientação calcada na idéia de que o contrato de transporte de pessoas traz em si, e por força do art. 17 do Decreto legislativo 2681 de 1912, uma obrigação de segurança que permite ao passageiro alegar, partindo da prova de que sofreu um dano, a responsabilidade do transportador. Por força dessa orientação, a vítima não necessita demonstrar que tal dano tem como causa o fato do transporte, pois o acidente ocorrido durante o transporte se presume que derive da infração da cláusula de incolumidade.

Essa presunção de violação da cláusula de incolumidade deixa de atuar quando o transportador demonstra a intervenção de um evento que demonstre a inexistência de nexo causal entre o dano sofrido pelo passageiro e o fato do transporte. Tal evento o Supremo Tribunal Federal chamou, em certas oportunidades, de caso fortuito e, em outras, de força maior, não deixando claro se o que o caracterizava era exclusivamente a imprevisibilidade, a inevitabilidade ou a presença de ambas. Esse esclarecimento somente veio a ocorrer em decisões, posteriores à súmula 187, em que se discutiu qual era, diante das regras de responsabilidade civil, o efeito de atos criminosos de terceiros, tais como pedradas lançadas do exterior em direção ao veículo de transporte coletivo e os assaltos a passageiros ocorridos no interior daqueles.

Partindo da noção de que os atos humanos que se realizam por meio do emprego de grave ameaça ou violência devem ser entendidos como atos inevitáveis em seus efeitos, tanto o STF quanto, posteriormente, o STJ acabaram por consolidar o entendimento de que o ato de criminalidade violenta (por exemplo, o assalto) ocorrido dentro dos veículos de transporte público constitui força maior a isentar o transportador. Ainda que mencionem em suas decisões o caráter de exterioridade do fato – crime violento – em relação à atividade – transporte de passageiros –, nota-se a partir da análise dos argumentos expostos nas decisões

que o que, em verdade, conduz o raciocínio de parte significativa dos Ministros de ambos tribunais é uma perspectiva subjetiva de força maior que a compreende como todo fato cujos efeitos são inevitáveis ainda que antecipados por uma diligência extraordinária, não sendo considerada a perspectiva objetiva – mais apta à concretizar a responsabilidade com vistas à socialização dos danos – que parte da premissa de que não constituem força maior os riscos inerentes ao negócio, sendo tal inerência definida em termos de habitualidade e recorrência do fenômeno.

Paradoxalmente constata-se que, simultaneamente à manutenção dessa orientação de que o assalto ocorrido durante o transporte público constitui força maior, são recentemente proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça decisões nas quais prevalece a tese de que os mesmos eventos, se ocorridos no interior de estabelecimentos comerciais, tais como *shopping centers*, geram responsabilidade ao empreendedor. Sob a alegação de que os usuários do transporte público não devem esperar segurança, conclui o referido tribunal que não podem reclamá-la. Sob o argumento de que os consumidores dos serviços e produtos postos à disposição em enclaves urbanos, como são os *shopping centers*, podem nutrir a expectativa de estarem em ambiente seguro, admite o tribunal que possam exigí-la.

Entretanto, é preciso salientar que o problema não seria resolvido de forma adequada ainda que os tribunais superiores estabelecessem a responsabilidade dos transportadores pelos danos sofridos pelos passageiros em decorrência de atos criminosos de terceiros. Isso porque, ao final, a condenação das empresas de transporte faria com que o custo da violência fosse pago, de forma difusa, pelos usuários do sistema quando do pagamento da tarifa. Produzir-se-ia assim, com essa jurisprudência, meramente uma solidariedade restrita (entre os usuários) e, com isso, insuficiente na realização dos ditames do valor da solidariedade social. Mais uma vez mais os efeitos negativos do fenômeno social em questão – criminalidade violenta – restariam limitados à camada mais exposta aos mesmos, ao invés de difundir seu custo pela sociedade como um todo. Além disso, haveria um problema de justificação acerca dos efeitos reparatórios tomados em sua dimensão mais ampla: porque uma compensação seria atribuída a alguém em razão de sofrer a concretização do risco relativo à criminalidade urbana violenta no momento em que utiliza o transporte público e não em outras situações, por exemplo, enquanto caminha na rua?

Todo o exposto remete à necessidade de assumir-se que a questão da criminalidade violenta constitui um risco social e que, portanto, seja qual for o sistema de tratamento jurídico dado à questão da reparação das vítimas, ele deve se concretizar tendo por base uma preocupação com a socialização dos custos em termos de justiça distributiva.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AHRENS, Heinrich. *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit completé dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques*. 7. ed. Leipzig: F. A. Brockhaus, 1875.

ALEMANHA. *Código Civil alemão (BGB - Bürgerliche Gesetzbuch)*. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 16, 1999.

ALIGHIERI, Dante. Purgatorio, Canto XVI, 97. In: _____. *La Divina Commedia*. 14. ed. Milão: Ulrico Hoepli Editore-Libraio, 1949.

ALMANAQUE Abril: Brasil. 26.ed. São Paulo: Abril, 2000.

ALONSO, Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALPA, Guido. Struttura dell'illecito: dolo, colpa, imputabilità, causalità. In: _____. *Responsabilità civile e danno: lineamenti e questioni*. Bolonha: Il Mulino, 1991.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ALVIM, Pedro. *Responsabilidade civil e seguro obrigatório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

ALVINO LIMA. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, Carlos Drummond de. No meio do caminho. In: ANDRADE, Carlos Drummond. *Alguma Poesia*. 2. ed. São Paulo: Record, 2001.

ANDRADE, Oswald de. *Um homem sem profissão*. São Paulo: Ed. Globo, 2002.

ANTONMATTEI, P. H. *Contribution à l'étude de la force majeure*. Paris : LGDJ, 1992.

ANTUNES, Ricardo. *Classe operária, sindicatos e partidos no Brasil*. São Paulo: Global, 1982.

ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco de. Raízes econômicas da criminalidade violenta no Brasil: um estudo usando micro dados e pseudopainel, 1981/1996. In: *Revista de Economia e Administração do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 01, n.03, p. 01-34, jul.-set. 2002.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Insegurança urbana. *Fascículo de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 6, v. 6, n. 1, p. 53-54, jan.-mar. 1993.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 330.

ARENDT, Hannah. Responsabilidade coletiva. In: _____. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARNAUD, André-Jean. *Da giuresconsulti a tecnocrati: diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*". Nápoles: Jovene Editore, 1993.

ARNAUD, André-Jean. *Les origines doctrinales du code civil français*. Paris: LGDJ, 1969.

ARRUDA, Braz de Souza. O Socialismo harmônico e a questão social. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XXIII, 1926.

ARRUDA, João. Democracia e liberalismo. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v.XXV, p. 352-358, 1929.

ARRUDA, João. *Do Regimen Democratico*. 2. ed.. São Paulo: USP, 1949. p. 130. A primeira edição é de 1927.

ARRUDA, João. *Filosofia do direito*. 3.ed. São Paulo: USP, 1949. v.1.

ARRUDA, João. Indigência e socorros. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v.XXIII, p. 247-252, 1927.

ASHTON, Thomas Southcliffe. *A revolução industrial*. Lisboa: Publicações Europa-América, [s.d.].

ASQUINI, Alberto. La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, v. II, p. 359-369, 1919.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. *Relatório Azul 1999/2000*. Porto Alegre, 2000.

ASSIS, Machado de. *A Semana*. São Paulo: Ed. Globo, 1997.

ATIYAH, Patrick S. *The damages lottery*. Oxford: Hart Publishing, 1997.

AUBERT, Jean-Luc. A propôs d'une distinction renouvelée des partie et des tiers. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, p. 263-278, abr.-jun. 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AYNÉS, Laurent; MALAURIE, Philippe. *Cours de Droit Civil: les obligations*. Paris: Cujas, 1985.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

AZEVEDO, Noé. Transporte de passageiro em auto-ônibus. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 34, v. 153, n. 536, p. 3-14, janeiro, 1945.

BALANDIER, Georges. *A desordem: elogio do movimento*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

BALEEIRO, Aliomar. A Constituição de 1946. In: *CONSTITUIÇÕES Brasileiras*. 2.ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Escola de Administração Fazendária, 2000. v. 5

BAPTISTA, Francisco de Paula; RAMALHO, Joaquim Ignácio; TOMASETTI JUNIOR, Alcides. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica* (org.). São Paulo: Saraiva, 1984.

BARKER, Rodney. O trabalhismo inglês: idéias básicas e experiências da 'Fabian Society' aos dias atuais. In: SEMINÁRIO UnB, Brasília, 14-16 nov. 1980. *A social-democracia alemã e o trabalhismo inglês*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, UnB, 1997.

BARRETO, João Paulo Alberto Coelho. A mais estranha das moléstias. In: _____. *Dentro da Noite*. São Paulo: Antiqua, 2002.

BARRETO, João Paulo Alberto Coelho. *Memórias de um rato de hotel*. 2.ed. Rio de Janeiro: Dantes, 2000.

BARRETO, João Paulo Alberto Coelho. O povo e o momento. In: _____. *Vida vertiginosa*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARRETO, Tobias. Discurso em mangas de camisa. In: ROCHA, Hildon (org.). *A questão do poder moderador e outros ensaios*. São Paulo: Vozes; Brasília: MEC, INL, 1977.

BARRETO, Tobias. Homens e princípios. In: ROCHA, Hildon (org.). *A questão do poder moderador e outros ensaios*. São Paulo: Vozes; Brasília: MEC, INL, 1977.

BARRETO, Tobias. Política brasileira. In: ROCHA, Hildon (org.). *A questão do poder moderador e outros ensaios*. São Paulo: Vozes; Brasília: MEC, INL, 1977.

BARRETO, Tobias. Socialismo em literatura. In: _____. *Obras completas*. Sergipe, 1926.

BARRETO, Tobias. Variações anti-sociológicas. In: _____. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseler, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade, igualdade e fraternidade: as falácias ideológicas do nosso tempo. *Revista Forense*, v. 331, jul.-set. 1995.

BASTIAT, Frédéric. *Oeuvres complètes*. Paris : Guillaumin et Cie. Libraires, 1855.

