

Conceitos de Ato e Atividade e seu Reflexo na Responsabilidade Civil

a) Ato jurídico:

- Atos humanos conscientes e voluntários, relevantes para o direito. Distinguem-se sobre o plano da valoração jurídica, em duas grandes categorias: atos conforme às prescrições do ordenamento (atos lícitos) e atos caracterizados pela violação dos deveres jurídicos e que produzem a lesão do direito subjetivo de outrem (atos ilícitos, que pelo Código Civil italiano são denominados fatos ilícitos arts. 2043 e seguintes, e no Código Civil Brasileiro estão nos artigos 186 e seguintes).

- Os atos lícitos se subdistinguem em *operações* (ou também *atos reais* ou *materiais* ou mesmo *comportamentos*) que consistem nas modificações do mundo exterior (por exemplo, a aquisição da posse de um bem, a construção de um edifício), e *declarações*, que são atos dirigidos a comunicar a outros o próprio pensamento, a própria opinião ou o próprio estado de ânimo ou a própria vontade.

- Dentre as declarações, a maior importância é atribuída aos negócios jurídicos, ou seja, às declarações com as quais os particulares exprimem a vontade de regular em um determinado modo os próprios interesses, no âmbito da autonomia da vontade e ao seu reconhecimento pelo ordenamento.

- Todos os atos humanos conscientes e voluntários, que não sejam negócios jurídicos, são denominados atos jurídicos em sentido estrito (ou atos não negociais). Os seus efeitos jurídicos não dependem da vontade do agente, mas são dispostos pelo ordenamento sem levar em conta a intenção daquele que os criam.

- Torrente, Andrea; Schlesinger, Piero. *Manuale de Diritto Privato*. 21ª ed., Milão, Giuffré, págs. 196 a 198.

b) Atividade econômica:

- Definição: sequência de atos visando um objetivo comum.

- Elemento da empresa.

- Qualificador da empresa.

- Atividade preponderante

Pág. 13- Em um primeiro, mais elementar sentido, uma atividade pode-se qualificar como econômica quando envolve operações com as quais vem criada uma utilidade prática. O

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

requisito da economicidade da atividade resultaria, se entendido assim, redundante. Não parece de fato passível de uma hipótese uma atividade “econômica” (no sentido de criadora de uma utilidade prática) que não consista na produção ou na troca de um bem ou de um serviço.

Hoje muitos entendem que a economicidade de uma atividade dependa não das características objetivas dos atos que a compõem (por exemplo, atos de consumo contrapostos a atos de produção), mas pela modalidade com a qual a atividade vem desenvolvida. Uma série coordenada de atos objetivamente idênticos (como o transporte de passageiros ou o compartilhamento de lições de línguas) pode ser efetuada com escopos e modalidades diversas. Um município, por exemplo, pode decidir transportar os cidadãos gratuitamente, ou mesmo pode exigir um preço que cubra apenas os custos ou então um mesmo que assegure um (pág. 14) ganho. Analogamente, um particular pode abrir uma escola de línguas para auferir um lucro ou então para difundir, com um ensinamento gratuito, o conhecimento de uma certa língua ou dialeto.

Um tratamento diferenciado destas diversas hipóteses pode derivar da adequada interpretação do requisito da economicidade, requisito que se contrapõe de uma parte à *lucratividade*, e de outra à *perda sistemática*.

Jaeger, Pier Giusto; Denozza, Francesco. *Appunti di Diritto Commerciale I – Impresa e Società*. 4ª ed., Milão, Dott. A. Giuffrè, 1997.

