

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Gabriel Maciel Queiroga

A prevenção de danos na responsabilidade civil

São Paulo

2021

Gabriel Maciel Queiroga

A prevenção de danos na responsabilidade civil

Trabalho apresentado como requisito parcial para obtenção do título de mestre no Programa de estudos pós-graduados da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na área de Direito Civil.
Professor-Orientador: Dr. Rogério Donnini.

São Paulo

2021

AGRADECIMENTOS

Não foi tarefa fácil produzir esta dissertação em meio a pandemia que ainda imprime no mundo os seus multifacetados reveses. Escrevo neste trabalho sobre o direito à saúde e sobre o que saúde significa, mas se sua significação eu logrei apreender, foi este período de elaboração que me revelou a sua importância. E as pessoas às quais ora agradeço tiveram inelutável parte neste aprendizado.

Agradeço a minha família, pois, sem vocês, nada disto seria possível ou teria sentido.

Ao Prof. Donnini, a quem espero poder retribuir ao menos um terço da confiança em mim depositada.

A Marina, por ter me salvado quando precisei.

A Eusébio e Ediane, como pequeno gesto do carinho e ternura que por vocês nutro e em testemunho de amizade antiga, verdadeira e duradoura.

A Marco, sempre atento e prestativo quando me encontrava sob qualquer dificuldade.

A Christian, como profundo agradecimento pelo tempo que me dedicou quando tempo não havia.

A Anna, cujo olhar atento continua a me inspirar.

Faço presente em mim, por fim, a memória de todos os que cedo, tão cedo partiram à causa desta pandemia, na esperança de que aprendamos, enquanto sociedade, a prudência sem as provações da adversidade.

I shall not waste my days in trying to prolong them.
I shall use my time.

(Jack London)

RESUMO

O advento da sociedade de risco coloca à prova o multissecular ensinamento segundo o qual à responsabilidade civil competiria apenas reparar o dano. Sobre este fundo sociológico e em meio à contenda doutrinária instalada a respeito de uma responsabilidade civil preventiva é que se inscreve o presente trabalho, cuja hipótese é a incorporação da prevenção de danos ao direito da responsabilidade civil, a significar a possibilidade de deste último emanarem manifestações dirigidas não à reparação do dano, mas a evitar sua concretização. O percurso do trabalho, para tal fim, principia pela busca de um fundamento axiológico, constitucional e legal para a prevenção de danos no sistema jurídico brasileiro. Especificamente tratando do direito positivo, o artigo 12 do Código Civil surge como a mais importante base normativa para a prevenção de danos. A operacionalização da prevenção de danos na responsabilidade civil ocorre por meio da função de prevenção enquanto proação. Focalizando, por fim, a responsabilidade civil preventiva, colhe-se as premissas necessárias à viabilidade teórica de um modelo preventivo da responsabilidade civil fundado nos princípios da prevenção e precaução.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Prevenção de danos. Direitos da personalidade. Sociedade de risco. Prudência. Precaução. Cessação do ilícito. Proação.

RÉSUMÉ

L'apparition de la société du risque remet en cause la leçon multiséculaire selon laquelle la responsabilité civile ne sert qu'à réparer le dommage. C'est sur ce fond sociologique et au milieu de la diatribe doctrinaire concernant l'existence d'une responsabilité civile préventive que s'inscrit ce travail, dont l'hypothèse est l'incorporation de la prévention de dommages au droit de la responsabilité civile, en signifiant la possibilité du prononcement de mesures destinées non pas à la réparation du dommage, mais à l'anticipation de sa réalisation. En visant cet objectif, le point de départ du travail est la recherche d'un fondement axiologique, constitutionnel et légal pour la prévention de dommages dans le système juridique brésilien. S'agissant spécifiquement du droit écrit, l'article 12 du Code civil apparaît comme la donnée normative la plus importante pour la prévention de dommages. La mise en œuvre de la prévention des dommages unie à la responsabilité civile se réalise par la fonction de cette dernière de prévention en tant qu'anticipation. En focalisant la responsabilité civile préventive, on tire les prémisses nécessaires à la viabilité théorique d'un modèle préventif de la responsabilité civile fondé sur les principes de prévention et précaution.

Mots-clés: Responsabilité civile. Prévention de dommages. Droits de la personnalité. Société du risque. Prudence. Précaution. Cessation de l'illicite. Anticipation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A SOCIEDADE DE RISCO E A PREVENÇÃO DE DANOS.....	12
1.1 Modernidade reflexiva e sociedade de risco.....	12
1.2 Propostas éticas para a sociedade de risco	15
1.2.1 Hans Jonas e o princípio responsabilidade	15
1.2.2 A prudência e o “trágico da ação” de Paul Ricoeur	17
1.3 Avaliação crítica	18
1.4 Análise da evolução semântica da prudência.....	19
1.4.1 Antiguidade greco-romana e escola romana tardia	19
1.4.2 Filosofia medieval	22
1.4.3 Opiniões desabonadoras da prudência.....	24
1.5 Avaliação crítica	26
1.6 Estatuto axiológico da prudência	28
1.7 Culturalismo e valores jurídicos	29
1.8 O valor jurídico da prudência e a implicação recíproca com o <i>neminem laedere</i>	31
2 FUNDAMENTO JURÍDICO DA PREVENÇÃO DE DANOS.....	37
2.1 Fundamento constitucional da prevenção de danos.....	37
2.1.1 A releitura contemporânea do art. 5º, XXXV	39
2.1.2 Princípios da prevenção e da precaução	42
2.2 Fundamento legal da prevenção de danos.....	51
2.2.1 Direitos da personalidade: tutela ampla e conexão com a responsabilidade civil...52	
2.2.2 A saúde como direito da personalidade.....	57
2.2.3 Cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade	63
2.3 Delimitação da prevenção de danos	68

3 INCORPORAÇÃO DA PREVENÇÃO DE DANOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL	73
3.1 Os momentos da evolução da responsabilidade civil	73
3.1.1 O primeiro momento: liberdade	75
3.1.2 O segundo momento: solidariedade	76
3.1.3 O terceiro momento: proteção	79
3.2 Diversidade funcional da responsabilidade civil	82
3.3 Patologia da função reparatória	87
3.4 A cessação do ilícito	89
3.4.1 A posição de Cyril Bloch	92
3.4.2 Cessação do ilícito e o direito brasileiro	99
3.5 Função preventiva: dissuasão e proação	105
3.6 Função preventiva, cessação do ilícito e reparação <i>in natura</i>	110
3.7 Marcos da prevenção de danos na responsabilidade civil	115
3.7.1 Direito romano, direito medieval e antigo direito francês	116
3.7.2 Direito anglo-saxão: a <i>nuisance</i>	121
3.7.3 Tutela contra o uso anormal da propriedade: generalidades	124
3.7.4 Tutela contra o uso anormal da propriedade: operacionalização da função preventiva	128
4. RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA: DENSIFICAÇÃO CONCEITUAL E APLICAÇÕES	134
4.1 Filosofia contemporânea da responsabilidade	134
4.2. Ideia jusfilosófica da responsabilidade preventiva	137
4.3 Críticas à responsabilidade civil preventiva	140
4.4 Análise da responsabilidade civil preventiva	145
4.4.1 Operacionalização pelo princípio da prevenção	145
4.4.2 Operacionalização pelo princípio da precaução	149
4.5 Casuística da responsabilidade civil preventiva	160

4.5.1 Acidentes nucleares	160
4.5.2 Exposição a ondas eletromagnéticas	163
4.5.3 Agrotóxicos	167
4.5.4 Transgênicos	170
4.5.5 Pandemia, vacinas e isolamento social.....	172
CONCLUSÃO.....	176
BIBLIOGRAGIA	179

INTRODUÇÃO

*De quel nom te nommer, ô fatale puissance? Qu'on t'appelle
Destin, Nature, Providence, inconcevable loi¹.*

Que ao ser humano é possível preordenar seu agir ao afã de perseguir um fim, seja o conseguir uma vantagem ou o evitar um mal, é asserção sobre a qual nenhuma dúvida deve haver e nenhuma surpresa deve suscitar. Deve-se seguir indene de dúvidas ao se propor que este agir por imperativos hipotéticos, na gramática kantiana, se estende não apenas ao futuro iminente, mas abre-se ao longo futuro.

Sempre foi assim. De quem colhe no estio se diz ser filho prudente². Por outra volta, TÁCITO relata que os povos germânicos circundavam suas casas sempre com um espaço vazio também como prevenção contra incêndios³. O homem é o animal que prevê, pontifica PONTES DE MIRANDA. O futuro é fechado a todos os animais, exceto ao homem, a quem é possível a representação daquele⁴.

A nós importa muito mais a representação do futuro para evitação de um mal do que para a consecução de uma vantagem. É este o timbre do atual estágio da modernidade, chamada há algum tempo de sociedade de risco. Não se duvida das vantagens da energia nuclear, mas estas são em muito eclipsadas em face do desastre de Chernobyl (1986). Mesma coisa se diga da produção de pesticidas, em confronto com a catástrofe de Bhopal (1984), e da utilização de transgênicos, em confronto com o caso de contaminação transgênica das culturas de milho em Oaxaca, México (2001).

Nenhuma das palavras de LAMARTINE acima se pode tomar para caracterizar esses eventos. Da tendência humana de secularização de eventos antes atribuídos ao destino, à natureza, à providência e à “lei inconcebível” não se evadiram as catástrofes acima descritas. Ao direito não deve bastar, em gesto de conformação, caracterizá-los meramente como inexoráveis (*factum infectum fieri nequit*). Contradi-lo a própria precitada capacidade exclusivamente humana de representação do futuro. Em verdade, reclama-se do direito, criação humana, o papel vanguardista de evitá-los ou, quando menos, minimizá-los, atraindo, desta maneira, para seu escopo, as catastróficas e elusivas projeções causais ao futuro provenientes dos eventos do presente.

¹ LAMARTINE, Alphonse de. “Le Désespoir”. **Premières méditations poétiques**, VII, 31-33.

² “Qui congregat in messe filius sapiens est”. BÍBLIA, Provérbios, 10,5.

³ TÁCITO. **Germania**, XVI.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Garra, mão e dedo**. Campinas: Bookseller, 2005, pp. 97 e 99.

É por essa quadra que se vem vendo a interação da *prevenção de danos* com a disciplina jurídica, na qual surge, dentre todos os seus departamentos, o direito da responsabilidade civil como mais apto ramo a promovê-la. Defender que a responsabilidade civil caminhe a vereda da prevenção de danos é posição vista com aguardada desconfiança por, a princípio, significar um rompimento com a lógica reparatória, esta última há muito presidindo aquela primeira. À responsabilidade civil bastaria confiar exclusivamente o mister de resposta retrospectiva face a um dano, e nunca ação prospectiva frente a um risco de dano. Em atenção a esta preocupação, desde já se deve lembrar que a culpa, antes defendida por incontáveis vozes como o fundamento, por excelência, da responsabilidade civil, hoje sofre irreversível ocaso; ainda, a própria noção de “dano” há muito já se emancipou da velha definição de Paulo de subtração feita ao patrimônio⁵.

É tendo em conta exemplos como os de agora que não se deve repudiar *a priori* a possibilidade de uma responsabilidade civil aparelhada à realização da prevenção de danos ou, por outros dizeres, uma *responsabilidade civil preventiva*. A evolução dos conceitos jurídicos é uma inexorabilidade do próprio direito enquanto produto cultural e nenhuma dogmática saberia se opor a este inabalável axioma, o que, por sua vez, não representa qualquer desapareço à mesma dogmática.

Não obstante, ao contrário do que se poderia supor, o proêmio do debate sobre a prevenção de danos, conforme se demonstrará, não se encerra na contemporaneidade; sua guarida pode, com suficiente segurança, ser situada em institutos do direito romano os quais não foram positivados, por exemplo, no Código Civil francês de 1804, por deliberada escolha legislativa, explicada, em parte, pela apreensão de um exercício vexatório e arbitrário de medidas preventivas contra certa classe de danos.

Pois bem, se a conjuntura social daquela época conferiu circunstancial arrimo a essa escolha do legislador moderno, apoio assemelhado decididamente não se pode esperar na sociedade de risco, sob pena de se sentenciar o direito à estéril busca por reparar o irreparável. É seguindo esta linha que faremos decorrer da contextualização sociológica do atual estágio da modernidade a necessidade da presente perquirição.

Agora, se se reduzisse o debate acerca da admissão ou não de uma responsabilidade civil preordenada a prevenir danos a argumentos *de lege ferenda* ou mesmo a construções simplesmente dogmático-analíticas, não teríamos senão de escolher aquele pensamento o qual se nos afigurasse mais convincente.

⁵ Fr. 3, D. De damno infecto et de suggrundis et projectionibus (XXXIX, 2): “Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt”.

Não é essa a nossa proposta. No *capítulo 1* procurar-se-á demonstrar, após a descrição do panorama sociológico da sociedade de risco e da fundamentação ética da prevenção de danos, que encontra acolhida no nosso sistema jurídico uma *preferência* pela prevenção de danos por meio do valor da prudência (fundamento axiológico).

No *capítulo 2*, demonstraremos que o valor da prudência está devidamente recepcionado por nossa Constituição (fundamento constitucional) e instilada no direito da responsabilidade civil (fundamento legal). Chega-se ao jurídico a partir do sociológico e do axiológico e, realmente, convencemo-nos de que este aporte teórico prévio teve por virtude unir sob um verdadeiro fio condutor os desenvolvimentos jurídicos passados e presentes em direção ao atual estágio da responsabilidade civil, a prevenção de danos. Ainda no mesmo capítulo, demarcaremos o conteúdo jurídico relacionado à incorporação da prevenção de danos ao direito da responsabilidade civil.

A preocupação do *capítulo 3*, uma vez estabelecido o assento da prevenção de danos no direito brasileiro, está em, revisando sua evolução, posicionar a finalidade contemporânea da responsabilidade civil na proteção e, de sequência, perfazer uma análise do perfil funcional da responsabilidade civil precisamente para explicar suas *funções*, buscando identificar o dado preventivo em sua completude sistêmica. Será então fornecida casuística desde o direito romano, passando pelo antigo direito francês até se chegar no nosso direito de vizinhança, tudo objetivando colher manifestações preventivas já repisadas através dos séculos.

Por fim, o *capítulo 4* se destinará a um estudo da noção de responsabilidade preventiva, a começar pela filosofia contemporânea da responsabilidade e atingindo a filosofia do direito. Replicaremos as mais conhecidas críticas à admissão de uma responsabilidade civil preventiva e, enfim, apresentaremos a consolidação de nosso pensamento envolvendo a responsabilidade civil preventiva e suas duas variadas formas de operacionalização.

O método empregado é o dedutivo de revisão da bibliografia selecionada.

O referencial teórico do trabalho foi estruturado a partir dos seguintes tópicos: a sociedade de risco de ULRICH BECK; as noções contemporâneas de prudência e de responsabilidade de PAUL RICOEUR; a teoria da função de cessação do ilícito de CYRIL BLOCH; a classificação das manifestações preventivas da responsabilidade civil de CYRIL SINTEZ; e a noção de responsabilidade preventiva de CATHERINE THIBIERGE.

1 A SOCIEDADE DE RISCO E A PREVENÇÃO DE DANOS

1.1 Modernidade reflexiva e sociedade de risco

Muito decerto se abismaria THOMAS MORE se lhe declarássemos que sua *Utopia* nos reenvia a muito atuais problemáticas envolvendo o progresso tecnológico-científico da humanidade. É entendimento, todavia, cabível quando se toma a passagem na qual Rafael Hitlodeu narra como a aquisição de certa tecnologia engendra-se, pela fé nela depositada e pela imprudência com que utilizada, em causa de grandes males¹.

O excerto de THOMAS MORE ata-se com premissa sociológica relevantíssima para o presente estudo concernente à admissão de uma pós-modernidade ou de um novo estágio da modernidade². Explorar este novo estágio, por sua vez, jogará as primeiras luzes a respeito da impossibilidade de se persistir na compreensão da responsabilidade civil tal como amalgamada desde o século XIX.

ULRICH BECK, cuja obra foi publicada logo em seguida ao desastre de Chernobyl, ponderou que, assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social³.

Deveras, a leitura dos sociólogos contemporâneos deixa patente a profunda influência exercida em seus trabalhos pelas catástrofes do século passado, mormente a de Chernobyl. O alcance global do desastre de Chernobyl fará com que aqueles reconheçam indutivamente que os riscos do novo estágio da modernidade são igualmente globais, não havendo possibilidade de distanciamento deles. A visão sobre o progresso científico e tecnológico humano (fonte daqueles mesmos riscos) é eclipsada. Não é mais sinônimo de humanismo e tampouco faz a sociedade trilhar para uma versão de si mais justa. A sociologia clássica, acentuando o “lado da oportunidade da modernidade”⁴ falhou em prever a “industrialização da guerra” e que o

¹ “Porém, ele disse que entrou nas boas graças daquele povo após transmitir o uso da agulha magnética, sobre o que eles eram de todo ignorantes. Antes, lançavam-se ao mar só timidamente, e não arriscavam se confiar ao oceano profundo senão no verão. Hoje, com fé no instrumento, eles enfrentam o inverno, mais confiantes do que seguros, pois, diante do perigo, aquela invenção, que parecia lhes trazer tantos benefícios, por sua imprudência, transformou-se em causa de grandes males”. MORE, Thomas. *Utopia*, I, “Peregrinationes Raphaelis”.

² A par do favor que o termo “pós-modernidade” possui em diversas obras jurídicas, optamos, conforme demonstraremos, pelo argumento sociológico não de uma “pós-modernidade”, mas de uma nova modernidade.

³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 13.

⁴ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 17.

desenvolvimento das “forças de produção” teria um potencial destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente material.

Essa mudança de postura em relação ao progresso tecnológico-científico foi descrita por JEAN-FRANÇOIS LYOTARD como incredulidade em relação às “metanarrativas”⁵. Explicando o pensamento do filósofo francês, havia sobre a ciência moderna o chamado dispositivo metanarrativo (uma metalinguagem), responsável por sua legitimação. O positivismo clássico, a crença na razão e no progresso talvez sejam as principais “grandes narrativas” (*grands récits*) que concederam à ciência o predicado de “moderna”. Com efeito, para LYOTARD, moderna é a ciência que se vale de grandes narrativas como estas para se legitimar⁶.

O confronto das metanarrativas com as diversas catástrofes do século XX (Hiroshima e Nagasaki, Harrisburg, Bhopal, Chernobyl, o Césio 137 de Goiânia, para citar algumas) mais do que bastou para provocar o “desencanto” com o progresso tecnológico-científico⁷. Dissolvidos os dispositivos metanarrativos de legitimação, começa-se a pôr foco neste outro lado da modernidade caracterizado pela produção de riscos e ameaças globais. Ao consumir e perder o seu contrário (a sociedade agrária), a modernidade torna-se sua própria antítese. Adentrando no vórtice de suas próprias características, converte-se a si mesma em tema e problema, fenômeno descrito por ULRICH BECK como *modernidade reflexiva*⁸.

ANTHONY GIDDENS, que também trabalha com a reflexividade dos processos de modernização, nega uma pós-modernidade, preferindo entrever na atualidade um período em que as consequências da modernidade estão se tornando cada vez mais radicalizadas e universalizadas do que antes⁹, daí chamar-lhe de modernidade radicalizada¹⁰. O uso do adjetivo “reflexiva” na obra de ambos os sociólogos quer significar este desenrolar das características (ou consequências), este “olhar para dentro”, ou, em termos linguísticos, esta *autorreferência* da própria modernidade. BECK chama este destacamento da sociedade industrial clássica de “sociedade (industrial) de risco”¹¹.

⁵ “En simplifiant à l’extrême, on tient pour ‘postmoderne’ l’incrédulité à l’égard des métarécits” LYOTARD, Jean-François. **La condition postmoderne**. Paris: Minuit, 1979, p. 7. Aludindo ao mesmo fenômeno: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., p. 13; GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. cit., p. 20.

⁶ LYOTARD, Jean-François. **La condition postmoderne**. cit., p. 7. É necessário aclarar que não nos referimos à dissolução de todas as metanarrativas, nossa proposição se circunscrevendo àquelas fundamentadoras da ciência moderna, no compasso da própria obra de Lyotard.

⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., p. 13.

⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., pp. 16 e 24.

⁹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. cit., p. 13.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. cit., p. 162.

¹¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., p. 12.

O nome é imensamente adequado para evidenciar como a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos¹². Traçando uma diferenciação entre risco medieval (*fortune, chance*) e risco da modernização (*danger, hazard*), dir-se-á que estes últimos são produto de série do maquinário industrial do progresso, sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior¹³.

Os riscos da modernidade são corolários da natureza socializada (ou do meio ambiente criado). Isto quanto à sua origem. Quanto ao seu prognóstico, a autêntica força social do argumento do risco reside nas *ameaças projetadas no futuro*. O futuro é causa de atuação do presente, ou seja, justifica-se a proatividade e a tomada de precauções de hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã¹⁴.

No silenciar da ciência acerca da demarcação de todas as consequências portadas por certa atividade, entra em jogo uma *atitude axiológica* perante os riscos¹⁵, a qual, racionalizada, resulta num *ideal de prevenção*. Da própria proposição de ULRICH BECK sobressai este cunho axiológico unido à prevenção: “risco significa um futuro a ser prevenido”¹⁶.

Acreditamos residir aí o ponto de revelação do papel a ser jogado pelo direito na modernidade reflexiva, ponto sobre o qual discorreremos de guisa gradativa ao longo do presente capítulo. A irrefreável marcha tecnológica tem direta influência no direito, porquanto novos e velhos danos passaram a ter feições diversas, com extensão e efeitos muito maiores, o que se reflete em especial na *responsabilidade civil*¹⁷.

O direito da responsabilidade civil (e *a fortiori* o direito holisticamente considerado) é necessariamente revestido de axiologia e sua “finalidade contemporânea”¹⁸ de proteção reclama não apenas um novo olhar sobre a tipologia dos danos indenizáveis, mas sobretudo a operacionalização de instrumentos preventivos à disposição das pessoas na tutela de si mesmas. Insistir em fórmulas tradicionais seria apenas confirmar uma já conhecida ineficiência dos sistemas jurídicos em lidar com as situações de fato atuais¹⁹.

¹² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., p. 23.

¹³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., p. 26.

¹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., p. 40.

¹⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., p. 35.

¹⁶ “*Risk signifies a future which is to be prevented*”. BECK, Ulrich. **Risk society: towards a new modernity**. trad. Mark Ritter. Londres: SAGE publications, 2005, p. 33. O mesmo enunciado não consta na tradução para o português ora consultada.

¹⁷ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, pp. 25 e 27.

¹⁸ Na escolha entre utilizar “finalidade pós-moderna” e “finalidade contemporânea”, reputamos mais adequada a segunda opção, de modo a manter a coerência com o pensamento sociológico ora exposto.

¹⁹ Cf. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., p. 10.

Afinal, quando, depois da concretização do risco, ações de defesa e prevenção já não mais cabem, não resta outra coisa senão o desmentimento, um apaziguamento gerador de medo cuja agressividade é ao mesmo tempo alimentada pela suscetibilidade geral a tais acidentes²⁰.

1.2 Propostas éticas para a sociedade de risco

1.2.1 Hans Jonas e o princípio responsabilidade

O deslocamento das representações do futuro para o lado das ameaças nele projetadas a partir do presente põe em evidência, como insinuado ao cabo da seção anterior, uma (mudança de) atitude axiológica frente à sociedade de risco. Isto já sugere a conexão ética detida pelo tema, posto ser da alçada desta a compreensão da “matéria axiológica” do que se tem por “bom” e por “mal”²¹, parâmetros necessários, a seu turno, à avaliação moral da conduta de um agente imerso na sociedade de risco.

Dentre as propostas éticas alicerçadas sobre a sociedade de risco, importam-nos os estudos de HANS JONAS e PAUL RICOEUR. O trabalho do primeiro consiste na concepção de uma “nova ética de responsabilidade de longo alcance”²². Deveras, os infinitos impulsos do poder tecnológico traduzidos em projeções causais cada vez mais direcionadas ao futuro distante tornam a tecnologia detentora de inquestionável significado ético.

Os cenários tenebrosos oferecidos pelas possibilidades do poder tecnológico são, no entanto, encontrados com um crônico despreparo da ética como um todo. É que todas as éticas até então, expõe JONAS, se orientavam pelo tempo presente, pela contemporaneidade da ação²³. A interferência humana jamais foi considerada capaz de comprometer sobremaneira (e tampouco irreversivelmente) a integridade da natureza e a vida humana futura, as quais seguiriam imutáveis e autorrenováveis. Sem embargo, a partir do momento no qual o agir humano se torna capaz de colocar em xeque a própria continuidade da existência humana no planeta, legitima-se a ética, enquanto doutrina do agir, a disciplinar este mesmo agir humano potencializado pelo poder tecnológico.

²⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. cit., pp. 9-10.

²¹ SCHELER, Max. *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs*. trad. Maurice de Gandilac. 6. ed. Paris: Gallimard, 1955, p. 40. As páginas, conforme convenção acadêmica, se referem à edição alemã de 1927.

²² JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 63.

²³ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., pp. 36, 37 e 51.

Deveras, a quebra do paradigma ético da contemporaneidade entende com a necessidade de a moralidade invadir a descontrolada esfera do produzir para resguardar a própria premissa de toda ética, qual seja, a presença humana no mundo. Diante da conversão da tecnologia em sinônimo de ameaça à própria condição global da vida humana²⁴, cuida-se de conceber um “dever de proteger a premissa básica de todo o dever”²⁵, nomeadamente, o próprio “Ser”.

A pretensão de JONAS de extrair deveres éticos da própria natureza para com ela própria, além dos homens do futuro, e impô-los ao poder tecnológico humano é satisfeita com a ideia-chave de *responsabilidade*. Grande conceito operacionalizador da ética do futuro distante de JONAS, por responsabilidade se entenderá não uma prestação de contas no presente por atos do passado, mas a fonte de onde emanam ações a serem tomadas no presente frente a objetos situados no futuro e que reivindicam a tomada das mesmas ações no presente²⁶.

Quando JONAS declara ser a responsabilidade uma “função do poder e do saber” e um “correlato do poder”²⁷, assina-lhe o mister de contrapeso ao exercício do poder, hoje tomado pela tecnologia (pelo saber). É dizer, o dever surge da vontade como autocontrole do seu poder²⁸ e o poder exercido com observância do mesmo dever, nomeadamente, com autocontrole, é o que se entende por exercício responsável daquele.

De se notar que a responsabilidade pensada por JONAS se caracteriza por uma limitação do agir humano, sendo ela um primado de autocontrole fundado no medo extraído de representações futurísticas das consequências nocivas de longo prazo do agir tecnológico (daqui resulta a expressão jonasiana “heurística do medo”), o próprio desconhecimento das consequências últimas de um ato sendo motivo para uma *contenção responsável*²⁹ tendo em vista a preservação da continuidade humana no planeta.

Eis a caracterização do princípio responsabilidade de JONAS, cuja fórmula é expressa por um imperativo articulado de quatro maneiras diferentes: 1) “aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a

²⁴ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., pp. 21 e 41.

²⁵ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., p. 45.

²⁶ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., p. 167.

²⁷ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., pp. 209 e 215.

²⁸ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., p. 217.

²⁹ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., pp. 41 e 63-4. Não deixamos de assinalar a semelhança desta proposição com o problema mesmo da responsabilidade civil, qual seja, a limitação prudente da atividade humana, sendo de se conferir as palavras de Georges Ripert: “*Le problème de la responsabilité se présente aujourd’hui exactement de la même manière qu’autrefois. Qu’il y ait dix accidents là où il n’y en avait qu’un, cela ne change rien à la position du problème. Il s’agit toujours de poser la règle de conduite qui limitera sagement l’activité humaine*” RIPERT, Georges. “Prefácio” In: SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité en droit français**. 2. ed. v. 1. Paris: LGDJ, 1951, p. VIII.

Terra”; 2) “aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida”; 3) “não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra”; 4) “inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer”³⁰.

1.2.2 A prudência e o “trágico da ação” de Paul Ricoeur

É o bastante em relação à ética da responsabilidade futura de JONAS. Tornando-nos agora ao pensamento de PAUL RICOEUR, desde já asseveramos a constatação inicial que faz da falta de um predicado moral – ademais do “bom”, da teleologia, e do “obrigatório”, da deontologia – para avaliação de decisões singulares tomadas sob uma situação de conflito e incerteza³¹.

No entendimento de RICOEUR, o terceiro adjetivo moral dos atos tomados em tais condições é dado pela virtude da prudência (*sagesse pratique* ou, em RICOEUR, *sagesse de jugement*). Ao lado, pois, do “bom” da teleologia e do “obrigatório” da deontologia, o autor francês assenta o “equitativo” da prudência. O equitativo, diz, é a figura que reveste a ideia do justo em situações de incerteza e de conflito³².

De fato, a tão antiga virtude exerce papel central na análise semântica de RICOEUR do conceito de responsabilidade³³, ao qual voltaremos mais tarde, bem assim na responsabilização de um agente pelos *efeitos laterais*, ou não queridos, de sua ação³⁴. Muito importa consignar que o próprio JONAS depõe em favor do papel atual central da prudência na ética contemporânea: “sob a óptica de tal responsabilidade, a prudência, virtude opcional em outras circunstâncias, torna-se o cerne do nosso agir moral”³⁵.

O objeto da prudência entende com as situações de conflito e incerteza agora mencionadas, e RICOEUR define as ações tomadas em tais contextos como juízos situacionais

³⁰ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., pp. 47-48.

³¹ RICOEUR, Paul. “Prefácio”. **Le juste**. Paris: Esprit, 1995, p. 24.

³² RICOEUR, Paul. “Prefácio”. **Le juste**. cit., p. 27. De fato, a equidade, para lembrar lição de Jean Dabin, não se acha senão no concreto, no situacional: “*Mais rappelons-nous qu’il n’est d’équité que dans le concret, étant donné les circonstances où se meut le débat*” DABIN, Jean. **La philosophie de l’ordre juridique positif**. Paris: Sirey, 1929, p. 535 (n. 155).

³³ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité”. **Le juste**. cit., p. 65.

³⁴ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité”. **Le juste**. cit., pp. 68-69.

³⁵ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., p. 87-88.

(*jugement en situation*)³⁶, em oposição direta, mormente, às leis práticas (*universais*, se se consente a redundância) kantianas³⁷.

Forte na prudência enquanto reitora dos juízos situacionais, RICOEUR, concebe a noção de “trágico da ação” (*tragique de l’action*), ligada a discriminações de base ínsitas à vida humana entre o que é aprovado como melhor e reprovado como pior³⁸, em meio a bens heterogêneos e, por vezes, colidentes. São exatamente as ações tomadas em contextos de conflito e incerteza que revelam da maneira mais grave e clara a noção de “trágico da ação”, em que amiúde não se afere de forma tão dicotômica o melhor e o pior.

Na direta transcrição de RICOEUR: “a sabedoria de julgamento consiste em elaborar compromissos frágeis onde se trata menos de decidir entre o bem e o mal, entre o branco e o negro, do que entre o cinza e o cinza, ou, em caso altamente trágico, entre o mal e o pior”³⁹. Que melhor exemplo para ilustrar o dissertado pelo autor francês do que o dramático “compromisso frágil” entre saúde pública e economia vivido pela humanidade durante a pandemia de Covid-19?

1.3 Apreciação crítica

Cabe, de princípio, o registro do frequente recurso, pelos autores recenseados, das ideias de “responsabilidade” e “prudência” em suas doutrinas, concebidas debaixo do signo da sociedade de risco. O recurso à noção de “responsabilidade” sugere, mais além, verdadeira orientação da ética contemporânea, RICOEUR concedendo testemunho disto ao confessar sua perplexidade com a polissemia existente nos empregos contextuais contemporâneos deste vocábulo⁴⁰.

Pois bem, o tencionado por nós na exposição geral das doutrinas de HANS JONAS e PAUL RICOEUR era a compreensão de como a ética, verdadeira batedora do direito, adentrou na sociedade de risco, ou, por outras palavras, como avaliar moralmente ações humanas detentoras de grande projeção causal no futuro. *Esta investigação se reflete no direito sob a guisa de uma*

³⁶ RICOEUR, Paul. “Prefácio”. **Le juste**. cit., p. 27.

³⁷ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**, p. A 35. A edição “A”, na convenção acadêmica, se refere à 1ª edição original.

³⁸ RICOEUR, Paul. “La conscience et la loi: enjeux philosophiques”. **Le juste**. cit., p. 210.

³⁹ “La sagesse de jugement consiste à élaborer des compromis fragiles où il s’agit de trancher moins entre le bien et le mal, entre le blanc et le noir, qu’entre le gris et le gris, ou, cas hautement tragique, entre le mal et le pire” RICOEUR, Paul. “La conscience et la loi: enjeux philosophiques”. **Le juste**. cit., p. 220.

⁴⁰ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité: essai d’analyse sémantique”. **Le juste**. cit., p. 41.

busca por um fundamento axiológico para a prevenção de danos, o estudo precedente nos fornecendo uma firme destinação para esta mesma busca: a prudência.