BAUDELAIRE, Charles. *Spleen de Paris*: pequenos poemas em prosa. Lisboa: Relógio d'Água, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BELLAMY, Richard. *Liberalismo e sociedade moderna*. São Paulo: Ed. Unesp, 1994.

BENATTI, Francesco. Osservazioni in tema di 'doveri de protezione'. In : _____. *Studi in onore di Biondo Biondi*. Milão: Giuffrè, 1965. v. IV.

BENEVIDES, Maria Victória. *Polícia, povo e poder*. São Paulo: Brasiliense/CEDEC, 1985.

BENEVIDES, Maria Victória. *Violência, povo e polícia: violência urbana no noticiário da imprensa*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. São Paulo: Vozes, 2002.

BERMAN, Marshal. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BESANT, Annie. Industry under socialism. In: SHAW, George Bernard; WILSHIRE, H. G. (ed.). *Fabian essays in socialism*. New York: The Homboldt Publishing, 1891.

BEVERIDGE, William. *Las bases de la Seguridad Social*. 2.ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

BEVERIDGE, William. *Seguro Social e Seguros Afines*. Madri: Ministério do Trabajo y Seguridad Social, 1989.

BEVILÁQUA, Clóvis. A fórmula Liberdade, Igualdade e Fraternidade: sociologicamente considerada. *Revista dos Tribunais*, Bahia, v. 35, n. 3, p. 179-181, nov.-dez. 1943.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil do Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Editora Rio e Faculdade Estácio de Sá, 1979.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do projeto do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Liv. Francisco Alves, 1906.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Linhas e perfis jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1930.

BIONDI, Aloysio. A sua casa, sem luz. In: _____. *O Brasil privatizado*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 3.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di diritto romano*. 10. ed. Milão: Giuffrè, 1987.

BONNECASE, Julien; BAUDRY-LACANTINERIE, Marie Paul Gabriel. *Suplement au traité théorique et pratique de droit civil*. Paris: Sirey, 1930. v. 3.

BOSI, Alfredo. A escravidão entre dois liberalismos. In: _____. *Dialética da Colonização*. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BOURGEOIS, Léon. *La politique de la prévoyance sociale*. Paris : 1914. v. I.

BOURGEOIS, Léon. *Solidarité*. 3.ed. Paris : Librairie Armand Colin, 1902.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo de Instrumento *nº 516.847*. Agravante: Genildo Chagas de Azeredo e outros. Agravado: Expresso Brasileiro Viação Ltda. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2004.

Disponível em:

<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300703520&dt_publicacao=08/11/2004>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 10.911*. Recorrente: Arlete Valentim. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU. Relator: Ministro Dias Trindade. Rio de Janeiro, 19 de agosto de 1991. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199100092096&data=19/08/1991>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 108.757*. Recorrente: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU/RJ. Recorrido: Braz Santos Marques. Relator: Ministro Fontes de Alencar. São Paulo, 15 de maio de 2000. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199600601046&data=15/05/2000>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 119.202*. Recorrente: Coopertrans Transportes Ltda. Recorrido: Brasil Companhia de Seguros Gerais. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. São Paulo, 23 de agosto de 1999. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199700099075&data=23/08/1999>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 13.351*. Recorrente: Cia. Brasileira de Trens Urbanos – CBTU/STU/RJ. Recorrido: Rodnéia de Assis Menezes.

Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1992. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199100155900&data=24/02/1992>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 145.614*. Recorrente: Giba Logística Transporte Participações e Serviços Ltda. Recorrido: Permit Indústria e Comércio de Confecção Ltda. Relator: Ministro Ary Pargendler. São Paulo, 13 de agosto de 2001.

Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199700600157&data=13/08/2001>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 154.311*. Recorrente: Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU/RJ. Recorrido: Pedro Américo Barbosa. Relator: Ministro Ary Pargendler. São Paulo, 28 de maio de 2001. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199700804054&data=28/05/2001>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.985*. Recorrente: Valdirene Barbosa Santos. Recorrido: Auto Viação Tijuca S/A. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800221638&data=21/08/2000>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 172.333*. Recorrente: Elder Bassoaldo Junior. Recorrido: Expresso Veraneio Ltda. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio Grande do Sul, 14 de setembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800303545&data=14/09/1998>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 175.794*. Recorrente: Empresa de Transporte Andorinha S/A. Recorrido: Maria Eugênia Zagato. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. São Paulo, 21 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800391959&data=21/02/2000>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 185.659*. Recorrente: Protege Proteção e Transporte de Valores S/C Ltda. Recorrido: Nelcina Martins Oliveira da Silva. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. São Paulo, 18 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199800601384&data=18/09/2000>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 200.808*. Recorrente: César Pereira da Rocha. Recorrido: Empresa de Viação Angrense Ltda - EVAL. Relator: Ministro Ari Pargendler. Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199900028880&data=12/02/2001>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 209.062*. Recorrente: Auto Viação Jabour Ltda. Recorrido: Marta Xavier. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Rio de Janeiro, 05 de agosto de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900271734&dt_publicacao=5/8/2002>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 21.731*. Recorrente: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU/RJ. Recorrido: Aparecida Delmiro do Nascimento. Relator: Ministro Bueno de Souza. São Paulo, 29 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199100058408&data=29/06/1992>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 215.618*. Recorrente: Viação Transdutra Ltda. Recorrido: José Aparecido de Souza. Relator: Ministro Castro Filho. São Paulo, 19 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900447921&dt_publicacao=19/12/2005>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.470*. Recorrente: Wagner Lino de Faria. Recorrido: Tapeçaria Santa Rita S/C Ltda.. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. São Paulo, 2º de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199900505360&data=20/08/2001>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 218.852*. Recorrente: Promodal Logística e Transportes Ltda. Recorrido: Companhia de Seguros América do Sul Yasuda. Relator: Ministro Barros Monteiro. São Paulo, 03 de setembro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199900516010&data=03/09/2001>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 231.137*. Recorrente: Central S/A Transporte Rodoviários e Turismo. Recorrido: Gilnei Pereira de Souza. Relator: Ministro Castro Filho. Rio Grande do Sul, 17 de novembro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=1999/0084266-9&dt_publicacao=17/11/2003>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 232.649*. Recorrente: Viação Paratodos Ltda. Recorrido: Dalva Alves da Silva. Relator: Ministro Barros Monteiro. São Paulo, 30 de junho de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199900875729&dt_publicacao=30/06/2003>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 234.263*. Recorrente: Transportes Santo Antonio Ltda. Recorrido: Luiz Henrique Lopes da Silva. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199900927117&data=14/02/2000>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 259.261*. Recorrente: Wellington de Barros Hildebrando e cônjuge. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, 16 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=200000484970&data=16/10/2000>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 278.524*. Recorrente: Transportadora Brasil Central Ltda. Recorrido: AGF Brasil Seguros S/A. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Minas Gerais, 27 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=200000958298&data=27/08/2001>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 30.992*. Recorrente: Isaldino Gomes. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU/RJ. Relator: Ministro Barros Monteiro. Rio de Janeiro, 21 de março de 1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199200338330&data=21/03/1994>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 327.493*. Recorrente: Estacionamento RK S/C Ltda. Recorrido: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. São Paulo, 24 de fevereiro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2001/0054433-8&dt_publicacao=24/02/2003>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 331.801*. Recorrente: Rodrigo Cardoso Freire do Amaral Le. Recorrido: Viação São José Ltda. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Rio de Janeiro, 224 de novembro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100553224&dt_publicacao=22/11/2004>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.436*. Recorrente: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU/RJ. Recorrido: Isalino Soares de Oliveira. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. São Paulo, 4 de outubro de 1993. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199300258265&data=14/11/1994>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 35.827*. Recorrente: Francisco Augusto Bonomo. Recorrido: Makro Atacadista S/A. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo, 20 de março de 1995. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199300162330&data=20/03/1995>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 38.277*. Recorrente: Alexandre Braga dos Santos Siqueira. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU/RJ. Relator: Ministro Nilson Naves. Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199300242610&data=13/12/1993>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 38.816*. Recorrente: Rede Ferroviária Federal S/A RFFSA. Recorrido: Romilton do Carmo. Relator: Ministro Nilson Naves. Rio de Janeiro, 14 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199300258265&data=14/11/1994>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 402.227*. Recorrente: Autor Viação Tijuca S.A. Recorrido: Rejane Carvalho dos Santos. Relatora: Min. Aldir Passarinho Junior. São Paulo, 26 de abril de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=372901&sReg=200101475487&sData=20040426&formato=PDF>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 402.708*. Recorrente: Companhia do Metropolitano de São Paulo Metrô. Recorrido: Berenice Maria das Graças Silva Louzada. Relatora: Min. Eliana Calmon. São Paulo, 28 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200013430&dt_publicacao=28/02/2005>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 419.059*. Recorrente: Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais. Recorrido: Os outros. Relatora: Min. Nancy Andrighi. São Paulo, 29 de novembro de 2004. Disponível em:

<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2002/0021402-6&dt_publicacao=29/11/2004>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 43.756*. Recorrente: Finasa Seguradora S/A. Recorrido: Entregadora e Transportadora XV de Novembro Ltda. Relator: Ministro Antonio Torreão Braz. São Paulo, 01 de agosto de 1994. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199400033605&data=01/08/1994>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 431.091*. Recorrente: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU. Recorrido: Samuel Cossi. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. São Paulo, 25 de agosto de 2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200488920&dt_publicacao=25/08/2003>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 433.738*. Recorrente: AGF Brasil Seguros S/A. Recorrido: Transcolombo Transporte Ltda. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. São Paulo, 17 de fevereiro de 2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200258660&dt_publicacao=17/02/2003>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 435.865*. Recorrente: Evanil Transportes e Turismo Ltda. Recorrido: Severiano de Souza Cruz. Relator: Ministro Barros Monteiro. Rio de Janeiro, 12 de maio de 2003. Disponível em:

<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200653487&dt_publicacao=12/05/2003>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 468.382*. Recorrente: Antonio Atilio Kuhn. Recorrido: Unesul de Transportes Ltda. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Rio Grande do Sul, 03 de maio de 2004. Disponível em:

<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201106810&dt_publicacao=03/05/2004>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 48.967*. Recorrente: Alcino Camarrão Nunes. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU/RJ. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Rio de Janeiro, 17 de outubro de 1994. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199400158173&data=17/10/1994>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 480.498*. Recorrente: Ramiro Antonio Mancini Silva. Recorrido: Banco ABN AMRO Real S/A. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Minas Gerais, 25 de fevereiro de 2004. Disponível em:

<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=2002/0166191-5&dt_publicacao=25/02/2004>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 50.129*. Recorrente: Eli Rodrigues Honorato. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos CBTU/RJ. Relator: Ministro Antonio Torreão Braz. Rio de Janeiro, 17 de outubro de 1994. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199400183992&data=17/10/1994>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 598.248*. Recorrente: Auto Viação 1001 Ltda. Recorrido: Maria José Cler da Silva. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro, 18 de abril de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301795274&dt_publicacao=18/04/2005>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 65.761*. Recorrente: San Pitter Transporte Rápido Indústria e Comércio Ltda. Recorrido: América Latina Companhia de Seguros. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. São Paulo, 17 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199500231336&data=17/12/1999>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 714.728*. Recorrente: Empresa Colibri Transportes Ltda. Recorrido: Carita Leni Borges Ferreira. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Mato Grosso, 1 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500029843&dt_publicacao=01/02/2006>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 74.534*. Recorrente: Viação Itapemirim S/A. Recorrido: Cátia Regina Magalhães da Silva. Relator: Ministro Nilson Naves. Rio de Janeiro, 14 de abril de 1997. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199500469944&data=14/04/1997>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 783.743*. Recorrente: Expresso Mangaratiba Ltda. Recorrido: Maria da Conceição Ferreira. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Rio de Janeiro, 1 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501595750&dt_publicacao=01/02/2006>. Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1003*. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 01 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=346747&codigoClasse=555&numero=1003&siglaRecurso=MC&classe=ADI>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Reg. em Agravo de Instrumento nº 239.107*. Agravante: Banco do Brasil S/A. Agravado: Banco Bamerindus do Brasil S/A. Relator: Ministro Moreira Alves. São Paulo, 19 de outubro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=291415&codigoClasse=510&numero=239107&siglaRecurso=AgR&classe=AI>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.068*. Recorrente: Sebastião Ponciano Ferreira. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU. Relator: Ministro Aldir Passarinho. Rio de Janeiro, 09 de maio de 1986. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=200331&codigoClasse=437&numero=109068&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 109.223*. Recorrente: Rita Amâncio de Oliveira por si e repr. suas filhas. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos. Relator: Ministro Djaci Falcão. Rio de Janeiro, 30 de junho de 1986. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=200466&codigoClasse=437&numero=109223&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 112.411*. Recorrente: Carmem Lúcia da Piedade Siqueira. Recorrido: Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Rio de Janeiro, 21 de abril de 1987. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=203102&codigoClasse=437&numero=112411&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.194*. Recorrente: Antônio Lourenço da Silva. Recorrido: Viação União Ltda.. Relator: Ministro Moreira Alves. Rio de Janeiro, 15 de maio de 1987. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=203766&codigoClasse=437&numero=113194&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.195*. Recorrente: Luiz Moreira Martinez. Recorrido: Auto Viação 1001 S.A.. Relator: Ministro Djaci Falcão. Rio de Janeiro, 13 de setembro 1988. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=203767&codigoClasse=437&numero=113195&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 113.555*. Recorrente: Lucimar de Almeida Malvino, por si e representando seus filhos. Recorrido: Linave Transportes Ltda. Relator: Ministro Carlos Madeira. Rio de Janeiro, 03 de junho de 1987. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=204065&codigoClasse=437&numero=113555&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 130.764*. Recorrentes: Estado do Paraná e Ministério Público do Estado do Paraná. Recorridos: H. Kaminski & Cia. Ltda. e outros. Relator: Ministro Moreira Alves. Paraná, 12 de maio de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=207632&codigoClasse=437&numero=130764&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 23.339 (Embargos)*. Recorrente: Serviço de Viação de Niterói e São Gonçalo. Recorridos: Adelaide Rodrigues da Conceição e outra. Relator: Ministro Orosimbo Nonato. Rio de Janeiro, 24 de junho de 1955. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=32770&codigoClasse=240&numero=23339&siglaRecurso=embargos&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 33.144*. Recorrente: Maria Marcelina Dantas. Recorrido: Cia. Linha Circular de Carris da Bahia. Relator: Ministro Ary Franco. Bahia, 24 de janeiro de 1957. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=133680&codigoClasse=437&numero=33144&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265*. Recorrente: Departamento de Bondes e Ônibus. Recorrido: Lucio Flavio de Albuquerque. Relator: Ministro Afrânio Costa. Minas Gerais, 16 de dezembro de 1958. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=136562&codigoClasse=437&numero=36265&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 36.265 (Embargos)*. Embargante: Lucio Flavio de Albuquerque. Embargado: Departamento de Bondes e Ônibus. Relator: Ministro Pedro Chaves. Minas Gerais, 10 de maio de 1963. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=34468&codigoClasse=240&numero=36265&siglaRecurso=embargos&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979 (Embargos)*. Embargante: Rio Light – Serviços de Eletricidade e Carris. Embargados: Nivaldo Pernambuco Ventura e outros. Relator: Ministro Ary Franco. Guanabara, 17 de abril de 1961. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=35684&codigoClasse=240&numero=42979&siglaRecurso=embargos&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 42.979*. Recorrente: Cia. De Carris Luz e Força do Rio de Janeiro. Recorrido: Nivaldo Pernambuco Ventura e outro. Relator: Ministro Vilas Boas. Distrito Federal, 10 de novembro de 1959. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=142810&codigoClasse=437&numero=42979&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 45.426*. Recorrente: A Rio Light S/A. Recorrido: Laura Piñero Pazos. Relator: Ministro Lafayette de Andrada. Guanabara, 06 de junho de 1961. Disponível em:
<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=144995&codigoClasse=437&numero=45426&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 49.149*. Recorrente: A Rio Light S/A Serviços de Eletricidade e Carris, Oswaldo Cruz Paiva. Recorrido: Maria do Carmo Duarte Bicho e outras. Relator: Ministro Ary Franco. Guanabara, 09 de novembro de 1961. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=148257&codigoClasse=437&numero=49149&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 49.149 (Embargos)*. Embargante: A Rio Light S/A Serviços de Eletricidade e Carris. Embargados: Maria do Carmo Duarte Bicho e outras. Relator: Ministro Victor Nunes. Guanabara, 03 de agosto de 1962. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=36658&codigoClasse=240&numero=49149&siglaRecurso=embargos&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 52.712*. Recorrente: Maria Torres e outro. Recorrido: Esso Brasileira de Petróleo S/A, Rio Light – Serviços de Eletricidade e Carris. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Guanabara, 30 de julho de 1963. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=151547&codigoClasse=437&numero=52712&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 52.712 (Embargos)*.

Embargante: Rio Light – Serviços de Eletricidade e Carris. Embargado: Maria Torres e outro. Relator: Ministro Evandro Lins. Guanabara, 18 de novembro de 1963. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=37147&codigoClasse=240&numero=52712&siglaRecurso=embargos&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 70.400 (Embargos)*.

Embargante: Viação Cometa S/A. Embargada: Maria Aparecida de Melo Barbieri. Relator: Ministro Amaral Santos. São Paulo, 16 de junho de 1971. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 62, p. 91-93, 1972.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 73.294*. Recorrente:

Waldemar Francisco da Costa. Recorrido: Transportes Sol S/A. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Guanabara, 03 de dezembro de 1973. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=169028&codigoClasse=437&numero=73294&siglaRecurso=&classe=RE>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 80.412*. Recorrente: Sueli Teixeira Lemos. Recorrido: Rede Ferroviária Federal S/A. Relator: Ministro Soares Muñoz. Rio de Janeiro, 27 de setembro de 1977. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 86, p. 837-840, 1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 88.407*. Recorrente: Eunice de Souza dos Santos, por si e assistindo suas filhas menores. Recorrido: Taxi Rei Ltda.

Relator: Ministro Carlos Thompson. Rio de Janeiro, 07 de agosto de 1980. *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, v. 96, p. 1201-1222, 1986.

BRAUDEL, Fernand. *A dinâmica do capitalismo*. 2.ed. Lisboa: Teorema, 1986.

BRAUDEL, Fernand. A longa duração. In: _____. *História e Ciências Sociais*. 2.ed. Lisboa: Presença, 1976.

BURKE, Edmund. *Textos Políticos*. México: Fundo de Cultura Económica, 1942.

BURKE, Edmund. *Thoughts and details on scarcity*. 1795. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/Texts/LFBooks/Burke0061/SelectWorks/HTMLs/0005-04_Pt03_Scarcity.html>. Acesso em: 27 jul. 2006.

CAIAFA, Janice. *Jornadas urbanas: exclusão, trabalho e subjetividade nas viagens de ônibus na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. Yale: Yale University Press, 1970.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton and Company, 1978.

CALDEIRA, César. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: um estudo sócio-jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n.149, p. 163, jan.-mar. 2001.

CALDEIRA, Jorge. *A nação mercantilista: ensaio sobre o Brasil*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

CALDEIRA, Jorge. *Mauá, Empresário do Império*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

CALDEIRA, Teresa. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, EDUSP, 2003.

CALÓGERAS, Pandiá. Projeto nº 39 A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909. p.143-171, 251-280.

CALÓGERAS, Pandiá. Substitutivo ao projeto nº 176. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.

CALVINO, Italo. *Cidades Invisíveis*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

CALVINO, Italo. *Por que ler os clássicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Magistratura, sistema jurídico e sistema político. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANDIDO, Antonio. *Literatura e Sociedade*. 8. ed. São Paulo: Publifolha, T. A. Queiroz Editor, 2000.

CANDIDO, Antonio. *O método crítico de Sílvio Romero*. São Paulo: FFLCH/USP, 1988.

CANDIDO, Antonio. O significado de 'Raízes do Brasil'. In: HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CANE, Peter. *Atiyah's accidents, compensation and the law*. London: Butterworths, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPONI, Mario Claudio. Responsabilità oggettiva del prestadore di servizi. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, v. IX-X e XI-XII, p. 577-580, 1989.