.1

¹ Tal processo se encontra no mais amplo curso de mutação do *direito dos contratos*, descrito por ALESSANDRO SOMMA (*Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale* cit., p. 433 e ss.), ao traçar os aspectos da evolução histórica ocorrida, destacando que, inicialmente, vigia um “esquema que assegurava às partes um elevado grau de liberdade quanto à conclusão do contrato e à seleção do conteúdo: o contrato como instrumento de ilimitada autonomia. Um valor similar é acompanhado de construções técnicas que exaltam o intento das partes como razão do vínculo e como fonte de efeitos: construções como aquelas sintetizadas no modelo pandectista, fundadas sobre o ato e destinadas a subtrair importância às questões de ordem econômica e social que poderiam emergir da consideração da relação. Estes propósitos são exaltados nas fases da história jurídica em que prevalecem aberturas em relação às idéias individualistas e em relação ao princípio da autodeterminação dos participantes ao tráfico jurídico. Recentemente, o princípio vem combinado com construções que em um certo sentido valorizam o contexto econômico e social em que surge a contratação; vimos isto em relação à teoria do contrato como operação econômica e tratando das disposições modeladas sobre ensinamentos da análise econômica do direito. No primeiro caso trata-se, contudo, de uma valorização prevalentemente interessada no perfil das assimetrias informativas relativas à contratação, uma valorização por este ponto de vista decisivamente respeitosa ao princípio da autodeterminação dos contratantes. Na teoria do contrato como operação econômica, as referências ao contexto em que se forma o acordo não prejudicam, pois, a consideração da intenção das partes como fonte dos efeitos. Em conclusão, a teoria do contrato como operação econômica e a análise econômica do direito valorizam o ato em detrimento do vínculo contratual e inutilizam de tal modo as referências ao contexto em que se forma o acordo. A primeira parece, portanto, uma versão atualizada do contrato como meio de limitada autonomia. A segunda, enquanto compatível com uma intervenção heterônoma sobre o seu conteúdo, aproxima-se, ao invés, do conceito de contrato como acordo. Valorações diversas atentam às fórmulas que descrevem os genótipos ligados à promoção de valores alternativos ao individual e à autodeterminação das partes. No contrato construído em torno ao tema da troca ou ao princípio da confiança, prevalece de fato o propósito de sublinhar o perfil dos deveres que incumbem os participantes do tráfico jurídico. Prevalece, em outras palavras, a imagem de um direito dos contratos, informado pelo solidarismo e por isso aberto à intervenção do ordenamento voltado a integrar ou a inverter a intenção do contratante. Do ponto de vista técnico, a imagem em análise vem alimentada pela reconstrução

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RESPONSABILIDADE OBJETIVA

- Culpa presumida
- Conversão da culpa aquiliana em contratual
- “A mais mínima culpa é bastante para gerar a responsabilidade”

ANA MAFALDA CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA

Estudos e propósitos da responsabilidade objetiva. Principia, Cascais, 2014.

Responsabilidade objetiva: precedeu, na verdade, a responsabilidade subjetiva.

Pág. 18 – (...) Mas a criação de sistemas – mais ou menos coesos – de responsabilidade objetiva haveria de só surgir posteriormente. Foi com a Revolução Industrial e a acentuação dos perigos que a nova ordem econômica envolvia que foram pensadas – a despeito do clima individualista que se fazia sentir – hipóteses típicas de responsabilidade pelo risco.

(...)

Estas formas de responsabilidade civil nunca deixaram, porém, de ser consideradas anômalas e residuais. No BGB, o princípio da culpa continua a ser dominante. (pág. 19). Também no Código Civil italiano, pese embora não terem sido absolutamente banidas do seu âmbito das hipóteses normativas, não foi criado um sistema completo de responsabilidade assente no risco.

Século XXI: atividades perigosas, sendo vantajosas, não devem ser proibidas, mas dão azo a uma nova gama de acidentes.

Soluções: incremento do nível de cuidado exigível; diminuição do nível da determinação da negligência, estabelecimento de presunções de culpa, fixação de casos especiais de responsabilidade.