Realmente, ao cabo da exposição desses dois autores, é a prudência a qual surge como mais forte candidata a referência axiológica das condutas humanas na sociedade de risco. Mesmo JONAS retira o foco, por um momento, do seu princípio responsabilidade para reconhecer a centralidade da prudência neste momento sociológico cujo mote é dado pela incerteza e pela ameaça quanto ao futuro.

Agora, conquanto importantíssimo, não se deve bastar com o panorama de JONAS e RICOEUR e apenas nele sustentar nossa eleição da prudência como fundamento axiológico da prevenção de danos. É estreme de dúvidas que uma análise da evolução semântica da prudência, como averiguação da validade teórica de seu vínculo com a prevenção de danos, conferirá ainda mais solidez à trilha aqui escolhida. É, pois, passo a ser obrigatoriamente tomado.

1.4 Análise da evolução semântica da prudência

O presente constitui um inegável trabalho de revitalização da prudência, porquanto, sem nenhum embargo de ela ter gozado de importante assento no pensamento antigo e medieval (neste último com a notável exceção de LORENZO VALLA), IMMANUEL KANT pretendeu expungir-la de toda a cena ética (ver n. 1.4.3). Um de seus legados neste sentido é a utilização corrente de expressões como “conselhos de prudência” ou “regras de prudência” quase sempre como sinônimas para ações movidas por inclinações egoístas.

A ética kantiana, já o sugerimos acima, choca-se frontalmente com a concepção da prudência enquanto regente dos juízos situacionais, pelo que, ademais da exposição ora empreendida, esclarecer o porquê desta contraposição é expediente relevante inclusive pelos reflexos apresentados no campo jurídico (ver capítulo 2, n. 2.2.3).

1.4.1 Antiguidade greco-romana e escola romana tardia

O teor de nossa proposta faz com que nos remetamos quase como instintivamente aos trabalhos aristotélicos em torno da ideia de *fronesis*, habitualmente traduzida como prudência ou sabedoria prática (esta última preferida, v. g., pelos franceses). Nada obstante, e com o intuito de enriquecer o conjunto de reflexões já colecionadas pelos diversos capítulos prévios de ética nos trabalhos jurídicos com propósito semelhante, apartar-nos-emos dessa usual aproximação para eleger em PLATÃO o prêmio de nossa análise.

Certo é que PLATÃO não se ocupou, à guisa de ARISTÓTELES, com a sistematização de uma ética das virtudes, preferindo investigar a natureza mesma da ideia de virtude⁴¹ em seus diálogos, sem embargo de admitir a existência de várias virtudes⁴², inclusive daquelas quatro virtudes cardeais (nas quais a prudência se inclui)⁴³. Também é fator que dificulta a retenção da ideia de prudência em PLATÃO o fato de o filósofo da Academia várias vezes a intercambiar com a noção mais lata de sabedoria (*sofia*)⁴⁴. A noção de prudência enquanto *fronesis*, no entanto, é perfeitamente encontrável na obra platônica, e com o mesmo sentido visto em ARISTÓTELES, a saber, o de guia da ação correta⁴⁵, à qual pertence o bom discernimento⁴⁶, sendo, em igual sentido, um dos requisitos para se julgar bem⁴⁷.

Já em ARISTÓTELES, cujo estudo permanece titulando cardeal importância ao que toca o presente tema, a prudência receberá a qualificação de virtude intelectual⁴⁸ por meio da qual se discerne sobre o que é bom ou vantajoso para si mesmo (administração doméstica) e para os seres humanos em geral (administração política)⁴⁹. O bom a perseguir (e o mal a evitar) é um fim da conduta humana inscrito no homem pela virtude moral, enquanto a retidão dos meios para alcançá-los é assegurada pela virtude intelectual, dentre as quais figura a prudência⁵⁰. A prudência apresenta íntima pertinência com a conduta humana⁵¹, jamais se podendo ter prudência na escolha de um meio errado para atingimento de um fim.

A eleição de meios (não de fins) diz respeito à deliberação⁵², e, prossegue ARISTÓTELES, somente se delibera sobre o que ainda é futuro e contingente⁵³. Assim, a prudência entende com a excelência na deliberação⁵⁴. E, se o homem prudente é o homem eficiente na deliberação em geral, percebe-se estar a prudência relacionada a um cálculo do futuro e do contingente preordenado a, pelos meios corretos, chegar aos fins acordes com a virtude moral.

⁴¹ PLATÃO. *Mênnon*, 77a-b, 78e e ss.; _____. *Protágoras*, 361a, afirmando textualmente nesta última passagem esse intento.

⁴² PLATÃO. *Górgias*, 469b.

⁴³ PLATÃO. *República*, IV, 427e.

⁴⁴ V.g., PLATÃO. *República*, IX, 582a; _____. *Protágoras*, 349b e 360d. Incluímos esta última passagem do *Protágoras* (a qual trata da intercambialidade entre coragem e *sabedoria*), pois quem tem ciência do que deve ou não temer, numa dada situação, não é só corajoso, mas igualmente prudente – cuida-se, afinal, de aplicação da sabedoria prática.

⁴⁵ PLATÃO. *Mênnon*, 97b-c.

⁴⁶ PLATÃO. *República*, IV, 428a-b.

⁴⁷ PLATÃO. *República*, IX, 582a.

⁴⁸ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, VI, 13, 1145a1. Ver também VI, 2, 1139b5 e VI, 5, 1140b20.

⁴⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, VI, 5, 1140b5-10.

⁵⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, VI, 12, 1144a20.

⁵¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, VI, 13, 1145a1.

⁵² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, III, 1112b10.

⁵³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, VI, 2, 1139b5.

⁵⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, VI, 5, 1140a30 e VI, 7, 1141b5-10.

Ajunte-se: ao se prelecionar que a prudência, além de fundar-se também em fatos particulares⁵⁵, pertence à parte da alma que forma *opiniões*, passíveis, por definição, de *variação*⁵⁶, a doutrina aristotélica, surpreendentemente, acena tanto a PLATÃO quanto a PAUL RICOEUR. A PLATÃO por este já admitir a opinião correta como guia, ao lado do conhecimento, da ação correta⁵⁷; e igualmente a RICOEUR por se afigurar possível correlacionar o conceito aristotélico de opinião (algo sujeito a variação) com os juízos situacionais (*judgement en situation*), ambos sendo próprios do objeto da prudência.

A escola estoica, forte na identificação do bom como a honestidade (*honestum*), amarrará a prudência àquela primeira⁵⁸. É CÍCERO quem traduzirá *fronesis* como *prudentia* e, sem significativo desprendimento com referência a ARISTÓTELES, a definirá como a virtude voluntária (as quais possuem seu nascedouro na razão⁵⁹) consistente no conhecimento do que é preciso evitar e do que é preciso procurar⁶⁰. Em formulação ligeiramente diversa, o conhecimento do que é bom, mal e do que não é nem bom tampouco mal⁶¹. Outras definições empregadas por CÍCERO, estas mais genéricas, consistem em proclamar a prudência como “arte da vida”⁶², “arte do viver”⁶³ ou dizer ser seu objeto a “escolha do bem em vez do mal”⁶⁴.

A inovação aportada por CÍCERO está na identificação dos elementos da prudência, a saber, memória, inteligência e *previdência* (*providentia*), entendendo a terceira como a faculdade pela qual se percebe que algo ocorrerá antes de ocorrer⁶⁵. Tem-se, ademais, mais um testemunho do liame entre prudência em futuro ao se conferir o seguinte lanço:

Quanto às grandes almas, às inteligências superiores, devem prever o futuro e regular com antecedência tudo o que devem fazer; qualquer rumo que as coisas tomem, não devem se expor temerariamente para não terem de dizer: “nisso eu não pensei”; Eis o que fazem as almas verdadeiramente grandes e que confiam na sua prudência e sabedoria.⁶⁶

⁵⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, VI, 7, 1141b15.

⁵⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, VI, 5, 1140b25.

⁵⁷ PLATÃO. *Mênon*, 97b-c.

⁵⁸ CÍCERO. *De inventione*, II, LIII, 159.

⁵⁹ CÍCERO. *De finibus*, V, XIII, 36.

⁶⁰ CÍCERO. *De officiis*, I, XLIII, 153.

⁶¹ CÍCERO, *De inventione*, II, LIII, 160.

⁶² “*Artem vitae*”. CÍCERO. *De finibus*, V, VII, 18.

⁶³ “*Vivendi ars est prudente*”. CÍCERO. *De finibus*, V, VI, 16.

⁶⁴ “*Prudentia in dilectu bonorum et malorum*”. CÍCERO. *De finibus*, V, XXIII, 67.

⁶⁵ CÍCERO, *De inventione*, II, LIII, 160.

⁶⁶ “*Quamquam hoc animi, illud etiam ingenii magni est, praecipere cogitatione futura et aliquanto ante constituere, quid accidere possit in utramque partem et quid agendum sit, cum quid evenerit, nec committere, ut aliquando dicendum sit "non putaram"*. Haec sunt opera magni animi et excelsi et prudentia consilioque fidentis” CÍCERO. *De officiis*, I, XXIII, 81.

Não nos demoraremos em MACRÓBIO, convindo unicamente sublinhar a retomada feita da doutrina ciceroniana das “partes” ou elementos da prudência. Onde o orador romano entrevia três elementos, aquele verá seis: razão (*ratio*), intelecto (*intellectus*), circunspecção (*circumspectio*), providência (*providentia*), disposição para o aprendizado (*docilitas*) e precaução (*cautio*)⁶⁷.

Convém interromper aqui a exposição do pensamento greco-romano para brevemente estudar a escola medieval. De se anotar, por fim, o adiantamento dos estudos antigos a respeito do sobrelevado elo entre prudência e futuro, ainda mais com uma das primeiras associações entre prudência a precaução já realizadas, entendimento o qual será mantido por TOMÁS DE AQUINO. O pensamento deste, e, metonimicamente, o escolástico, não romperá com a díade “prudência-futuro”; ao contrário, a abraçará.

1.4.2 Filosofia medieval

Prudente, diz ISIDORO, é como quem vê ao longe (*porro videns*), é perspicaz, vê o desenlace dos casos incertos⁶⁸. A mesma definição foi retomada por TOMÁS DE AQUINO, o qual ratifica o entendimento da prudência como virtude intelectual (ARISTÓTELES) ou virtude voluntária (CÍCERO), posto ser o conhecimento, repousado na razão, do futuro a partir das coisas presentes ou passadas⁶⁹.

A conformidade com ARISTÓTELES permanece também quanto à visão da prudência como reta disposição dos meios para atingimento dos fins⁷⁰; e como excelência no deliberar, quanto a este segundo ponto importando assinalar que o exercício da prudência não pode depender de uma *certeza tão grande*, dado seu objeto ser precisamente os “singulares contingentes”, é dizer, o que é por excelência incerto⁷¹; e a existência de um nexo entre a busca do bem-estar geral e a busca do bem-estar próprio⁷².

Para nosso propósito, não obstante, a contribuição decisiva de AQUINO reside no esclarecimento acerca das noções de providência e precaução enquanto elementos (ou “partes integrantes”) da prudência preceptiva, isto é, a prudência aplicada à ação. AQUINO revisita as

⁶⁷ MACRÓBIO. *Commentarii in somnium Scipionis*, I, VIII, 7.

⁶⁸ “*Prudens, quasi porro videns. Praespiciat est enim et incertorum praevidet casus*”. ISIDORO. *Etymologiae*, X, 201.

⁶⁹ AQUINO, Tomás de. *Summa theologiae*, II-II, q. 47, a. 1, resp.

⁷⁰ AQUINO, Tomás de. *Summa theologiae*, II-II, q. 47, a. 1, sol. 2 e II-II, q. 47, a. 7, resp.

⁷¹ AQUINO, Tomás de. *Summa theologiae*, II-II, q. 47, a. 9, sol. 2.

⁷² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, VI, 8, 1142a5; AQUINO, Tomás de. *Summa theologiae*, II-II, q. 47, a. 10, sol. 2.

doutrinas de CÍCERO e MACRÓBIO no intuito de harmonizá-las. Exporá, então, quatro classes de elementos, pertencentes: 1) à prudência cognoscitiva enquanto conhecimento em si mesmo: memória (*memoria*) e intelecto (*intellectus*); 2) à prudência cognoscitiva enquanto aquisição de conhecimento: disposição para o aprendizado (*docilitas*) e sagacidade (*solertia*); 3) à prudência cognoscitiva enquanto uso do conhecimento: razão (*ratio*); e 4) à prudência preceptiva: providência (*providentia*), circunspecção (*circumspectio*) e precaução (*cautio*)⁷³. Mostra-se muito significativo que as noções de providência e precaução, cujo melhor esclarecimento almejamos, sejam justamente aquelas ligadas à efetivação da ação (prudência preceptiva).

Pois bem, o latim *providentia* finca raiz etimológica na expressão *porro videns* (ver à distância)⁷⁴, utilizada por ISIDORO na definição da própria prudência, e no verbo latino *providere*, o qual recobre a um só tempo “prever” e “prover”, não se tratando simplesmente de considerar o futuro, mas também de enfrentá-lo⁷⁵. Assinala-se, por relevante, que o próprio AQUINO acentua o “prever”, isto é, a “previsão do futuro”, como a parte principal da prudência⁷⁶.

O “visto à distância” é o futuro e o contingente, submetidos, por esta mesma razão, à providência. E a providência implica tanto o presente quanto o futuro, na medida em que exige prenda-se o olhar a qualquer coisa distante como a um termo (“prever”) ao qual devem ser ordenadas as ações presentes⁷⁷ (“prover”). A providência, rematamos, é a síntese entre o futuro previsto e no presente provido, seja para realizá-lo ou evitá-lo.

A precaução, de sua vez, é necessária para que se previna contra o que pode *impedir* atos virtuosos⁷⁸. Tais impedimentos são *extrínsecos*⁷⁹ e podem tanto acontecer frequentemente quanto por acaso; muito embora deles ninguém possa se precaver inteiramente, permanece a possibilidade de evitá-los totalmente ou, ao menos, minimizá-los para que causem menos dano⁸⁰. Comporta entrada nesta concepção de precaução, por exemplo, o costume já aludido

⁷³ AQUINO, Tomás de. **Summa theologia**, II-II, q. 48, a. ún., resp.

⁷⁴ AQUINO, Tomás de. **Summa theologia**, II-II, q. 49, a. 6, obj. 1.

⁷⁵ AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. trad. Aldo Vannucchi [et al]. 2. ed. v. 5. São Paulo: Loyola, 2004, p. 627, nota “e”.

⁷⁶ “*Providentia futurorum*”. AQUINO, Tomás de. **Summa theologia**, II-II, q. 55, a. 7, obj. 2.

⁷⁷ AQUINO, Tomás de. **Summa theologia**, II-II, q. 49, a. 6, resp.

⁷⁸ AQUINO, Tomás de. **Summa theologia**, II-II, q. 49, a. 8, sol. 1. Algumas traduções optam por traduzir *cautio* por sua própria definição, “guarda contra obstáculos que entravam a ação”, valendo conferir: “*le prudent doit-il être en garde contre les embuches qui entraveraient l’action?*”. A utilização de flexões do vocábulo precaução para traduzir *cautio*, contudo, é admitida pela mesma tradução: “*il est donc nécessaire à la prudence d’être précautionneuse*” e “*être précautionneux et être prévoyant n’est donc pas chose identique*”. AQUINO, Tomás de. **Summe théologique**. trad. H.-D. Noble. Paris: Société Saint Jean l’Évangéliste, 1925, pp. 110-112 (Revue des Jeunes).

⁷⁹ “*Impedimenta extrinseca*”. AQUINO, Tomás de. **Summa theologia**, II-II, q. 49, a. 8, sol. 2.

⁸⁰ AQUINO, Tomás de. **Summa theologia**, II-II, q. 49, a. 8, sol. 3.

dos povos germânicos de deixar espaços vazios ao redor de suas moradas como expediente para evitar incêndios.

1.4.3 Opiniões desabonadoras da prudência

Um impressionante contraponto a tudo dito até o momento é representado pelo pensamento de LORENZO VALLA, verdadeira âncora epicurista em um oceano estoico. A concepção de prudência professada por seu disputante epicurista (Antonio Beccaldi), na obra *De voluptate*, é reduzida ao egoísmo e ao interesse próprio, bastando alguns exemplos para deixar isto assentado de forma estreme de qualquer dúvida: é prudente o cônjuge adúltero que não é descoberto⁸¹; condena-se Giges não pela desonra do regicídio, mas pela imprudência de, por tal ação, comprometer sua segurança, visto o assassinado não se tratar de um monarca tirano⁸²; por último, tampouco há desonra no rapto das sabinas por Rômulo, mas, pelo contrário, além de coragem e justiça, prudência⁸³.

Já o disputante cristão (Niccolo Niccoli), em discurso mais comedido, em comparação com o de Antonio Beccaldi, chamará de prudente quem não se expõe de maneira inconsiderada a perigos, deles fugindo em caso de necessidade. Dirá, com isto, que a prudência não é senão a precaução⁸⁴. Por fim, o recurso ao bifacetado Janus para ilustrar a prudência⁸⁵ é talvez uma das representações que melhor traduza a tensão entre a promoção do bem-estar próprio e a do bem-estar geral, assim como a eventual incompatibilidade de consecução conjunta de um e outro.

Não se pode senão conjecturar sobre a influência do pensamento de VALLA nos autores subsequentes, não se descartando, por exemplo, que THOMAS MORE tenha sido um destes influenciados (e, por que não, o próprio IMMANUEL KANT), dado sua caracterização (implícita) negativa da prudência, como sugere a alusão feita à prudência dos conselheiros franceses (homens, segundo MORE, versados em maquinações e artimanhas)⁸⁶. De resto, a prudência em MORE é em grandíssima parte associada à administração política e aos negócios de Estado, tendo-se como exemplos a prudência na escolha de magistrados⁸⁷; e a prudência em evitar guerras ao negociar com inimigos⁸⁸.

⁸¹ VALLA, Lorenzo. *De voluptate*, I, XLII, 2.

⁸² VALLA, Lorenzo. *De voluptate*, II, XXVI, 13-15.

⁸³ VALLA, Lorenzo. *De voluptate*, II, XXVII, 2.

⁸⁴ VALLA, Lorenzo. *De voluptate*, III, IV, 6.

⁸⁵ VALLA, Lorenzo. *De voluptate*, III, IV, 15.

⁸⁶ MORE, Thomas. *Utopia*, I, “De optimo statu republicae”.

⁸⁷ MORE, Thomas. *Utopia*, II, “De legibus Utopiensium”.

⁸⁸ MORE, Thomas. *Utopia*, II, “De re militari”.

A exposição de VALLA e MORE se presta à contextualização da ética kantiana, a qual trataremos daqui em diante e depois da qual encerraremos nosso estudo da evolução semântica da prudência. KANT repudia veementemente qualquer possibilidade de fundamentação da moral na experiência⁸⁹, por definição contingente, pena de se levar toda ação humana a se pautar por inclinações naturais e egoístas do seu agente. O exemplo do comerciante prudente (*kluge Kaufmann*) será o suficiente para externar o lugar da prudência no pensamento kantiano:

Por exemplo, é conforme o dever quando o comerciante não aumenta o preço para seu freguês inexperiente, e não faz isso também quando há muito movimento em seu comércio; então o esperto comerciante mantém um preço fixo para todos, e até uma criança pode comprar em sua loja como qualquer outra pessoa. Portanto, todos são atendidos honestamente, porém tudo isso ainda não é o bastante para se acreditar que o comerciante agiu desse modo por dever e pelo princípio da honestidade; na verdade ele fez isso para garantir seu ganho, mas não se pode supor que, além de tudo, ele ainda sentisse alguma empatia pelos compradores para, só por afeição, não privilegiar nenhum deles em detrimentos dos outros. Portanto, a ação não foi realizada por dever, nem por alguma empatia imediata, mas apenas com um propósito egoísta⁹⁰.

Do lance agora vertido, o comerciante é prudente por se não expor ao risco, decorrente do aumento nos preços do que vende, de perder sua clientela. É ação preordenada a um efeito que constitui uma vantagem pessoal, qual seja, preservar seus ganhos. Abstraindo do exemplo, o agente condiciona sua ação a um efeito desejado. Esta é a substância do conceito kantiano de *imperativo hipotético* ou *condicional*, o que ordena a necessidade prática de uma possível ação como um meio para se alcançar algo querido⁹¹ (v.g. se não queres perder tua clientela, diminui teus preços; “se você quer se curar do resfriado, deve tomar aspirina”⁹²) e a prudência não é senão a habilidade na seleção dos meios⁹³.

A “recomendação” “regra” ou “conselho” da prudência é sempre um imperativo hipotético⁹⁴, vez que a ação é comandada objetivando uma vantagem do agente, ou seja, um

⁸⁹ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**, Ak. VI, 215.

⁹⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Ak. IV, 397. A expressão “esperto comerciante” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. trad. Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018, p. 37) não é a mais adequada para tradução da expressão *kluge Kaufmann*, haja vista *kluge* relacionar-se com *Klugheit*, a qual se traduz precisamente por “prudência”, devendo ser mantida a expressão “prudente comerciante”. O emprego do predicado “esperto” tem outra utilidade, a de revelar que, aos olhos de Kant, e na mesma linha de Lorenzo Valla, prudência não passa de um expediente de promoção dos próprios e egoístas interesses – uma “esperteza”, portanto. A favor da tradução escolhida: KANT, Immanuel. **Groundwork of the metaphysics of morals**. trad. Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 11.

⁹¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Ak. IV, 414; _____. **Metafísica dos costumes**, Ak. VI, 222.

⁹² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 85.

⁹³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Ak. IV, 416.

⁹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Ak. IV, 416.

efeito, e o valor moral da ação não pode se situar no efeito esperado da ação⁹⁵. Consequentemente, as regras de prudência, fundadas na movediça experiência, são impróprias para a apresentação de ações como praticamente necessárias⁹⁶.

Tendo feito a caracterização da prudência tal como a concebe KANT, cumpre observar quão manifesta é a contraposição dela com o imperativo categórico. Este, formal, apriorístico, incondicional, universal e uma lei prática; aquela, material, indutiva, condicional, contingente e um mero conselho. A reivindicação de validade universal do imperativo categórico, deixada às claras por sua primeira formulação⁹⁷, exclui, por corolário lógico, toda ação sustentada empiricamente, em causas subjetivas, válidas apenas para um ou outro homem, e não para a universalidade humana.

A tensão, em última instância, existente entre imperativo categórico e regra de prudência não é senão a *antítese entre o universal e o situacional* e, ao ver de KANT, apenas o primeiro pode fundamentar a ética.

1.5 Apreciação crítica

Uma das premissas de HANS JONAS na formulação de sua ética para o futuro distante é o que denominamos de paradigma ético da contemporaneidade da ação, pelo qual todo o pensamento ético era cingido ao espaço de uma vida humana, excluindo-se de suas cogitações a condição humana no futuro. Mesmo que se admita a continuidade da validade de tal paradigma, é forçoso ao menos admitir que a revista dos autores agora expostos lhe coloca relevantes questionamentos.

Temos que, conquanto não se tenha uma ética do futuro distante nos moldes jonasianos, a concepção de uma tal ética seria possível com as doutrinas acumuladas ao longo das eras, as quais já delineavam fundamentos determinantes para esta empresa. A relação entre prudência e futuro, a consagração da previdência e da precaução como elementos da prudência e a precaução como evitação de impedimentos (extrínsecos) à ação correta são alguns dos precitados fundamentos. A doutrina de PAUL RICOEUR é testemunho eloquente disto ao eleger na prudência o referencial de avaliação moral das ações tomadas em contextos de incerteza e conflito, próprios da sociedade de risco.

⁹⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Ak. IV, 401.

⁹⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Ak. IV, 418.

⁹⁷ “Aja como se a máxima de sua ação devesse tornar-se, pela sua vontade, uma lei universal da natureza”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Ak. IV, 421.

Por outro lado, o imperativo categórico de KANT exprime um verdadeiro mandamento de coerência da vontade humana. A vontade do agente deve fazer sentido sob uma perspectiva de universalização da máxima da ação do mesmo agente para, então, obtenção da lei prática. Sucede que, se já se suscitava críticas sobre a suficiência da predicação da conduta humana apenas com base na “consciência do dever” ou na conformidade ou não à lei prática, subtraindo-se toda e qualquer consideração axiológica, mormente a respeito do “bom” e do “mal”⁹⁸, o “trágico da ação” de RICOEUR desafia seriamente o critério kantiano de aferição da correção da conduta humana.

É que, como reconhecido pelo próprio KANT, a regra de prudência, como imperativo hipotético, não detém conteúdo pré-definido, ao qual se chega apenas com a franquia de uma condição⁹⁹ (a prática de determinada ação é condição para se alcançar um fim). A atribuição de conteúdo subordinada à condição se amolda perfeitamente à resolução (ponderada) de casos incertos, próprios da sociedade de risco. É dizer, se amolda à estrutura de um imperativo hipotético de prudência. O próprio JONAS depõe nesta direção:

Mas onde tiver de se escolher entre um melhor ou um pior (ou seja, entre algo mais ou menos eficaz), como ocorre aos seres humanos, pode-se falar do dever de escolher o melhor caminho em nome do fim desejado, como diria Kant, a partir de um imperativo hipotético de prudência, que se refere aos meios e não ao fim.¹⁰⁰

Tome-se, aqui, como exemplo, o princípio da primazia do mau prognóstico sobre o bom, de HANS JONAS. Longe de ser universal, é *situacional* e condicionado, além de se reger pela precaução (elemento da prudência, pelo parecer de MACRÓBIO e TOMÁS DE AQUINO), tudo em vista de uma situação específica e considerando-se as apostas “tudo ou nada” imanescentes ao poder tecnológico atual¹⁰¹. Não é passível de universalização por se sujeitar a condição ou condições concretas. O excerto lançado também faz ressoar o trágico da ação de RICOEUR, pelo qual, dado um contexto de conflito e incerteza, amiúde se opta entre o pior e o menos pior.

⁹⁸ SCHELER, Max. **Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs**. cit., pp. 6, 19, 194, 214 e 215. De forma mais enfática: “*S’il appartient à l’essence du bon d’être aussi un ‘obligatoire’ au sens de l’obligation-d’une-tâche-à-accomplir, si c’est en cela qu’il consiste, la conséquence nécessaire est qu’en se réalisant effectivement le bon doit cesser d’être bon pour devenir une réalité moralement indifférente*”. SCHELER, Max. **Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs**. cit., p. 214. É com inspiração em Scheler, ademais, que Hans Jonas sentencia: “*Já foi muitas vezes comentado o fato de que o ‘imperativo categórico’ puramente formal, com os seus critérios de universalização da máxima da vontade, conduz a um vácuo singular*”. JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., p. 162-3 e nota 6.

⁹⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Ak. IV, 420.

¹⁰⁰ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., p. 153.

¹⁰¹ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., pp. 77-8.

Diz-se mais: certo é que a prudência foi entendida, da antiguidade à era moderna, fundamentalmente como excelência (ARISTÓTELES) ou habilidade (KANT) na escolha de meios. A partir do momento em que a escolha do melhor meio se torna condição para o fim da preservação da presença humana no futuro distante e da evitação de danos, a escolha deste melhor meio constitui um bem e se torna conteúdo imediato daquele fim. Constitui, já precisando nosso propósito, um *valor*.

1.6 Estatuto axiológico da prudência

A hipótese suscitada na conclusão da seção anterior requer demonstração, o que, por sua vez, chama a elucidação da própria noção de valor. Para tanto, adotar-se-á a distinção scheleriana entre objetivos, fins e valores. Por *objetivo* se entende todo *conteúdo de imagem* (de pensamentos, representações, percepções possíveis etc.) dado como destinado a ser realizado. O *fim*, de seu turno, prescinde de qualquer conteúdo de imagem; ao contrário, é imanente à tendência¹⁰², a qual equivale, grosso modo, ao aspecto interno da conduta, com a qual trabalharemos por irrelevante a diferenciação para os fins de nosso trabalho.

A conduta é orientada ao fim e desta orientação se toma consciência quando aquela primeira é ratificada ou infirmada por um valor¹⁰³. Ocorrida esta “ratificação axiológica”, pode-se dizer que o valor é o conteúdo imediato do fim¹⁰⁴ e, logo, distinto deste último. Muito bem. Para aplicação desse ferramental à prudência, convém considerar o panorama da sociedade de risco e enfocar fins de condutas cujos efeitos se espraiam no futuro distante com capacidade suficiente para afetar adversamente a vida humana futura.

Ora, as *escolhas* efetuadas que comprometam essa última hão de ser repelidas por existente tensão entre uma orientação da conduta e um valor (à orientação da exploração desenfreada de uma atividade industrial se contrapõem o desenvolvimento sustentável e a prudência). Por meio da prudência, não comportam ratificação axiológica senão as orientações de conduta visadas a preservar a presença humana futura e a evitar danos.

Poder-se-ia dizer, sem temer paradoxo, que a prudência ratifica, portanto, os *fins* cujo conteúdo imediato seja os melhores *meios* de assegurar a continuidade humana no futuro diante de um contexto de incerteza e conflito – valendo-se da fórmula do imperativo hipotético

¹⁰² SCHELER, Max. **Le formalisme en éthique et l'éthique matériale des valeurs**. cit., pp. 26 e 29.

¹⁰³ SCHELER, Max. **Le formalisme en éthique et l'éthique matériale des valeurs**. cit., pp. 28-29. Daí Scheler a denominar *orientação axiológica* ou em direção a um certo valor: SCHELER, Max. op. cit., p. 29.

¹⁰⁴ Cf. sugerido em SCHELER, Max. **Le formalisme en éthique et l'éthique matériale des valeurs**. cit., pp. 31 e 36.

kantiano: se não *deves* poluir, toma as precauções cabíveis para que tua indústria não polua. Longe de um paradoxo, o fato de o próprio *melhor caminho* impregnar-se de valor tão somente atesta a grave importância de sua preferência para o futuro humano.

É apenas após a apreensão do valor da prudência e da ratificação de orientações de condutas por ela que se pode falar no assinar a si mesmo objetivos primando pelo “interesse positivo” do próprio Ser¹⁰⁵. Simplificando: a escolha de objetivos deve ocorrer levando-se em conta a prudência (se objetivas cultivar transgênicos, tem em mente cautelas para não contaminar cultivos alheios). Evidencia-se disto a justificação de nossa insistência na pesquisa de um fundamento axiológico, o qual, reafirmamos, é a fundação de todo o edifício da prevenção de danos.

Não nos contentaremos com a obtenção por si só de um fundamento axiológico, sendo o momento, agora, de examinar a sua admissão na ordem jurídica brasileira, desde a Constituição até o nível legal.

1.7 Culturalismo e valores jurídicos

O discurso jurídico sobre valores vem inapelavelmente justaposto à concepção do direito como ciência cultural empírica, isto nos sendo sugerido, por exemplo, pelo excerto de PAULO DOURADO DE GUSMÃO, de que “os valores jurídicos, destacados pelo culturalismo jurídico” são “os fundamentos do direito”¹⁰⁶. A sequência “direito-cultura-valor” é amplamente acolhida¹⁰⁷ e tem grande dívida mormente para com EMIL LASK.

A posição filosófica que se inicia em LASK no campo jurídico postula ver o direito na integridade de sua natureza, aprofundando sobretudo no aspecto do fenômeno da cultura peculiar àquele. Não se fala em cultura como simples elemento material variável, mas como uma sorte de fundamento metafísico¹⁰⁸.

¹⁰⁵ JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. cit., p. 152. A ponderação ponteana bem traduz o pensamento de Jonas: “desde o momento em que algo se formou, o fim dele é ser”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. v. 2. Campinas: Bookseller, 2005, p. 157.

¹⁰⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **História e introdução ao estudo do direito**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 410.

¹⁰⁷ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 31-2; MONTORO, André Franco. **Introdução ao estudo do direito**. 30. ed. São Paulo: RT, 2013, pp. 323-4; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 174; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 147-8; FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 83-4.

¹⁰⁸ PAZ, Enrique Martinez. “El significado de la filosofía jurídica de Emil Lask”. Prefácio. In: LASK, Emil. **Filosofía jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1946, pp. XVIII-XIX.

LASK escreveu sob o signo da crescente influência positivista na comunidade jurídica, escola a qual, aspirando ao domínio absoluto do método empírico no estudo do direito, proporá a substituição da filosofia do direito por uma “teoria geral do direito”¹⁰⁹, assim excluindo-se, sob pena de “heresia jusnaturalista”¹¹⁰, qualquer especulação filosófica da produção do conhecimento jurídico. LASK criticará este intento prelecionando que a própria realidade empírica, e, logo, a realidade da vida histórica, valem como palco ou substrato sobre o qual atuam os valores¹¹¹.

O mesmo material fático, prosseguirá LASK, sobre o qual as disciplinas empíricas almejam tão somente descrever, e não especular, já é, de alguma maneira “esclarecido, julgado, valorado, examinado pela filosofia, em razão de sua última legitimação; em suma, é relacionado com as concepções de mundo”¹¹², algo reconhecido por teóricos gerais do direito de diferentes escolas¹¹³. A crítica é aguda: não há algo como uma descrição teórica neutra de um objeto, a qual sempre virá imersa nas valorações de cada agente, daí LASK ponderar que, porque pertencente ao ramo das ciências culturais empíricas¹¹⁴, a discussão a respeito do método da ciência do direito conduz mais além da mera metodologia e espera sua decisão definitiva de um “sistema de valores supraempíricos”¹¹⁵, enquanto a filosofia do direito se subordinaria ao conceito unitário de filosofia enquanto *doutrina crítica do valor*¹¹⁶.