CARBONIER, Jean. *Droit civil* : vol. IV – Les obligations. 21.ed. Paris : Thémis, Presses Universitaires de France, 1998.

CARBONIER, Jean. *Sociologia jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CARRARA, Francesco. Sul caso fortuito (studio). In: _____. *Opuscoli di diritto criminale*. 4.ed. Prato, Tipografia Giachetti, 1885. vol. III, XXXI,

CARRERAS, Albert; GIUSTINI, Andréa; KUNZ, Andreas (orgs.). *Regulation of urban public transport in Rio de Janeiro and São Paulo (1870-1930), XIX and XX Centuries Transport History Current Trends and New Problems*. Florence: European University Institute, 1995. European University Institute Working Papers in History, no. 95/2.

CARVALHO, Joaquim de. A crítica da Segunda Escolástica Portuguesa. In: PAIM, Antonio. *O nascimento da moderna pedagogia*: Verney. São Paulo: Pontificia Universidade Católica, Conselho Federal de Cultura, Editora Documentário, 1979. Textos Didáticos do Pensamento Brasileiro, vol. II.

CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre direito econômico*. 1971. Dissertação (Livre Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1971.

CASTRO, Pedro de. Estylo e fórmula das decisões judiciais. *Revista de Direito de Bento de Faria*, vol. XLII, fasc. III. p. 412, dez. 1916.

CASTRONOVO. *La nuova responsabilità civile*. Milão: Giuffrè Editore, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAZADERO, Manuel. *Las revoluciones industriales*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito Social Brasileiro*. São Paulo: LTr, 1980.

CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Organização Simões Editôra, Instituto Nacional do Livro, 1969. v.1

CHACON, Vamireh. *História das idéias socialistas no Brasil*. 2.ed. Fortaleza: Edições UFC; Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1981.

CHACON, Vamireh. *O Humanismo brasileiro*. São Paulo: Summus Editorial, Secretaria de Estado da Cultura, 1980.

CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée: les influences reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. Paris : LGDJ, 1957.

CHAUVEAU, Paul. Les responsabilités des transporteurs. In: RIPERT, Georges. *Le droit privé français au milieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris : LGDJ, 1950. Tomo II.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime: a caminho dos Gulags em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COCAT, Marcel. *Du fondement de la responsabilité du voiturier en matière de transport de personnes*. Paris: Librairie Dalloz, 1923.

COCHEZ, Carole. *Le droit dans l'année sociologique (1896-1925) : contribution à l'étude de la place du droit dans les premiers temps de l'école durkheimienne*. 2004. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Lille II, 2003-2004. Disponível em: <<http://edocorale74.univ-lille2.fr>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

COELHO, Edmundo Campos. *A criminalidade urbana violenta*. Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, dezembro 1987.

COELHO, Edmundo Campos. A criminalização da marginalidade e a marginalização da criminalidade. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 139-161, abr.-jun. 1978

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

COGLIOLO, Pietro. *Scritti varii di diritto privato*. 5. ed. Turim: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1917. v. 2.

COHEN, Stephen S.; SYSMAN, John. *Manufacturing matters: the myth of the post-industrial economy*. New York: Basic Books, 1987.

COLEMAN, Jules. *Risks and wrongs*. Oxford: Oxford Univeristy Press, 1992.

COLLIARD, Claude-Albert. La machine et l'évolution du droit. In : RIPERT, Georges. *Le droit prive français au milieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris : LGDJ, 1950. Tomo I.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abril-junho, 1998.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*. Paris : Dalloz, 1964.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. In: _____. *Direito Público: ensaios e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da modernização do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1.

CORRÊA, Oscar Dias. A crise da constituição e as mudanças: a ordem econômica e social. In: _____. *A crise da Constituição, a Constituinte e Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COSTA, Angela Marques da; SCHWARZ, Lilá Moritz. *1890-1914: no tempo das certezas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

COURCY, Alfred de. *Question de Droit Maritime*. Paris : Imprimerie Administrative de Paul Dupont, 1860. v. IV

COUSTASSE, Alberto; ITURRA, Fernando. *El caso fortuito ante el derecho civil*. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1958.

COVELLO, Sergio Carlos. *A obrigação natural: elementos para uma possível teoria*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1996.

COVIELLO, Nicola. Do caso fortuito. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, dez./1908.

CREPEAU, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Québec: Centre de recherche en droit privé & compare du Québec, Lês Éditions Yvon Blais Inc., 1989.

CRITSINELIS, Marco Falcão. Responsabilidade civil: quando o fato de terceiro se equipara ao caso fortuito. *Adcoas*, São Paulo, n. 18, jun/1996.

CUBAS, Viviane de Oliveira. *Segurança privada: a expansão dos serviços de proteção e vigilância em São Paulo*. São Paulo: FAPESP, Associação Editorial Humanitas, 2005.

DAMATTA, Roberto. As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social. In: PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado et al. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAMATTA, Roberto. Cidadania: a questão da cidadania num universo relacional. In: _____. *A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *O conflito de vizinhança e sua composição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Palavras de um professor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DEANE, Phyllis. *A revolução industrial*. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 27 jul. 2006.

DEFFERRARD, Fabrice. *Une analyse d l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère*. Paris : Dalloz, 1999.

DERNBURG, Heinrich. *Pandette, diritto delle obbligazioni*. 6.ed. Turim: Fratelli Bocca, 1903-1907.

DESLANDRES, Maurice. Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales. In: L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles. Paris : Arthur Rousseau Éditeur, 1914.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. I.

DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade civil das empresas de transportes. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. CIII, ano XLII, n. 507, p. 443-446, jul. 1945.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. XII.

DOMAT, Jean. *Oeuvres de J. Domat*. Paris: Frimim Didot père et fils, Libraire de Jurisprudence, 1828. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5469d/f5.CadresPage>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

DOUGLAS, Mary. *Como as instituições pensam*. São Paulo: EDUSP, 1998.

DOUGLAS, Mary. *Risk acceptability according to the social science*. New York: Sage, 1985.

DUARTE, Nestor. *A ordem privada e a organização política nacional: contribuição à sociologia política brasileira*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.

DUFOURMANTELLE, Roger. *La force majeure dans les contrats civils ou commerciaux et dans les marches administratifs*. Paris: M. Girard & E. Brière, 1920.

DUGUIT, Leon. *Le droit social, de droit individuel et la transformation de l'État*. 3.ed. Paris : F. Alcan, 1922.

DUGUIT, Léon. L'État, le droit objectif et la loi positive. In : _____. *Études de Droit Public*. Paris : Albert Fontemoing Éditeur, 1901. Tomo I.

DUGUIT, Leon. *Leçons de droit public general*. Paris: E. de Boccard Editeur, 1926.

DUGUIT, Leon. *Les transformations du droit privée*. 2. ed. Paris, F. Alcan, 1920.

DUGUIT, Léon. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris : Librairie Félix Alcan, 1912.

DUGUIT, Léon. *Traité du Droit Constitutionnel*. 2.ed. Paris : A. Fontemoing Éditeurs, 1921. Tomo III.

DULEMAU, Jean. Seguridad : historia de una palabra y de un concepto. In: DELUMEAU, Jean et al. *El miedo : reflexiones sobre su dimensión social y cultural*. Medellín: Corporación Región, 2002.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, Émile. *Ética e sociologia da moral*. São Paulo: Landy Editora, 2003.

DURKHEIM, Émile. *Lições de Sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DURKHEIM, Émile; WEBER, Max. *Socialismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. *Seis passeios pelo bosque da ficção*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

ENCICLOPÉDIA Universal Ilustrada Europeo-Americana. Barcelona: Hijos de J. Espasa Editores, 1926. Tomo XXVIII, 2ª parte.

ENNECCERUS, Ludwig. Derecho civil : parte general, vol. II, segunda parte. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 3. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981.

ESMEIN, Paul. L'obligation et la responsabilité contractuelles. In: RIPERT, Georges. *Le droit privé français au milieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris : LGDJ, 1950. Tomo II.

ESPING-ANDERSEN. *The three worlds of welfare capitalism*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

ESPÍNOLA, Eduardo. A jurisprudência dos tribunais: sua função e técnica, importância e utilidade dos comentários às sentenças. *Pandectas Brasileiras*, Rio de Janeiro, v.1, 1926.

ESPÍNOLA, Eduardo. Da responsabilidade das estradas de ferro e outras empresas de transportes, pelos danos causados aos passageiros e aos transeuntes. *Revista Direito*, Rio de Janeiro, ano I, v. III, pp. 09-17, maio-jun. 1940.

EWALD, François. *Foucault: a norma e o direito*. Lisboa: Vega, 1993.

EWALD, François. *L'Etat providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.

EWALD, François. *Para um positivismo crítico: Michel Foucault e a filosofia do direito*. In: _____. *Foucault: a norma e o direito*. Lisboa: Vega, 1993.

EXNER, Adolphe. *La notion de force majeure, théorie de la responsabilité dans le contrat de transport*. Paris: L. Larose & Forcel Editeurs, 1892.

FAIVRE-LAMBERT, Yvonne. *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*. Sirey : Recueil Dalloz, 1994.

FAIVRE-LAMBERT, Yvonne. L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 86, jan.-mar. 1987.

FALCÃO, Maria do Carmo. A seguridade na travessia do estado assistencial brasileiro. In: OS DIREITOS (dos desassistidos) sociais". 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

FAORO, Raymundo. *Existe um pensamento político brasileiro*. São Paulo: Ática, 1994.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Publifolha, Globo, 2000.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIAS, José Fernando de Castro. *As origens do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, José Fernando de Castro. *Ética, política e direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

FEBVRE, Lucien. *Pour l'histoire d'un sentiment: le besoin de sécurité*. Paris : Annales ESC, vol. 11, p. 244-247, 1956.

FEIJÓ, Diogo Antonio. Filosofia moral. In: _____. *Cadernos de Filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1967.

FEINBERG, Joel. Collective responsibility. *The Journal of Philosophy*, v. 65, n. 21, pp. 674-688, nov. 1968.

FEINBERG, Joel. Problematic responsibility in law and morals. *The Philosophical Review*, v. 71, n. 3, pp. 340-351, jul. 1962.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio S. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

FERRAZ, Hermes. *Filosofia urbana*. São Paulo: João Scortecci Editora, 1997.