Pág. 34. Richard L. Abel (A critique of torts): defende a extensão da responsabilidade objetiva na medida em que a responsabilidade baseada na culpa serviria para manter o estatuto de uma sociedade capitalista.

da matéria em torno do perfil do vínculo, reconstrução que empresta de esquemas econômicos e sociais típicos os parâmetros através dos quais articulou o papel do ordenamento como fonte dos efeitos negociais. Em anos longínquos, este arranjo vem aprovado pelas versões do modelo traslativo que não enfatizam ainda os aspectos concernentes à transferência do direito de pretender pelo promitente a execução do pacto; versões em que entre as razões do vínculo figura sobretudo a *fides*. O mesmo arranjo vem então considerado pelas reconstruções do consenso contratual como troca de promessas que produzem confiança. Nestas últimas, as expectativas eventualmente recíprocas dos participantes ao tráfico jurídico são consideradas causas concernentes às razões do vínculo”.

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Pablo Salvador Codercho, Nuno Garoupa e Carlos Gomez-Ligüerre (Scope of Liability, the Vanishing Distinction between Negligence and Strict Liability): de acordo com a *law and economics*, a regra da negligência é útil para controlar os aspectos qualitativos do comportamento, como o nível de cuidado adotado, embora seja inútil para influenciar outros aspectos como o nível de atividade, que se alcançaria pela responsabilidade objetiva. A solução passaria, portanto, pela distinção entre as atividades individuais e as atividades integradas em complexas estruturas organizacionais. (...) Ademais, a *strict liability* implica, segundo esses autores, numa determinação *ex ante* do escopo da responsabilidade, pelo que deverá ser preferida sempre que haja dificuldade na identificação *a posteriori* dos lesantes, razão pela qual (pág. 36), acrescentam, ela é tradicionalmente aplicada para: a) indivíduos que desenvolvem atividades anormalmente perigosas; b) agentes cujas atividades estão organizadas segundo princípios de divisão do trabalho, de que é arquétipo a responsabilidade do produtor e da empresa; c) agentes que, na vida social, desempenham papéis cujas monitorações sejam demasiadas onerosas, ou mesmo inadmissíveis ou impraticáveis.

Trimarchi (Rischio e Responsabilità Oggettiva): **a responsabilidade derivaria pelo risco da empresa.**

Venezian (Danno e risarcimento fuori dei contratti). **A responsabilidade objetiva seria assente na pura causalidade.**

Perspectiva normativa: presta especial atenção a aspectos como a tutela especial de bens jurídicos, a tutela da posição mais frágil do lesado (designadamente em termos processuais), à especial periculosidade, e aos benefícios que se pode obter com a atividade potencialmente danosa.

A TEORIA SOBRE A RESPONSABILIDADE POR ATO LÍCITO DANOSO

- Pode ser vista como um arquétipo construído – ou, para muitos, ainda *de jure condendo* – ao fim de justificar, com intenção de justificar, com intenção de regramento, a obrigação legal de ressarcimento que surge – com aparente contrariedade – de um dano consentido pelo ordenamento jurídico (assim, por um fato lícito) que, contudo, produziu um dano.

- Fundamento: necessidade de fazer coexistir dois ou mais direitos (ou interesses) inconciliáveis, antes porém da exigência de tutelar ao mesmo tempo ambos. Ao primeiro vem oferecida uma tutela imediata (consentindo o ato) e ao segundo uma tutela retardada (permitindo a reparação do direito sacrificado).

Fernando Campos Scaff

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

- Teorias:

- a) necessidade de tutelar direitos inconciliáveis (Scaduto, Rubino, Allorio);
- b) legalidade do fato em relação à ilegalidade da lesão (Torregrossa, Scongamilio, Franzoni).
- c) responsabilidade civil integral (Tucci, Perlingieri) – o dano injusto.

- Teorias do risco – modalidades:

- a) **Risco integral**: é suficiente apurar se houve o dano, vinculado a um fato qualquer, para assegurar à vítima uma indenização;
- b) **Risco profissional**: não cogita da ideia de culpa, sujeitando o empregador a ressarcir os acidentes ocorridos com seus empregados, no trabalho ou por ocasião dele;
- c) **Risco proveito**, cujo suporte doutrinário é a ideia de que é sujeito da reparação aquele que retira um proveito ou vantagem do fato causador do dano;
- d) **Risco criado**, que independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Requisitos: dano e atividade do agente. Precaução e prevenção.