A concepção laskiana da ciência do direito como ciência cultural empírica é avançada por GUSTAV RADBRUCH, importando a associação entre cultura e a atitude, exposta por este último, de se *referir a valores*. Em efeito, a “Cultura” não é o mesmo que a realização dos valores, mas o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar¹¹⁷. Atribuímos capital importância a este ensinamento e procuraremos retomá-lo posteriormente sempre que tenha cabida e relevância.

Por fim, o panorama geral agora caracterizado ficará completo com rápida anotação a respeito da baixa reverberação das ideias do culturalismo no campo da dogmática jurídica primeira metade do século XX. Deveras, mui tímida atenção se consentiu aos valores por parte

¹⁰⁹ LASK, Emil. **Filosofia jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1946, pp. 5-6.

¹¹⁰ LASK, Emil. **Filosofia jurídica**. cit., p. 6.

¹¹¹ LASK, Emil. **Filosofia jurídica**. cit., pp. 7-8.

¹¹² LASK, Emil. **Filosofia jurídica**. cit., pp. 8-9.

¹¹³ GENY, François. **Science et technique en droit privé positif**: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. v. 2. Paris: Sirey, 1927, p. 354 (n. 162); DABIN, Jean. **Théorie générale du droit**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1969, p. 227 (n. 195).

¹¹⁴ LASK, Emil. **Filosofia jurídica**. cit., p. 56.

¹¹⁵ LASK, Emil. **Filosofia jurídica**. cit., pp. 1-2.

¹¹⁶ LASK, Emil. **Filosofia jurídica**. cit., p. 56.

¹¹⁷ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997, p. 41-2.

dos autores desta época, grande parte deles filiados à escola positivista. Se, por uma volta, consentia-se que a elaboração do direito pressupunha uma “concepção de mundo” (DABIN se expressa pelo alemão *Weltanschauung*, mesmo vocábulo utilizado por LASK), recusava-se ao jurista qualquer competência para propor um estudo crítico destas diferentes “concepções de mundo”¹¹⁸. A consideração axiológica ficava, então, reduzida à transcrição de preceitos morais gerais com, rigorosamente avaliando, quase nenhuma utilidade prática direta para o direito (v.g. “primazia do espírito sobre a matéria” e outros do jaez)¹¹⁹. Orientação diferente não se poderia observar nos adeptos da pureza metodológica, por meio da qual se sentenciava a ciência do direito à isenção de qualquer conteúdo crítico e de tudo o que compusesse elementos de apreciação subjetiva¹²⁰.

Excepcionaremos de tal quadro PAUL ROUBIER, para quem, sem descurar do seu caráter normativo, há uma tendência do direito à *formulação de juízos de valor fundados sobre a ideia de uma finalidade*, a resultar que a noção regente de todo ordenamento jurídico é a de valor, repousando, o direito mesmo, em última análise, sobre uma *filosofia dos valores*. O autor vai mais além ao afirmar ser em função de seu valor que tal regra poderá ser uma regra jurídica¹²¹. Suas ideias guardam sintonia com a ciência do direito da hora atual, a qual tem na expressão dos valores uma função característica do discurso normativo¹²².

ROUBIER, ademais, cumpre sua meta de explicar os aparentemente inconciliáveis desacordos das escolas jurídicas sobre as noções jurídicas mais elementares situando a origem de tais desacordos em diferentes hierarquizações de valores. O que se cumpre lamentar é não ter estado dentre as suas pretensões científicas o estabelecimento de uma completa e acabada teoria dos valores jurídicos na esfera da teoria geral do direito.

1.8 O valor jurídico da prudência e a implicação recíproca com o *neminem laedere*

É conhecido cuidado metodológico o estabelecimento de uma definição jurídica a respeito de qualquer conteúdo, por sua vez, metajurídico. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR bem diz, a esse respeito, que a definição jurídica oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra (seu

¹¹⁸ DABIN, Jean. *Théorie générale du droit*. cit., p. 228-9 (n. 196).

¹¹⁹ DABIN, Jean. *Théorie générale du droit*. cit., p. 229 (n. 196).

¹²⁰ ROGUIN, Ernest. *La science juridique pure*. v. 1. Paris: LGDJ, 1923, pp. 61 (n. 44) e 70-1 (n. 52); KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. trad. Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 14, 16, e 81.

¹²¹ ROUBIER, Paul. *Théorie générale du droit: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. 2. ed. Paris: Sirey, 1951, p. 317 (n. 36).

¹²² FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 111.

uso corrente) e o aspecto semasiológico daquela (sua significação normativa)¹²³. Assim que, na expressão laskiana¹²⁴, teremos de proceder, num primeiro momento, à transmutação do material pré-jurídico da prudência em conceito jurídico.

O ato de conhecimento axiológico da *preferência*, por meio do qual se afirma a superioridade de um valor afetivamente percebido¹²⁵ é também relevante, recordando ROUBIER que toda ordem jurídica se erigirá sobre a tábua de valores *preferidos* por uma sociedade. Não preleciona diversamente TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR na enunciação de suas diversas sentenças a respeito da definição dos valores jurídicos: “centros significativos que expressam uma *preferibilidade* (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa¹²⁶; “símbolos de *preferência* para ações indeterminadamente permanentes”; e “símbolos integradores e sintéticos de *preferências* sociais permanentes”¹²⁷.

O autor ainda nega que constituam um mundo abstrato e válido em si, antes sendo dependentes de um objeto – “valem-para” no sentido de se dirigirem para algo. Os valores jurídicos “valerem-para” os comportamentos sociais é o que revela sua atuação como *processo seletivo* dos mesmos comportamentos¹²⁸.

Tomadas em conjunto, as transcrições revelam a mesma proposição: os valores preferidos pela sociedade selecionam os comportamentos sociais que se afinam com aqueles, em controle da contingência ou “aleatoriedade” das orientações das ações de cada membro do corpo social. Simplificando: os valores estabilizam em certa medida as condutas dos integrantes da sociedade – v.g. preferem-se as ações realizadoras da igualdade material, da justiça social e da laicidade, reprovando-se, pela via oposta, as condutas não ratificadas por tais valores.

Auxilia-nos igualmente a cingir os valores jurídicos o conhecimento de seus predicados: a) *bipolaridade*: um valor sempre se contrapõe a um desvalor (prudência e imprudência); b) *implicação recíproca*: a realização de um valor implica a realização de outros (a prudência

¹²³ FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 75.

¹²⁴ LASK, Emil. **Filosofia jurídica**. cit., pp. 69-70.

¹²⁵ SCHELER, Max. **Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs**. cit., p. 85.

¹²⁶ FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. cit., p. 83.

¹²⁷ FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. cit., p. 311. Com ligeira variação: “fórmulas integradoras e sintéticas para a representação de consenso social”. FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 151. Outra definição atribuída a Tercio Sampaio é a de valores serem “preferências por núcleos de significação” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: linguagem e método. cit., p. 175), a qual se difundiu pelos adeptos do construtivismo lógico-semântico (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2014, pp. 511-512). De fato, para Tercio Sampaio, os valores são centros ou núcleos significativos (FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. cit., pp. 83-84), mas acreditamos que a fórmula difundida por Paulo de Barros Carvalho se deva a expressão própria sua.

¹²⁸ FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. cit., pp. 111 e 113.

implica o *neminem laedere*); c) *referibilidade*: os valores possuem direção para determinado fim (lembrando a opinião de VALLA, a prudência aponta para a não exposição a riscos ou perigos); *preferibilidade*: como corolário, os valores pressupõem uma orientação da conduta a um fim (ver capítulo 1, n. 1.6); d) *incomensurabilidade*: os valores não podem ser estimados (nem a prudência, tampouco qualquer outro valor se pode medir); e) *possibilidade de graduação hierárquica*: a fisionomia de uma época depende da forma como uma sociedade gradua seus valores (os cientistas éticos da sociedade de risco preconizam a primazia da prudência sobre a liberdade); f) *objetividade*: os valores existem com referência a um sujeito (a prudência e os demais valores são próprios da vivência humana); g) *historicidade*: os valores se revelam na experiência humana através da história (ver capítulo 1, n. 1.4); h) *realizabilidade*: é da essência dos valores converterem-se em momento de realidade (o porte de máscara durante pandemias como a de Covid-19 realiza a prudência, torna-a real); e i) *inexauribilidade*: entretanto, os valores nunca se reduzem à realidade na qual se revelam, sua realização jamais os esgotando¹²⁹ (o porte de máscara uma única vez não esgota a prudência).

A esses predcados, PAULO DE BARROS CARVALHO ajunta outros dois: j) *atributividade*: o ser humano nunca age com indiferença frente a um objeto, sempre atribuindo-lhe qualidades positivas ou negativas, isto é, conformes ou desconformes a um valor (predica-se de imprudência o entreter eventos com altas concentrações de pessoas não vacinadas durante a pandemia de Covid-19); e k) *indefinibilidade*: os valores não podem ser circunscritos semanticamente (sem embargo de todo o dissertado, ainda se está longe de definir a prudência)¹³⁰.

A dificuldade de estritamente quadrar a prudência como valor jurídico ecoa com o predicado da indefinibilidade dos valores, pelo que desta empresa nos desincumbiremos mais satisfatoriamente demonstrando que o fim que constitui conteúdo imediato da prudência é o melhor meio para assegurar a continuidade humana futura. O meio consiste em medidas de prevenção de danos. A prevenção de danos, posto ser meio ratificado pela prudência, é valorada como preciosa ou *preferida* pelo ordenamento jurídico na exata medida de ser instrumento a serviço da continuidade da presença humana no futuro e da evitação de danos.

Exemplifique-se com o seguinte excerto de DEMOGUE: “Aquele que tem muitos meios de utilizar sua propriedade para um fim determinado deve escolher aquele que não lese outrem.

¹²⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 185-188 e 203-204.

¹³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. cit., pp. 178-179.

Deve agir com as precauções necessárias neste tocante, sob pena de ultrapassar seu direito”¹³¹. A lição cai muito bem ao propósito por vincular a escolha do melhor meio de exercer um direito ao atendimento de precauções necessárias, medidas de prudência, em outros dizeres.

Que a prudência é um valor nós já o demonstramos; teremos, agora, de adequar a diferenciação tão bem estabelecida por MAX SCHELER entre objetivos e fins para abrigar aquele primeiro neste último. Identificaremos os fins, portanto, com os “conteúdos de imagem” (objetivos) de que fala SCHELER. A razão para isto é se lhes assinar no campo jurídico, se não na totalidade, na quase totalidade das vezes, o mesmo conteúdo semântico.

Além disso, tratando *exclusivamente* dos ordenamentos jurídicos, o estabelecimento de fins determinados pressupõe uma representação (conteúdo de imagem, objetivo) valorada como preciosa. HUMBERTO ÁVILA confirma nosso ponto de vista ao dizer que um estado de coisas se transforma em fim quando se aspira gozar ou possuir as qualidades presentes naquela situação. É com o mesmo ÁVILA que entendemos a relação de princípios e valores como sendo a qualificação positiva dada pelo valor ao estado ideal de coisas estabelecido pelo princípio¹³². Exemplo: o constituinte ter positivado a cláusula de não discriminação (CF, art. 5º, *caput*) implica atribuir valor ao fim (estado ideal de coisas, sinônimo de objetivo) de todos serem iguais perante a lei. Reuniremos no conceito jurídico de *fim*, portanto, os estados ideais de coisas (conteúdos de imagem ou objetivos).

O segundo momento é o da demonstração de que a prudência se acha integrada ao ordenamento jurídico brasileiro. Sinal marcante disto é a sanção ao seu oposto axiológico, a imprudência, de há muito enfocada pela clássica responsabilidade civil por ato ilícito (CC/02, art. 186). A imprudência como modalidade de conduta culposa é comumente sancionada no exercício de atividades profissionais¹³³. O Código de Ética da Magistratura Nacional, neste contexto, possui inteiro capítulo endereçado à prudência no exercício da magistratura (arts. 24 a 26). Fora do campo profissional, outra repisada área de sanção da imprudência é a atividade do automobilista, de quem o Código de Trânsito Brasileiro exige “prudência especial” na condução, quando próximo a cruzamentos (CTB, art. 44).

¹³¹ “Celui qui a plusieurs moyens d'utiliser sa propriété pour une fin donnée doit choisir celle qui ne lèse pas autrui. Il doit agir avec les précautions nécessaires à cet effet, sinon il dépasse son droit”. DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. v. 4. Paris: Arthur Rousseau, 1924, pp. 399-400 (n. 705).

¹³² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 95 e 104.

¹³³ CARVALHO SANTOS, João Manoel de. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 2. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 319.

Abstraindo dos textos específicos, há relação de implicação recíproca da prudência com o também valor *neminem laedere*¹³⁴ – “não lesar a outrem” –, é dizer, a realização de um implica na realização do outro. O *neminem laedere* atrai a prudência para o centro do direito da responsabilidade civil, lançando a base para que se propugne uma visão não mais meramente negativa de sanção da imprudência, mas *positiva*: sancionando as culpas de imprudência e negligência, refere-se o Código Civil, ainda que indiretamente, a uma “*norma geral de conduta social* impondo o comportar-se em quaisquer circunstâncias com prudência e diligência”¹³⁵.

Não por coincidência se preconiza uma *obrigação geral de prudência*¹³⁶ retirada, sob a forma de norma de conduta, do próprio âmago do direito da responsabilidade civil –art. 186 do CC/02 e arts. 1.382 e 1.383 (atuais arts. 1.240 e 1.241) do Código Civil francês – e a qual se define como norma de comportamento determinando a tomada de todas as precauções usuais a fim de evitar que uma atividade engendre mais riscos do que ela normalmente produziria¹³⁷. A conjunção de ambos os valores, prudência e *neminem laedere*, bem como a compreensão positiva trazida pela obrigação ou dever geral de prudência privilegia a proteção da pessoa contra infortúnios (*neminem laedere*) advindos da falta de previsibilidade das consequências de dada conduta (prudência), ambos se achando enfeixados em uma lógica de antecipação à realização de danos.

Em nota de encerramento, as investigações a seguir empreendidas demarcam o início de um estudo dogmático analítico, em comparação com a porção inicial até aqui do presente trabalho, fortemente fundada na concepção do direito enquanto objeto cultural e estudado por uma ciência igualmente cultural e empírica. Pretendemos externar o acolhimento da percepção culturalista por ser ela a guisa pela qual o direito se abre aos valores. E, diante do valor da

¹³⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95. Esclarecemos em momento oportuno que utilizamos a expressão “princípio jurídico” como norma jurídica, não como valor.

¹³⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. **Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité**. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013, p. 457 (n. 450). Ver também: TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile**. Paris: l’Harmattan, 2008, p. 44 (n. 41).

¹³⁶ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes**. Paris: Dalloz, 2011, p. 48 (n. 59); BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle**. Paris: Dalloz, 2008, p. 330 (n. 282); SCHAMPS, Geneviève. **La mise en danger: un concept fondateur d’un principe général de responsabilité**. Bruxelas: Bruylant, 1998, p. 829 (n. 308). Preferindo “*dever geral de conduta prudente e diligente*”: VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. **Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité**. cit., p. 491 (n. 473); GRAYOT, Stéphanie. **Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages**. Paris: LGDJ, 2009, p. 368 (n. 420).

¹³⁷ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. **Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité**. cit., p. 500 (n. 477); SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes**. cit., p. 264 (n. 464).

prudência enquanto fundamento axiológico da prevenção de danos, fazia-se necessário conduzi-la ao mundo do direito da forma aqui posta.

E o trabalho descritivo no qual agora embarcaremos refletirá as premissas científicas anteriormente adotadas, refletidas, na linha de LASK e RADBRUCH, pela atitude de referência de nossas proposições ao valor da prudência – bem assim ao *neminem laedere* e à finalidade contemporânea de proteção da responsabilidade civil –, ratificadora da prevenção de danos como melhor meio para a preservação da presença humana futura e para a evitação de danos.

Temos demonstrado, após longo e necessário percurso, a natureza de valor *jurídico* da prudência, perfazendo nossa investigação do fundamento axiológico da prevenção de danos e possibilitando a discussão, em seguida, do seu fundamento jurídico.

2 FUNDAMENTO JURÍDICO DA PREVENÇÃO DE DANOS

2.1 Fundamento constitucional da prevenção de danos

RAYMOND SALEILLES, conhecido civilista francês, deixou igualmente suas impressões sobre o direito constitucional do final do século XIX. Suas teses constitucionais, entretanto, revelavam inegáveis fundamentos de direito civil, este atuando como legitimador daquelas. É dizer, SALEILLES compreendia o direito constitucional a partir do direito civil, sem o qual aquele primeiro restaria uma matéria disforme e com o repertório limitado apenas a decisões desordenadas dos detentores do poder político¹³⁸.

A referência histórica nos serve de pórtico, pois contextualiza uma verdadeira inversão do processo teórico ocorrida no final do século XX, momento no qual princípios e valores inicialmente plasmados nos textos constitucionais passaram a se irradiar sobre os programas legislativos infraconstitucionais, fazendo com que vários institutos de direito civil fossem relidos em conformidade com aqueles mesmos princípios e valores.

Alavancando esse processo em solo nacional, a promulgação da Constituição de 1988 significou a introdução de texto que alterou para sempre os rudimentos do direito positivo brasileiro. Não sem razão se reconhece no texto constitucional (e na contemporânea interpretação dos seus artigos) o motivo primacial da transformação de diversos departamentos jurídicos, sobretudo o direito da responsabilidade civil¹³⁹.

Ao defrontarmo-nos com alguns dos direitos fundamentais constantes do catálogo da Constituição, aferiremos a sua vocação para contribuírem com o desenvolvimento da personalidade, exegese apenas possível com a leitura dos mesmos direitos fundamentais em conjunto com as cláusulas consagradoras da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I). Supor a dignidade da pessoa humana como “princípio fundamental” da República significa o reconhecimento do indivíduo como limite e fundamento do domínio político do mesmo aparato republicano. É entender a República como organização política que

¹³⁸ FOULQUIER, Norbert; SACRISTE, Guillaume. Un constitutionnaliste oublié: le privatiste Raymond Saleilles. **Jus Politicum**, ago. 2012, n. 4. Disponível: [<http://juspoliticum.com/article/Un-constitutionnaliste-oublie-le-privatiste-Raymond-Saleilles-211.html>]. Acesso: 10 dez. 2020.

¹³⁹ DONNINI, Rogério; ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. v. 8. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 365-366; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, prefácio à 4ª edição.

serve o homem, e não o contrário. Trata-se, por fim, de reconhecer o indivíduo como conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual¹⁴⁰.

A partir da releitura do Código Civil à luz da Constituição, aludida por PIETRO PERLINGIERI, se possibilita ao intérprete ao menos três importantes avanços: a) individuar um sistema do direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; b) redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos civilísticos; c) e verificar e adaptar as técnicas e noções tradicionais, buscando uma “modernização” dos instrumentos¹⁴¹.

Por meio dos precitados avanços, institutos civilísticos de finalidade historicamente patrimonial (como a própria responsabilidade civil era) passam a se subordinar à concretização de valores constitucionais como a solidariedade, a vida digna e o pleno desenvolvimento da pessoa. O autor chama isto de “funcionalização das situações patrimoniais àquelas existenciais”¹⁴². Exemplo desta superação está na aplicação da técnica da execução direta ou específica também às obrigações de fazer, sempre que se possa, sem constrangimento físico do devedor, atribuir ao credor o mesmo resultado que se pactuou receber. Substitui-se o ressarcimento pecuniário do credor pela efetiva satisfação do seu interesse real¹⁴³.

PERLINGIERI coloca especial destaque na responsabilidade civil ao apregoar a *releitura de seu estatuto normativo à luz do valor central da pessoa*, a partir do que constata a necessidade de (re)adequação de suas técnicas¹⁴⁴. O lance do autor reforça a visão da finalidade contemporânea do direito da responsabilidade civil como sendo a proteção (ver capítulo 1, n. 1.1). Assinala-se igualmente que o rompimento do “dogma da patrimonialidade” redundará no “ocaso da antiga convicção segundo a qual a responsabilidade civil resulta sempre em uma indenização em dinheiro”¹⁴⁵.

Vislumbrar a realização de valores constitucionais como finalidade de institutos historicamente patrimoniais permite, assim, entrever uma *difusão da função social nos diferentes domínios do direito civil*, a qual, por sua vez, denota aplicações particularizadas do princípio constitucional da solidariedade a institutos de direito privado¹⁴⁶. É pela interpretação

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 225.

¹⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

¹⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. cit., p. 32.

¹⁴³ TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 873.

¹⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. cit., p. 175.

¹⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 197.

¹⁴⁶ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade pós-contratual**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

dos diplomas de acentuada vocação sistêmica e centralizadora (CC/02 e CDC) capitaneada pela Constituição que se torna possível identificar no atual direito positivo um prevalente aspecto humanístico¹⁴⁷ que ocupou o lugar da posição patrimonialista do sistema de outrora (manifestada pelo Código Civil de 1916), *passando, o atual, a ter na proteção à pessoa uma de suas linhas mestras*.

Essa necessidade do sistema constitucional atual de proteção à pessoa foi apreendida por ROGÉRIO DONNINI quando da construção dos preceitos da *iustitia protectiva* e do *princípio da responsabilidade*¹⁴⁸, sobre os quais voltaremos mais abaixo. O testemunho de MARCELLO MAZZOLA acerca da transformação ora enfocada, apesar de feito em relação à Itália, também abarca a realidade brasileira. Pondera o autor que a *centralidade da pessoa humana* na sociedade contemporânea determinou uma inevitável e fundamental revolução, mas, antes disto, e mais exatamente, uma verdadeira implosão no sistema jurídico¹⁴⁹.

Resulta do até aqui assinalado que a axiologia atual do sistema jurídico (inclusive o valor da prudência) desempenha papel capital na tutela da pessoa. Hoje mais do que nunca, à vista do quadro sociológico desenhado no pórtico do nosso trabalho. O préstimo franqueado pela mesma axiologia à interpretação dos precitados diplomas de vocação sistêmica e centralizadora está em enriquecer o alcance interpretativo destes últimos. Remata-se: conquistados os textos por ora necessários, deve-se afirmar seu potencial mediante o processo interpretativo – por definição teleológico-axiológico¹⁵⁰ – e a consonância ao valor jurídico da prudência e à finalidade contemporânea de proteção do direito da responsabilidade civil. Vale, enfim, o registro de CYRIL SINTEZ de que a sanção preventiva não é senão o efeito jurídico resultante de uma *interpretação* da norma suscetível de violação¹⁵¹.

2.1.1 A releitura contemporânea do art. 5º, XXXV

A permeação dos valores constitucionais sobre institutos civilísticos com finalidade historicamente patrimonial concede enxergar a necessidade de operacionalização de técnicas de prevenção do dano¹⁵², porquanto, ante riscos comprovados ou mesmo potenciais de danos

¹⁴⁷ DONNINI, Rogério; ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. v. 8. cit., p. 363.

¹⁴⁸ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Fabris, 2015, p. 80.

¹⁴⁹ MAZZOLA, Marcello Adriano. **I nuovi danni**. Milão: CEDAM, 2008, p. 13.

¹⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. cit., p. 72.

¹⁵¹ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011, p. 453 (n. 800).

¹⁵² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. cit., p. 32.

irreversíveis, torna-se inócua a função reparatória. A postura axiológica frente aos riscos da modernidade reflexiva resulta em um ideal de prevenção, como vimos, sendo, então, este o momento oportuno de mostrar que, a partir de interpretação referida ao valor da prudência, ao lado do *neminem laedere* e à finalidade contemporânea de proteção da responsabilidade civil, será possível conferir ao art. 5º, XXXV da Constituição o assento constitucional da prevenção de danos.

Em efeito, tal dispositivo possibilita o ingresso em juízo para assegurar direitos simplesmente ameaçados¹⁵³. A norma constitucional preenche o princípio do acesso à justiça ou, ainda, da inafastabilidade do controle judicial, inafastabilidade da jurisdição ou do direito de ação. Por seu intermédio, nenhuma das espécies normativas do art. 59 da Constituição pode inviabilizar a tutela jurisdicional, preventiva ou repressiva, de qualquer direito lesado ou ameaçado¹⁵⁴. De se ver, a ciência constitucional tradicional direciona o mandamento constitucional ao legislador, vedando a este que afaste a tutela jurisdicional de quaisquer eventos que acarretem lesão ou ameaça a direito¹⁵⁵.

A processualística contemporânea desvincula-se dessa visão. Forte na “proeminência reconhecida à pessoa humana diante do Estado no plano constitucional”, difunde a visão do processo como *perspectivado na pessoa humana e preordenado a conferir tutela aos direitos*¹⁵⁶. Aprofundando o conteúdo da norma constitucional examinada, vê nela a veiculação de um *direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva*, por meio do qual se preconiza tanto encarar o processo a partir do direito material, da tutela dos direitos, quanto a tutela não apenas repressiva, mas também preventiva dos mesmos direitos¹⁵⁷.

Pela expressão “ameaça a direito” vislumbra-se ainda uma visão prospectiva do processo, voltada a proteger, sob pena de inocuidade da tutela posterior, situações de direito material não passíveis de tradução em termos econômicos (direitos da personalidade e direito ao meio ambiente)¹⁵⁸. Verbalizando a “ameaça a direito” como inafastável de apreciação

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 433.

¹⁵⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 629-630.

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1998**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 172. Na jurisprudência do STF: “O dispositivo constitucional tem como objetivo primeiro estabelecer a assistência judiciária aos hipossuficientes. Segundo, tem o intento de coibir iniciativas dos legisladores que pudessem impor obstáculos desarrazoados ao acesso à Justiça, a fim de impor o acesso plural e universal ao Poder Judiciário”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 640.905/SP, rel. Luiz Fux, Pleno, j. 15 dez. 2016 – realces acrescentados.

¹⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional”. **Revista de Processo**. v. 229. mar. 2014, pp. 51-74.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, pp. 859 e 869.

¹⁵⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 7. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 125.

jurisdicional, a norma do art. 5º, XXXV (replicada no art. 3º do CPC) “teve por fim garantir a possibilidade de qualquer cidadão requerer a *tutela inibitória*”¹⁵⁹, inserida no art. 497, *caput* e parágrafo único do CPC, a qual se pormenorizará mais tarde (ver capítulo 3, n. 3.4.2).

Também na dogmática civil mais recente o art. 5º, XXXV da Constituição se verá aprofundado. Para ROGÉRIO DONNINI, o inciso XXXV é a norma constitucional que completa o *neminem laedere*, posto sua finalidade ser igualmente a *prevenção de danos*, a partir da expressão “ameaça a direito”¹⁶⁰. Enxergando a responsabilidade civil em sua vertente mais contemporânea, ROGÉRIO DONNINI constata a imposição de comportamento solidário preordenado à proteção das pessoas (*iustitia protectiva*) na atualidade e para o futuro, com vistas não apenas a reparar, mas prevenir danos, cuja raiz está sempre no atual *neminem laedere*¹⁶¹, cuja implicação recíproca com o valor da prudência tratamos acima. É de se reconhecer, logo, que a norma constitucional examinada não guarda apenas incidência no plano processual, mas igualmente no material.

Entrevê-se do desenvolvido a respeito da atual configuração axiológica do direito da responsabilidade civil, que *a prevenção de danos é corolário da proteção à pessoa*. Esta “atualização” do *neminem laedere* confirma ademais a antiga inteligência de GEORGES RIPERT: “se não há em nosso Código regra tão geral, do fundo das eras, máximas permaneceram até nós (...); velhos adágios, carregados de pensamento moral e que fazem penetrar raios de luz no sombrio ateliê das formas jurídicas”¹⁶².

ROGÉRIO DONNINI prossegue afirmando que a Constituição recepcionou o *neminem laedere* de maneira adequada e ampla, motivo pelo qual *o dever de prevenção e reparação de*

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 55.

¹⁶⁰ DONNINI, Rogério. “Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*”. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; _____. **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: RT, 2009, p. 492. No mesmo sentido: ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 225; MENDES, Gilmar Ferreira. “Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem”. **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. v. 8. São Paulo: RT, ago. 2015, pp. 479-486; MARTINS, Fernando Rodrigues; NANNI, Giovanni Ettore (org.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 56.

¹⁶¹ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**. cit., p. 80.

¹⁶² “S’il n’y a pas dans notre Code de règle aussi générale, du fond des âges des maximes sont restées jusqu’à nous que l’on continue à citer à l’Ecole et au Palais (...); vieux adages, chargés de pensée morale et qui font pénétrer des rayons de lumière dans le sombre atelier des formes juridiques”. RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. 4. ed. Paris: LGDJ, 1949, p. 291 (n. 158).

*danos tem incidência no sistema constitucional, espalhando-se, a partir dele, e na condição de direito fundamental, a todos os demais sistemas de direito positivos infraconstitucionais*¹⁶³.

Antes de se passar ao fundamento legal, convém examinar a pertinência dos princípios da prevenção e precaução também ao fundamento constitucional da prevenção de danos. A empresa é profícua por servir paralelamente à demarcação do próprio conteúdo jurídico necessário à descrição da incorporação da prevenção de danos na responsabilidade civil. Em uma palavra, cuida-se de examinar os princípios da prevenção e da precaução para, conseqüentemente, compreender se e como atuarão na consagração de uma responsabilidade preventiva.

2.1.2 Princípios da prevenção e da precaução

A concepção de princípio jurídico perquirida deve a um só tempo sobrelevar a aptidão daqueles de se espalhar pelas demais normas do ordenamento jurídico e ressaltar a conexão com os valores jurídicos. Assim que, antecedendo ao estudo dos princípios da prevenção e da precaução, impõe-se firmar entendimento sobre o conceito de princípio. Entre nós, fez escola a inteligência de BANDEIRA DE MELLO:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.¹⁶⁴

No ver de ALEXY, são mandamentos de otimização, exigindo que algo seja realizado em medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas¹⁶⁵. A definição do autor alemão, conquanto usufrua de amplo acolhimento na comunidade jurídica brasileira, foi censurada por encerrar mais um método de aplicação do que propriamente uma diferença substancial entre regras e princípios¹⁶⁶.

Já com HUMBERTO ÁVILA, princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para

¹⁶³ DONNINI, Rogério. “Prevenção de danos e a extensão do princípio *neminem laedere*”. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; _____. **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. cit., pp. 493 e ss.

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 54 (n. 24).

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 37.

¹⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. cit., p. 146.

cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta necessária à sua promoção¹⁶⁷.

Por imediatamente finalística se entende que o princípio estabelece um fim, um estado ideal de coisas a ser atingido (v.g. garantir previsibilidade, preservar o bem-estar das pessoas, dentre outros “conteúdos de imagem”). E os princípios se relacionam com os valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado ideal de coisas a se promover¹⁶⁸. As normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente para lhes definir o sentido e o valor. Deve-se primar pela compreensão das regras a lume do princípio sobrejacente a ela¹⁶⁹.

Cabe a recordação de algumas observações já antes expendidas (ver capítulo 1, n. 1.8). Reunimos no conceito de fim o conteúdo de imagem (objetivo), isto é, o estado ideal de coisas ratificado por um valor (a “qualificação positiva” de ÁVILA). Ao declarar o valor como conteúdo imediato de um determinado fim, assume-se que o princípio, no buscar atingir este fim, realiza o valor. Os princípios da prevenção e precaução, buscando concretizar o fim de a todos assegurar proteção contra os infortúnios do futuro, realizam o valor da prudência¹⁷⁰.

Retome-se a perquirição: PAULO DE BARROS CARVALHO identifica quatro acepções distintas assumidas pelos princípios jurídicos: a) norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; b) norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; c) valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e d) limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nas duas primeiras o princípio é norma, na terceira é valor e na quarta é critério objetivo¹⁷¹.

Temos reservas quanto à equiparação semântica entre princípios e valores, contudo, a lição transcrita serve a reafirmarmos nossa posição: articulando os valores da prudência e do *neminem laedere* com os princípios da prevenção e da precaução, manteremos que estes dois

¹⁶⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.

¹⁶⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. cit., pp. 102-104.

¹⁶⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. cit., p. 122.

¹⁷⁰ Para uma aproximação da prevenção e da precaução à prudência: “*Depois do que expusemos, penso que o 'princípio da precaução' tem a característica de 'princípio jurídico' que tenta realizar os valores do n[e]minem laedere, da prudência e da segurança (outro princípio) e estabelecer diretrizes normativas no sentido de evitar os danos, apreciando os riscos possíveis para que o pior não aconteça individual e socialmente*”. LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 95. Ver também: KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution: rapport au premier ministre**. Paris: La documentation française, 1999, p. 12; TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: l'Harmattan, 2008, pp. 43 (n. 39), 47 (n. 47) e 77 (n. 108).

¹⁷¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 141-142.