FERREIRA, Gabriela Nunes. *O coração do Estado Imperial*. In: MOTA, Carlos Guilherme (coord.) *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (século XVI a 1850)*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

FOERSTER, Robert F. The British National Insurance Act. *The Quartely Journal of Economics*, v. 26, n. 2, fevereiro, 1912.

FOLHA DE SÃO PAULO, São Paulo, 1 dez. 2005. Caderno Cotidiano, p. C4.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. São Paulo: Revista Forense, 1958.

FORSTHOFF, Ernest. The administration as provider of services. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Ed.) *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000.

FORSTHOFF, Ernst. Concetto e natura dello stato sociale di diritto In: _____. *Stato di diritto in trasformazione*. Milão: Giuffrè Editore, 1973.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 14. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

FRANÇA, Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

FRANÇA. *Code Civil*. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CCIVILL0.rcv>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

FRANÇA. Corte de Cassação. Cass., 10 nov. 1884 (D. 1885, 1, 433, note Sarrut; S. 1885, 1, 129, note Lyon-Caen).

FRANÇA. Corte de Cassação. Cass., 13 mars 1895 (S. 1893, 1, 285); 1 mai 1899 (D. 1899, 1, 558) 14 déc. 1903 (D. 1905, 1, 314).

FREITAS, Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876.

FREITAS, Teixeira de. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, Universidade de Brasília, 1983. Vol. I.

FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Sirey: Paris, 1937.

GETTING, André. *La sécurité sociale*. Paris, Presse Universitaires de France, 1966.

GHESTIN, Jacques. Nouvelles propositions pour um renouvellement de la distinction des parties et des tiers. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, p. 777-799, out.-dez. 1994.

GINZBURG, Carlo. *Relações de força: história, retórica e prova*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: _____. *Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIORGI, Raffaele de. Modelos jurídicos de igualdade e de equidade. In: _____. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

GIOVANOLI, Silvio. *Force majeure et cas fortuit em matière d'inexécution des obligations, selon le code des obligations suisse (avec une comparaison des droits allemand et français actuels)*. Genebra: Georg & Cie. S.A., Libraires de L'Univerité, 1933.

GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1929.

GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

GLASSNER, Barry. *Cultura do Medo*. São Paulo: Ed. Francis, 2003.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. A constituição e seus reflexos no direito das obrigações. *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileira*, v. I.

GOMES, Orlando. *A crise do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955.

GOMES, Orlando. O sentido das transformações. In: _____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951. vol. II.

GONZALEZ, Matilde Zavala. *Responsabilidad por riesgo*. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1997.

GRAHAM, Sandra Lauderdale. *Proteção e obediência: criadas e seus patrões no Rio de Janeiro*, 1860.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1981.

GRAU, Eros Roberto. Estado, políticas públicas e projeto democrático. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 2, pp. 09-19, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Um novo paradigma dos contratos?. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 2, v. 5, p. 73-82, jan./mar. 2001.

GREEN, Thomas Hill. *Lectures on the principles of political obligation*. Ontario: Batoche Books, 1999.

GROTIUS, Hugues. *Le droit de la guerre et de la paix*. Amsterdam: Pierre de Coup, 1724. Tomo II. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55034/f5.item>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine. De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 2, p. 275-285, abr.-jun. 1994.

GUNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. *Novos Estudos Cebrap*, n. 63, pp. 105-118, jul. 2002.

GURVITCH, Georges. *L'idée du Droit Social: notion et système du Droit Social : histoire doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle*. Paris : Recueil Sirey, 1932.

GURVITCH, Georges. *La déclaration des droits sociaux*. Nova Iorque : Éditions de la Maison Française, 1944. Colection Civilisation dirigida por Jacques Maritain.

GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina de Estrella. *La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectiva*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, Igualdad, Fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HART, H. L. Legal responsibility and excuses. In: _____. *Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon Press, 1968.

HARVIE, Christopher. Revolution and the rule of law. In: LANGFORD, Paul; HARVIE, Christopher (org.). *The eighteenth century and the age of industry*. New York: Oxford University Press, 1992.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Barcelona: Ariel, 1987.

HAURIOU, Maurice. *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris : Librairie Bloud & Gay, 1933.

HAURIOU, Maurice. *Leçons sur le mouvement social*. Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1899.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães Editora, 1990.

HELLER, Herman. *Teoría del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1942.

HERBEL, G. A. Seguridad urbana y violencia social. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, v. XV, n. 51, p. 9-12, p. 239-40, 1993.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

HIRSCHMAN, Albert O. *De consumidor a cidadão: atividade privada e participação na vida pública*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HOBHOUSE, L. T. *Liberalism*. Oxford, [s.n.], 1911.

HOBHOUSE, L. T. The ethical basis of collectivism. *International Journal of Ethics*, v. 8, n. 2, jan. 1898.

HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. I.

ILANUD-Datafolha. Pesquisa de Vitimização. *Revista do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente*, n. 10, 1998.

INTERNATIONAL Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. 03 jan. 1976. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ceschr.htm>. Acesso em: 27 jul. 2006.

IRTI, Natalino. Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà. In: _____. *L'ordine giuridico del mercato*. 3.ed. Roma: Editori Laterza, 1998.

IRTI, Natalino. *L'Età della decodificazione*. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1979.

JAGUARIBE, Hélio. San Tiago Dantas e o Projeto Nacional. In: _____. *San Tiago Dantas: um seminário na Universidade de Brasília*. Brasília: Ed. UNB, 1985.

JAKOBS, Günther. *Ação e omissão no direito penal*. São Paulo: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. Fundamentos de la imputación objetiva del comportamiento. In: _____. *La imputación objetiva em Derecho penal*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. *Sobre o estado da omissão*. São Paulo: Manole, 2003.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

JOSSERAND, Louis. Da responsabilidade pelo fato das coisas inanimadas: extratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 109-110, 2005.

JOSSERAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*. 2.ed. Paris : Librairie Dalloz, 1939.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, v. 89, 1941.

JOSSERAND, Louis. Force majeure et cas fortuit, chronique. *Dalloz Hebdomadaire*, Paris, v. 25 , 1934.

JOSSERAND, Louis. Les Transports. In: THALLER, Edmond. *Traité général théorique et pratique de droit commercial*. Paris: Editions Arthur Rousseau, 1910.

JOSSERAND, Louis. Teoría general de las obligaciones. In: _____. *Derecho Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch & Cia. Editorial, 1950. Tomo II, v. I.

KAHN, Túlio. *Cidades blindadas: ensaios de criminologia*. São Paulo: Ed. Sicurezza, 2002.

KANT, Emmanuel. *Métaphysique des mœurs: doctrine du droit*. Paris: GF Flammarion, 1994.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1999.

KASPERSON, Roger E. Social amplification of risk: progress in developing an integrative framework. In: KRIMSKY, Sheldon; GOLDING, Dominic (Ed.). *Social theories of risk*. Westport: Praeger, 1992.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1990.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KEYNES, John Maynard. El final de laissez-faire. In: _____. *Ensayos sobre intervención y liberalismo*. 2.ed. Barcelona: Orbis, 1986.

KEYNES, John Maynard. *Teoría general del empleo, del interes y del dinero*. 2.ed. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1970.

KHAN, Túlio. Criminalidade e meios de comunicação. In: _____. *Cidades blindadas: ensaios de criminologia*. São Paulo: Ed. Sicurezza, 2002.

KHAN-FREUD, O. Introdução. In: RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. London: Routledge & Kegan Paul, 1976.

KOWARICK, Lúcio. As desventuras da cidadania. In: _____. *Escritos Urbanos*. São Paulo: Ed. 34, 2000.

KOWARICK, Lúcio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil urbano. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 63, p. 9-30, jul./2002.

KOWARICK, Lúcio; BONDUKI, Nabil. Espaço urbano e espaço político: do populismo à redemocratização. In: KOWARICK, Lúcio (org.). *As lutas sociais e a cidade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1994.

KRAUSE, Karl Friedrich. *O ideal da humanidade para a vida*. Buenos Aires: Eduardo Perié Editor, 1884.

KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KURZ, Robert. *O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial*. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia. das Letras, 1999.

LALOU, Henri. *La responsabilité civile: principes élémentaires et applications pratiques*. Paris: Dalloz, 1928. p. 76. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55351x>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

LANDES, David S. *Prometeu desacorrentado: transformação tecnológica e desenvolvimento industrial na Europa ocidental desde 1750 até a nossa época*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Edersa, 1958. Tomo I.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, v. 2, 1959.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste-Gulbenkian, 1978.

LAURENT, F. *Cours Élémentaire de Droit Civil*. Paris : Librairie A. Maresq; Bruxelles : Bruylant-Cristophe, 1887. Tome Troisième.

LAURENT, F. *Principes de Droit Civil Français*. Bruxelles : Bruylant-Cristophe; Paris : Librairie A. Marescq, 1893.

LE FUR, Louis. Droit individuel et droit social. In: LE FUR, Louis. *Les grands problèmes du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1937.

LE TORNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2004.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 145, p. 1-20, jul.-set. 1981.

LEÃO, Antonio Carlos Amaral Leão. A era da violência no Rio de Janeiro e a excludente de responsabilidade civil do art. 17, I do Dec. 2.681/12. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 84, v. 715, maio/1995.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral; GRAMÁTICO, Alexandre José Norman; LEÃO, Hugo Leonardo V. C. O direito, a violência e a excludente do art. 17, I do Decreto nº 2.681/12. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 331, jul.-set./1995

LEFEBVRE, Henri. *A cidade do capital*. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 1999.

LESSA, Pedro. Da responsabilidade dos empresários de transporte. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, v. 10.

LESSA, Pedro. *Estudos de filosofia do Direito*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002. A primeira edição dessa obra é de 1911.

LESSA, Pedro. O Direito no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. VIII, 1900.

LÉVY, Emmanuel. *La vision socialiste du droit*. Paris: Girard, 1926. p. 79. Primeira edição em 1899.

LIMA BARRETO, Afonso Henriques de. *Recordações do Escrivão Isaías Caminha*. São Paulo: Brasiliense, 1961. Obra Completa, Vol. I.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

LIMA, Alvino. Da influência, no Direito Civil, do movimento socializador do Direito. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. XXXV, p. 199-213, 1939.