últimos sejam princípios enquanto normas jurídicas, não enquanto valores ou limites objetivos. Dizemos, portanto, que ambos os princípios buscam a realização dos valores da prudência e do *neminem laedere*, por meio dos quais o sistema jurídico elege como preciosos os fins (estados ideais de coisas) consistentes na continuidade da permanência humana no futuro e na evitação de danos.

Diante do resenhado, a concepção de ÁVILA sobre os princípios jurídicos é a que mais se ajusta ao nosso propósito, compreendendo ambas as exigências mencionadas no início desta seção. É a concepção também com a qual mais se afinam os subsídios teóricos anteriormente versados para se apreender a prudência como valor jurídico.

Os princípios da prevenção e da precaução integram o conteúdo jurídico necessário à incorporação da prevenção de danos na responsabilidade civil por cuidarem, em estágios diversos, da antecipação à concretização de riscos de danos. O que ora se discute é o seu nível normativo no ordenamento jurídico brasileiro. Pois bem, constitui a prevenção um princípio tradicional de direito ambiental e de mais antiga consagração no direito internacional público do que o princípio da precaução, como sugerido pelo princípio 5 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972). É incontroverso que tenha sede constitucional no art. 225, *caput* da Constituição¹⁷².

O princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) surge como princípio da política de meio ambiente do governo alemão em 1976, por meio da qual uma política ambiental precaucional (*vorsorgende Umweltpolitik*) demandaria não apenas a prevenção de danos iminentes ou sua reparação, mas que os recursos naturais sejam cuidadosamente protegidos e geridos. A mesma Alemanha o empunhará como instrumento de política internacional¹⁷³, observando-se, a partir da década de 1980, a inserção do princípio da precaução em diversos documentos de direito internacional público: preâmbulo da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio (1985); § VII da Declaração Ministerial da Segunda Conferência sobre a Proteção do Mar do Norte (1987); § 7º da Declaração Ministerial da Conferência de Bergen sobre Desenvolvimento Sustentável (1990); art. 2º da Convenção sobre a Proteção dos Alpes (1991); princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992 – “ECO-92”), dentre outros¹⁷⁴.

¹⁷² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 114 e 117.

¹⁷³ EWALD, François. “Philosophie politique du principe de précaution”. In: _____; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de. **Le principe de précaution**. 2. ed. Paris: PUF, 2008, pp. 6-7.

¹⁷⁴ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution: rapport au premier ministre**. cit., p. 20.

No direito comparado, de se referir o estatuto constitucional conquistado, ineditamente¹⁷⁵, pelo princípio da precaução, introduzido no bloco de constitucionalidade francês pelo art. 5º da Lei Constitucional nº 2005-205, de 1º de março de 2005 (“Carta do Meio Ambiente”). O ordenamento jurídico brasileiro não o exprime constitucionalmente, omissão suprida apenas a nível ordinário, com o art. 1º da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança). Este panorama normativo não impede a doutrina de apelar a uma intelecção do art. 225, § 1º, IV e V da Constituição para obter a consagração constitucional implícita do princípio da precaução¹⁷⁶. A jurisprudência do STF parece tratar a constitucionalização do princípio da precaução como dada, não se cogitando de maiores questionamentos¹⁷⁷.

Abordada a pertinência dos princípios da prevenção e da precaução ao fundamento *constitucional* da prevenção de danos, passa-se a examinar o conteúdo de cada um. O princípio da prevenção se faz presente em cenário no qual os danos provêm de riscos certos, comprovados. Sua existência está comprovada ou é conhecida empiricamente, a exemplo do risco nuclear, no qual incerteza não paira sobre as afetações adversas decorrentes da contaminação nuclear¹⁷⁸. Em 1962, RACHEL CARSON demonstra as propriedades cancerígenas do primeiro inseticida moderno, o dicloro-difenil-tricloro-etano (DDT), cuja utilização começa a ser interditada em diversos países a partir da década de 1970¹⁷⁹. Em 1955, RICHARD DOLL estabeleceu associação causal satisfatória entre o câncer de pulmão e o minério amianto, muito utilizado na indústria da construção civil¹⁸⁰, levando primeiro à diminuição de sua importação e, finalmente, à proibição de sua utilização por alguns países no final do século XX.

¹⁷⁵ SADELEER, Nicolas de. “Le statut juridique du principe de précaution”. In: EWALD, François; GOLLIER, Christian; _____. **Le principe de précaution**. cit., p. 92.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101/DF, rel. Cármen Lúcia, Pleno, j. 24 jun. 2009;

¹⁷⁸ FERREIRA, Keila Pacheco. “Prevenção e responsabilidade civil: revisitando os aspectos teleológicos na primeira década do CC”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 720.

¹⁷⁹ CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Melhoramentos, 1964, p. 33. Ver também: “DDT (insecticides)”. **LeCancer.fr**. Disponível: [<https://lecancer.fr/dossiers/le-cancer-ce-qu-il-faut-savoir/les-principaux-facteurs-de-risques/ddt-insecticides/>]. Acesso: 20 out. 2021.

¹⁸⁰ DOLL, Richard. “Mortality from lung cancer in asbestos workers”. **British journal of industrial medicine**. v. 12. 1955, pp. 81-86. Ver também: BARTRIP, Peter W. J. “History of asbestos related disease”. **Postgraduate Medical Journal**. v. 80. 2004, pp. 72-76; “Historique de la problématique ‘amiante’”. **Institut national de recherche et de sécurité**. Disponível: [<https://www.inrs.fr/risques/amiante/historique-problematique-amiante.html>]. Acesso: 20 out. 2021.

O princípio da precaução é um “tipo de prevenção”¹⁸¹ ou, ainda, uma “pré-prevenção” ou “sobreprevenção”¹⁸², é dizer, transcende a proteção dispensada pelo princípio da prevenção. Apreende bem a noção de precaução o art. L.110-1, II, 1º do Código do Meio Ambiente francês, segundo o qual, pelo princípio da precaução, “a ausência de certezas, considerados os conhecimentos científicos e técnicos atuais, não deve retardar a adoção de medidas efetivas e proporcionais visando prevenir um risco de danos graves e irreversíveis ao meio ambiente, a um custo economicamente aceitável”¹⁸³.

Aos dias de hoje, explica-se a invocação do princípio da precaução tanto pelas falhas do princípio da prevenção, quanto pelo surgimento de novos riscos potenciais¹⁸⁴. A insuficiência do princípio da prevenção, cujo objeto reside na antecipação a riscos certos de dano, se explica por não ser sempre que se poderá enquadrar riscos relevantes numa zona de certeza, ou seja, ter-se um prévio conhecimento a respeito dos riscos a serem prevenidos, provando-se há muito tempo falsa a crença de a ciência poder estabelecer a médio ou longo prazo todos os efeitos de uma situação ou atividade. Nosso mundo não é compreendido por sistemas dinâmicos estáveis, pelos quais seria estático e previsível; ao revés, apresenta flutuações bifurcações e instabilidades¹⁸⁵.

A distinção entre prevenção e precaução se opera pela demarcação dos riscos certos (comprovados) e riscos incertos (potenciais ou suspeitos). De começo, *risco* é um perigo eventual mais ou menos previsível¹⁸⁶ ou, desmembrando-se a referência ao “perigo”, é a “eventualidade de sobrevinda de um dano”¹⁸⁷. Trate-se agora das diferenças específicas. *Riscos certos*: são aqueles nos quais é possível avaliar a probabilidade ou, ainda, eventos cujo nexo causal com determinado dano é cientificamente comprovado. Possuem periculosidade estabelecida, versando a probabilidade sobre a realização do próprio dano; *Riscos incertos*:

¹⁸¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 75.

¹⁸² MOORE, Benoît. “Prefácio”. In: HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde; KHOURY, Lara; SAINT-PAU, Jean-Christophe (Coords.). **L’influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale: regards franco-québécois**. Québec: Revue de Droit de l’Université de Sherbrooke, 2015, p. V.

¹⁸³ Art. L.110-1. (...). 1º *Le principe de précaution, selon lequel l’absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l’adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l’environnement à un coût économiquement acceptable*.

¹⁸⁴ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution: rapport au premier ministre**. cit., p. 13.

¹⁸⁵ PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. trad. Roberto Leal Teixeira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011, p. 59.

¹⁸⁶ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution: rapport au premier ministre**. cit., p. 10.

¹⁸⁷ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile**. cit., p. 648 (n. 1.040).

aqueles nos quais, a despeito de sua sobrevivência permanecer controversa no plano científico, não é desarrazoado considerar sua ocorrência diante de certos dados, de uma hipótese científica séria. A probabilidade incide sobre a confirmação ou não desta hipótese¹⁸⁸. NICOLAS DE SADELEER também elenca a classe dos *riscos residuais*: riscos especulativos, é dizer, fundados sobre considerações puramente especulativas, sem fundamento científico e de hipótese despida de seriedade¹⁸⁹.

Alguns corolários das definições apresentadas: os riscos residuais devem ser removidos do campo de aplicação do princípio da precaução, porquanto a especulação, conjectura, intuição, alerta, denúncia ou o questionamento não bastam por si só a justificar uma atitude de precaução. Os riscos incertos situam-se, logo, na zona intermediária entre os riscos residuais e os riscos certos¹⁹⁰. Por fim, os riscos incertos pressupõem uma hipótese científica sujeita a validação ou refutação, pelo que também devem ser excluídos da raia precaucional os riscos ignorados ou não cognoscíveis, nos quais sequer há uma hipótese científica (temática à qual voltaremos mais tarde).

Além dos repisados estados de incerteza científica envolvendo a exposição a ondas eletromagnéticas e os transgênicos, exemplo também válido é a própria exposição ao amianto antes de estabelecido seu caráter carcinogênico. É que, em 1935, existia tão somente uma *possível relação* entre asbestose e câncer pulmonar¹⁹¹, situando a problemática do amianto, neste momento, mais como risco incerto do que risco ignorado ou certo. Anteriormente precipitado por RICOEUR (ver capítulo 1, n. 1.2.2), o “caso do sangue contaminado” (1980-90), escândalo sanitário envolvendo contaminações pós-transfusionais pelo vírus causador da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), era risco incerto em 1983, momento no qual o risco de transmissão do vírus pelo sangue era largamente suspeitado. Configura-se, no entanto, como risco certo em 1984, porquanto terminada a incerteza científica quanto à questão¹⁹². A ciência, por seu progressivo caminhar, realoca determinados riscos (não todos, eis que a hipótese de risco pode ser rechaçada) antes enquadrados pelo princípio da precaução para o da prevenção; longe de com isto se implicar um gradativo esvaziamento do escopo de

¹⁸⁸ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., p. 74 (n. 102); KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. cit., p. 11.

¹⁸⁹ SADELEER, Nicolas de. “Le statut juridique du principe de précaution”. In: EWALD, François; GOLLIER, Christian; _____. **Le principe de précaution**. 2. ed. Paris: PUF, 2008, p. 88.

¹⁹⁰ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., p. 74 (n. 102).

¹⁹¹ LYNCH, Kenneth M.; SMITH, W. Atmar. “Pulmonary asbestosis III: carcinoma of lung in asbesto-silicosis”. **American Journal of Cancer**. v. 24. 1935, pp. 56-64.

¹⁹² TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., pp. 178 (n. 267) e 179 (n. 270).

incidência da precaução, o mesmo evolver da ciência produz novos riscos incertos a serem enfrentados por este último princípio.

Enfocando exclusivamente o princípio da precaução, cabe recordar alguns ensinamentos do primeiro capítulo que bem lhe caem como rudimentos: tome-se, por exemplo, a questão de TOMÁS DE AQUINO segundo a qual o exercício da prudência não pode depender de uma *certeza tão grande*, dado seu objeto ser por excelência o que é contingente e incerto. LORENZO VALLA dirá que a prudência não consiste senão na precaução, dado ambas corresponderem no não se expor levianamente a perigos. Com HANS JONAS, por fim, há o princípio ético da primazia do mau prognóstico sobre o bom.

Dessas linhas éticas interessa notar como se amoldam com justeza ao conceito de precaução como princípio jurídico. O princípio da precaução opera na incerteza científica e nos comanda a não nos expor a certos riscos, ainda que meramente prováveis, pelo que a dúvida científica se resolve com a cautela que considera o cenário pior, e não o melhor, no caso de assunção de um tal risco. De aqui em diante, a compreensão do princípio da precaução se torna nuançada até se cismar em duas concepções díspares: a integrista (ou absolutista) e a pragmática.

Pela concepção integrista da precaução, entra-se em agravado modelo da “heurística do medo” de HANS JONAS, toda técnica nova devendo ser considerada como perigosa até que se tenha prova da sua inofensividade. Este entender prima pela pura e simples abstenção. Julga-se melhor não criar riscos novos do que evitar riscos conhecidos. Vista deste ângulo, a precaução seria capaz de nos proporcionar o “risco zero”¹⁹³. Exemplos de aplicação desta concepção de precaução no direito brasileiro envolvem: o art. 328 da Constituição estadual do Amapá, o qual vedava a construção de usinas nucleares e o depósito de materiais radioativos e lixo atômicos no território estadual¹⁹⁴; e a proibição absoluta do art. 4º da Portaria nº 658/21¹⁹⁵ de entrada no território nacional por transporte terrestre em razão da pandemia de Covid-19.

Pode-se pretender invocar o princípio da precaução sob uma concepção integrista para justificar uma medida imponderada: a proibição absoluta de entrada no território nacional por transporte terrestre não parece se coadunar com o art. 3º da mesma Portaria nº 658/21, o qual

¹⁹³ FAGNART, Jean-Luc. “Principe de précaution et responsabilité civile”. _____ (org.). **Regards croisés sur le principe de précaution**. Limal: Anthemis, 2011, pp. 14-5.

¹⁹⁴ Art. 328. *São indisponíveis as terras na área territorial do Estado, para fins de construção de usinas nucleares, depósitos de materiais radioativos e lixo atômicos, na forma da lei*. A norma, também presente, com variações, nas constituições de outras unidades federativas (Goiás, Paraíba, Pernambuco e Sergipe), foi recentemente declarada inconstitucional, mas por usurpação de competência da União: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6.902/AP, rel. Cármen Lúcia, Pleno, j. 19 out. 2021.

¹⁹⁵ Art. 4º. *Fica proibida a entrada no País de estrangeiros, de qualquer nacionalidade, por rodovias ou quaisquer outros meios terrestres*.

admite a entrada por transporte aéreo no território nacional mediante o atendimento de exigências. Porventura não se poderia estender solução parelha ao transporte terrestre?

Portanto, não é de somenos importância atestar que a concepção integrista, ao passo que sirva de pretexto para a imposição de medidas de precaução desproporcionais, não poderia se harmonizar com nosso sistema jurídico. De resto, o “risco zero” não existe¹⁹⁶ e a própria ética o nega quando TOMÁS DE AQUINO esclarece ser impossível se precaver de todos os obstáculos à ação correta, situações havendo nas quais apenas poderemos minimizar suas consequências danosas. Cremos ser a esta forma extremada de compreender o princípio da precaução que se dirigem grande parte das críticas a este último, nomeadamente, de ser paralisante, incoerente e não levar a qualquer direção¹⁹⁷.

Afastando-se da peremptoriedade da concepção integrista, o modo pragmático do princípio da precaução o erige em modelo de ação racionalizada em situações de incerteza. Sua finalidade, para os subscritores desta concepção, é promover uma prevenção precoce, mas proporcional, de riscos potenciais¹⁹⁸. A finalidade do princípio da precaução deve entender com a condução à melhor aceitabilidade social de determinado risco por aqueles a ele expostos¹⁹⁹.

Assentando, então, nossa atenção na concepção pragmática do princípio da precaução, dizemos ser deveras notável a sua progressiva permeabilização em relevantes províncias jurídicas: se foi concebido como um princípio de direito ambiental, hoje acha-se igualmente na tutela da saúde humana, da segurança alimentar e dos consumidores²⁰⁰. O precedente neste ponto é o caso da transmissão da doença da “vaca louca” (encefalopatia espongiforme bovina - EEB) a humanos, cujo estopim foi a utilização pelo Reino Unido de ração contendo farinha de carne e ossos (“Meat and Bone Meal”) à base de bovinos falecidos por ação do agente patógeno desta doença. A doença terminou por se transmitir aos humanos em virtude da atuação de uma

¹⁹⁶ LUTTE, Isabelle. “Les risques liés aux médicaments et leur gestion entre prévention et précaution”. In: FAGNART, Jean-Luc. “Principe de précaution et responsabilité civile”. **Regards croisés sur le principe de précaution**. cit., p. 59; TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., p. 609 (n. 964).

¹⁹⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. Nova York: Cambridge University Press, 2005, p. 14.

¹⁹⁸ FAGNART, Jean-Luc. “Principe de précaution et responsabilité civile”. _____. (org.). **Regards croisés sur le principe de précaution**. cit., p. 16.

¹⁹⁹ HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. “ Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile français, regard comparatiste”. In _____.; KHOURY, Lara; SAINT-PAU, Jean-Christophe (Coords.). **L’influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale**: regards franco-québécois. cit., p. 21.

²⁰⁰ SADELEER, Nicolas de. “Le statut juridique du principe de précaution”. In: EWALD, François; GOLLIER, Christian; _____. **Le principe de précaution**. cit., pp. 83-85; KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. cit., p. 8.

variante da EEB. Trazida a questão ao foro da União Europeia, sua Corte de Justiça referiu, neste julgado, os princípios da precaução e da ação preventiva em matéria de saúde humana²⁰¹.

Por outra volta, sobressai, na responsabilidade civil, sua função de prevenção do dano ambiental, preordenada ao ataque da “danosidade potencial” como prioritária à reparatoria. HERMAN BENJAMIN ainda sublinha que, ao obrigar o poluidor a incorporar nos seus custos o preço da degradação que causa, a responsabilidade civil proporciona o “clima político-jurídico necessário à operacionalização do princípio da precaução, pois prevenir passa a ser menos custoso que pagar”²⁰².

Até aqui, ainda não se falou propriamente de direito civil, ramo jurídico ao qual se comete a tutela de interesses particulares de pessoas consideradas enquanto tais²⁰³. Em efeito, muito além da inversão do ônus da prova admitida pela jurisprudência em matéria ambiental²⁰⁴, os tribunais franceses, no contencioso envolvendo a exposição a ondas eletromagnéticas emanadas de antenas de telefonia, reconheceram a “possibilidade de invocar o princípio da precaução como uma *norma de comportamento* juridicamente sancionável nas relações entre pessoas privadas”, a partir do que sua penetração no direito da responsabilidade civil foi tida como certa. No contencioso referido, justapôs-se o princípio da precaução à doutrina das perturbações anormais de vizinhança (*troubles anormaux de voisinage*), a redundar na equiparação do *dano cientificamente incerto* a uma perturbação anormal (homônimo francês do uso anormal da propriedade para o contexto de conflitos de vizinhança), autorizando a prescrição judicial de medidas preventivas para cessá-la²⁰⁵.

Haverá lugar destacado para o exame dessa reviravolta jurisprudencial (ver capítulo 4, n. 4.5.2). O que nos cumpre considerar, em nota de encerramento, é o enriquecimento trazido

²⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Europeia. *Queen v. Ministry of Agriculture* (C-157/96), j. 5 mai. 1998, §§ 63-64.

²⁰² BENJAMIN, Herman. “Responsabilidade civil pelo dano ambiental”. *Revista de direito ambiental*, v. 9. jan./mar. 1998, pp. 5-52.

²⁰³ Assevera Miguel Reale: “Quando imediato e prevalecente o interesse particular, o Direito é privado (...). O conteúdo de toda relação jurídica é sempre um interesse, tomada a palavra na sua acepção genérica, abrangendo tanto os bens de natureza material como os de ordem espiritual (...). Na verdade, a Lei Civil não considera os seres humanos enquanto se diversificam por seus títulos de cultura, ou por sua categoria social, mas enquanto são pessoas garantidamente situadas, com direitos e deveres, na sua qualidade de esposo ou esposa, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino ou vizinho, testador ou herdeiro etc.”. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 340-341 e 358.

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.373.360/PR, rel. Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. 14 out. 2019; REsp 883.656/RS, rel. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 9 mar. 2010; REsp 972.902/RS, rel. Eliana Calmon, 2ª Turma, j. 25 ago. 2009.

²⁰⁵ HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. “Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile français, regard comparatiste”. In _____; KHOURY, Lara; SAINT-PAU, Jean-Christophe (Coords.). *L’influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale: regards franco-québécois*. cit., pp. 10 e 20.

pelo princípio da precaução à responsabilidade civil. ANDRÉ TUNC, em 1981, acreditava, em face da expansão dos mecanismos securitários e de seguridade social, na extrema redução do papel preventivo da responsabilidade civil (TUNC fala da prevenção como dissuasão) e no seu confinamento às matérias de danos à propriedade, aos interesses de comércio e aos valores morais²⁰⁶. Reputamos tal vaticínio não verificado no presente, o que em considerável parte se deve creditar ao princípio da precaução.

2.2 Fundamento legal da prevenção de danos

Nas relações consumeristas, a prevenção de danos encontra expressa disposição no art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor. BRUNO MIRAGEM pondera que duas classes de deveres estão compreendidas no artigo legal: *deveres positivos* (dever de informar os consumidores e as autoridades acerca dos riscos de produtos e serviços *in commercio* – arts. 6º, III, 9º e 10, § 1º do CDC) e *deveres negativos* (não introduzir no mercado produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde e à segurança do consumidor – art. 10 do CDC)²⁰⁷.

Nas relações civis, desponta a importantíssima previsão do art. 12 do Código Civil: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. Atribui-se a este artigo o papel de reforçar os mecanismos de proteção da pessoa humana sob três frentes: tutela ressarcitória (indenização ou reparação não pecuniária), tutela repressiva (cessação da lesão ou remoção do ilícito) e tutela inibitória (cessação da ameaça a direito)²⁰⁸.

Não se diga que a norma precitada é de direito processual; sua natureza, em verdade, é *material*. Não trata tão somente da mera possibilidade de recurso ao ferramental processual das tutelas cautelares, antecipadas ou da execução específica de obrigação²⁰⁹; da cumulação de indenização por perdas e danos com multa cominatória²¹⁰; ou mesmo da mera proteção contra abusos no exercício da liberdade de manifestação e de imprensa (ver capítulo 3, n. 3.4.2).

²⁰⁶ TUNC, André. **La responsabilité civile**. Paris: Economica, 1981, pp. 31-32 (n. 31).

²⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 236.

²⁰⁸ SCHREIBER, Anderson [et al]. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 38.

²⁰⁹ “A primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se às técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada com resultado extensivo”. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado n. 140 da I Jornada de Direito Civil do CEJ**. Ver também: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 35.

²¹⁰ DUARTE, Nestor; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. Barueri: Manole, 2016, p. 29.

Reduzir a precitada previsão à proteção da personalidade sob a perspectiva repressiva²¹¹ ou reparatória é desaproveitar o seu potencial interpretativo à vista da axiologia constitucional anteriormente exposta.

Muito além desse escopo, o art. 12 exercerá fundamental importância, por exemplo, na tutela da pessoa frente a riscos incertos à saúde humana (perspectiva do princípio da precaução – ver capítulo 4, n. 4.4.2). A problemática mesma a respeito da existência de uma suposta função de cessação do ilícito integrada ao direito da responsabilidade civil (perspectiva do princípio da prevenção) deve, no direito brasileiro, começar por aquele artigo (ver capítulo 3, n. 3.4.2). Em razão do alcance normativo geral do art. 12, apto a proteger a *pessoa* enquanto tal, concentrar-se-á nele o estudo da prevenção de danos na responsabilidade civil. Deixaremos de remissa o art. 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor por tal norma entender especificamente com a situação jurídica de consumidor e a vulnerabilidade a ela inerente²¹². A pessoa, em efeito, nos parece ser o denominador comum por meio do qual a prevenção de danos, em suas manifestações ressaídas da responsabilidade civil, pode brindar a mais irredutível e ampla proteção assegurada pelo ordenamento jurídico. São as razões pelas quais nos conduziremos nestes moldes.

2.2.1 Direitos da personalidade: tutela ampla e conexão com a responsabilidade civil

Não se pode pretender firmar o art. 12 do Código Civil como fundamento legal da prevenção de danos sem antes perquirir a respeito da tutela dos direitos da responsabilidade, a participação nela da responsabilidade civil e a própria prevenção de danos. É que o art. 1.277 do Código Civil, embora importantíssimo, é circunscrito ao domínio dos direitos de vizinhança e não guarda necessariamente um escopo de proteção geral à pessoa, na forma preceituada pelo art. 12. Os bens protegidos pelo precitado art. 1.277 são a segurança, o sossego e a saúde, não podendo ser invocado, a se seguir a orientação de SAN TIAGO SANTAS, para proteção de outros bens jurídicos²¹³. É, pois, necessária a investigação agora proposta.

Em conhecido arrazoadado, GUSTAVO TEPEDINO enuncia entender por personalidade o “conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”. Chega-se, ainda com este autor, à necessidade de tutela

²¹¹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 151.

²¹² AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 343.

²¹³ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 70 (n. 32).

privilegiada da personalidade ao nela se considerar mais um valor do que a mera capacidade de ter direitos e obrigações²¹⁴, desta ambiguidade não se dando conta autores, aliás, de elevado porte²¹⁵.

Bem se sabe que a tutela dos direitos da personalidade compreende modos vários de reação: a) cessação de práticas lesivas; b) apreensão de materiais oriundos dessas práticas; c) submissão do agente à cominação de pena; d) reparação de danos materiais e morais; e e) perseguição criminal do agente²¹⁶. À responsabilidade civil se sói atribuir a resposta reparatória como seu meio primordial de expressão. O exame de que ora nos ocupamos, entretanto, visa explorar uma provável influência sua na cessação de práticas lesivas ou, simplesmente, *cessação do ilícito*, daí porque conveniente, aqui, insulá-la daquelas outras reações elencadas e lhe perscrutar o fundamento.

A proteção dos direitos da personalidade é, de ordinário, associada ao “comportamento negativo da generalidade”²¹⁷, não raro se recorrendo a deveres de abstenção como meio de imposição do respeito àqueles direitos²¹⁸. Tende-se a generalizar este entendimento a partir de formulações segundo as quais a proteção a direitos da personalidade se perfaz por meio de um “dever geral de abstenção a todas as pessoas que não sejam os titulares do direito”²¹⁹.

O recurso a fórmula semelhante ao da obrigação passiva universal de MARCEL PLANIOL²²⁰ – concebida de guisa a explanar a estrutura da relação jurídica de direito real – para explicar a tutela dos direitos da personalidade se sintoniza à (rejeição da) visão segundo a qual o ordenamento jurídico franquearia primordialmente aos direitos reais o caráter de direito absoluto, ou seja, de oponibilidade *erga omnes*. Deveras, o direito de propriedade foi, por muito tempo, “o exemplar mais perfeito” desta estirpe de direitos²²¹. Enxergar os direitos da

²¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro In: _____. **Temas de direito civil**. 3. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 27. A passagem merece integral transcrição: “A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*. Dito diversamente, considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada”.

²¹⁵ V. g. CAPITANT, Henri. **Introduction à l'étude du droit civil**. 4. ed. Paris: A. Pedone, 1921, p. 133 (n. 94); AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. cit., p. 354.

²¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

²¹⁷ DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008, p. 71.

²¹⁸ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 614-5.

²¹⁹ MIRAGEM, Bruno. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 199. Ver também: GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 115 (n. 77).

²²⁰ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (colab.). **Traité élémentaire de droit civil**. 11. ed. v. 1. Paris: LGDJ, 1928, pp. 702-703 (n. 2.160).

²²¹ CAPITANT, Henri. **Introduction à l'étude du droit civil**. cit., p. 116 (n. 74).

personalidade pela óptica dos direitos reais não poderia render resultado distinto do reduzir aqueles primeiros a meros “direitos reais afins”²²².

Contra essa inteligência se passou, de pouco a pouco, a postular, à guisa de KARL LARENZ, os direitos da personalidade como categoria à parte dos direitos reais e com os quais partilhavam o traço comum da oponibilidade *erga omnes*²²³. Como corolário da afirmação progressiva e reiterada do caráter absoluto dos direitos da personalidade, isto é, da possibilidade, diante de sua violação, de o titular exigir de qualquer outra pessoa o respeito àqueles, chega-se àquela outra faceta da tutela dos direitos da personalidade: a cessação do ilícito (ver capítulo 3, n. 3.4). Não são, com efeito, somente os direitos reais que gozam de distinção nítida entre reparação e cessação do ilícito²²⁴ e o art. 12 do Código Civil incontestavelmente pacifica tal fato. A tutela ampla dos direitos da personalidade, destarte, e como acima se referiu, compõe-se tanto da reparação do dano quanto da cessação do ilícito.

Agora, se o privilégio por nós conferido à interpretação do art. 12 para direcionar sua aplicação à realização dos valores da prudência e do *neminem laedere* naturalmente aproxima os direitos da personalidade do direito da responsabilidade civil – e significativo, a esse tocante, é o Código Civil alemão (BGB), o qual principia o título sobre atos ilícitos distinguindo bens da personalidade, dentre os quais a vida e o corpo (ver o § 823 do BGB, abaixo) –, veremos agora que tal aproximação se embasa na própria e progressiva evolução da doutrina dos direitos da personalidade.

A interface entre direitos da personalidade e responsabilidade civil era antes ditada pela concepção patrimonialista daqueles primeiros, a qual os colocava no âmbito das técnicas de tutela oferecidas pela responsabilidade civil²²⁵, então um mero capítulo do direito patrimonial²²⁶. O rompimento das amarras patrimonialistas, além de subjazer à consagração da personalidade como valor²²⁷, liga-se ao evoluir do conceito de dano moral, cuja configuração

²²² “così il poter giuridico attenente al diritto della personalità, ed alle relazioni che si connettono immediatamente allo stato personale, determina al titolare un diritto che non è reale, ma che gli è affine (...)”. CHIRONI, Giampietro. **Istituzioni di diritto civile italiano**. 2. ed. v. 1. Milão: Fratelli Bocca, 1912, p. 52.

²²³ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. trad. Jaime Santos Briz. v. 2. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, p. 577 (§ 66).

²²⁴ Cf. BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle**. Paris: Dalloz, 2008, p. 147-8 (n. 136) e ss.

²²⁵ ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Le persone fisiche**. Milão: Giuffrè, 1996, p. 158.

²²⁶ FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità civile: lezioni**. Pádua: CEDAM, 1968, p. 173.

²²⁷ ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Le persone fisiche**. cit., p. 158.

viria a inelutavelmente se unir à lesão à personalidade mesma e aos direitos os quais a conformam²²⁸ – muito embora não seja esta a única causa de configuração do dano moral²²⁹.

Isso posto, o dano extrapatrimonial, enquanto lesão à personalidade, está longe de ser o único ponto de contato entre tutela da personalidade e responsabilidade civil. Ora, quando se afirma que a proteção destes direitos se dá pela imposição de um dever geral de abstenção de práticas lesivas a todas as pessoas que não sejam os titulares do direito, como agora visto, não conseguimos, pelo prisma axiológico, ver em tal formulação outra coisa que não uma projeção do *neminem laedere* no domínio dos direitos da personalidade, e se dele não se trata, não sabemos que outra significação tal valor poderia ter. CAPELO DE SOUSA o admite ao versar sobre uma “correspondência” do precitado dever de abstenção “com o princípio *alterum non laedere*”²³⁰. GENEVIÈVE VINEY admite que a teoria dos direitos da personalidade penetrou em França principalmente graças aos princípios da responsabilidade extracontratual e que o art. 1.382 do Código Civil francês (atual art. 1.240: “todo e qualquer fato do homem, que causa a outrem um dano, obriga aquele pela culpa com que causado a repará-lo”²³¹) permanece seu auxiliar mais eficaz²³².

Se se trata de influxo do *neminem laedere* na raia dos direitos da personalidade, o ajuntamento de medidas de cessação do ilícito à sua tutela se não deve atribuir a mecanismo sancionatório peculiar a estes direitos. CYRIL BLOCH, ratificando VINEY, expõe interessante argumento nesta direção ao tratar do direito à vida privada, o qual, mesmo antes de sua positivação como direito da personalidade no Código Civil francês (pela lei de 17 de julho de

²²⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. ed. atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 47 (n. 40); PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 11. ed. atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 74 (n. 45); CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. cit., p. 20; SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 318 (n. 159). Este último autor ainda diz, em outro momento: “A regra jurídica do *neminem laedere* é ampla. E para utilizarmos-nos do mesmo linguajar de Ihering, devemos e podemos esperar que se nos respeite não apenas naquilo que temos, mas também naquilo que somos”. SILVA, Wilson Melo da. op. cit., p. 558 (n. 237).

²²⁹ “Dessa maneira, acabaram interligando-se as duas teorias antes referidas: tanto será dano moral reparável o efeito não-patrimonial da lesão a direito subjetivo patrimonial (hipótese de dano moral subjetivo), quanto a afronta a direito da personalidade (dano moral objetivo), sendo ambos os tipos admitidos no ordenamento jurídico brasileiro” MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 156-157. Ou, ainda: “Dissemos linhas atrás que dano moral, à luz da Constituição vigente, em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito, é agressão à dignidade humana”. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111.