LIMA, Alvino. Situação atual, no direito civil moderano, das teorias da culpa e do risco. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. LXXXIV, ano XXXVII, n. 447, p. 385-389, set. 1940.

LIMA, Hermes. *Tobias Barreto*. São Paulo: Editora Nacional, 1939.

LIMA, Renato Sérgio de. *Criminalidade urbana - conflitos sociais e criminalidade urbana: uma análise do homicídios cometidos no município de São Paulo*. São Paulo: Sicurezza Editora, 2002.

LINHARES, Marcelo Jardim. *Coação irresistível*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

LINS, Paulo. *Cidade de Deus*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

LISBOA, José da Silva, Visconde de Cairu. *Constituição moral e deveres do cidadão com exposição da moral pública conforme o espírito da Constituição do Império*. Rio de Janeiro : Typ. Nacional, 1824-1825.

LONGO, Filippo. *Del caso fortuito e del rischio e pericolo in materia di obbligazioni*. Nápoles: Tipografia della Critica Forense, 1893.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LÖWY, Michel; SAYRE, Robert. *Romantismo e Política*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Kant, o krausismo e sua repercussão na Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas*. Porto Alegre: 2003. Datilografado.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Translated by Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. Nova Iorque: Aldine de Gruyter, 1993.

LUZZATO, Giuseppe Ignazio. *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*. Milão: Giuffrè, 1938. v. I – La responsabilità per custodia.

MACEDO, Ubiratan Borges de. *A liberdade no Império: o pensamento sobre a liberdade no império brasileiro*. São Paulo: Editora Convívio, 1977.

MACHADO NETO, A. L. *História das idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

MACHADO, Dyonélio. *Os ratos*. 11.ed. São Paulo: Ática, 1987.

MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

MACPHERSON, C. B. *Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade no século XX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MAFFEI, Domenico. *Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori*. Milão: Giuffrè, 1957.

MAGANO, Octávio Bueno. Washington Luís e a questão social. *Rev. da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 90, 1995.

MAGGIOLLO, Marcello. Effetti contrattuali a protezione del terzo. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno XLVII, nº 01, p. 39-71, gen.-feb. 2001.

MAJELLO, Ugo. *Custodia e deposito*. Nápoles: Jovene, 1958.

MALAURIE, Philippe ; AYNÈS, Laurent ; STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Les obligations*. Paris: Defrénois, 2003.

MALINVAUD, Philippe. *Droits des obligations: les mécanismes juridiques des relations économiques*. 5. ed. Paris : Litec, 1990.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MANTOUX, Paul. *A revolução industrial no século XVIII*. São Paulo: Unesp/Hucitec, [s.d.].

MARICATO, Ermínia. *Metrópole na periferia do capitalismo: ilegalidade, desigualdade e violência*. São Paulo: Hucitec, 1996.

MARINHO, Josaphat. Análise da Constituição de 1891. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. *O pensamento constitucional brasileiro*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. Ciclo de conferências realizado pela Universidade de Brasília.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. II.

MARSHALL, T. H. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998.

MARSHALL, T.H.. The right to welfare. In: _____. *The right to welfare and other essays*. Londres: Heineman Education Books, 1981.

MARTINEZ, Kátia. Regulation of urban public transport in Rio de Janeiro and São Paulo (1870-1930). In: CARRERAS, Albert; GIUSTINIM Andrea; KUNZ, Andréas (orgs.). *XIX and XX Centuries Transport History Current Trends and New Problems*. Florença, European University Institute, 1995.

MARTINS, José Salgado. *Direito penal: introdução e parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1974.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro : Forense, 2003. Vol. V, T. II.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre *cosmos* e *taxis*: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 93, p. 29-52, 1991.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. Contribuição ao personalismo jurídico. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1999. p. 105. Originalmente publicado em 1953 como tese de Livre Docência apresentada à Fac. De Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

MATOS, João Teodoro Xavier de *Theoria Transcendental do Direito*. São Paulo: Typographia de Jorge Seckler, 1876.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: _____. *Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. III.

MAXWELL, Kenneth. Marquês de Pombal – paradoxo do Iluminismo. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MEDINA, Diego Eduardo López. *El derecho de los jueces*: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis Editores, Ediciones Uniandes, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos. *Revista dos Tribunais*, v. 552, p. 11-20, out./1981.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 1969. vol. 2.

MELO, Albertino Daniel de. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MENDONÇA, J. X. Carvalho. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960. v. VI, livro IV.

MENGER, Anton. *El derecho civil y los pobres*. Granada: Comares Editorial, 1998.

MENGONI, Luigi. Obblighazioni 'di risultato' e obblighazioni 'di mezzi': studio critico. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, v. I, p. 380-382, 1954.

MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora: contribuição ao estudo da formação brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MICHAUD, Yves. *A violência*. São Paulo: Ática, 2001.

MILLER, David. *Principles of social justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. Tomo V.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4.ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1963. Tomo V.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. A primeira edição é de 1928.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1972. Tomo IV.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1954. Tomo II.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1958. Tomo XXIII.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1964. Tomo XLV.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *L'ONU et la doctrine moderne des droits d l'homme*. Paris: A. Pedone, 1951.

MOGGRIDGE, D. E. *Keynes*. Londres: Macmillan, 1976.

MOISÉS, José Álvaro; MARTINEZ-ALIER, Verena. A revolta dos suburbanos ou Patrão, o trem atrasou. In: MOISÉS, José Álvaro et al. *Contradições urbanas e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: CEDEC, Paz e Terra, 1978.

MONTENEGRO, João Alfredo de Sousa. *O discurso autoritário de Cairu*. 2ª ed. Brasília, Senado Federal: 2000.

MORAES FILHO, Evaristo de. *As idéias fundamentais de Tavares Bastos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2001.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Tobias Barreto, intérprete do caráter nacional*. In: ROCHA, Hildon (org.). *A questão do poder moderador e outros ensaios*. São Paulo: Vozes; Brasília: MEC, INL, 1977.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa: Editorial Caminho, 1987.

MOTA, Carlos Guilherme. Do Império luso-brasileiro ao Império brasileiro. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro – século XVI a 1850*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MOTA, Carlos Guilherme. *Ideologia da cultura brasileira: 1933-1974*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1994.

NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 75, 1999.

NABUCO, Joaquim. *Um estadista no Império*. São Paulo: Topbooks, 1997.

NAÍM, Moisés. *Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. Responsabilidade civil da administração pública. Aspectos do direito brasileiro vigente: CG, 37, § 6º e CC 15. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 1, v. 01, p. 29-42, jan.-mar. 2000.

NEVES, António Castanheira. Justiça e Direito, Coimbra, n. especial, 1979. *Estudos em homenagem ao Prof. J.J. Teixeira Ribeiro*, Jurídica II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

NEVES, Idílio das. *Direito da segurança social: princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Almedina, 1996.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOGUEIRA, Almeida. *A Academia de São Paulo: tradições e reminiscências*. São Paulo: Saraiva, 1977.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

NORONHA, Fernando. O nexó de causalidade na responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 04, v. 14, pp. 53-77, abr.-jun./2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987.

OLIVEIRA, Clóvis Silveira de. *Porto Alegre a cidade e sua formação*. 2.ed. Porto Alegre: Editora Metrópole, 1993.

OLIVEIRA, Francisco. Crítica à razão dualista. In: _____. *Crítica da razão dualista: o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

OLIVEIRA, Naila; BARCELLOS, Tanya. Violência urbana: dominação e exclusão social. In: O RIO GRANDE do Sul urbano. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 1990.

OLIVER, Sydney. Moral. In: SHAW, George Bernard; WILSHIRE, H. G. (ed.). *Fabian essays in socialism*. New York: The Homboldt Publishing, 1891. p. 123. Primeira edição em 1889. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/YPDBooks/Shaw/shwFStoc.html>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

OLMO, Rosa del. Ciudades duras y violencia urbana. *Nueva Sociedad*, Caracas, n. 167. p. 74-86, mayo-junio 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Brasília, 2002.

PAIM, Antonio. *A filosofia da Escola de Recife*. 2.ed. São Paulo: Ed. Convívio, 1981.

PAIM, Antonio. *As filosofias nacionais*. 2. ed. Londrina: Edições Cefil, 1999. Estudos Complementares à história das idéias filosóficas no Brasil, v. II.

PAIM, Antonio. *Cairu e o liberalismo econômico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968.

PAIM, Antonio. *História do Liberalismo brasileiro*. São Paulo: Ed. Mandarim, Instituto Tancredo Neves, 1998.

PAIM, Antonio. *O Krausismo brasileiro*. Londrina: Centro de Estudos Filosóficos de Londrina, 1999.

PAIM, Antonio. O liberalismo social. In: MERQUIOR, José Guilherme et al. *O Liberalismo social: uma visão histórica*. São Paulo: Instituto Tancredo Neves, Massao Ohno Editor, 1998.

PALMLUND, Ingmar. Social drama and risk evaluation. In: KRIMSKY, Sheldom; GOLDING, Dominic (Ed.). *Social theories of risk*. Westport: Praeger, 1992.

PANIZZI, Wrana Maria. Da legalidade para a ilegalidade: a formação de microterritórios urbanos. In: *O Rio Grande do Sul urbano*. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 1990.

PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado et al. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

PARICIO, Javier. *Los cuasedelitos: observaciones sobre su fundamento histórico*. Madrid: Civitas, 1987.

PARTICIPAÇÃO político-social: justiça e vitimização. Rio de Janeiro: IBGE, 1988. v. 1.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre a violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2003.

PÊCHEUX, Michel. *O discurso: estrutura ou acontecimento*. 2. ed. Campinas: Pontes, 1997.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PERALVA, Angelina. Democracia e violência: a modernização por baixo. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 40/41.

PERALVA, Angelina. *Violência e democracia: o paradoxo brasileiro*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PERAMEZZA, Vilma. *O pensamento de João Teodoro Xavier*. Dissertação (Mestrado). São Paulo, 1982. (datilografada).

PÉREZ, José Luis Monereo. Reformismo social y socialismo jurídico: Anton Menger y el socialismo jurídico en España. In: MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. Granada: Editorial Comares, 1998.