²³⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 401. O *alterum non laedere* é outra formulação do *neminem laedere*: DONNINI, Rogério; ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. v. 8. cit., p. 372.

²³¹ Art. 1.240. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.*

²³² VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: introduction à la responsabilité**. 3. ed. Paris: LGDJ, 2007, p. 91 (n. 43-1).

1970), já gozava da admissão jurisprudencial de medidas de cessação para quando afrontado. E os tribunais determinavam tais medidas com fundamento no direito da responsabilidade civil²³³.

A tutela ampla dos direitos da personalidade não se funda na responsabilidade civil apenas no concernente à reparação do dano; ao contrário, a proteção pela cessação do ilícito, consequência do predicado da oponibilidade *erga omnes*, repousa de igual modo na responsabilidade civil. E com esta constatação passamos a introduzir em nossa equação a prevenção de danos.

Partindo da impossibilidade de limitação da tutela dos direitos da personalidade à reparação do dano, autores como CARLOS SESSAREGO preconizam uma tutela integral e unitária da pessoa, preordenada a brindar-lhe proteção por meio de remédios cujo condão reside precisamente no evitar a consumação de ameaças iminentes contra a pessoa. Idealiza-se a tutela preventiva como apta a conferir a mais adequada proteção ao ser humano²³⁴.

Do ângulo da responsabilidade civil, ANDRÉ TUNC trata do papel preventivo por ela desempenhado como direcionado, a um só tempo, a danos à propriedade e aos valores morais²³⁵, a se entender respectivamente como alusão a direitos reais e direitos da personalidade. Entre nós, mesmo antes da entrada à existência do atual Código Civil já se esgrimia que a proteção dos direitos da personalidade compreenderia, ademais da reparação dos danos extrapatrimoniais, tanto ações cominatórias preventivas (para evitar a prática de ato lesivo) como ações repressivas (para fazer cessar a ofensa já cometida)²³⁶.

Tal realidade, repita-se, encontra-se irrefragavelmente positivada pelo art. 12 do Código Civil e, por conseguinte, à tutela *preventiva* dos direitos da personalidade, a qual particularmente entenderá com o surgimento, ao lado da “obrigação negativa”²³⁷ (de abstenção), de *obrigações positivas*²³⁸ bem assim dirigidas à proteção dos direitos da personalidade. Em sentido semelhante, vê-se em GENEVIÈVE VINEY a função “normativa” (prevenção por dissuasão – ver Capítulo 3, n. 3.2) da responsabilidade civil revestindo atualmente um *aspecto positivo* consistente no assegurar o respeito a direitos menoscabados

²³³ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. Paris: Dalloz, 2008, p. 167 (n. 153).

²³⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. “Protección a la persona humana”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, v. 19, n. 56, nov. 1992, p. 107.

²³⁵ TUNC, André. **La responsabilité civile**. Paris: Economica, 1981, p. 31-2.

²³⁶ SILVA, Clovis V. do Couto e. “O conceito de dano no direito brasileiro e comparado”. **Revista dos tribunais**, v. 667, mai. 1991, pp. 7-16. Após o advento do Código Civil de 2002: CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 613-614; AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. cit., p. 364.

²³⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 168 (coleção Agostinho Alvim).

²³⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. cit., p. 401.

por outrem²³⁹. Estas obrigações positivas se revelarão de capital importância mais tarde (ver Capítulo 4, n. 4.4), bastando-nos, por ora, assinalar o começo desta discussão para então retomá-la no momento oportuno.

Que a responsabilidade civil tenha parte na tutela preventiva dos direitos da personalidade já acreditamos ter fornecido argumentação suficiente. O que se deve cuidar agora é da extensão desta tutela a um específico direito de contudente importância para a atual teoria do dano à pessoa²⁴⁰ e o qual muito frequentemente se vê afetado pelas ameaças maiores da sociedade de risco: o *direito à saúde*.

2.2.2 A saúde como direito da personalidade

A respeito da saúde, explicitou DONNINI sua origem etimológica no latim *salus*, tal vocábulo entendendo com as noções de preservação, de conservação da vida e do bem-estar da pessoa nas funções físicas, afetivas, mentais e sociais. Não se enquadra ela somente na ausência de doenças ou enfermidades, mas na eficácia das funções orgânicas, culturais, físicas e relacionais²⁴¹. Toma-a em concepção semelhante KARL LARENZ ao compreender na saúde não apenas a incolumidade física, mas igualmente o equilíbrio psíquico. A causação, prossegue LARENZ, de uma perturbação patológica do ânimo ou das faculdades afetivas, de uma afecção nervosa ou de enfermidades duradouras implicam, portanto, violação à saúde²⁴².

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS) positiva definição já repisada de saúde, preceituando ser ela “um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de afecções ou enfermidades”²⁴³. Na sua observação geral nº 14, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (CDESC) externa a relação de indispensabilidade entre o “direito humano fundamental da saúde” e o exercício de outros direitos humanos²⁴⁴.

²³⁹ VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: introduction à la responsabilité. cit., p. 86 (n. 39).

²⁴⁰ BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2013, p. 43.

²⁴¹ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. cit., p. 108.

²⁴² LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. v. 2. cit., p. 579 (§ 66).

²⁴³ “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” (Constituição da OMS, adotada na Conferência Internacional de Saúde realizada em Nova Iorque, em 1946). A definição da Constituição da OMS goza do beneplácito da nossa doutrina: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. cit., p. 94; CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. cit., p. 152.

²⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. **General comment n. 14**: substantive issues arising in the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. E/C.12/2000/4, 2000, § 1.

Aproximando o exame da tela do princípio da precaução, a jurisprudência italiana sobreleva que, assim como já se admite a reparação a quem sofreu um dano à saúde, deve-se consentir, de mesmo modo, a quem esteja exposto a um perigo à saúde, a prerrogativa de “remoção da situação de perigo”²⁴⁵. Já sob a pandemia de Covid-19, a petição inicial da ação civil pública movida em face de dois particulares presumivelmente contaminados, mas desobedecendo à medida de isolamento social, preceituou que o direito à saúde comportava, além de sua já repisada feição positiva (prestacional), uma dimensão negativa, de defesa²⁴⁶.

Atentados não apenas à vida, mas à *saúde* das pessoas, decorrentes de qualquer acidente causado por ato ilícito já eram tradicionalmente considerados debaixo da óptica do dano reparável²⁴⁷. O Código Civil atual – replicando quase a plenitude do art. 1.538 do diploma de 1916 – precisa em seu art. 949: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”.

De seu turno, o direito italiano, mormente pelo evoluer de sua jurisprudência constitucional, assentou com suficiente segurança o *dano biológico* na moldura normativa do art. 2.059 do Código Civil italiano, ao lado de todo outro dano à pessoa e por uma notável “interpretação ab-rogante” da reserva de lei penal contida no precitado artigo²⁴⁸. A conotação jurisprudencialmente atribuída ao dano biológico findou por consagrá-lo como uma concha hospedeira de quase todos os danos extrapatrimoniais que estivessem conexos a qualquer lesão à saúde, entendida em seu mais amplo sentido, seja saúde física, seja o bem-estar psíquico ou mental²⁴⁹. A noção atual do dano biológico é recolhida pela preleção de MONATERI e BONA:

²⁴⁵ CATALANO, Roberta. **Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona**: elettrodotti ed antenne per telecomunicazioni. Napoli: Jovene, 2005, p. 88.

²⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 1000582-45.2020.8.26.0272, p. 5.

²⁴⁷ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (colab.). **Traité élémentaire de droit civil**. 11. ed. v. 2. Paris: LGDJ, 1931, p. 308 (n. 868).

²⁴⁸ “In ogni caso, il tentativo di far rimbalzare la tutela del danno biologico sull’art. 2043 c.c. non ha conseguito l’effetto desiderato, posto che le successive decisioni (sent. n. 372/94 e ord. n. 293/96, confermate dalla recentissima sent. n. 233/03) riportano nuovamente nell’area dell’art. 2059 c.c. la tutela del danno alla salute e di ogni altro danno alla persona. Un’apertura, dunque, alla tutela del danno non patrimoniale all’interno dell’art. 2059 c.c. che fa leva su un’interpretazione abrogante della riserva di legge penale contenuta nello stesso articolo”. CURSI, Maria Floriana. **Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato**. Nápoles: Jovene, 2010, p.238 – realces acrescentados.

²⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. “Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação”. **Revista dos Tribunais**. v. 789. jul. 2001, pp. 21-47. Sobre a diferença entre dano à saúde e dano biológico: “Mentre il primo concetto [dano biológico], infatti, è desunto dalla medicina legale, e il giurista non è in grado di contribuire al suo approfondimento, il secondo ha un suo referente nella norma costituzionale e ordinaria (art. 32 e l. 23-12-1987, n. 833) e come tale è soggetto all’elaborazione della scienza giuridica. Il danno alla salute non si limita al danno biologico definito come lesione dell’integrità fisica in sé e per sé considerata, ma riguarda anche il danno psichico in sé considerato. Il danno alla salute ha per oggetto la lesione della salute (intesa nel suo ampio significato costituzionale) ed è questo concetto che la giurisprudenza è venuta delineando, pur se gli viene spesso attribuito il nome di danno biologico”. MONATERI, Giuseppe. “Danno alla persona”. **Digesto delle discipline**

A esse propósito, ressalta-se ser agora largamente comungado que o conceito de dano biológico compreende qualquer violação injusta da integridade psicofísica da pessoa, que modifica em sentido pejorativo o modo de ser e que incide negativamente sobre a esfera individual do sujeito em suas manifestações vitais: o dano à saúde subsiste e é reconhecido como prescindindo da perda ou redução eventual de renda (...). Recordar-se em particular a ampla noção de dano biológico contida na decisão da Corte Constitucional em *Salambat c. Azienda Elettrica Municipale* e *Stobietto c. Ditta Elmex*, na qual se sublinhou como o dano biológico deve considerar-se em relação à integralidade dos seus reflexos prejudiciais acerca de todas as atividades, situações e relações em que a pessoa manifesta a si mesma na própria vida: não somente então com referência à esfera produtiva, mas também considerando a esfera espiritual, cultural, afetiva, social, esportiva e a todo outro âmbito e modo pelo qual o sujeito desenvolve sua personalidade, isto é, a todas as atividades realizadoras da pessoa humana²⁵⁰.

Não é dissonante o exame de DONNINI, para quem o dano biológico ou à saúde abala a integridade fisiopsíquica da vítima, que torna suas atividades diárias alteradas de maneira provisória ou permanente, interferindo-se, assim, em suas relações interpessoais para radicalmente alterá-las²⁵¹. Ainda, na expressão de MARIA HOFMEISTER, a lesão à saúde se traduz na maior dificuldade de manter relações sociais, no dispêndio de energia de reserva, na impossibilidade de desenvolver atividades normais dirigidas à produção autônoma de bens e de serviços para o consumo próprio²⁵². JUDITH MARTINS-COSTA designa o dano à saúde à espécie dos *danos à pessoa ou à personalidade*, compreendidos como os danos incidentes em qualquer

privatistiche. v. 5. Turim: UTET, 1989, p. 67 – realces acrescentados. O mesmo excerto consta de: MONATERI, Giuseppe; BONA, Marco. **Il danno alla persona**. Pádua: CEDAM, 1998, pp. 4-5.

²⁵⁰ “A questo proposito si rileva che è ormai largamente condiviso che il concetto di danno biologico comprenda qualsiasi violazione ingiusta dell’integrità psicofisica della persona, che ne modifichi in senso peggiorativo il modo di essere e che incida negativamente sulla sfera individuale del soggetto nelle sue manifestazioni di vita: *il danno alla salute sussiste ed è riconosciuto a prescindere dalla perdita o riduzione eventuale di reddito (...). Si ricorda in particolare l’ampia nozione di danno biologico contenuta nella decisione della Corte Costituzionale in Salambat c. Azienda Elettrica Municipale e Stobietto c. Ditta Elmex, nella quale si è sottolineato come il danno biologico debba considerarsi in relazione alla integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni ed i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita: non soltanto quindi con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riguardo alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva e ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità, e cioè a tutte le attività realizzatrici della persona umana*”. MONATERI, Giuseppe; BONA, Marco. **Il danno alla persona**. cit., pp. 68-9 – realces originais.

²⁵¹ DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. cit., p. 109.

²⁵² HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 205. A autora assinala mais à frente: “O dano à saúde revela-se um conceito útil para racionalizar e sistematizar o dano à pessoa, com o preciso escopo e reduzir a duplicação das espécies de danos. O dano à saúde é compreensivo do dano biológico. Quando o dano biológico compromete a saúde em consequências que ultrapassam o cumprimento dos atos essencialmente existenciais, da mais imediata e direta expressão da integridade psicofísica, acarretando comprometimento do modo de ser da pessoa em um círculo bastante mais amplo e mais estritamente individual, representado pelas relações interpessoais, da vida de relação, da exteriorização, em sentido mais geral, da capacidade e eficiência social, o prejuízo vem expresso na dicção dano à saúde. Em outros termos, trata-se de um prejuízo mais amplo e pessoal com respeito ao dano biológico”. HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. cit., p. 206.

aspecto do ser humano considerado em sua integridade psicossomática e existencial, os quais, por sua vez, integram o gênero dos danos extrapatrimoniais²⁵³.

Todo o consignado leva à evidência o enfoque consentido pelo direito da responsabilidade civil ao dano à saúde, de reparabilidade indubitavelmente reconhecida, mesmo que, na jurisprudência brasileira, sob a designação genérica de dano moral. A questão, entretanto, da configuração da saúde como direito da personalidade é mais controversa, eis que muito embora conte-se com algumas opiniões positivas²⁵⁴, parece haver preferência por encarar o direito à saúde como direito subjetivo público²⁵⁵, sem nenhum embargo de sua proximidade com o direito à integridade física – ou, para outros, com o direito à vida²⁵⁶ –, esta última reconhecidamente um direito da personalidade. Nem o magistério de SAN TIAGO DANTAS é conclusivo ao cuidar da recondução dos bens jurídicos inscritos no art. 1.277 à rubrica dos direitos da personalidade²⁵⁷. Não é o caso, tampouco, de acolher a ideia de “direito à saúde pela cura”²⁵⁸, por carência de aprofundamento do conteúdo de tal direito.

A relação próxima entre saúde e integridade física é de onde se deve partir, aprendendo-se com PAOLO CENDON que aquela primeira detém um âmbito operativo bem mais amplo do que a integridade física, a resultar no englobamento desta última pela saúde²⁵⁹. EMILIO ONDEI leva à saúde física e mental o mister de “invólucro” da própria personalidade e base por intermédio da qual esta última se desenvolve, do que se caracteriza um “aspecto dinâmico” da pessoa²⁶⁰. E, conquanto empregue fraseologia diversa, YUSSEF CAHALI entrevê no dano à saúde o comprometimento precisamente desta dimensão dinâmica ou funcional da pessoa, do seu

²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. “Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação”. **Revista dos Tribunais**. v. 789. cit., pp. 21-47. No mesmo sentido: DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido. cit., p. 104.

²⁵⁴ LOSCO, Giorgio; MARIOTTI, Paolo. **La responsabilità civile**: compendio normativo commentato. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1997, p. 23; ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Le persone fisiche**. cit., pp. 159 e 162; MENEZES CORDEIRO, António; MENEZES CORDEIRO, A. Barreto (colab.). **Tratado de direito civil**. 5. ed. v. 4. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 105 e 113.

²⁵⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. cit., p. 355; BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. cit., p. 57.

²⁵⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**. 11. ed. v. 1. São Paulo: SaraivaJur, 2021, p. 144.

²⁵⁷ “(...) no nosso entender, se há direito à saúde, segurança e sossego, - coisa bem discutível, - deve ser direito absoluto, direito da personalidade, como dizem alguns autores, e não direito relativo, como é costume depreender das palavras do saudoso e elegante mestre [Sá Pereira]” SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 243 (n. 118).

²⁵⁸ SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex, 1987, p. 45.

²⁵⁹ CENDON, Paolo. **Commentario al codice civile**. v. 1. Torino: UTET, 1991, p. 128. Ainda no sentido deste caráter englobante do direito à saúde: “Na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo ‘direito à saúde’, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social”. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94.

²⁶⁰ ONDEI, Emilio. **Le persone fisiche e i diritti della personalità**. Torino: UTET, 1965, p. 10.

“estado de bem-estar integral” – por oposição a ofensas à “vertente estática” da pessoa, isto é, à sua integridade física²⁶¹.

De pronto se poderia empregar um punhado de ferramentas lógicas em favor do direito à saúde como sendo direito da personalidade: argumento *a fortiori* para estender a condição de direito da personalidade também à saúde: deveras, não parece haver sentido em tutelar como direito da personalidade apenas a parte (integridade física) de um todo (saúde). Ainda, com o direito italiano, premissa maior de que ofensas à pessoa (e a seus valores inerentes) são igualmente ofensas à personalidade²⁶² comungada com a premissa menor de se tutelar o dano à saúde, como dano à pessoa por seu reenvio a valores inerentes à pessoa²⁶³ para se concluir pela pertinência da saúde à personalidade. Enfim, com o direito brasileiro, premissa maior de o dano moral encampar a lesão a direito da personalidade ajuntada com a premissa menor de a ofensa à saúde ser reparada como dano moral para se concluir ser a saúde um direito da personalidade. Tal expediente, porém, seria aforçurado, pois não é toda compensação por danos morais que se radica em atentado à personalidade. Aprofundemo-nos ainda mais no tema.

Interessante aproximação é a do Código Civil alemão (BGB), tal diploma consignando em seu § 823 o seguinte preceito: “Aquele que, intencionalmente ou por negligência, atenta ilegalmente contra a integridade corporal, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade ou todo outro direito de outrem, é obrigado, para com a pessoa lesada, à reparação do prejuízo causado”²⁶⁴. A circunstância de a jurisprudência alemã conceder ação de abstenção (ou ação preventiva de omissão – ver Capítulo 3, n. 3.4) para tutela dos quatro “bens vitais” carreados no enunciado legal (vida, corpo, saúde e liberdade), instrumento reservado a “direitos absolutos” ou “de exclusão”, ou seja, de oponibilidade *erga omnes*²⁶⁵, autoriza KARL LARENZ a situar aqueles mesmos bens ao lado dos direitos da personalidade reconhecidos²⁶⁶.

²⁶¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. cit., pp. 152-3.

²⁶² ONDEI, Emilio. **Le persone fisiche e i diritti della personalità**. cit., p. 10. Confira-se, por igual: “Tous les hommes sont des personnes et tant qu'ils vivent, il n'y a pas d'événements qui puissent leur enlever cette qualité, parce que le Droit moderne la considère comme inhérente à la nature humaine (...) la personnalité est un attribut inséparable de la qualité humaine”. CAPITANT, Henri. **Introduction à l'étude du droit civil**. cit., pp. 133-4 (n. 94).

²⁶³ CURSI, Maria Floriana. **Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato**. cit., pp. 236 e 239.

²⁶⁴ “Celui qui, à dessein ou par négligence, a illégalement porté atteinte à l'intégrité corporelle, à la vie, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu envers la personne lésée à la réparation du préjudice causé”. GRASSERIE, Raoul de la. **Code civil allemand**. 3. ed. Paris: A. Pedone, 1910, p. 172.

²⁶⁵ CAPITANT, Henri. **Introduction à l'étude du droit civil**. cit., p. 116 (n. 74). Ver também, por todos: MATTIA, Fábio Maria de. “Direitos da personalidade: aspectos gerais”. **Doutrinas essenciais de direito civil**. v. 3. out. 2010, pp. 245-268.

²⁶⁶ “Por lo demás, el artículo 823, ap. 1 menciona cuatro ‘bienes vitales’ que, en caso de ser dañados, se equiparan a un derecho subjetivo, a saber, la vida, el cuerpo, la salud y la libertad. La jurisprudencia concede también en estos casos, tratándose de un perjuicio inminente, la acción de abstención, así como, en caso de un perjuicio continuado, la pretensión de supresión. Según esto, no hay inconveniente en hablar de un derecho a la no lesión

A conclusão parecida se chegaria mesmo recorrendo-se à doutrina de ENNECCERUS, para quem a importância prática existente na contraposição entre as noções de bem jurídico e direito subjetivo jazeria desnecessária frente a “bens jurídicos determinados”, “protegidos de maneira absoluta”²⁶⁷, a exemplo daqueles do § 823 do BGB, no qual se assenta textualmente o bem jurídico da saúde.

Para qualquer hesitação ou desconfiança ainda possível de haver após o que nos propõe LARENZ, fundadas aquelas em diferenças tanto de direito positivo quanto de jurisprudência com o sistema jurídico tedesco, torne-se para a vereda da Constituição, em gesto de sintonia com a importância da releitura do Código Civil a partir do texto constitucional (ver n. 2.1). De se lembrar que, na fixação do dano biológico como dano não patrimonial, importante papel desempenhou o art. 32 da Constituição italiana²⁶⁸. Demais, não se recorrerá ao direito geral da personalidade²⁶⁹ por entendermo-lo inaplicável ao direito brasileiro, vez que optou o Código Civil mais por exprimir a não taxatividade dos direitos da personalidade do que pelo transplante deste instituto jurídico alemão ao nosso sistema jurídico²⁷⁰.

GUIDO ALPA e ANNA ANSALDO expõem que a constitucionalização dos direitos da personalidade advém, antes de tudo, para aqueles direitos explicitamente garantidos na própria Constituição (dentre os quais o direito à saúde). Possível igualmente ser servir do art. 2º da Constituição italiana, continuam os autores, para fundar novos direitos da personalidade²⁷¹. O

de la vida, del cuerpo, de la salud y de la libertad, y en situar estos derechos al lado de los derechos de la personalidad reconocidos.” LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 159-160.

²⁶⁷ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil**: derecho de obligaciones. trad. Blas Pérez González e José Alguer. 35. ed. v. 2. t. 2. Barcelona: Bosch, 1950, pp. 716 e 718 (§242).

²⁶⁸ Art. 32. *La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.* Ver: MONATERI, Giuseppe; BONA, Marco. **Il danno alla persona**. cit., pp. 65 e 68.

²⁶⁹ “*Ha de entenderse por ‘derecho general de la personalidad’ el derecho al respeto, a la no lesión de la persona en todas sus manifestaciones inmediatas dignas de protección (tales como lo declarado oralmente o escrito por la misma) y en la esfera privada e íntima, sustraída a la curiosidad y a la inoportunidad de otros, sin que con ello se dé ya una delimitación terminante y segura*”. LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. cit., pp. 161-2. Conhecida também é a definição de Capelo de Sousa: “*O direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (v. g. da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa cometida*” CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral da personalidade**. cit., pp. 93-94.

²⁷⁰ CHINELLATO, Silmara Juny (coord.); MACHADO, Costa (org.). **Código Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10. ed. Barueri: Manole, 2017, p. 50. Também pela inaplicabilidade: MORATO, Antonio Carlos. “Quadro geral dos direitos da personalidade”. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. v. 31. jan./jun. 2013, pp. 49-96.

²⁷¹ ALPA, Guido; ANSALDO, Anna. **Le persone fisiche**. cit., p. 159.

preceito invocado tem a seguinte redação: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como particular, seja nas formações sociais onde se desenvolve sua personalidade, e busca o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”²⁷².

De fato, o direito à saúde goza de extração constitucional (CF, art. 196), mas o artigo magno o prevê sob o figurino de direito subjetivo público, já que trata de direito cujo disfrute depende de prestações positivas exigíveis do Estado. Colocar o art. 196 à serviço da defesa da personalidade, ao menos a princípio, não parece cabível. Por outra volta, a Constituição brasileira não alberga, em seu articulado, dispositivo com dicção semelhante à do art. 2º da Constituição italiana. GUSTAVO TEPEDINO ressalta, entretanto, haver uma *cláusula geral de tutela da personalidade* no já aduzido art. 1º, III de nossa Constituição, cujo condão reside em ampliar a tutela da pessoa humana no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador²⁷³. Pelo fio condutor da proteção à dignidade humana (CF, art. 1º, III), julgamos possível reunir os já citados arts. 196 da CF e 949 e 1.277 do CC/02 sob a lógica superior da proteção da personalidade, permitindo então a radicação do direito à saúde na hipótese do art. 12 do mesmo Código Civil.

2.2.3 Cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade

Supramencionou-se a existência de reflexos jurídicos decorrentes da contraposição entre a ética kantiana e a concepção de prudência enquanto reitora dos juízos situacionais (ver capítulo 1, n. 1.4). Acreditamos que a consagração das cláusulas gerais pode ser lida como constituindo um destes reflexos (e o principal, para o presente trabalho), ao passo que se trata, como aqui se verá, de normas jurídicas dotadas de consequente diversificado pelos matizes do caso concreto, ou seja, a aplicação de uma mesma norma jurídica poderá justificar mais de um

²⁷² Art. 2º. *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*

²⁷³ TEPEDINO, Gustavo. “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”. In: **Temas de direito civil**. cit., p. 37. O mesmo autor aduziu alhures: “No caso da pessoa humana, elasticidade significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não, em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo”. TEPEDINO, Gustavo. “A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”. In: _____. **Temas de direito civil**. cit., p. 51. Em abono à tese: SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 13.

deslinde à situação na qual incidida. Não apenas isto: a ligação das cláusulas gerais com a implementação de valores é consistentemente sobrelevada²⁷⁴.

A noção de cláusula geral, ao menos para os autores da segunda metade do século XX, não comportava a mesma polissemia que o termo passou a ter no final do século XX e começo do século XXI, o desacordo semântico ao seu redor sobrevivendo até a atualidade, ainda sendo foco de considerável controvérsia doutrinária entre os construtores desta “babel terminológica”²⁷⁵, consoante a expressão de VITO VELLUZZI.

Em um primeiro momento, conforme se aprende com KARL ENGISCH, empregava-se cláusula geral para caracterização de uma técnica legislativa contraposta à elaboração casuística das hipóteses legais. São estas as suas palavras: “havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”²⁷⁶. Compare-se, por exemplo, os delitos privados (*furtum, injuria, bona vi rapta, damnum injuria datum*), desencadeadores da *obligatio ex delicto*, com a hipótese unitária de ato ilícito como fato gerador da responsabilidade civil. Com efeito, para o autor alemão, o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa²⁷⁷.

Agora, o incremento de equivocidade experimentado pelo conceito em estudo apresenta-se como corolário da própria técnica legislativa a qual inicialmente o definiu. Ora, a efetividade dos enunciados prescritivos não se resolve com sua mera positivação pelo legislador, mas sim com sua aplicação. Uma vez veiculados pelo instrumento legislativo, as normas jurídicas construídas daqueles enunciados deverão ser aplicadas pelo intérprete a toda situação fática que se ajustar às suas respectivas hipóteses.

O problema das cláusulas gerais, dessa maneira, não é apenas legislativo, mas também jurisdicional. Assim MENKE: “há uma relação direta entre a presença de cláusulas gerais em determinado ordenamento jurídico e o papel representado pelos juízes (...). Numa palavra, as

²⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. cit., p. 28; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade pós-contratual**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 158-159; JORGE Jr, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 9-10.

²⁷⁵ VELLUZZI, Vito. “Le clausole generali: semantica e politica del diritto”. **Quaderni di filosofia analitica del diritto**. v. 12. Milão: Giuffrè Editore, 2010, p. 7.

²⁷⁶ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. trad. J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014, p. 228-9.

²⁷⁷ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. cit., p. 233. Ver também: DU PASQUIER, Claude. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit**. 3. ed. Paris: Delachaux & Niestlé, 1948, p. 183-4 (n. 194).

cláusulas gerais colocam em ainda maior relevância o trabalho dos julgadores”²⁷⁸. Daí se poder dizer que as dificuldades decorrentes desta técnica legislativa não ficam circunscritas ao plano dos enunciados prescritivos, mas, ao contrário, transitam dele para o plano das normas jurídicas com a aplicação.

A seguir, dá-se mostra da insegurança conceitual experimentada pelas *Generalklauseln*: DU PASQUIER e DABIN, as têm como sinônimas da noção de *standard*, intercambiando ambas, por sua vez, com “regra flexível” ou “diretiva”. Exemplificam com o *bonus pater familias* e o homem prudente e diligente, enquanto modelos abstratos de conduta. Para os autores, as cláusulas gerais enunciam uma margem assaz larga de apreciação segundo as circunstâncias e, nota DABIN, a conduta exigível não é de antemão determinada. DU PASQUIER ainda as classifica como “conceitos flexíveis”²⁷⁹. E STEFANO RODOTÀ dá seguimento à torrente terminológica, mencionando os instrumentos da diretiva, princípio, fórmula aberta, a própria cláusula geral e o *standard* para então defender que todos respondem à mesma função²⁸⁰.

É preciso pôr ordem à problemática. O primeiro passo a tanto é estabelecer a demarcação entre o plano textual (dos enunciados prescritivos) e o plano normativo (das normas jurídicas)²⁸¹. O texto prescritivo compõe-se de “símbolos linguísticos marcados no papel”, é o suporte físico por cuja leitura se obtém a norma jurídica²⁸². Da letra dos arts. 186 e 927 do Código Civil forma-se no íntimo do exegeta a norma jurídica de responsabilidade civil por ato ilícito como unidade de sentido completo: “se se praticar um ato ilícito, deve ser sua reparação”.

Isso assentado, pode-se distinguir a definição de cláusulas gerais, no *plano textual*, como técnica de elaboração legislativa particularizada pelo emprego de termos de tessitura semanticamente aberta e dotados de cunho valorativo²⁸³. E, no *plano normativo*, como proposições normativas cuja hipótese de fato (*fattispecie*), em virtude de sua ampla abstração e generalidade, pode disciplinar um amplo número de casos²⁸⁴.

²⁷⁸ MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. In: **Revista de Direito do Consumidor**. v. 4. abr. 2011, pp. 107-136.

²⁷⁹ DU PASQUIER, Claude. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit**. cit., p. 96 (n. 119); DABIN, Jean. **Théorie générale du droit**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1969, p. 84 (n. 72).

²⁸⁰ RODOTÀ, Stefano. “La tecnica legislativa per clausole generali in Italia”. In: PISU, Luciana Cabella; NANNI, Luca (orgs.). **Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta**. Pádua: CEDAM, 1998, p. 40.

²⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. cit., p. 158; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 184-9; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. cit., p. 50.

²⁸² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. cit., p. 38.

²⁸³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. cit., p. 133.

²⁸⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. cit., p. 162.

Pelo magistério de JUDITH MARTINS-COSTA, as cláusulas gerais têm por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando o seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa. A abertura, continua, diz respeito ao ingresso no sistema jurídico de princípios, máximas de conduta, *standards* e diretivas sociais e econômicas, viabilizando a captação e a inserção de elementos extrajurídicos de modo a promover a “adequação valorativa” do sistema (abertura ou permeabilidade do sistema). E a mobilidade, ainda com aquela autora, diz respeito à acomodação no interior do sistema destes novos elementos, conectando-os, em um movimento dialético, com outras soluções sistemáticas (“ressistematização”)²⁸⁵.

Prega-se tipologia de cláusulas gerais por meio da qual se subdividiriam estas em três espécies: 1) *cláusulas gerais restritivas*: limitam um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio (v.g. o art. 5º, XXIII da CF – o direito à propriedade privada se restringe pela função social); 2) *cláusulas gerais regulativas*: fornecem orientação relativa à subsunção de fatos não amoldáveis à casuística de hipóteses normativas existentes (v.g. o art. 186 do CC/02); 3) *cláusulas gerais extensivas*: possibilitam a inserção, em um determinado âmbito do sistema, de princípios de outros setores para melhor alumiar a matéria (v.g. o art. 5º, § 2º da CF – admissão de tratados internacionais para proteção de direitos humanos no direito constitucional)²⁸⁶.

Proceda-se, agora, a algumas distinções. Entre nós, o critério da estrutura, tal como exposto por JUDITH MARTINS-COSTA, é a proposta científica de maior acolhimento. A autora propugna a compreensão das cláusulas gerais como “estruturas normativas parcialmente em branco”²⁸⁷, a significar que sua consequência normativa não está prefixada na norma jurídica (DABIN apreendeu este aspecto ao dizer que a conduta não é determinada de antemão), sendo construída a partir de reenvio do intérprete a outros espaços do próprio ordenamento jurídico ou a valores existentes dentro ou fora do sistema²⁸⁸.

Daí já sobressai diferença funcional com as normas caracterizadoras de conceitos jurídicos indeterminados, posto que, com estes, a consequência normativa já está estabelecida de modo geral e abstrato²⁸⁹, muito embora sua hipótese contenha termos vagos e imprecisos. As cláusulas gerais enquanto normas jurídicas se distinguem ainda das regras jurídicas em razão

²⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 174.

²⁸⁶ PENTEADO, Luciano de Camargo. “Sistema e direito privado: panorama histórico e perspectivas para uma racionalidade construtiva”. In: **Revista de Direito Privado**. v. 16. out./dez. 2003, pp. 161-198.”

²⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 158.

²⁸⁸ MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. In: **Revista de Direito do Consumidor**. cit., pp. 107-136

²⁸⁹ MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. In: **Revista de Direito do Consumidor**. cit., pp. 107-136.

de estas apresentarem estrutura mais precisa e menos vaga²⁹⁰. Vale a recordação de DWORKIN: “regras são aplicáveis sob a lógica do tudo-ou-nada”²⁹¹, isto é, ressalvada a hipótese de analogia, a subsunção do fato à sua hipótese não deve suscitar maiores questionamentos. E afastam-se dos princípios por razão de estes últimos, no expressar de ALBERTO GOSSON, irradiarem uma “identidade própria” no interior do sistema jurídico, o que já não se passa com as cláusulas gerais, as quais necessitam da remissão aos próprios princípios²⁹² ou ao valor ao qual estes últimos visam realizar²⁹³.

Apreciadas essas lições, convém revolver ao fundamento legal por excelência da prevenção de danos, o art. 12 do Código Civil. É seguro o posicionamento de que a norma deste texto é cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade²⁹⁴, cumprindo destarte indagar se, conformemente à sua condição de fundamento legal da prevenção de danos, poderia a mesma norma, à guisa do defendido por KEILA FERREIRA, jogar o mister de cláusula geral de responsabilidade civil preventiva. Para esta autora, em estreita síntese do seu pensamento, a precitada cláusula geral advém da verificação da tutela inibitória de natureza material (preordenada a impedir uma lesão ou atalhar-lhe o curso) em amplo diálogo com a responsabilidade civil (encarregada de reparar a lesão). Da justaposição de uma à outra resulta a unidade da tutela da pessoa, unicamente possível com a integração da cláusula geral de responsabilidade civil preventiva²⁹⁵.

Acompanhando a autora, entendemos igualmente pela afirmativa, mas por percurso distinto do por ela tomado. É de se dar procedência à proposta de que a cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade abriga a prevenção de danos ou, por formulação mais direta, que há uma *cláusula geral de prevenção de danos* no seio do art. 12 do Código Civil, a qual vem se unir à tutela da personalidade por intermédio da responsabilidade civil (ver n. 2.2.1).

²⁹⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. cit., p. 162.

²⁹¹ “Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which contributes nothing to the decision”. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 24 – realces acrescentados.

²⁹² JORGE Jr, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. cit., p. 42.

²⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. cit., p. 171.

²⁹⁴ TEPEDINO, Gustavo. “Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002”. In: _____. **Temas de direito civil**. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. “Direitos da personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea”. **Revista dos Tribunais**. v. 853. nov. 2006, pp. 58-76; MIRAGEM, Bruno. “Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 49. jan./mar. 2004, pp. 40-76; MARTINS-COSTA, Judith. “Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação”. **Revista dos Tribunais**. v. 789. cit., pp. 21-47.

²⁹⁵ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. 2014. 273 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Universidade de São Paulo: 2014, pp. 173-174 e 182-184.

Foi também deveras demonstrado que a prudência não apenas é valor, mas valor do ordenamento jurídico brasileiro. Na mesma oportunidade igualmente se propôs que o valor da prudência ratifica a prevenção de danos como melhor meio para salvaguardar a presença humana futura e a evitação de danos. Destarte, medidas de prevenção tem como conteúdo imediato o valor da prudência (ver capítulo 1, n. 1.8).

Ora, se às cláusulas gerais se reconhece a virtude de atrair valores ao sistema no qual inserta, está ao alcance do intérprete, na exegese do art. 12, recepcionar o valor jurídico da prudência. A nós parece que à mesma conclusão se chegaria se invocação fosse feita não ao valor da prudência, mas aos princípios da prevenção e da precaução, porquanto normas principiológicas dirigidas à realização daquele valor.

Não vemos na linha de pensamento esposada elastério ao conteúdo normativo portado pelo art. 12, também já desdobrado (ver n. 2.2), contanto que compreendido em consonância com os valores da prudência e do *neminem laedere*, bem assim com os princípios da prevenção e da precaução. É precisamente esta salutar amplitude que não apreendemos da proposta da cláusula geral de responsabilidade civil preventiva de KEILA FERREIRA, a qual parece não admitir a irradiação do princípio da precaução no art. 12 do Código Civil, preferindo espraíá-lo nos arts. 186 e 187 do mesmo diploma²⁹⁶.

A propugnada cláusula geral também exprime caminhos mais razoáveis para, em ciência jurídica, elucidar as manifestações preventivas da responsabilidade civil. Se removida da reflexão teórica, revelar-se-ia tortuoso descrever a postura de um juiz de, sob a mesma conjuntura fática, por um lado mandar desinstalar uma antena de telefonia celular ou, por outro, determinar a realização de pesquisas sobre como se minimizar a exposição a ondas eletromagnéticas promanadas da mesma antena (ver capítulo 4, n. 4.5.2); ou determinar que o proprietário de um lago com águas a nível anormalmente alto reduza o seu volume em atenção a vizinho domiciliado abaixo do nível do mesmo lago (ver capítulo 3, n. 3.5). É que, se os princípios da precaução e prevenção atraem ao círculo da responsabilidade civil riscos certos e incertos como os dos exemplos, nada dizem sobre o conteúdo da prestação jurisdicional. É apenas acomodando a cláusula geral de prevenção de danos que se logra compreender semelhantes obras jurisprudenciais.

2.3 Delimitação da prevenção de danos

²⁹⁶ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. cit., p. 234.

O conceito da prevenção de danos é presa de sua própria e ínsita *vagueza*, significando a grande dificuldade de não se bem saber precisar os lindes de seu campo de aplicação²⁹⁷. A se falar com rigor, nosso Código Civil já contempla diversas hipóteses de “prevenção” de um infortúnio: a remoção de perigo iminente (CC/02, art. 188, II); a proteção contra violência iminente por interdito proibitório (CC/02, art. 1.210); a requisição em caso de perigo público iminente (CC/02, art. 1.228, § 3º); a cessação do uso anormal de propriedade (CC/02, art. 1.277); a caução de dano infecto (CC/02, art. 1.280); o direito de exigir garantia real ou pessoal por obras que representem perigo iminente (CC/02, art. 1.281); e a nunciação de obra nova (CC/02, arts. 1.280 e 1.299 a 1.313).

Afora do Código Civil, releva citar: a intervenção em instituição financeira diante de prejuízo que sujeite seus credores a risco (Lei nº 6.024/74, art. 2º, I); a liquidação extrajudicial de instituição financeira diante de prejuízo que sujeite seus credores quirografários a risco anormal (Lei nº 6.024/74, art. 15, I, “c”); a avaliação ou estudo prévio de impacto ambiental (Lei nº 6.938/81, art. 9º, III e CF, art. 225, IV); a cessação de atividade nociva em ação civil pública (art. 11 da Lei nº 7.347/85); o *recall* de produtos ou serviços perigosos (CDC, art. 10, § 1º); a apreensão alfandegária de produtos contrafeitos antes que se difundam no mercado interno (Lei nº 9.279/96, art. 198); a sustação liminar de violação à propriedade industrial ou ato de concorrência desleal que enseje dano irreparável ou de difícil reparação (Lei nº 9.279/96, art. 209, § 1º); a proibição liminar de ato de violação de direito autoral (Lei nº 9.609/98, art. 14, § 2º); a aplicação de medida protetiva de urgência para tutelar ameaça de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06, art. 19, § 2º); e a adoção de medidas de segurança para proteção de dados pessoais (Lei nº 13.709/18, art. 46).

O rol, longe de ser exaustivo, exprime clara preocupação de nosso ordenamento jurídico com a não concretização de danos, seja por seu maior grau de seriedade (decorrente, v. g., de sua irreversibilidade, extensão, prolongamento ou da própria gravidade da turbacão social infligida pela conduta lesiva), seja ainda por valer mais admitir a atuação imediata e extrajudicial de uma pessoa do que fazê-la recorrer aos canais judiciais quando tal redunde na ocorrência do próprio evento danoso que se objetivava evitar.

Contrasteando, agora, o tema em desenvolvimento com o repertório atual do direito da responsabilidade civil, ponderamos não ser novo considerar precauções a serem tomadas para se impedir o advento de um dano, sob pena de responsabilização de quem deixou de as adotar.

²⁹⁷ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 31; Ver também: GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2004, p. 48.

JEAN DOMAT, em anotação a fragmento do Digesto tratando de responsabilidade pelo alastramento de incêndio a propriedades vizinhas, pontificou: “E que, em semelhantes casos, nos quais não se pode agir sem tomar as precauções necessárias para prevenir o dano que outras pessoas poderiam sofrer, deve-se ou se abster do que pode causar dano ou se obrigar pelo evento, se se as expõe àquele”²⁹⁸. A expressão apresenta recorrência no tratamento da responsabilidade civil clássica, sendo encontrada no quadro da casuística da culpa *lato sensu*. Em efeito, o *standard* de prevenção, na sentença de CYRIL SINTEZ, é usual no direito da responsabilidade civil²⁹⁹.

Invoquem-se, em demonstração do alegado, os arts. 3.682 e 3.691 do Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS³⁰⁰. Também SAVATIER, ao tratar da responsabilidade por acidentes automobilísticos, na situação do cruzamento, assinala que a prioridade do veículo não exclui a tomada pelo motorista de “precauções habituais de prudência”. Pequena variação da expressão (“precauções suficientes”) volta a ser empregada em exemplos típicos de culpa de imprudência envolvendo a utilização de objetos suscetíveis de se tornar prejudiciais³⁰¹.

Na responsabilidade por perturbação anormal de vizinhança, relatam-nos os MAZEAUD, a Corte de Cassação muito frequentemente se apoiava sobre o fato de que as precauções necessárias à não sobrevivência do prejuízo não foram tomadas³⁰². Também no direito de vizinhança em geral, PLANIOL elenca, dentre o que denominava servidões mútuas entre proprietários vizinhos (e que atualmente melhor se qualifica como obrigações *propter rem* de vizinhança³⁰³), as precauções a tomar para o escoamento das águas pluviais recolhidas sobre os telhados; e as precauções para certos trabalhos ou depósitos de natureza a prejudicar a

²⁹⁸ “*Et qu'en de pareils cas, où l'on ne peut s'engager sans prendre les précautions nécessaires pour prévenir le dommage que d'autres personnes en pourraient souffrir, on doit ou s'abstenir de ce qui peut causer du dommage, ou se charger de l'événement, si on s'y expose*”. DOMAT, Jean. **Les lois civiles dans leur ordre naturel**. v. 1. Paris: Nyon, 1777, livro II, título 8, seção 4, art. 9, p. 309 (Ed. Louis de Héricourt).

²⁹⁹ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011, p. 61 (n. 75-2).

³⁰⁰ “Art. 3.682. Está compreendido no art. 3.671, n.º 8, quem imprudentemente fizer fogueiras, ou puser fogo a qualquer objeto; e particularmente quem queimar roçados ou campos sem aceiros de suficiente largura, sem as precauções usadas no lugar, ou em ocasião de ventania que provavelmente ameaça a comunicação do fogo. (...) Art. 3.691. Procede a obrigação de indenizar o dano causado por desmoronamento de edifícios e de construções (art. 3.690, n.º 1), provando-se que houve negligência da parte de seu dono, ou de seu representante, em fazer as reparações necessárias, ou em tomar precauções oportunas. FREITAS, Teixeira de. **Código Civil**: esboço. v. 3. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952, pp. 1.085 e 1.088.

³⁰¹ SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. v. 1. cit., pp. 31 (n. 23) e 212 (n. 170). Aguiar Dias traduz “*précautions suffisantes*” por “cauteladas suficientes”, talvez para manter minimamente divisadas a imprudência enquanto “desprezo de cautelas” e a negligência como “omissão de precauções”. AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 149-150.

³⁰² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 2. ed. v. 1. Paris: Recueil Sirey, 1934, p. 575 (n. 607).

³⁰³ DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. v. 4. Paris: Arthur Rousseau, 1924, p. 398 (n. 704).

propriedade vizinha³⁰⁴. Não é outra a compreensão de CHIRONI ao falar, em apreço a este último exemplo, de “despesas necessárias a obstar o perigo”³⁰⁵,

Notável exemplo, ainda, é o do art. 2.050 do Código Civil italiano de 1942, no qual se lê: “Quem causa dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, é obrigado ao ressarcimento, se não comprova ter adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano”³⁰⁶. Semelhante hipótese de responsabilidade civil constou do art. 1.362 do Anteprojeto Catala de reforma do direito das obrigações e da prescrição (2005)³⁰⁷, mas não acolhida, em última instância, pelo legislador francês.

O preceito italiano institui, materialmente, presunção de culpa do exercente da atividade perigosa e, processualmente, regra de inversão do ônus da prova em desfavor deste último³⁰⁸, o qual, face a um dano decorrente de uma tal atividade, deve provar a adoção de *todas* as medidas idôneas a evitar o dano, isto é, de “todas as precauções necessárias e suficientes para impedir o evento segundo um normal critério de previsibilidade e idoneidade *ex ante*”³⁰⁹.

Esse último excerto de LOSCO e MARIOTTI nos confere a pista de qual trilha tomar. É que, como cediço, um dos elementos da culpa é a previsibilidade do resultado danoso levado a efeito por uma conduta. Previsível, para SERGIO CAVALIERI, é o que tem certo grau de probabilidade, de forma que, segundo as regras da experiência, é razoável prevê-lo. Apenas se cogita de dever de evitar o dano que seja razoável de prever³¹⁰. Com isto, se das ideias de HANS JONAS se percebe o já mencionado “paradigma ético da contemporaneidade da ação”, no atual direito da responsabilidade civil se toma nota de um “paradigma jurídico da contemporaneidade do dano”.

³⁰⁴ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (colab.). **Traité élémentaire de droit civil**. v. 1. cit., p. 974 (n. 2.910).

³⁰⁵ CHIRONI, Giampietro. **Istituzioni di diritto civile italiano**. v. 1. cit., p. 331.

³⁰⁶ Art. 2050. *Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di una attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.* ITÁLIA. **II Code Civile Italiano**. Gazzetta Ufficiale, n. 79 de 4 de abril de 1942.

³⁰⁷ Art. 1.362. *Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité. Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément. L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1.* Tradução livre: “Art. 1.362. Sem prejuízo de disposições especiais, o explorador de uma atividade anormalmente perigosa, ainda que lícita, deve reparar o dano decorrente desta atividade. Considera-se anormalmente perigosa a atividade que cria um risco de danos graves podendo afetar um grande número de pessoas simultaneamente. O explorador apenas pode se exonerar estabelecendo a existência de culpa da vítima nas condições previstas nos artigos 1349 a 1351-1”.

³⁰⁸ LOSCO, Giorgio; MARIOTTI, Paolo. **La responsabilità civile**: compendio normativo commentato. cit., p. 13.

³⁰⁹ “Necessita la prova di adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno cioè di tutte le precauzioni necessarie e sufficienti per impedire l'evento secondo un normale criterio di prevedibilità ed idoneità *ex ante*” LOSCO, Giorgio; MARIOTTI, Paolo. **La responsabilità civile**: compendio normativo commentato. cit., p. 14 – realces no original.

³¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. cit., p. 51.

É ao que se referem os diversos escritores ao estudar o dano e subordinar sua reparabilidade aos predicados de atualidade e certeza³¹¹, sem que o mesmo paradigma seja assaz infirmado pela noção de dano futuro e dano eventual (hipotético ou conjuntural). Enquanto por *dano eventual* se retém aquele não realizado, por *dano futuro* se entende aquele ainda não realizado, mas de realização certa. A teoria da responsabilidade civil atualmente reconhece reparabilidade tão somente no segundo e, por vezes, nos prejuízos imediatos de um dano eventual (v.g. o perigo de uma exploração de terras diminui o valor atual das propriedades àquela expostas)³¹².

Pois bem, suscita esperada atenção a variedade de normas das quais se pode extrair uma pretensa “atuação preventiva” da ordem jurídica, o que somente demonstra estar-se diante de instância de vagueza conceitual, como acima definida por CARRIÓ. O conceito vago deve, assim, por nós ser suficientemente entestado de modo a possibilitar o próprio desenvolvimento do tema em apreço. Por nossa proposta, então, a prevenção de danos será compreendida pelas linhas divisórias da responsabilidade civil extracontratual: intenta-se investigar a presença em seu estatuto de *manifestações de antecipação à realização do dano* (ver capítulo 3, n. 3.5), isto é, desprendidas de medidas reparatórias, e que tratem seja de risco certo de dano (princípio da prevenção) seja de risco incerto de dano (princípio da precaução).

Como dantes assinalado, uma descrição satisfatória de tais manifestações preventivas pressupõe a delimitação do conteúdo jurídico envolvido na incorporação da prevenção de danos ao direito da responsabilidade civil. Este mesmo conteúdo jurídico foi nos últimos capítulos desdobrado: o valor jurídico da prudência, os princípios da prevenção e da precaução e a cláusula geral de prevenção de danos. Com sua presença, perfaz-se a equação temática proposta e se estende o plano sobre o qual sucederá aquela incorporação, objeto do próximo capítulo.

Deveras, destinamo-nos, nestes dois primeiros capítulos, a formular, por assim dizer, o segmento sociológico-axiológico do problema da prevenção de danos e a abordar o direito da responsabilidade civil de sua perspectiva constitucional, objetivando sublinhar o assento detido pela prevenção de danos em nossa Constituição e sua incidência na tutela da pessoa. No próximo capítulo será a responsabilidade civil integralmente adicionada ao conjunto teórico em formação. Examinaremos de que forma os elementos aqui estudados nela influirão e qual o material por ela própria já oferecido por meio do qual se poderia constituir canal para a prevenção de danos.

³¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. cit., pp. 56-7 (n. 36).

³¹² PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. 3. ed. v. 2. Paris: LGDJ, 1949, p. 345 (nn. 998-999).

3 INCORPORAÇÃO DA PREVENÇÃO DE DANOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao longo do capítulo anterior se preconizou o tratamento da prevenção de danos jungido ao direito da responsabilidade civil, o que exige, por via de implicação, a demonstração da viabilidade da díade “prevenção de danos-responsabilidade civil” ou, de modo mais direto, de uma *responsabilidade civil preventiva*. Não deixamos de asseverar que a visão ora adotada da responsabilidade civil não é embebida em sentimentos da ocasião, mas integra debate cuja importância é sublinhada por relevante concerto de vozes³¹³. Em uma palavra, vislumbrar o elemento preventivo na etiologia da responsabilidade civil prescinde de rendição aos influxos da sociedade de risco.

Sucede ser razão constatar, isto sim, que a sociedade de risco consente à comunidade jurídica uma grave oportunidade para reexaminar o direito da responsabilidade civil consoante o material por ele próprio fornecido, e de cogitar uma verdadeira mudança dos seus paradigmas reparatório e da contemporaneidade do dano para um sistema preventivo, proativo, que se antecede à ocorrência lesiva. Restam, pois, respectivamente explicitados os objetos deste e do próximo capítulo: neste capítulo 3, a demonstração da incorporação da prevenção de danos à responsabilidade civil; e, no capítulo 4, nossa proposta de uma responsabilidade civil preventiva arrimada no direito positivo brasileiro e fundada nos subsídios dos capítulos anteriores.

3.1 Os momentos da evolução da responsabilidade civil

Desenhado o panorama sociológico do advento da sociedade de risco, de se indagar como a sobrevivência da responsabilidade civil à contemporaneidade foi afetada por tão turbulenta travessia. É que o século XX foi período extremamente fecundo e revelou uma “prodigiosa capacidade de evolução e adaptação” do direito da responsabilidade civil “às necessidades

³¹³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11; FARIAS, Christiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 71; LEWICKI, Bruno. “Princípio da precaução: impressões sobre o segundo momento. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 375-376; LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 72.; LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 124; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade In: _____; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coords.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 150; TUNC. André. **La responsabilité civile**. Paris: Economica, 1981, p. 134 (n. 161).

novas”³¹⁴, a ponto de nele se entrever uma verdadeira *revolução*³¹⁵. Não parece errado supor ter acontecido no mesmo século XX a consolidação da responsabilidade civil como ramo a cujo influxo todos os demais estão sujeitos³¹⁶ e como setor no qual a criatividade do intérprete se encontra mais desenvolvida, sendo o laboratório dos formalistas, realistas, comparatistas e juseconomistas³¹⁷.

Pois bem, a que se deve tamanha vitalidade? A resposta se acha entrelaçada à compreensão dos distintos momentos da responsabilidade civil possíveis de extração da sua evolução geral. Aqui pretende-se menos uma dissertação sobre a história da responsabilidade civil do que a compreensão das concepções imperantes de cada estágio, de cada *momento* da evolução da responsabilidade civil. A partir deste trabalho de contextualização, posicionaremos com segurança o encontro da sociedade de risco com a responsabilidade civil de modo a, além de conexionar os estudos dos capítulos anteriores, tornarmo-nos aptos a tratar das consequências experimentadas por esta última em razão daquele mesmo encontro.

As fases de evolução da responsabilidade civil, para FRANCISCO AMARAL, seriam três: o direito romano, a idade moderna e a fase contemporânea³¹⁸. Nossa proposta também enxerga a evolução da responsabilidade civil em três momentos. À diferença de AMARAL, no entanto, nossa classificação ajunta ambas as fases moderna e contemporânea no segundo momento e acrescenta uma terceira fase coincidente com a sociedade de risco. Melhor nos serve a proposta de CATHERINE THIBIERGE dos *três tempos da responsabilidade*, a saber, punir (primeiro tempo), reparar (segundo tempo) e prevenir (terceiro tempo)³¹⁹.

Não discordamos da autora francesa, mas deseja-se aproximar das fases evolutivas da responsabilidade com olhar mais axiológico, mantendo, desta maneira, a sintonia com o capítulo 1. Por tal razão, denominamos cada um dos momentos a seguir não pelo nome consagrado a determinada era pela história, mas pelo valor que exprime a preocupação central de cada um deles. Se enfocarmos a concretização de cada um destes valores, teremos a

³¹⁴ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?”. *Revue trimestrielle de droit civil*, v. 98, n. 3, jul./set. 1999, p. 578.

³¹⁵ JOSSERAND, Louis. *Évolutions et actualités: conférences de droit civil*. Paris: Sirey, 1936, p. 29; SAVATIER, René. *Du droit civil au droit public*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1950, p. 99.

³¹⁶ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2. ed. v. 1. Paris: LGDJ, 1951, p. 1 (n. 2).

³¹⁷ ALPA, Guido. *Tratatto di diritto civile: la responsabilità civile*. v. 4. Milano: Giuffrè, 1999, p. 4.

³¹⁸ AMARAL, Francisco. “Responsabilidade civil. Evolução histórica”. In: PIRES, Fernanda Ivo (org.); GUERRA, Alexandre [et al] (coords.). *Da estrutura à função da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Foco, 2021, pp. 4-5.

³¹⁹ THIBIERGE, Catherine. “Avenir de la responsabilité, responsabilité de l’avenir”. *Recueil Dalloz*, n. 9. 2004, pp. 581-582.

classificação de THIBIERGE, parecendo melhor, portanto, privilegiar o valor a que a ação se dirige.

A tônica de cada um, com efeito, pode muito bem exprimir-se pelas seguintes palavras:

3.1.1) liberdade; 3.1.2) solidariedade; e 3.1.3) proteção.

3.1.1 O primeiro momento: liberdade

Os marcadores temporais do momento da liberdade correspondem à idade romana e vão até o advento da idade moderna. Sua longa extensão temporal contrapõe-se à ausência de grandes questões e debates a respeito da responsabilidade civil. A nomeação tem razão justa na liberdade por ser ela o pressuposto de atribuição de uma ação a alguém. Precisa-se ser livre para ser responsável. E a associação da conotação psicológica da culpa, de forte matiz moral, com uma rigorosa exigência de sua demonstração redundava em sólido obstáculo à reparação³²⁰.

SAVATIER bem apreendeu a liberdade humana como princípio comum, a uma só vez, da responsabilidade civil e da responsabilidade moral, concepção por sua vez resultante do aporte dos teólogos e canonistas medievais³²¹. A responsabilidade civil é a expansão e a sanção da liberdade humana, não se subentendendo nos *delicta privata* senão um exemplo desta sanção. A responsabilidade moral, antecedente àquela civil, entendia com o punir justamente os culpados e recompensar os bons segundo seus exatos méritos (ver capítulo 4, n. 4.1), noção ressaída da filosofia cristã do Novo Testamento e da qual reteve o direito positivo tão somente a primeira parte³²².

A responsabilidade é correlato da liberdade, o reconhecimento daquela advindo com o reconhecimento desta. Apenas se cogita responsabilidade de quem se valha de livre arbítrio para a prática de seus atos, do que se vê ser uma concepção individualista da responsabilidade civil, a deste momento.

“Era de ouro” e “era do imobilismo” são cognominações de JOSSERAND³²³ para a época na qual vicejou essa responsabilidade civil fundada diretamente na liberdade. “Era do imobilismo” é contraposição ao dinamismo da vida moderna, enquanto “era de ouro” é uma reminiscência da segurança peculiar a um período no qual reinava a pequena indústria, a inofensividade das ferramentas de artesanato e a pouca frequência dos eventos capazes de fazer

³²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

³²¹ DEROUSSIN, David. **Histoire du droit des obligations**. 2. ed. Paris: Economica, 2012, p. 698.

³²² SAVATIER, René. **Du droit civil au droit public**. cit., p. 100-1.

³²³ JOSSERAND, Louis. **Évolutions et actualités**: conférences de droit civil. cit., p. 31.

exsurgir a responsabilidade civil. Concorre a esta opinião WILSON MELO DA SILVA ao lembrar que, em tempos de antanho, não apenas os riscos se verificavam em menor escala como, ainda, eram de controle relativamente fácil. Suas causas geradoras, além de diminutas e restritivas, eram de remotas probabilidades, face às pacatas condições da vida tranquila que então se levava³²⁴.

Os autores evocam o que se lê em BAUMAN como a reminiscência da *comunidade*, “a última relíquia das utopias de outrora da boa sociedade”, hoje mera depositária de resquícios de sonhos de uma vida em segurança³²⁵, pois a segurança sentida nesta “era de ouro” feneceria com o alvorecer da era moderna.

3.1.2 O segundo momento: solidariedade

Contrasteando a pequena indústria; o artesanato; e o imobilismo do momento precedente, este de agora, o qual tem correspondência com a modernidade, fará irromper a grande indústria; o trabalho coletivo e a produção mecanizada; e o vertiginoso dinamismo das grandes urbes. A evolução tecnológica assegurou algo como uma “democratização” do potencial danoso antes restrito à máquina pública, ao passo que danos de abrangência significativa passaram a derivar cada vez mais da atuação empresarial e também do comportamento adotado por indivíduos comuns³²⁶.

Passou-se a viver melhor, mais intensamente, concede SILVA, mas, em compensação, muito mais perigosamente³²⁷. O homem sonda forças de surpreendente e abismante poder sem que, entretanto, penetre completamente sua essência íntima, tal o caso, por exemplo, da eletricidade, dos raios-X e do elemento químico rádio³²⁸.

As consequências danosas desdobradas da atividade humana, outrora limitadas e individuais, cedem ao descontrole do homem sobre as próprias forças materiais por ele captadas. O que conquistou agora lhe elude, lhe escapa, tamanha a sua estatura e o seu poder material. Entra-se na “era dos acidentes”, entendidos como eventos desfavoráveis e estatisticamente inevitáveis, isto é, produzidos fortuitamente³²⁹. Ora, a elaboração do direito da responsabilidade civil se deu, através dos séculos, a partir da consideração essencial de condutas

³²⁴ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares S.A., 1962, p. 288 (n. 95).

³²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. Cambridge: Polity Press, 2012, p. 92.

³²⁶ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. cit., p. 4.

³²⁷ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. cit., p. 289 (n. 95).

³²⁸ JOSSERAND, Louis. **Évolutions et actualités**: conférences de droit civil. cit., p. 31.

³²⁹ TUNC, André. **La responsabilité civile**. Paris: Economica, 1981, pp. 26 (n. 28) e 60 (n. 72).

culposas voluntárias (é a ideia de sanção da liberdade vista acima), mas o acidente com frequência se produz “sem a vontade do agente”³³⁰, daí se constituindo uma antítese com o momento da liberdade, por meio da qual se põs luz as insuficiências de uma responsabilidade exclusivamente fundada na culpa³³¹.

Deveras, a multiplicação dos acidentes adiciona na fórmula da evolução da responsabilidade civil os fatores da insegurança e do viver em perigo³³². O divórcio entre controle humano e o potencial de ditas forças materiais aprofunda-se de tal sorte que os limites da responsabilidade não podem restar aqueles da liberdade³³³, sendo idealizado o conceito de *risco* como noção fundante da responsabilidade civil refletida pelo contexto imprimido pela modernidade e como instrumento de segurança contra tão desmensuradas forças materiais³³⁴.

Substantial mudança na visão sobre a própria ocorrência do dano é paralelamente operada. No primeiro momento, o dano era visto como fatalidade contra a qual, na maioria das vezes, apenas restava a resignação. Na modernidade, o dano não é visto como inexorabilidade do destino, mas como fato humano. AGUIAR DIAS aduz uma “aguda sensibilidade para a reação contra o infortúnio”³³⁵, de aceitação cada vez menor. O sentimento dominante, com efeito, era o sinistro romper a justiça³³⁶, exigindo-se, de conseguinte, a sua devida reparação, daí JOSSERAND, em muito adequada expressão, falar em *secularização* da responsabilidade³³⁷.

Os motes da responsabilidade civil na era moderna se tornam, assim, a busca de um responsável (ou, na expressão de RICOEUR, a “caça ao responsável”³³⁸) e a facilitação do acesso da vítima à reparação³³⁹. Já não é mais de responsabilidade civil que se trata, mas da reparação do dano, expressões que passaram a ser sinônimas³⁴⁰. A facilitação do acesso da vítima à reparação é correlata ao progressivo recolhimento pelo direito de novos fatos danosos como hipóteses de danos reparáveis. Temos, na aresta do *common law*, PROSSER declarando em 1941 que “novos e inominados *torts* estão sendo reconhecidos constantemente”³⁴¹.

³³⁰ TUNC, André. **La responsabilité civile**. cit., p. 61 (n. 72)

³³¹ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?”. **Revue trimestrielle de droit civil**. v. 98. n. 3. cit., p. 561.

³³² JOSSERAND, Louis. **Évolutions et actualités: conférences de droit civil**. cit., p. 32.

³³³ SAVATIER, René. **Du droit civil au droit public**. cit., p. 107.

³³⁴ SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. v. 1. cit., pp. 1 (n. 2) e 3 (n. 3-ter).

³³⁵ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

³³⁶ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. cit., p. 287 (n. 95).

³³⁷ JOSSERAND, Louis. **Évolutions et actualités: conférences de droit civil**. cit., p. 34.

³³⁸ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité: essai d'analyse sémantique”. **Le juste**. Paris: Esprit, 1995, p. 59.

³³⁹ SAVATIER, René. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**. Paris: Dalloz, 1948, p. 183 (n. 224).

³⁴⁰ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. cit., pp. 18 e 23.

³⁴¹ PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. Saint Paul: West Publishing, 1941, p. 5.

Agora, face ao caráter amplo e desmesurado assumido pela responsabilidade, torna-se reiterado que o causador de um dano se ache impossibilitado de reparar todos os danos advindos do fato danoso a ele atribuído. É preciso, logo, que se segure contra tais reparações. O seguro torna-se destarte *necessário* à própria garantia da indenização pelo autor do dano³⁴², possibilitando a este uma sorte de nivelamento frente à escalada das proporções e consequências das forças materiais captadas pelo homem.

Do momento em que as consequências de um fato danoso não mais são indenizadas pelo seu causador, mas por uma seguradora, tem-se muito esmaecida a concepção da responsabilidade eixada sobre a liberdade e a culpa individual. GEORGES RIPERT denunciava severamente a completa destruição do elemento moral da responsabilidade civil pela noção de risco, pelo que se reduziria aquela a uma mera “lei física de criação de riscos”³⁴³.

Efeito reflexo, portanto, da intensificação da ocorrência de acidentes e da multiplicação de reparações ordenadas pelos tribunais será a equivalente intensificação da celebração de seguros tanto pela vítima quanto pelo responsável. As soluções, a partir de aqui, se diversificam, mas pareceu a SAVATIER que sempre rumariam à publicização do direito da responsabilidade civil: seguro voluntário de responsabilidade (CC/02, art. 787); seguro obrigatório de responsabilidade (Lei nº 6.367/76 – instituiu seguro obrigatório de acidentes do trabalho), seguro estatal de responsabilidade (Lei nº 6.194/74 – institui seguro obrigatório de danos causados por automóveis – o Seguro DPVAT) e, por fim, um imposto geral que substituiria o seguro do responsável³⁴⁴ (a previdência social, custeada por contribuições – Leis nº 8.212/91 e nº 8.213/91). A evolução legislativa brasileira parece lhe conferir acerto na opinião.

Outro mérito de SAVATIER foi perceber como, da securitização da responsabilidade civil e da generalização de instrumentos de seguridade social, chega-se igualmente à socialização da própria responsabilidade civil, isto é, o próprio corpo social se torna o responsável final pela reparação³⁴⁵. Ora, se um sinistro foi diretamente segurado pela vítima, sabe-se que todo o conjunto de segurados amortizará o dispêndio da soma indenizatória; e, toda vez que se tratar de segurados produtores ou comerciantes, haverá o repasse do custo com os prêmios para o

³⁴² SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. v. 1. cit., pp. 2-3 (n. 2-bis).