PEUKERT, Helge. The Schmoller Renaissance. *History of Political Economy*, v. 33, n.1, pp. 71-116, 2001.

- PICKERING, Mary. Augusto Comte e a esfera pública de Habermas. In: Trindade, Hélió (org.). *O Positivismo – teoria e prática*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1999.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio Pinheiro; IZUMINO, Eduardo E.; FERNANDES, Maria Cristina Jakimiak. Violência fatal: conflitos policiais em São Paulo (81-89). *Revista USP*, São Paulo, n. 9, pp. 95-112, março/maio, 1991.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Governo democrático, violência e estado de direito. In: BETHEL, Leslie (org.). *Brasil - fardo do passado, promessa do futuro: dez ensaios sobre política e sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio. Polícia e crise política: o caso das polícias militares. In: PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado et al. *A violência brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1982.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Violência Urbana*. São Paulo: Publifolha, 2003.
- PITTA, Pedro; CARVALHO, Cunha Nunes de. *Omissão e dever de agir em direito civil: contributo para uma teoria geral da responsabilidade civil por omissão*. Coimbra: Almedina, 1999.
- PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil conforme au programme officiel des facultés de Droit*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1907. Tomo II.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado practico de Derecho Civil frances*. Havana: Cultural, 1946.
- PORCHAT, Reynaldo. O pensamento philosophico no primeiro seculo da academia. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, vol. XXIV, p. 332-374, 1928.
- POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. Paris: Chez L'Éditeur, 1821. Tome I - Traité des obligations. p. 158. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k24196g.pagination>>. Acesso em: 27 jul. 2006.
- POTHIER, Robert Joseph. *Oeuvres de Pothier*. Paris: Chez L'Éditeur, 1821. Tome VI - Traités des contrats de dépôt, mandat, de nantissement, d'assurance, de prêt et du jeu. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k242017.pagination>>. Acesso em: 27 jul. 2006.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessaoes e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro da consciência, e do foro externo*. Rio de Janeiro: H. Garnier, [19--]. Tomo I.
- PRADO, Robervani Pierin. *Caso fortuito: um estudo jurídico-penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.

PRATA, Ana. *Tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PREUSS, Hugo. The significance of the democratic republic for the Idea of social justice. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (ed.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of California Press, 2000.

RAISER, Ludwig. Il futuro del diritto privato. In: _____. *Il compito del diritto privato*. Milão: Giuffrè, 1990.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *Cartilha brasileira do aprendiz de sociólogo*. Rio de Janeiro: Editorial Andes, 1954.

RAPHAEL, Adam. Lessons of Loyd's: the limits of insurance. In: FRANKLIN, Jane (Ed.). *The politics of risk society*. Cambridge: Polity Press, Institute for Public Policy Research, 1998.

RAWLS, John. *Teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RAYNAUD, Philippe. Edmund Burke (1729-1790): reflexões sobre a Revolução Francesa (1790). In: CHATÉLET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER, Evelyne. (org.) *Dicionário das obras políticas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

RAYNER, Steve. Cultural theory and risk analysis. In: KRIMSKY, Sheldon; GOLDING, Dominic (Ed.). *Social theories of risk*. Westport: Praeger, 1992.

REALE, Miguel. *A doutrina de Kant no Brasil: dois ensaios*. São Paulo: USP, 1949.

REALE, Miguel. A doutrina de Kant no Brasil: notas à margem de um estudo de Clóvis Beviláqua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1949.

REALE, Miguel. *A filosofia na obra de Machado de Assis*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1982.

REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1991,

REALE, Miguel. *Cinco temas do culturalismo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. Diretrizes gerais do projeto de código civil. In: FÓRUM BRASILEIRO DE ESTUDOS SOCIAIS, 1., 1977, Fortaleza. *Direito, Ciência Política e Administração*. S.l.: Instituto Clóvis Beviláqua, Banco do Nordeste do Brasil S.A, 1977.

REALE, Miguel. *Experiência e cultura: para a fundamentação de uma teoria geral da experiência*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.

REALE, Miguel. *Figuras da inteligência brasileira*. 2. ed. São Paulo: Siciliano, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia em São Paulo*. 2.ed. São Paulo: Grijalbo/EDUSP, 1976.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. Gény na cultura jurídica brasileira. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milão. n. 20, 1991.

REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas. In: SCHIPANI, Sandro (org.). *Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Pádua: Cedam, 1988.

REALE, Miguel. Introdução. In: FEIJÓ, Diogo Antonio. *Cadernos de Filosofia*. São Paulo: Grijalbo, 1967.

REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, v. XXXIX, n. 167, jul.-set. 1992.

REALE, Miguel. *Momentos decisivos e olvidados do pensamento brasileiro*. Porto Alegre: Instituto de Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul, s/d.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. *O estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. *O projeto do novo código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito: situação atual*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBAS, Joaquim, Conselheiro. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

RIBEIRO, Dario Sebastião de Oliveira. *O Socialismo*. 1897. Dissertação - Faculdade de Direito de São Paulo.

RIBEIRO, Renato Janine. A sociedade contra o social ou a sociedade privatizada. In: _____ *A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Civil. Apelação cível nº . Relatora: Desembargadora Áurea Pimentel. *Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 06 fev. 1986.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. 7ª Camara Civil. Apelação Cível nº . Relatora: Desembargadora Ellis Figueira. *Diário da Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 15 dez. 1988.

RIPERT, Georges. *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. 2.ed. Paris: LGDJ, 1948.

RIPERT, Georges. *Le règle morale dans les obligations civiles*. 4.ed. Paris : LGDJ, 1949.

RIPERT, Georges. *O regimen democrático e o direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1937.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Buenos Aires: La Ley, 1956. Tomo IV - Las Obligaciones (1ª parte), Vol. I - Primera Parte, El Contrato.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil segun el Tratado de Planiol*. Buenos Aires: La Ley, 1956. Tomo IV - Las Obligaciones (1ª parte), Vol. II - Segunda Parte, La responsabilidad civil.

RIPSTEIN, Arthur. *Equality, responsibility and the law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

ROCHA, Antonio Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

ROCHA, Antonio Penalves. *Visconde de Cairu*. São Paulo: Ed. 34, 2001.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RODIÈRE, René. *Droit des transports: transports ferroviaires, routiers, aériens et par batellerie*. Paris : Éditions du Recueil Sirey, 1955.

RODIÈRE, René. *La responsabilité civile*. 2. ed. Paris: Rosseau et Cie., 1952. Extrato do Tome Ixbis do *Cours de Droit Civil Français* de Ch. Beudant.

RODIÈRE, René. Sur la présomption de responsabilité du fait des choses inanimées (sa force et sa nature). In: *LE DROIT privé français au millieu du Xxe siècle: études offertes à Georges Ripert*. Paris: LGDJ, 1950. Tomo II.

RODRIGUES, José Honório. *Conciliação e reforma no Brasil: um desafio histórico-cultural*. 2.ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1982.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: parte geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

ROMAGNOSI, Giandomenico. *Genesis del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1956.

ROMANO, Santi. *Fragmentos de un diccionario juridico*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967.

ROMERO, Silvio. A filosofia no Brasil. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo (org.). *Obra filosófica*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

ROMERO, Silvio. Cansação de Sinimbu. In: ROMERO, Silvio. *Ensaio de Crítica Parlamentar*. Rio de Janeiro: Editores Moreira, Maximino e Cia, 1883.

ROMERO, Silvio. *Doutrina contra Doutrina: o Evolucionismo e o Positivismo no Brasil*. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo (org.). *Obra filosófica*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

ROMERO, Silvio. *Ensaio de Filosofia do Direito*. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo (org.). *Obra filosófica*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

ROMERO, Silvio. *Ensaio de sociologia e literatura*. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1901.

ROMERO, Silvio. *História da Literatura Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1949.

ROMERO, Silvio. Se a economia política é uma ciência. In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo (org.). *Obra filosófica*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969. p. 691, nota 8. Texto originalmente publicado em 1885.

RORTY, Richard. *Contingência, ironia e solidariedade*. Lisboa: Presença, 1994.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Goiânia: Universidade Federal de Goiás; Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

ROUANET, Sérgio. *Idéias importadas: um falso problema?* Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1994. Cadernos do IPRI – Fundação Alexandre Gusmão.

SADEK, Maria Tereza. *Magistrados: uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

SALDANHA, Nelson. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001.

SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand*. 3.ed. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1925.

SALEILLES, Raymond. Le code civil et la méthode historique. In : *Livre du centenaire du code civil*. Paris, 1904. v. I.

SALLES, Ricardo. Nostalgia Imperial: a formação da identidade nacional no Brasil do Segundo Império. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

SALVADOR, Frei Vicente. *História do Brasil: 1500-1627*. São Paulo: Melhoramentos, 1965.

SAMPAIO, Dória. *Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1960. v. 4.

SANTOS, Carlos Nelson. *Está na hora de ver as cidades como elas são de verdade*. Rio de Janeiro: IBAM, 1986.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, [196-?]. Vol. XVII.

SANTOS, Milton. *O espaço do cidadão*. 5. ed. São Paulo: Nobel, 2000.

SANTOS, Wanderley Guilherme. Fronteira do Estado mínimo. In: _____. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

SANTOS, Wanderley Guilherme. A práxis liberal e a cidadania regulada. In: _____. *Décadas de espanto e uma apologia democrática*. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procédural*. 2. ed. Paris : LGDJ, 1951. Tome I – Les sources de la responsabilité civile.

SCARMAN, Leslie. *O Direito inglês: a nova dimensão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1978.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHMOLLER, Gustav. The idea of justice in political economy. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. v. 04, p. 1893-1894. Disponível em: <<http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/~econ/ugcm/3113/schmoller/justice>> . Acesso em: 27 jul. 2006.

SCHOENBERGER, Christoph. Hugo Preuss. In: JACOBSON. Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (ed.). *Weimar: a jurisprudence of crisis*. Berkeley: University of Califórnia Press, 2000.

SCHWARZ, Lila Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SCHWARZ, Roberto. As idéias fora do lugar. In: _____. *Cultura e política*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. The economics of life and death. *Scientific American*, v. 268, n. 5, p. 40-48, May 1993.