³⁴³ RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. 4. ed. Paris: LGDJ, 1949, n. 116, pp. 210 (n. 116) e 211 (n. 117).

³⁴⁴ SAVATIER, René. **Du droit civil au droit public**. cit., p. 173.

³⁴⁵ SAVATIER, René. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui**. cit., p. 188 (n. 232). Silva também lhe deu razão: SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. cit., pp. 294 (n. 97), 295-296 (n. 98) e 301 (n. 100).

preço de seus produtos e serviços, a desaguar nos consumidores, é dizer, no conjunto do corpo social, o arcar com as reparações devidas às vítimas³⁴⁶.

Esse traço da responsabilidade civil no momento da modernidade lhe acentua a solidariedade³⁴⁷ como fundamento. O próprio legislador a invoca em diplomas cujo objeto não é outro senão socializar danos – é o caso da lei francesa de 28 de outubro de 1946 sobre danos de guerra³⁴⁸.

3.1.3 O terceiro momento: proteção

Descreveu-se acima o esquema da responsabilidade civil vigente durante o fim do século XIX e consolidado ao longo do século XX. Contudo, a modernidade continuou sua irrefreável marcha e a sociedade de risco de seu seio foi concebida. Consta nos escritos de SAVATIER algumas reflexões pertinentes a este contexto e o seu prospecto é o da completa inadequação da responsabilidade civil *individual* para fazer frente aos cataclismas, à destruição integral dos homens e das coisas de toda uma região e à desintegração organizada da matéria³⁴⁹. Após o tempo dos acidentes, veio o “tempo das catástrofes coletivas”³⁵⁰ ou, ainda, de “ameaças permanentes de desastres de alcance internacional”³⁵¹.

Contrasteie-se novamente com o momento da liberdade: as hipóteses de danos sobre as quais repousaram as codificações civis do século XIX em diante opunham dois indivíduos, cabendo ao direito da responsabilidade civil designar o devedor da indenização. Diante das catástrofes, as hipóteses danosas adquirem excepcional amplitude: a explosão na usina AZF, em Toulouse (2001) rendeu as cifras de 70.000 declarações de sinistros, 30 mortos, 2.500 feridos, 800 hospitalizados e aproximadamente 27.000 residências afetadas³⁵². A radiação nuclear disseminada pela cápsula de Césio 137 em Goiânia (1987) alcançou a área de 2.500 m²

³⁴⁶ SAVATIER, René. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui**. cit., p. 189 (n. 232).

³⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. cit., pp. 222-223.

³⁴⁸ Art. 1º. *La République proclame l’égalité et la solidarité de tous les Français devant les charges de la guerre*. FRANÇA. Loi n° 46-2369 du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre.

³⁴⁹ SAVATIER, René. **Du droit civil au droit public**. cit., p. 130.

³⁵⁰ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?”. **Revue trimestrielle de droit civil**. v. 98. n. 3. cit., p. 567.

³⁵¹ TUNC, André. **La responsabilité civile**. cit., p. 60 (n. 71).

³⁵² GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. “Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile: les activités dangereuses”. In: FABRE-MAGNAN, Muriel (org.) [et al]. **Études offertes à Geneviève Viney**. Paris: LGDJ, 2008, pp. 501 e 505, nota 22.

e resultou na cifra de 249 pessoas contaminadas. Explosão em shopping de Osasco (1996) ceifou a vida de 43 (quarenta e três) pessoas e feriu outras centenas³⁵³.

Vê-se destarte a introdução de noções novas, algumas das principais sendo o dano grave e irreversível, o qual não comporta limitações temporais ou espaciais³⁵⁴; e o dano em série, definido em atenção à sua capacidade de afetar um número significativo de pessoas³⁵⁵. E os estudiosos e operadores da responsabilidade civil passaram pela porta da sociedade de risco ainda com as soluções concebidas para a modernidade (existência absoluta de um responsável e facilitação do acesso da vítima à reparação) – sem contar os que ainda insistiam no modelo de responsabilidade civil individual, como o próprio SAVATIER. O direito positivo estava inabilitado a quadrar a realidade dos danos graves, irreversíveis e em série, o que se ilustra com a inadequação, por exemplo, da norma do art. 2.050 do Código Civil italiano para regular os acidentes nucleares devido a, acima de tudo, “os aspectos catastróficos” e “as consequências devastadoras” do dano nuclear³⁵⁶. A sentença de MARIA HOFMEISTER é peremptória: “os instrumentos tradicionais revelam-se de todo inadequados a enfrentar tais situações”³⁵⁷.

Os operadores do direito esqueceram-se de que as mesmas forças materiais as quais constituíram tema da era moderna continuaram a exasperação do seu quadro consequencial (ver capítulo 1, nn. 1.1 e 1.2.1), tornando ainda mais abissal o hiato entre seu poder e o controle humano. Não se lida mais apenas com a multiplicação dos acidentes, respondida com a flexibilização dos filtros de reparação e a diligência na busca do responsável, mas com danos irreparáveis, catástrofes e eventos com projeção causal sem precedentes em direção ao futuro.

O contexto ora descrito provou a inverdade da crença de que a contínua emergência de instrumentos de socialização dos danos tenderia “a fazer da solidariedade nacional um remédio milagroso ao lado do qual a responsabilidade civil apareceria ultrapassada”³⁵⁸. Da mesma maneira que se pôde vislumbrar uma responsabilidade civil para o primeiro momento e uma outra responsabilidade civil para o segundo momento (os quais não se excluem mutuamente, mas convivem entre si), afigura-se razoável suspeitar de uma nova configuração da

³⁵³ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 43-44.

³⁵⁴ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?”. *Revue trimestrielle de droit civil*. v. 98. n. 3. cit., p. 567.

³⁵⁵ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. cit., p. 45.

³⁵⁶ “*Tale inadeguatezza veniva ancor più evidenziata dalla mancanza di una approfondita conoscenza del fenomeno nucleare, allora agli inizi del suo sfruttamento a scopi pacifici, del quale si sottolineavano, soprattutto, gli aspetti catastrofici e le conseguenze devastanti*”. DI MARTINO, Vittorio. **La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari**. Milão: Giuffrè, 1979, p. 241 (§ 27) – realces acrescentados.

³⁵⁷ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. cit., p. 46.

³⁵⁸ GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. “Vers um nouveau fait générateur de responsabilité civile: les activités danereuses”. In: FABRE-MAGNAN, Muriel (org.) [et al]. **Études offertes à Geneviève Viney**. cit., p. 502.

responsabilidade civil para este terceiro momento, cuja finalidade contemporânea, já o fizemos ver, está na proteção.

O ponto agora sobre o qual dirigimos nosso olhar é precisamente a crítica de SAVATIER de que a responsabilidade civil seria de todo inapta para fazer frente às ameaças da sociedade de risco – de se recordar que SAVATIER se referia à responsabilidade civil *individual*. Não aludimos à responsabilidade civil regida por normas de direito administrativo, o que seria apenas confirmar o prelecionado por aquele autor; ao revés, assim como, no primeiro capítulo, perscrutamos as propostas éticas sobre a sociedade de risco e o conteúdo da prudência, em busca de um fundamento axiológico, também aqui perscrutaremos a responsabilidade civil em busca de amparo, na sua diversidade funcional, para a prevenção de danos.

Avançando nesse ponto, ainda recorrendo à ideia de secularização da responsabilidade vista em JOSSERAND, ser-nos-á lícito defender que, neste terceiro momento da responsabilidade civil, além de a ocorrência dos acidentes ter se desrevestido de qualquer fatalidade ou inexorabilidade, também se separará das catástrofes a mesma característica. É esta a premissa fundamental de uma teoria da prevenção de danos na responsabilidade civil. Convém nisto entrever um princípio comum tanto à teoria do risco quanto a esta da prevenção de danos.

O dano, afinal, é o inimigo comum de ambas as teorias, à diferença de a teoria do risco centrar sua atenção sobre o acesso à reparação da vítima, enquanto a teoria da prevenção de danos propugna a evitação de certos danos cuja reparação não seria senão inócua. Conhecida passagem de JEAN DABIN bem se presta a explicitar a tônica do momento da proteção: “ora, o inimigo, aqui, é o dano, fator de desperdício e de insegurança; contra este perigo, trata-se de levar a luta por todos os meios preventivos e repressivos que pode sugerir a experiência, com o cuidado de não desencorajar a ação útil e moderada, fonte do progresso”³⁵⁹. Provavelmente tomando inspiração nesta lição é que ALVINO LIMA sentenciou:

É preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e repressivos sugeridos pela experiência, sem dismantelar e desencorajar as atividades úteis. Para tal conseguir não nos devemos encastelar dentro de princípios abstratos, ou de preceitos envelhecidos para a nossa época, só por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções, ou à intransigência de moralistas de gabinete.³⁶⁰

³⁵⁹ “Or l’ennemi, ici, c’est le dommage, facteur de déperdition et d’insécurité; contre ce péril, il s’agit de mener la lutte par tous les moyens préventifs et répressifs que peut suggérer l’expérience, sauf à ne pas décourager l’action utile et modérée, source de progrès”. DABIN, Jean. **La philosophie de l’ordre juridique positif**. Paris: Sirey, 1929, p. 554 (n. 162).

³⁶⁰ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 334.

As ideias lançadas por DABIN e ALVINO LIMA se deixam resumir na eloquência da sentença de PLANIOL: “não é porque se causou um dano que se é responsável, mas porque se tinha o dever de não o causar”³⁶¹. Os lanços transcritos, a bem da verdade, se situam mais nos debates acerca da inscrição da teoria do risco no seio da responsabilidade civil do que da prevenção de danos. As palavras, sem prejuízo, exprimem acuradamente tanto a preocupação desta última quanto sua justificação frente ao corpo social.

O atual momento da proteção ser onde se encruzilham sociedade de risco e responsabilidade civil não nos conduz a desprezar os outros dois como desnecessários a nosso estudo. Nossa explanação tem por objeto a incorporação da prevenção de danos na responsabilidade civil, propósito cuja demonstração, assim como lançado no proêmio do presente capítulo, não se obtém apenas apelando à sociedade de risco – ela, como dissemos, é uma oportunidade à comunidade jurídica, não um fator justificador de uma completa disrupção da responsabilidade civil.

Existe intrincada via para expor a propugnada incorporação. Manter-se nela sem quaisquer desvios é condão que se obtém a partir de um exame do perfil funcional da responsabilidade civil, porquanto, ao isolar o comportamento funcional da responsabilidade civil mais consentâneo à finalidade contemporânea da proteção e, conseqüentemente, à prevenção de danos, permite-se uma mais precisa investigação dos signos relevantes da mesma prevenção de danos ao longo da evolução daquele instituto.

3.2 Diversidade funcional da responsabilidade civil

Por uma concepção estrutural da responsabilidade civil não chegaríamos além da conclusão de ser ela um conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da reparação, desprezando-se os fins aos quais os institutos jurídicos podem se prestar e, em última instância, a própria função do direito de não apenas manter a ordem constituída, mas também mudá-la e adaptá-la às mudanças sociais³⁶². É da essência do direito, lembra JHERING, o realizar-se, qualquer que possa ser seu fim, seu objeto ou seu conteúdo³⁶³.

³⁶¹ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (colab.). *Traité élémentaire de droit civil*. 11. ed. v. 2. Paris: LGDJ, 1931, p. 304 (n. 863-ter).

³⁶² BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 94.

³⁶³ JHERING, Rudolf von. *L'esprit du droit romain*. trad. O. de Meulenaere. 3. ed. v. 4. Paris: Marescq, 1888, p. 318 (§ 70).

Ora, a crítica de um instituto, a inteligência é de NORBERTO BOBBIO, começa exatamente pela crítica à sua função e a lógica da análise funcional é a lógica da relação meio e fim. Convém, por fim, explicar que a disfunção, em BOBBIO, relaciona-se com o funcionamento de um determinado instituto. Já pela funcionalidade se lhe confere valor, ou seja, a apreciação da função como positiva ou negativa³⁶⁴.

À vista do quanto delineado, expresemos nossas teses com o ferramental teórico do autor italiano: a) a função reparatória da responsabilidade civil, conquanto de funcionalidade positiva geral, é disfuncional para reparar danos irreparáveis ou irreversíveis; b) a prevenção de danos é uma função; e c) a prevenção de danos é função da responsabilidade civil.

A primeira das é por si mesma evidente. O dano irreversível é aquele no qual, por definição, não se restabelece a situação anterior à lesão pela reparação. Não se repara o irreparável. A verdade da segunda proposição depende da elucidação do conceito de função. Adotando a concepção orgânica, BOBBIO a define como: “a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo”³⁶⁵.

O autor italiano assinala, logo em seguida, que a concepção orgânica de função não é incompatível com a concepção de sistema em equilíbrio, uma sendo utilizada para interpretar a outra³⁶⁶. Portanto, o desempenho da função contribui para a manutenção e o desenvolvimento ótimo do sistema. Sendo a responsabilidade civil um subsistema normativo, a concorrência ordenada de suas funções lhe garante a permanência e o desenvolvimento.

A tarefa específica assinada à prevenção de danos de evitar danos irreparáveis e irreversíveis preveniria qualquer disfuncionalidade da responsabilidade civil em seu todo, quando frente a casos concretos enquadrados naquela tarefa. A disfuncionalidade, é importante seja dito, está, por exemplo, na aplicação da responsabilidade civil por ato ilícito para resolução de um caso de exposição a ondas eletromagnéticas. Agora, que a responsabilidade civil já enfeixa em seu seio a noção de prevenção de danos é questão relacionada à verdade da terceira proposição e a qual será dirimida pelo exame de sua diversidade funcional.

No pertinente a esse tema, é sintomático que ressaia dos estudos da responsabilidade civil a sua função reparatória como proeminente. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, por exemplo, retém três funções fundamentais da decomposição do princípio da reparação integral: a) função compensatória: a indenização deve manter uma relação de equivalência, ainda que de forma

³⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. cit., pp. 92 e 105.

³⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. cit., p. 103.

³⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. cit., pp. 103-104.

aproximada, com os danos sofridos – reparação da totalidade do dano; b) função indenitária: vedação do enriquecimento injustificado do lesado. Os prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado constituem não apenas piso, mas também teto indenizatório. A função indenitária sobreleva a natureza predominantemente reparatória ou compensatória da responsabilidade civil; c) função concretizadora: avaliação concreta dos prejuízos efetivamente sofridos. É pela avaliação concreta do juiz que a indenização se torna apta a corresponder aos prejuízos reais e efetivos suportados pela vítima³⁶⁷.

GENEVIÈVE VINEY argumenta que à função indenitária ou reparatória (SANSEVERINO não trabalha uma diferenciação) prende-se uma *função normativa*, preordenada a coibir comportamentos socialmente danosos – não vemos razão para diferenciar a função normativa de uma função preventiva enquanto dissuasão ou *função dissuasória*³⁶⁸). Não apenas idealizada pelos redatores do Código Civil de 1804, mas considerada por estes como prioritária, e assim permanecendo, na consideração doutrinária, até o fim do século XIX³⁶⁹, tomamos esta função normativa como conseqüência da responsabilidade civil enquanto instrumento de repressão dos delitos (*delicta*), fatores de turbação da ordem pública³⁷⁰, cujo quebrantamento era restaurado antes de tudo pela vingança. Em sentido semelhante, averiguamos, por PROSSER, que os tribunais de *common law* também atribuem importância ao “fator profilático” de se prevenir males futuros; empresta-se importância não apenas à compensação da vítima, mas à admoestação do malfeitor, o qual teria forte incentivo para prevenir condutas lesivas futuras³⁷¹.

Sistematizando nosso exame, é conhecida a esquematização de GUIDO ALPA acerca das seis funções da responsabilidade civil: i) a função de reagir ao ato ilícito danoso com o objetivo de ressarcir quem prejudicado por ele; ii) a função de reprimir a vítima ao estado anterior ao dano; iii) a função de reafirmação do poder sancionatório ou “punitivo” do Estado; iv) a função de *deterrence* para intimidar a prática de atos prejudiciais a terceiros; v) a distribuição das “perdas”; e vi) a alocação de custos³⁷².

³⁶⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 57-59, 63 e 76.

³⁶⁸ Utilizando “função dissuasória”: LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. cit., p. 137. Por outra volta, atestando o tratamento sinonímico dado à função normativa e dissuasória: SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011, p. 326 (n. 575).

³⁶⁹ VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: introduction à la responsabilité. Paris: LGDJ, 2008, pp. 23-25 (n. 16), 76 (n. 34), 77 (n. 36), 86 (n. 39).

³⁷⁰ DOMAT, Jean. **Œuvres complètes**. v. 3. Paris: Firmin Didot père et fils, 1829, p. 540 (Ed. Joseph Remy).

³⁷¹ PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. cit., pp. 27-28.

³⁷² ALPA, Guido. **Tratatto di diritto civile**. v. 4. cit., p. 131-2. A mesma divisão é encontrada em: FARIAS, Christiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 84-85.

Outro exame proficiente do tema foi o empreendido por ANDRÉ TUNC, o qual tira da responsabilidade civil (situada ao longo do “momento da liberdade” e até a sua fronteira) cinco diferentes funções: a) castigo de um culpado; b) vingança; c) indenização da vítima; d) restabelecimento da ordem social; e) prevenção de comportamentos antissociais. Nada obstante, o autor identifica três fatores de transformação do direito da responsabilidade civil provocadores de sublevação neste mapa funcional: em primeiro lugar, o reconhecimento da incapacidade do homem de julgar o seu semelhante e de lhe impor um castigo (“a” e “d”) ou, por outras palavras, de não competir ao juiz pronunciar sentença moral sobre os atos de seu semelhante, seu mister sendo mais o de salvaguardar a sociedade de condutas antissociais³⁷³, a render igualmente inócua e sem justificação a função de vingança (“b”).

Não restava senão a indenização e a prevenção por dissuasão (“c” e “e”) como funções supérstites. O segundo fator de transformação já surge à existência no “momento da solidariedade” e entende com a proliferação dos danos defluentes de acidentes e a expansão dos seguros de responsabilidade. O novo contexto cortava em definitivo do direito da responsabilidade civil a busca pelo restabelecimento da ordem social ou a punição do autor do dano. É ainda no “momento da solidariedade” que a responsabilidade civil experimenta como que uma reconfiguração de suas funções ainda operacionais: a indenização da vítima, expõe TUNC, passava paulatinamente a provir de fontes coletivas (seguros, fundos públicos e outros instrumentos de seguridade social) e a prevenção a condutas antissociais passaria a repousar em técnicas mais elaboradas do que a mera imposição ao autor do dano do dever de indenizar³⁷⁴.

Terceiramente, o desejo de segurança é intensificado no ser humano em geral. Na opinião de TUNC, assim sucede não apenas pelo valor de cada ser humano ser mais fortemente sentido, mas especialmente pois o homem é mais do que nunca ameaçado pela atividade do seu próximo³⁷⁵.

A conjugação de cada um desses fatores levou à responsabilidade civil uma nova arquitetura funcional: *função de diluição de danos*: a diluição de danos joga seu papel primordial no domínio dos danos acidentais (veja-se o Seguro DPVAT, os seguros obrigatórios contra acidentes do trabalho e a previdência social) e é um dever para a sociedade, ao passo que suaviza o encargo da indenização a quem imposta com a sua transferência à generalidade do corpo social. Relacionada diretamente à indenização provinda de fontes coletivas, a responsabilidade civil pode associar-se à diluição de danos por duas variadas formas. A

³⁷³ TUNC. André. **La responsabilité civile**. cit., pp. 108-109 (n. 139) e 133 (n. 160).

³⁷⁴ TUNC. André. **La responsabilité civile**. cit., pp. 133-134 (n. 160).

³⁷⁵ TUNC. André. **La responsabilité civile**. cit., p. 134 (n. 160).

responsabilidade civil dilui danos sempre quando coberta por um seguro, desta maneira atuando como um “canal direcionado ao efetivo instrumento de diluição” (diluição indireta) ou quando os encargos por ela impostos na forma de indenizações são repassados aos consumidores ou mesmo segurados sob a forma de custos³⁷⁶ (aumento do preço de produtos ou serviços).

A *função de prevenção por dissuasão*, a despeito de conservar sua definição de ameaça de uma sanção, diversifica o seu campo de atuação e o instrumental da mesma atuação. Cogitada por TUNC para os domínios de concorrência desleal, práticas de *trust*, violação à propriedade intelectual e ofensas a direitos da personalidade, elenca-se, como ferramentas preventivas, indenizações mais severas, abrangendo a indenização punitiva (*punitive damages*, *dommages-intérêts exemplaires ou punitifs*), a quantificação da soma a se versar podendo ser desde uma cifra do lucro alcançado pelo demandado até um múltiplo do dano provado³⁷⁷ – confira-se jurisprudência que, baseada no art. 102 da Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), estabelece a indenização devida em caso de violação de direito autoral em sendo dez vezes o valor de mercado de cada bem irregularmente utilizado³⁷⁸.

Finalmente, o autor francês reflete sobre uma *função de garantia dos direitos dos cidadãos*, a qual se identifica com, nas palavras de TUNC, a capacidade dos atores da responsabilidade civil produzirem uma “reação emotiva frente ao infortúnio” (*réaction émotionnelle devant le malheur*)³⁷⁹. Em suma, para TUNC, o quadro funcional da responsabilidade civil se forma pelo seguinte: a) indenização da vítima; b) prevenção de comportamentos antissociais; c) diluição de danos; e d) garantia dos direitos dos cidadãos.

Conquanto possa-se atacar a real natureza funcional da garantia do direito dos cidadãos, entendemos permanecendo ela como uma nota de todo em todo única do direito da responsabilidade civil. Acaso não seria o acionamento de um tal mecanismo a que se deva a própria sucessão de momentos da responsabilidade civil ou, ao menos, que melhor consiga

³⁷⁶ TUNC. André. **La responsabilité civile**. cit., pp. 134 (n. 160) e 146 (n. 174)

³⁷⁷ TUNC. André. **La responsabilité civile**. cit., pp. 135 (n. 163) e 136 (n. 164). Ver também, sobre os *punitive damages*: “To the extent that punitive damages are given, however, both prevention and retaliation become accepted objects of the administration of the law of torts”. PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. cit., p. 28.

³⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1.158.622/RS, rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 15 mar. 2012.

³⁷⁹ TUNC. André. **La responsabilité civile**. cit., p. 149 (n. 178). Confira-se, na mesma página: “Ce parti pris en faveur de la victime n’est pas un phénomène nouveau né de l’État-providence. Ce n’est pas davantage le seul fait des tribunaux. La responsabilité du fait d’autrui, les responsabilités pour les dommages causés par les animaux ou par la ruine d’un bâtiment ont derrière elles une longue tradition, peuvent être trouvées dans de nombreux codes et résultent largement du sentiment que la victime d’une perte accidentelle mérite d’en recevoir compensation. Sous cette forme, en tant que réponse sentimentale à un malheur, l’idée de garantir les droits des citoyens a joué un rôle incontestable dans le droit de la responsabilité civile, un rôle qui ne fait que s’accroître et constitue certainement une de ses fonctions”.

explicá-la? Por qual outra razão aduziria AGUIAR DIAS sobre uma aguda sensibilidade para a reação contra o infortúnio ou SILVA em “razões de ordem sentimental, subjetivas” atuando para fazer pender a balança para o lado da vítima³⁸⁰?

Teça-se, por fim, algumas correlações com a seção anterior (ver n. 3.1): o que acima se narrou como a centralização da atuação da responsabilidade civil ao redor da vítima do dano é agora descrito em nossa análise funcional como o esmaecimento das funções de castigo do culpado e de vingança; o antes descrito como facilitação do acesso da vítima à indenização e expansão da securitização e de outros instrumentos de seguridade social é aqui proposto como uma nova configuração da função reparatória. A equivalência entre o aqui e lá posto é inclusive de ordem temporal, apenas reforçando a importância de o trabalho deixar estas duas seções adjacentes uma à outra. Convém agora, nas próximas seções, explorar a mesma correlação, mas no pertinente ao momento da proteção.

3.3 Patologia da função reparatória

Como se veio de expor, a função preventiva da responsabilidade civil, na forma que tratada, tem marcado e histórico acento na dissuasão de condutas danosas. Cuida-se de uma prevenção indireta, negativa, posto sua premissa ser o desencorajamento de práticas lesivas pela ameaça de imposição do dever de indenizar. Sem embargo, o confronto da humanidade com as catástrofes da sociedade de risco e dos danos graves e irreversíveis delas advindos fez nascer no seio social a necessidade de se reposicionar a prevenção de danos como resposta àquelas catástrofes.

Mais do que nunca se passou a pôr luz na fragilidade da função reparatória, fragilidade mesma já conhecida dos autores. GUIDO ALPA observa que o aspecto da função reparatória de reprimir a vítima ao seu estado de antes do dano, embora abstratamente racional, é dificilmente viável em concreto, porquanto o evento danoso jamais pode ser apagado do meio social por um “retorno” à situação anterior; o dano não é anulado, mas apenas transferido de quem o experimentou para quem o deve indenizar³⁸¹. TERESA ANCONA LOPES apregoa a quase impossibilidade de uma reparação integral na responsabilidade extracontratual, precipuamente por envolver lesão a direitos da personalidade³⁸². BARBOSA MOREIRA empresta maior peso à

³⁸⁰ SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. cit., p. 292 (n. 97).

³⁸¹ ALPA, Guido. **Trattato di diritto civile**. v. 4. cit., p. 133 e nota 92.

³⁸² LOPEZ, Teresa Ancona. **O princípio da precaução na responsabilidade civil**. cit., p. 73.

prevenção ou cessação de ofensas do que ao “píffio consolo de uma indenização”³⁸³. Os irmãos MAZEAUD lembram que o dinheiro, se compensa o dano, não o apaga. Em edificante página sobre o assunto, sentenciaram:

Frente a um prejuízo futuro, o juiz deve, com efeito, rendê-lo impossível, impedi-lo de se produzir, ordenar o desaparecimento da sua causa. Por exemplo, ele ordenará a demolição de um muro construído por um proprietário com o objetivo de incomodar seu vizinho. Obrigará um dono de indústria a munir suas máquinas de silenciadores, suas chaminés de aspiradores de fumos (...). Singular concepção esta que quer fazer do juiz uma máquina de quantificar danos, sem lhe deixar o direito de reparar de outra maneira que não fazendo pagar! Singular concepção esta que permite prolongar um dano reconhecidamente ilícito, com a condição de continuar a pagar a vítima! Esta não pode se queixar; a ela paga-se; ela não tem direito a outra coisa; basta se poder pagar para tudo se permitir. É esquecer que o dinheiro, se compensa o dano, não o apaga e que a única condenação eficaz é aquela que faz desaparecer o prejuízo: a condenação natural³⁸⁴.

À reparação *in natura* voltaremos mais abaixo (ver n. 3.6). Por ora, razão é admitir que a primazia da função reparatória torna a responsabilidade civil um instrumento exclusivamente curativo, tornado ao passado e retrospectivo. O quadro desta *responsabilidade curativa*, eixada sobre a reparação, obstaculiza a prevenção de danos graves e futuros que não tenham a nota da certeza, mas da probabilidade³⁸⁵ e incapacita a luta contra as catástrofes que trazem consigo consequências irreversíveis³⁸⁶.

É o momento preciso para recordar o aporte de BOBBIO à teoria da função. Entende-se a disfunção como o mal funcionamento de um determinado instituto: “um instituto com funcionalidade positiva pode funcionar mal sem que, por isso, sua função se torne negativa”³⁸⁷, de sorte que mais justo amoldamento à situação atual da função reparatória não há. Malgrado sua importância (funcionalidade positiva) para sanção de condutas tipicamente culposas e, ainda que matizada por instrumentos de socialização de riscos no momento da solidariedade,

³⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Tutela sancionatória e tutela preventiva”. In: _____. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 24 (n. 4)

³⁸⁴ “*En face d’un préjudice futur, le juge doit, en effet, le rendre impossible, l’empêcher de se produire, ordonner la disparition de sa cause. Par exemple, il ordonnera la démolition d’un mur construit par un propriétaire dans le but de gêner son voisin. Il obligera un industriel à munir ses machines de silencieux, ses cheminées de fumivores (...). Singulière conception que celle qui veut faire du juge une machine à chiffrer les dommages, sans lui laisser le droit de réparer autrement qu’en faisant payer ! Singulière conception que celle qui permet de prolonger un dommage reconnu illicite, à la condition de continuer à payer la victime ! Celle-ci ne peut pas se plaindre ; on la paie ; elle n’a pas droit à autre chose ; il suffit de pouvoir payer pour pouvoir tout se permettre. C’est oublier que l’argent, s’il compense le dommage, ne l’efface pas et que la seule condamnation efficace est celle qui fait disparaître le préjudice : la condamnation en nature*”. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 2. ed. v. 3. Paris: Recueil Sirey, 1934, pp. 353-4 (n. 2.307).

³⁸⁵ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?”. **Revue trimestrielle de droit civil**, cit., pp. 578 e 580.

³⁸⁶ VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: introduction à la responsabilité. cit., p. 151 (n. 66).

³⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. cit., p. 92.

permanece imperativo constatar sua inadequação, seu mal funcionamento, sua disfuncionalidade no respeitante às catástrofes da sociedade de risco. É por tais razões que podemos descrever a situação atual da responsabilidade civil como padecendo de uma *patologia da função reparatória*.

Com a consciência do cenário agora desenhado, e ainda explorando a diversidade funcional da responsabilidade civil, perquiriremos acerca de manifestações discrepantes da imputação da reparação na atuação da responsabilidade civil, nomeadamente, a cessação do ilícito e uma função preventiva estranha à mera dissuasão.

3.4 A cessação do ilícito

Como agora afirmado, interessa-nos imensamente a não nova indagação acerca de uma propalada função de cessação do ilícito na responsabilidade civil. Neste ponto, o estudo da doutrina francesa e alemã será de grande préstimo ao presente trabalho.

Começemos com o sistema jurídico tedesco. Os tribunais alemães, no século XX, assentaram, por reiterada jurisprudência, a diretriz segundo a qual toda lesão antijurídica, ainda que meramente objetiva, a um bem protegido pela lei, e diante do temor de novos ataques, franqueia ao prejudicado direito a uma *ação de abstenção* ou *ação preventiva* (*vorbeugende Unterlassungsklage*)³⁸⁸. O círculo de proteção da ação de abstenção abrangia a grande maioria dos direitos reais, a posse, o direito de exercer a indústria sem perturbação, os direitos da personalidade “reconhecidos” (ENNECCERUS associava a consagração destes últimos à sua expressa previsão legal – v.g. o direito ao nome, previsto no § 12 do BGB) e, por fim, os bens jurídicos protegidos de maneira absoluta³⁸⁹ (entenda-se sobretudo uma remissão ao § 823 do BGB).

A ação de abstenção do direito alemão prescinde de averiguação de culpa do agente ordenado a cessar a conduta lesiva (visa-se um “ato objetivamente antijurídico”); ao contrário, eis o exigido pela jurisprudência: a) uma transgressão a um “direito de exclusão” não caracterizadora de legítima defesa ou outra dirimente; e b) a ameaça de continuação ou repetição daquela lesão pelo mesmo agente em desfavor da mesma pessoa ou de seus

³⁸⁸ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones**. trad. Blas Pérez González e José Alguer. 35. ed. v. 2. t. 2. Barcelona: Bosch, 1950, pp. 714 e 719 (§ 242). Ou, ainda, *ação preventiva de omissão*: LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. trad. Jaime Santos Briz. v. 2. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, p. 654.

³⁸⁹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones**. v. 2. t. 2. cit., p. 715 (§ 242).

sucessores³⁹⁰. Não se entenda, com isto, que tal pretensão seria apenas admissível na hipótese de ameaça de *reiteração* da conduta antijurídica. O que em definitivo se impõe é o perigo grave e iminente de dano³⁹¹, cuja prova restava facilitada no contexto de recorrência de uma mesma conduta lesiva praticada pelo mesmo agente. Não surpreende, à vista disto, que a hipótese fática dos julgados integrantes desta jurisprudência encerrava, no mais das vezes, situações de risco de repetição de uma conduta já anteriormente praticada.

Deveras, conquanto admissível para o cenário de conduta lesiva não antes praticada, a prova da intenção de praticá-la assinava ao demandante um complexo ônus a se desincumbir. Exercitar a ação de abstenção em face de iminente divulgação de imagem ilicitamente captada demandaria demonstrar a iminência de concretização de tal ato³⁹².

A jurisprudência alemã reconheceu igualmente uma segunda pretensão, voltada, agora, à eliminação de uma *perturbação* antijurídica objetiva. Objetiva, pois indiferente à culpa do agente. Já a perturbação constituía um estado permanente de perigo (um perigo já iniciado, portanto). É a *pretensão de eliminação (Beseitigungsanspruch)*, vocacionada a prevenir o cometimento de um dano ulterior, decorrente da perturbação produzida, por meio de medidas apenas exigíveis do agente produtor da perturbação mesma. Exemplos da precitada eliminação incluem: a revogação de declarações ou afirmações falsas ou de menoscabo a alguém; ou na retirada de letreiros ou cartazes³⁹³.