SENNET, Richard. *O declínio do homem público: as tiranias da intimidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SENNETT, Richard. *Respeito*. São Paulo: Record, 2004.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Fontes acontratuais das obrigações. In: _____. *Curso de Direito Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SHAKESPEARE, William. *The Tragedy of Hamlet Prince of Denmark*. Harvard Classics, 1909-1914. Polônio, Ato II, Cena II, Linha 196.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 40, 1987.

SILVA, Hélio. *Vargas, uma biografia política*. Porto Alegre: LP&M, 2004.

SILVA, Jorge César Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo código civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Raul Campelo Machado da. *A culpa no direito penal*. 2. ed. São Paulo: [s.n.], 1943.

SILVA, Sérgio Cavalieri da. *Programa de responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962.

SILVEIRA, Maurício Luís Pinheiro. O roubo de mercadoria e a responsabilidade civil do transportador. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DOS SEGUROS. *Seguros: uma questão atual*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SIMMEL, Georg. *The philosophy of money*. 3. ed. Londres: Routledge, 2003.

SKIDELSKY, Robert. *Keynes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

SMEND, Rudolf. Constitution and constitutional law. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Ed.) *Weimar: a jurisprudence of crisis*. California: University of California Press, 2000.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais ou ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SOMBART, Werner. *Le socialisme allemande: une théorie nouvelle de la société*. Paris : Payot, 1938.

SONTANG, Susan. *Diante da dor dos outros*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*. Brasília: Editora UnB, 2000.

SOUZA, Paulino de. Exposição anexa ao projeto n. 39-A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.

SOUZA, Paulino de. Substitutivo nº 176 ao projeto 39-A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.

SOUZA, Paulino. Da responsabilidade civil das estradas de ferro. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909.

SOUZA, Paulino. Projeto nº 39-A. *Revista Forense*, Belo Horizonte, v. XII, p.143-171, jul.-dez., 1909. p. 139-140.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Conflitos ideológicos na Constituição Econômica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 74/75, jan./jul.1992.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O discurso intervencionista nas Constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 21, n. 81, jan./mar. 1984.

SPENCER, Herbert. *O indivíduo e o Estado*. Salvador: Livraria Progresso, [s.d.].

SPENCER, Herbert. *The principles of ethics*. Indianápolis: Liberty Classics, 1978. vol. II.

SPOSATI, Aladaiza. A assistência social e a trivialização dos padrões de reprodução social. In: OS DIREITOS (dos desassistidos) sociais”. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

STARCK, Boris. Domaine et fondement de la responsabilité sans faute. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, t. LVI, 1958.

STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris : L. Rodstein, 1947.

STEPHANES, Reinhold. *Previdência Social: uma solução gerencial e estrutural*. Porto Alegre: Síntese, 1993.

STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, equality, fraternity*. 2. ed. Londres: H. Elder & Co., 1874.

STEWART, Dugald. Biografia Crítica. In: SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais ou ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SUND, Olav. O Estado de Bem-Estar Alemão: propósitos, realizações e deficiências. In: SEMINÁRIO UnB, Brasília, 14-16 nov. 1980. *A Social-Democracia Alemã e o Trabalhismo Inglês*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1997.

SUSTEIN, Cass. *The laws of fear*. Chicago, 2001. John M. Olin Law & Economics Working Paper, nº 128. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/WkngPprs_126-150/128.CRS.Fear.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2006.

TABUCCHI, Antonio. *Afirma Pereira*. São Paulo: Rocco, 1996.

TÁCITO, Caio. A Constituição Federal de 1988. In: CONSTITUIÇÕES Brasileiras. 2.ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Escola de Administração Fazendária, 2000. v. 3.

TALAMANCA, Mario. Custodia (Diritto Romano). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milão: Giuffrè, 1962. vol. XI.

TARDE, Gabriel. *La philosophie pénale*. Paris: G. Masson éditeur, 1890.

TARUFFO, Michelle. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 3, p. 75-102, 2001.

TEIXEIRA, Ib. A macroeconomia da violência. *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 05, p. 38-40, maio/1995.

TELLES, Vera da Silva. A “nova questão social” brasileira: ou como as figuras de nosso atraso viraram símbolo de modernidade. In: _____. *Pobreza e Cidadania*. São Paulo: Editora 34, 2001.

TELLES, Vera da Silva. *Direitos sociais: afinal do que se trata?* Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, ano II, vol. 6, pp. 03-19, ab./jun., 2001.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. 13.ed. 1840. v.2, pt. 2, Cap.2. Disponível em: <http://www.uqac.quebec.ca/zone30/classiques_des_sciences_sociales/index.html>. Acesso em: 27 jul. 2006.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A regulamentação dos transportes coletivos por ônibus no município de São Paulo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, p. 288

TOMASI, Giuseppe. *O Leopardo*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1983.

TOPIK, Steven. *A presença do estado na economia política do Brasil de 1889 a 1930*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1987.

TOURAINÉ, Alain. *A sociedade post-industrial*. Lisboa: Moraes Editores, 1970.

TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milão: Giuffrè, 1967.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milão: Giuffrè, 1961.

TRINDADE, Hégio. A república positivista: teoria e prática. In: TRINDADE, Hégio (org.). *O Positivismo: teoria e prática*. Porto Alegre: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1999.

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

UREÑA, Enrique Menedez. El fraude de Sanz del Rio o la verdad sobre su “Ideal de la Humanidad”. *Revista Pensamiento*, Madrid, v. 44, n. 173. p. 25-47, 1988.

UREÑA, Enrique Menedez. *El Ideal de la Humanidad de Sanz del Rio y su original alemán: textos comparados com una introducción*. 2. ed. Madrid: Instituto Universitario de Investigación sobre Liberalismo, Krausismo y Masonería, Universidad Pontificia Comillas, 1997.

VALLADÃO, Haroldo. *Amor e caridade: equidade e justiça*. Conferência no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, 29 de maio de 1941. In: _____. *Direito, Solidariedade e Justiça*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

VAMPRÉ, Spencer. *O caso fortuito (nos accidentes pessoas de transportes)*. São Paulo: Typographia Amendola & Ferraz, 1914.

VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao direito privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

VASCONCELLOS, Eduardo A. *Transporte urbano, espaço e equidade: análise de políticas públicas*. São Paulo: Annablume Editora, 2001.

VAZ, Henrique de Lima. *Conversas com filósofos brasileiros*. São Paulo: Ed. 34, 2000.

VELOZO, Maria; MADEIRA, Angélica. *Leituras Brasileiras: itinerários no pensamento social e na literatura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Análise da Constituição de 1934*. In: BRASIL. Câmara dos Deputados. *O pensamento constitucional brasileiro*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. Ciclo de conferências realizado pela Universidade de Brasília.

VENTURA, Roberto. *Estilo Tropical: história cultural e polêmicas literárias no Brasil (1870-1914)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

VIANA, Oliveira. *Direito do trabalho e democracia social: o problema da incorporação do trabalhador no Estado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1951.

VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília. Senado Federal, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VIDAL, Jean. *O advento da civilização industrial: de 1815 aos nossos dias*. Lisboa: Livraria Bertrand, 1976.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa editorial, 1991.

VIEIRA NETTO, José Rodrigues. *O risco e a imprevisão: duas tendências no âmbito da responsabilidade civil*. Curitiba: Juruá Editora, Instituto dos Advogados do Paraná, 1989.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILLEY, Michel. *Esboço histórico sobre o termo responsável*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 135-148, maio/2005.

VINEY, Geneviève. Introduction à la responsabilité. In : GHESTIN, Jacques (org.). *Traité de Droit Civil*. 2. ed. Paris : LGDJ, 1995.

VINEY, Geneviève. *Traité de Droit Civil*: Les obligations, La responsabilité, conditions. Paris : LGDJ, 1982.

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VON GIERKE, Otto von. *La funcion social del derecho privado*. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904

VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do Estado*. Porto: Coleção Resjuridica, 1990.

VON IHERING, Rudolf. *A evolução do direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, Aguiar e Souza Ltda., 1953.

VON MISES, Ludwig. *Uma crítica ao intervencionismo*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, Editorial Nórdica, 1987.

VON OERTZEN, Peter. O Estado de Bem-Estar e a Sociedade: o caso da Alemanha. In: SEMINÁRIO UnB, Brasília, 14-16 nov. 1980. *A social-Democracia Alemã e o Trabalho Inglês*. Brasília: Instituto Teotônio Vilella, 1997.

VON PHILIPPOVICH, Eugen. *The infusion of social-political ideas into the literature of german economics*. The American Journal of Sociology, Vol. 18, No. 2 (Sep., 1912), pp. 145-199.

VON THUR, Andrés. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1934. Tomo I.

VON THUR, Andrés. *Tratado de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1999. Tomo II.

WALD, Arnold. *Influence du droit français sur le droit brésilien dans le domaine de la responsabilité civile*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1953.

WALZER, Michael. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. S.l.: Basic Books, 1983.

WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociologia comprensiva*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 1992.

WEFORT, Francisco. *O populismo na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

WEINRYB, Elazar. Omissions and responsibility. *The Philosophical Quarterly*, v. 30, n. 118, Jan/1980.

WEISBACH, David A.. Taxes and torts in the redistributions of income, *John M. Olin Program in Law & Economics*, Working Paper nº 148 (2d series), The Coase Lecture. Chicago: University of Chicago, Law School, winter, pp. 01-15, 2002. Disponível em: <http://www.law.uchicago/Lawecon/wkngpprs_126-150/148.weisbach.coase.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal*: parte geral (aspectos fundamentais). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*: Direito das obrigações - Parte geral. Tradução de Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WIEACKER, Franz. Pandettistica e rivoluzione industriale. In: _____. *Diritto privato e società industriale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983.

WINDSCHEID, Bernard. *Diritto delle pandette*. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1904. v. II, parte 1.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Cultura e valor*. Lisboa: Edições 70, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1989.

WRIGHT, Charles Leslie. *O que é transporte urbano*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

ZALUAR, Alba. Para não dizer que não falei de samba: os enigmas da violência no Brasil. In: SCHWARZ, Lilia Moritz. *História da Vida Privada no Brasil*: Contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law*. Tradução para o inglês de Tony Weir. 3.ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.