À maneira de síntese, a jurisprudência alemã do século XX legou-nos duas variadas pretensões: a) *ação de abstenção (vorbeugende Unterlassungsklage)*: pretensão servindo à proteção contra a iminência de condutas antijurídicas, bem assim sua reiteração; e b) *ação de eliminação (Beseitigungsanspruch)*: pretensão cujo fim está em prevenir a sobrevinda de dano decorrente de estado de perturbação já existente³⁹⁴.

Já no direito francês, observaremos que os pródomos da afirmação da cessação do ilícito são postos por preleções como a dos MAZEAUD, os quais, conseqüentemente a criticar a limitação da função reparatória, defenderam a condenação eficaz como sendo aquela efetivamente apta a fazer *desaparecer* o dano, fito para o qual mostra-se eficaz a dação de

³⁹⁰ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones**. v.2. t. 2. cit., p. 716 (§ 242).

³⁹¹ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. v. 2. cit., p. 655-656.

³⁹² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A violação da imagem na perspectiva do direito penal alemão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 170. ago. 2020, pp. 51-72.

³⁹³ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. v. 2. cit., pp. 656-657.

³⁹⁴ Por outra formulação: “A Unterlassungsanpruche serve de proteção para futura ameaça de restrição, objetivando evitá-la; a Beseitigungsanprüche busca neutralizar um estado de perturbação ainda existente, mas não garante um ressarcimento completo. As bases legais dessas pretensões, para o caso da propriedade e do direito geral de personalidade, encontram-se no § 1.004 do BGB”. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171.

ordens destinadas ao seu completo desaparecimento quando ainda em estado de perturbação³⁹⁵. É a SAVATIER, todavia, que se atribui precedência a todos os demais, em França, no dilucidar a cessação do ilícito. Na sua inteligência, situações como a cessação de uma prática concorrencial desleal ou a interrupção de uso irregular do nome de outrem constituem menos uma resposta reparatória do que a *cessação de um estado de coisas ilícito*³⁹⁶.

Há uma inversão no que toca à tomada de precauções, cuja falta de adoção pelo autor do dano lhe era reprochada como instância de culpa *lato sensu* para então justificar a imposição do dever de reparar o dano (ver capítulo 2, n. 2.3). Aqui não se cuida de vincular ao lesante as consequências danosas da falta de tomada de tais precauções, mas de a ele *impô-las antes da concretização do dano*. Cambiando na citação de ENNECCERUS o que deve ser mudado, diremos que a cessação do ilícito protege *imediatamente* o que a reparação tutela somente *mediatamente*³⁹⁷.

E, atualmente, adscrive-se à responsabilidade civil o atuar para *cessação* ou *atenuação* do ilícito ou da perturbação por intermédio da imposição de ordens, normalmente pelos juízes e tribunais, orientadas à cessação ou atenuação dos prejuízos já iniciados ou sob ameaça de começar. No exemplo de SAVATIER, pode-se impor ao proprietário as precauções e trabalhos necessários para se suprimir uma atividade danosa ou mesmo para impedir a concretização de uma ameaça de dano³⁹⁸. No direito civil, campo amanhado para o desenvolvimento desta função foi aquele da responsabilidade por perturbações anormais de vizinhança – ou, entre nós, dos conflitos de vizinhança por uso anormal da propriedade (ver n. 3.7.3).

³⁹⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 4. ed. v. 3. Paris: Recueil Sirey, 1947, pp. 419-420.

³⁹⁶ “*Il est exact qu’il ne s’agit pas alors d’une véritable réparation. Celui, par exemple, qui doit restituer un objet détenu sans droit, ou abandonner un empiètement sur autrui, ou mettre fin à une servitude usurpée, ou cesser une concurrence déloyale, ou interrompre l’usage irrégulier du nom d’autrui, sont naturellement condamnés à la cessation de l’état de choses illicite créé par eux. Mais il n’y a là, ni réparation, ni, par suite, responsabilité civile. Ou, du moins, une responsabilité n’apparaît qu’accessoirement, quand l’état de choses illicite a causé un préjudice distinct, qu’il s’agit de réparer, tout en mettant fin à la situation irrégulière*”. SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. 2. ed. v. 2. Paris: LGDJ, 1951, pp. 169-170 (n. 594) – relaces acrescentados.

³⁹⁷ “*Con ello los intereses que la ley protege mediante la prohibición, están reconocidos en todo caso como intereses jurídicamente protegidos, como bienes jurídicos. Se plantea, pues, si su protección debe ser limitada a la protección jurídica mediata al través de la acción de indemnización (y en los casos en que el acto en cuestión dé también lugar a una pretensión penal, a la protección por la ley penal) o si debe o no atribuirse también a estos intereses la protección jurídica inmediata que representa la acción de abstención*”. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones**. v. 2. t. 2. cit., p. 716 (§ 242) – realces acrescentados.

³⁹⁸ SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. v. 1. cit., pp. 93-4 (n. 73) e 100 (n. 79).

3.4.1 A posição de Cyril Bloch

Trabalho *ex professo* sobre o tema foi escrito por CYRIL BLOCH, cuja tese transita pela afirmação da distinção entre reparação e cessação do ilícito, cortando esta última do âmbito da própria ideia de reparação. A autonomia funcional da cessação do ilícito, contudo, não significa que sua forma de expressão mais geral não dependa de outro instituto jurídico; muito pelo contrário, BLOCH apontará a responsabilidade civil como o meio mais seguro de se implementar a cessação do ilícito. São estes dois momentos de sua obra que exploraremos para render ainda mais certa a defendida diversidade de funções da responsabilidade civil.

Existe, para CYRIL BLOCH, notável divergência funcional da cessação do ilícito *vis-à-vis* a pena, a execução específica de obrigações e a reparação. Não poderia ser pena, pois a ideia de castigo pessoal lhe é totalmente estranha. A cessação do ilícito muito mais se coaduna com a dispensa de um *remédio para tutela de interesses privados* do que à submissão a uma pena. Não se confunde com a execução específica de obrigação, porquanto as normas da responsabilidade civil aquiliana não visam a entrega de um bem ou, de modo mais geral, a satisfação de interesses positivos, mas a evitação de um mal, parecendo errôneo a BLOCH comparar a situação de um credor contratual com a de uma vítima de um ato ilícito. Nem à reparação se a poderia amoldar integralmente, posto o caráter *retrospectivo* desta, dirigindo-se às consequências do fato danoso, enquanto a cessação do ilícito visa a fonte de onde pode provir a lesão (fato ou situação geradora do dano). Com isto, a cessação do ilícito confessa mais propriamente um caráter *prospectivo*³⁹⁹.

Convém, em uma palavra, distinguir a transgressão da norma do direito à reparação nascido do dano engendrado por aquela transgressão. Não há confundir a antijuridicidade (*illicéité*) com o prejuízo, importando distinguir medidas tendendo a suprimir o prejuízo daquelas voltadas à supressão da própria situação antijurídica⁴⁰⁰. Elucide-se a proposta de BLOCH com suas próprias palavras:

A cessação do ilícito é uma sanção prospectiva, ela apenas atua na presença de uma situação ilícita atual ou previsível no momento no qual o juiz estatui. A reparação é uma sanção essencialmente retrospectiva, ela atua mesmo se a situação ilícita teve fim. A cessação do ilícito é uma sanção objetiva, ela age sobre uma situação ilícita sem considerar o comportamento individual do réu, este [o réu] sendo sobretudo escolhido em razão de sua aptidão a colocar um termo à situação ilícita. A reparação

³⁹⁹ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. Paris: Dalloz, 2008, pp. 41 (n. 32), 63 (n. 53), 125 (n. 118), 132 (n. 126) e 134 (n. 128).

⁴⁰⁰ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: l'Harmattan, 2008, p. 548 (n. 844).

é essencialmente uma sanção subjetiva, ela determina seu devedor em função de um juízo de valor sobre seu comportamento individual.⁴⁰¹

Sem nenhum embargo da importância do critério distintivo entre medidas dirigidas ao “fato ilícito atual” (cessação do ilícito) e medidas voltadas às consequências danosas (reparação), ressaí do trabalho de BLOCH um maior desafio na emancipação da cessação do ilícito da reparação, o autor francês admitindo que a cessação do ilícito, muito embora desempenhe papel estranho à reparação, consistente na investida ao fato danoso, não deixa de cumprir aquela *indiretamente* ao eliminar a fonte da qual poderia advir determinado dano⁴⁰².

GENEVIÈVE VINEY, apercebendo-se disso, não obstante acorde à cessação do ilícito um aspecto prospectivo o qual orienta a responsabilidade à prevenção, mantém a complementariedade daquela à função reparatória da responsabilidade civil⁴⁰³. De nossa parte, o cumprimento indireto da função reparatória não é o bastante para reconduzir a ela a cessação do ilícito. A separação de duas noções suficientemente distintas por divisas nem sempre tão claras não nos pode conduzir a afirmar a identidade entre ambas ou a absorção de uma pela outra.

A autonomia funcional da cessação do ilícito se plenifica com as progressivas demonstrações de BLOCH de que se não deve conceber aquela como um mecanismo sancionatório peculiar aos direitos reais, direitos da personalidade ou a qualquer outro ramo jurídico. Adiantamos algo desta visão quando estudamos a tutela ampla dos direitos da personalidade (ver capítulo 2, n. 2.2.1) por ser inadiável que aproximássemos desde aquele momento as medidas de cessação do ilícito previstas no art. 12 do Código Civil do direito da responsabilidade civil.

A importância desses desenvolvimentos prévios, longe de aqui autorizar mera remissão, permitirá maior contextualização do pensamento de BLOCH. Em efeito, o complexo percurso de anexação da cessação do ilícito como função da responsabilidade civil tem saída na

⁴⁰¹ “*La cessation de l’illicite est une sanction prospective, elle ne joue qu’en présence d’une situation illicite actuelle ou prévisible au moment où le juge statue. La réparation est une sanction essentiellement rétrospective, elle joue même si la situation illicite a pris fin. La cessation de l’illicite est une sanction objective, elle agit sur une situation illicite sans égard pour le comportement individuel du défendeur, celui-ci étant surtout choisi à raison de son aptitude à mettre un terme à la situation illicite. La réparation est essentiellement une sanction subjective, elle détermine son débiteur en fonction d’un jugement de valeur sur son comportement individuel*”. BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 161 (n. 148). Precisaremos a tradução das expressões *fait illicite*, *illicétié* e *situation illicite actuelle*, no contexto da obra de Bloch, abaixo.

⁴⁰² BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 73 (n. 64), 79 (n. 73), 140 (n. 130), 247 (n. 232).

⁴⁰³ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les effets de la responsabilité. 3. ed. Paris: LGDJ, 2011, pp. 108-9 (n. 34-1).

constatação de que a transgressão de normas de direito público pode causar repercussões diretas sobre os interesses privados de particulares, atraindo a controvérsia para o prisma da responsabilidade civil. O exemplo frequentemente utilizado pelo autor francês é o da demolição de obra edificada em infração a prescrições de direito urbanístico, a marca mais tangível, segundo BLOCH, da penetração da teoria da cessação do ilícito no direito comum da responsabilidade⁴⁰⁴. PHILIPPE LE TOURNEAU, censurando a orientação jurisprudencial desconhecadora de tal possibilidade, associa a insurgência judicial dos vizinhos contra a desobediência a normas urbanísticas à própria proteção eficaz do ambiente da vizinhança (*environnement immédiat*)⁴⁰⁵. Vale, por fim, o registro de que a doutrina e a jurisprudência brasileiras reconhecem os impactos sobre particulares devidos à violação de normas urbanísticas⁴⁰⁶.

Consolida-se, dessa forma, que a cessação do ilícito prescinde de “critérios exógenos” para se exprimir, mas se arrima sobre o “fundo comum das sanções ligadas a toda regra de conduta imperativa”⁴⁰⁷. Passando propriamente ao segundo momento da doutrina de BLOCH, após afirmada a autonomia funcional da cessação do ilícito, parece ao autor existir conexão com a própria etiologia da responsabilidade civil: a mesma instituição que se ocupa de reparar consequências deve “naturalmente” poder fazer cessar os “fatos ilícitos” constituidores da fonte daquelas. E, conforme ao agora afirmado, a encruzilhada da cessação do ilícito e da responsabilidade civil se encerra efetivamente na sanção ao desapeço a normas de conduta.

⁴⁰⁴ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 158 (n. 147), 159 (n. 148), 161 (n. 148).

⁴⁰⁵ LE TOURNEAU, Philippe. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1976, p. 511 (n. 1.457).

⁴⁰⁶ “As limitações administrativas ao uso da propriedade, e especialmente as urbanísticas, conquanto sejam imposições de ordem pública, podem gerar obrigações e direitos subjetivos entre os vizinhos, interessados na sua fiel observância por parte de todos os proprietários sujeitos às suas exigências”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93. Mais à frente: “A integração dessas normas administrativas na legislação civil faz surgir para os proprietários, nas suas relações de vizinhança, direitos subjetivos à observância das limitações por parte dos que constroem sob a vigência de tais imposições”. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 95. Na jurisprudência: “o desatendimento das restrições urbanísticas do bairro lesa patrimonialmente todos os munícipes, desvalorizando as propriedades e até mesmo pondo em risco todos que por ali passam, diante de eventual queda da obra erguida, sem observância de normas técnicas”. BRASIL. Segundo Tribunal da Alçada Civil de São Paulo. Apelação com revisão 9091111-10.2003.8.26.0000, rel. Emanuel Oliveira, 10ª Câmara, j. 14 abr. 2004. **Revista dos Tribunais**. v. 827. set. 2004, p. 321. Ver, ainda: “Essas limitações urbanísticas, conquanto expressas em disposições de ordem pública, geram direitos subjetivos para os proprietários que delas se beneficiam ut singuli, e por isso mesmo podem compelir judicialmente os vizinhos a observá-las nas suas construções”. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 225.482, rel. Guimarães e Souza, 1ª Câmara, j. 23 mai. 1995. **Revista dos Tribunais**. v. 718. ago. 1995, p. 110. Contra: “As questões relativas à violação de disposições legais, regulamentos e outras normas somente podem ser suscitadas pelo Município, que dispõe de indelegável competência para fiscalizar os empreendimentos desenvolvidos em seu território e, em última análise, zelar pelos interesses da coletividade”. BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação 04.012873-8, rel. José Volpato de Souza, 3ª Câmara, j. 10 dez. 2004. **Revista dos Tribunais**. v. 836, jun. 2005, p. 328.

⁴⁰⁷ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 173 (n. 158).

É que, para BLOCH, o art. 1.240 do Código civil francês traduz a “expressão jurídica mais abstrata de todas as normas de comportamento que se poderá encontrar nos textos regulamentares”, daí ratificar que se a cognomine de “norma fundamental de comportamento”⁴⁰⁸. A contrariedade a uma norma de natureza administrativa, penal ou privada implica na contrariedade ao mesmo art. 1.240 (CC/02, art. 186), permitindo à responsabilidade civil permear a tutela aos particulares afetados pela norma de conduta contravinda. Esta posição guarda correspondência com a doutrina alemã acerca das pretensões de abstenção e de eliminação: ENNECCERUS preleciona que a pretensão de abstenção não é uma “pretensão por delito”, já que não pressupõe culpa, mas o fato de a pretensão por delito brotar da conduta antijurídica justifica tratar aquela primeira também dentro da “doutrina do delito”⁴⁰⁹. Com LARENZ, aduz-se que o suporte fático do § 823 do BGB logra uma *dupla significação*, posto que, se diante unicamente de uma *infração objetiva*, é dizer, meramente antijurídica, sem negligência ou dolo, opera-se a “*consequência mais atenuada ou débil de uma pretensão de eliminação*”⁴¹⁰.

A concepção da cessação do ilícito como função da responsabilidade civil justificada pelo fio condutor do respeito às normas de conduta em geral, ou da “norma fundamental de comportamento” do art. 1.240 do Código Civil francês, resolve o problema do amparo conceitual da cessação do ilícito em caso de lacuna normativa (recordamos o exemplo da cessação das ofensas ao direito de imagem anteriormente à vinda da lei de 17 de julho de 1970 – ver capítulo 2, n. 2.2.1). Em efeito, a função de cessação do ilícito tirada da responsabilidade civil é *subsidiária* e atua na falta de ação específica prevista para os mesmos fins, prevenindo que o “terreno infinito da antijuridicidade” escape ao mecanismo de retomada da licitude⁴¹¹.

Longe de significar que, uma vez sancionada lei específica, a cessação do ilícito deixaria de se jungir à responsabilidade civil naquele particular, esta última permanece sendo a *forma de expressão mais geral* que aquela primeira poderia ter. A nota de subsidiariedade outorgada à cessação do ilícito bem se articula com a atuação da responsabilidade civil voltada à *afirmação de direitos ainda não reconhecidos ou positivados*, servindo ao aperfeiçoamento e

⁴⁰⁸ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 248 (n. 233), 249 (n. 236), 251 (n. 237). A expressão foi em primeira mão utilizada por: PUECH, Marc, **L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle**. Paris: LGDJ, 1973, pp. 50-51 (nn. 31-32). É possível correlacionar a “norma fundamental de comportamento” com a “norma geral de conduta social” de comportamento *prudente* e diligente: VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. **Traité de droit civil**: les conditions de la responsabilité. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013, p. 457 (n. 450).

⁴⁰⁹ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil**: derecho de obligaciones. v.2. t. 2. cit., p. 720 (§ 242).

⁴¹⁰ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. v. 2. cit., p. 658.

⁴¹¹ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 254 (n. 237), 255 (n. 238).

renovação do ordenamento jurídico existente⁴¹². Não sobeja conferir o ensinamento pelas próprias palavras de BLOCH:

Ela [a responsabilidade] ofereceria à cessação do ilícito o fundamento subsidiário que atualmente lhe falta cada vez que esta se manifesta fora de categorias jurídicas específicas – ação de contrafação, ação de reivindicação, ação possessória e petitória – nas quais ela [a cessação do ilícito] soube encontrar seu lugar sem necessitar do auxílio conceitual do princípio da responsabilidade civil⁴¹³.

Resta-nos expor o objeto da cessação do ilícito, a qual repousa não sobre a noção de culpa, mas sobre a de antijuridicidade (*illicéité*)⁴¹⁴, decorrente tanto da ofensa a direito da personalidade (o exame de BLOCH se dá pelo prisma mais amplo dos direitos subjetivos, gênero ao qual junta os direitos da personalidade) quanto da violação de uma disposição legal, regulamentar ou da “norma fundamental de comportamento” (arts. 186 do CC/02 e 1.240 do Código Civil francês). O critério da diferenciação da cessação do ilícito e da reparação destarte se perfaz com a compreensão de a causa do dano ser um *fait illicite*, locução que mais tecnicamente se traduzirá para o cenário jurídico brasileiro pela expressão “fato violador do direito” (e pelos os sinônimos “fato antijurídico” ou “situação antijurídica”), tomada emprestada de ALVINO LIMA⁴¹⁵ com vistas a isolar o elemento objetivo da culpa, qual seja a “objetiva violação de uma norma jurídica preexistente”: a *antijuridicidade*⁴¹⁶. Acautelamo-nos, pois, de qualquer referência não técnica ao ato ilícito do art. 186 do Código Civil⁴¹⁷.

⁴¹² VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: introduction à la responsabilité. cit., p. 93 (n. 43-1).

⁴¹³ “Elle offrirait à la cessation de l’illicite le fondement subsidiaire qui lui fait actuellement défaut chaque fois qu’elle se manifeste hors de catégories juridiques spécifiques – action en contrefaçon, action en revendication, action possessoire et pétitoire – dans lesquelles elle a su trouver sa place sans avoir besoin du secours conceptuel du principe de responsabilité civile”. BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 255 (n. 238).

⁴¹⁴ BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 160 (n. 148), 316 (n. 276) e 348 (n. 294).

⁴¹⁵ LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. cit., pp. 52-3.

⁴¹⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**: estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23.

⁴¹⁷ A despeito de alguma doutrina utilizar a expressão *fato ilícito* (SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Programa de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 342), descartamo-la por esforço de precisão a ser mantido *vis-à-vis* da dogmática civil brasileira. *Fait illicite*, no trabalho de Bloch, quer significar unicamente a violação a norma jurídica, sendo rigorosamente esta ideia a qual buscamos traduzir e para a qual *fato violador do direito* nos parece a locução mais unívoca, aqui também empregada como sinônima de “fato antijurídico” ou “situação antijurídica”. Alguns autores defendem uma *concepção ampla de ato ilícito* que apenas abranja a contrariedade ao direito (STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 143), contudo, entendemos que, para fins da tradução almejada, o mais preciso seria afirmar a ilicitude como um dos elementos do ato ilícito (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. cit., p. 643). Utiliza-se, por outro lado, *ilicitude* com a mesma significação de ato ilícito (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. cit., pp. 158-159), o que também nos aconselha a evitar este vocábulo. Em uma palavra, as três expressões escolhidas são manejadas para exprimir pura e simplesmente a contrariedade ao direito, a antijuridicidade, e nos soam as mais adequadas a tanto.

Ao fato violador do direito prende-se um estado de coisas juridicamente qualificado como perturbação (*trouble*). A perturbação é uma ameaça de resultado, a precursora do dano ou, ainda, a potencialidade de dano⁴¹⁸. O próprio dela é qualificar uma *situação intermediária* na qual um fato antijurídico, sem ter causado qualquer prejuízo, aparece como perturbador dos interesses legítimos de quem contra ela se insurge⁴¹⁹. A perturbação designa o próprio fato violador do direito, não as consequências danosas deste, imiscuindo-se de antijuridicidade por derivar de fonte com a mesma característica (isto resulta nas classes dos *troubles illicites* e dos *troubles anormaux*, provindo, os segundos, do exercício de atividade lícita).

À origem da perturbação há um “fato constitutivo” (v.g. estacionamento situado em servidão de passagem)⁴²⁰, o qual encontra-se temporalmente dissociado de suas consequências danosas, mas cuja permanência atual e perpetuada alimenta a conclusão do dano⁴²¹. A mesma dissociação evidencia, ao parecer de SINTEZ, que a perturbação é representativa de hipótese de engajamento da responsabilidade civil ainda que não realizado um dano⁴²².

E mais: corolário de na definição de perturbação se abrigar a potencialidade do dano é a sua denotação também enfeixar os *riscos certos de danos*, o que se aclara com o exemplário reunido por BLOCH: imprudência de um vizinho que utiliza materiais inflamáveis para edificar muro lindeiro; imprudência de um empreiteiro na colocação de andaimes contra um imóvel sem instalar dispositivos de segurança contra assaltos; imprudência de dono de campo de golfe em não tomar medidas para impedir que as bolas lançadas pelos jogadores atinssem propriedade vizinha; e imprudência de um estabelecimento de criação de equinos (“haras”) consistente em depositar montes de palha seca na linha divisória de duas propriedades, criando um risco

⁴¹⁸ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 458 (n. 388) e 459 (n. 390); SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011, p. 255 (n. 450). Compare-se a definição de perturbação (*trouble*) com a de *mise en danger*, a qual, entendida de conformidade com o art. 1.240 do Código Civil francês, corresponde à “*simples potencialidade de engendrar um dano, nas circunstâncias exteriores do caso concreto*”. SCHAMPS, Geneviève. **La mise en danger**: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Bruxelas: Bruylant, 1998, p. 821 (n. 299).

⁴¹⁹ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 460 (n. 390-1).

⁴²⁰ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 76 (n. 104). Para o exemplo invocado: FRANÇA. Corte de Cassação. Acórdão 16-25430, 3ª Câmara Cível, j. 21 dez. 2017.

⁴²¹ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 79 (n. 109), 251 (n. 441) e 421 (n. 752). Sintez tem razão ao ver na perturbação uma dissociação temporal, mas não na identificação dos elementos dissociados: não cremos, como o autor francês, que sejam o evento danoso e o correlato prejuízo, mas, seguindo a linha de Bloch, o fato violador do direito e o dano que possa resultar do primeiro.

⁴²² SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 260 (n. 457).

permanente de incêndio⁴²³. Anote-se a circunstância de, em todos os casos, o “fato constitutivo” da perturbação traduzir violação do *dever geral de prudência* abrigado no art. 186 do CC/02 (arts. 1.240 e 1.241 do Código Civil francês).

A apreensão no conceito de perturbação dos riscos certos de dano opera importante desdobramento no quadro da cessação do ilícito: a perturbação não se encontra mais cingida a um perigo concreto, um dano iminente. Há também perturbação para perigos ou “riscos abstratos”, de resultado não imediato⁴²⁴.

Até aqui, permitir aos particulares pleitear a cessação do ilícito em hipótese de perturbação com dano ainda não realizado parece sugerir a transformação daqueles em “fiscais da lei *ad hoc*”, adulterando ou mesmo desfigurando, conseqüentemente, o direito da responsabilidade civil. Ter-se-ia incongruência com a própria noção do direito civil enquanto ramo jurídico encarregado da tutela de interesses particulares. A solução de BLOCH: colocar na definição de perturbação a referência a um estado ou situação antijurídica *apta a afetar os interesses individuais e coletivos de quem reclama a sua cessação*⁴²⁵.

Deve-se que o requerente da medida de cessação evidencie, a partir da situação antijurídica atual cuja cessação se objetiva, uma afetação igualmente atual de seus legítimos interesses: o consumidor levado a adquirir produto por falta de informação clara e adequada pode demandar a rescisão do contrato e a devolução do quanto pago, mas não é investido na prerrogativa de compelir o fornecedor a observar para o futuro o dever de informação do art. 6º, III do CDC; quem exerce irregularmente uma profissão é sujeito a reparar o dano causado, mas não se reconhece ao lesado pleitear a cessação do exercício irregular⁴²⁶.

Em síntese, a caracterização da cessação do ilícito enquanto função da responsabilidade civil, em BLOCH, é constituída dos seguintes traços: a) *autonomia funcional*: não equiparável à pena, à reparação e tampouco à execução específica de uma obrigação; b) *natureza material*: seu regime jurídico não é de direito processual, sendo exprimida pelo direito da responsabilidade civil (ver n. 3.4.2); c) *caráter direto*, no sentido de atacar o fato violador do direito em si mesmo, não suas conseqüências danosas; d) *atuação prospectiva*: atua sobre uma

⁴²³ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 461-462 (n. 390-2). É indubitoso que Bloch, ao avançar tal proposição, tenha em mente o princípio da prevenção, eis que, passo seguinte, contrapõe os riscos certos de dano aos *riscos hipotéticos* e ao princípio da precaução.

⁴²⁴ *Contra*: SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 259-260 (n. 457).

⁴²⁵ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 458 (n. 388) e 517 (n. 433).

⁴²⁶ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 457 (n. 387) e 460 (n. 390-1).

situação antijurídica atual ou previsível que ainda não gerou um dano; e) *objetividade*: independe da culpa de quem causa o fato violador do direito a se suprimir, bastando a evidenciação de uma perturbação (*trouble*); f) *obligatoriedade*: não pode o juiz decidir diversamente diante da postulação de medida de cessação; e g) *subsidiariedade*: sua manifestação pela responsabilidade civil destina-se mormente a situações ainda não contempladas por disposição normativa específica e devidamente positivada.

3.4.2 Cessação do ilícito e o direito brasileiro

A determinação de uma medida de cessação do ilícito pressupõe que o fato antijurídico (*fait illicite*) ou o estado de fato antijurídico (*état de fait illicite*) seja atual quando do momento da entrega da prestação jurisdicional ou que, se futuro, configure risco certo de dano. Firmada esta premissa, a tipologia das ações de cessação, em BLOCH, variará conforme o momento de intervenção sobre o fato antijurídico: a) *prevenção de fato antijurídico futuro*: a.1) *fato antijurídico sob ameaça de ocorrer pela primeira vez*: é a “forma mais perfeita de supressão do ilícito”. A medida de cessação objetiva prevenir ou impedir o cometimento de um fato antijurídico, contanto que de realização certa na ausência de intervenção jurisdicional preventiva (v.g. interdição de construção que venha a ultrapassar a linha divisória entre duas propriedades, proibição de publicação de obra com excerto ofensivo à privacidade de outrem, proibição de veiculação de filme adaptado de livro sem o consentimento do autor deste último); a.2) *fato jurídico sob ameaça de repetição*: almeja-se a prevenção de fato antijurídico que ameaça se renovar. É de recorrente ocorrência um fato jurídico terminar antes de tempestiva apreciação jurisdicional a seu respeito (v.g. *upload* de vídeo ofensivo à privacidade de outrem imediatamente retirado por quem o postou), o que não remove o risco de reiteração da mesma conduta⁴²⁷.

Enfim, b) *correção de fato antijurídico atual – ação de cessação stricto sensu*: a maior parte das medidas de cessação do ilícito atacam um fato antijurídico nascido e atual (v.g. construção edificada em infração a normas urbanísticas, livro publicado portando ofensa à privacidade de outrem, produto contrafeito já nos comércios). Não se visa mais impedir sua ocorrência, mas fazê-lo propriamente cessar⁴²⁸.

⁴²⁷ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 340-343 (nn. 287, 288, 288-1 e 288-1-1).

⁴²⁸ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 343-344 (nn.288-1-2 e 288-2).

Tem-se aqui a evidência de que tratar da função de cessação do ilícito no direito brasileiro não se reduz a transplante irrefletido de doutrina estrangeira, porquanto, ademais de comungarem do mesmo fundamento constitucional (CF, art. 5º, XXXV – ver capítulo 2, n. 2.1.1), a tipologia das manifestações da função de cessação do ilícito guarda paralelo com o gênero *tutela jurisdicional contra o ato contrário ao direito* ou *tutela jurisdicional contra o ilícito* e as respectivas espécies de tutela precisadas no parágrafo único do art. 497 do CPC: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Valendo-nos das anotações de LUIZ GUILHERME MARINONI, extraímos da norma como espécies de tutela específica contra o ilícito: i) *tutela inibitória*: volta-se contra o perigo da prática, repetição ou continuação de um fato antijurídico. O diferencial é rigorosamente inibir um ilícito (conduta antijurídica), apenas depois se particularizando as suas instâncias de aparecimento (primeira ocorrência, repetição ou continuação). Exemplos: cessação de emissão intolerável provocada por vizinho, determinação de instalação de meios técnicos para reduzir a mesma emissão, supressão de partes de obra cinematográfica contendo a imagem de terceiro e, por fim, a poluição ambiental é um “ilícito” que consiste em agir continuado⁴²⁹.

Segundamente, há a ii) *tutela de remoção*: direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta contrária ao direito. Uma tal conduta, após praticada, pode produzir efeito concreto que não o dano, mas facilitador de sua ocorrência. Diante da permanência destes efeitos, desta “eficácia continuada do ilícito”, torna-se necessária tutela jurisdicional para remover os precitados efeitos ou, por outros dizeres, eliminar a realidade concreta que a norma proíbe para que o dano não ocorra. Exemplos: proibição da exposição à venda de produto com determinada substância, busca e apreensão do mesmo produto, retirada de cartazes publicitários, busca e apreensão de propagandas que configurem concorrência desleal e demolição de construção erguida em desacordo com a legislação urbanística⁴³⁰.

Possível aduzir que tanto a função da cessação do ilícito quanto a tutela contra o ilícito (inibitória e de remoção) dividem premissas em comum: a negação do dogma de que a tutela

⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: RT, 2019, pp. 11, 22, 23, 59, 64, 65 e 84. O mesmo entendimento da tutela inibitória se acha na doutrina anterior ao CPC de 2015: “[tutela inibitória é] aquela que tem por objetivo alcançar provimento judicial apto a impedir a prática futura de um ato antijurídico, sua continuação ou repetição. Ela procura obstar, de forma definitiva, a violação instantânea ou continuada de um direito, já iniciada ou ainda apenas ameaçada, possibilitando que ele seja usufruído in natura pelo seu titular, tal como permite o ordenamento jurídico”. SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 72.

⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. cit., pp. 11, 22, 23 e 84.

reparatória é a única forma de tutela contra o ilícito (antijuridicidade), o isolamento do “ilícito” dos seus elementos acidentais (dano e culpa); e a justificação na necessidade de prevenção, derivada, por sua vez, da inadequação da tutela repressiva para algumas situações de direito material⁴³¹. Traçando a equivalência entre uma e outra: a (a) prevenção de fato antijurídico futuro, quer se cuide de primeira ocorrência ou de reiteração, corresponde à (i) tutela inibitória.

A equivalência se nuançará no referente às noções de fato antijurídico atual (*fait illicite actuel*), “ilícito continuado” e “eficácia continuada do ilícito”. Para BLOCH, tanto uma construção edificada em desobediência à legislação urbanística quanto uma fábrica não licenciada derramando rejeitos em rio enquadram-se na hipótese de (b) correção de fato antijurídico atual – ação de cessação *stricto sensu*. Já na doutrina brasileira de direito processual, a situação da fábrica traduziria ilícito continuado, combatida por (i) tutela inibitória, enquanto para o caso da construção se dispensaria (ii) tutela de remoção do ilícito.

Consideramos que a diferença, em direito material e no pensamento de BLOCH, perde razão de ser, diante da amplitude do conceito de perturbação (*trouble*): tanto o caso da fábrica quanto a situação da construção irregular recaem na moldura conceitual da perturbação, fundamentando a incidência da função de cessação do ilícito, a qual se realizará processualmente pelos instrumentos do parágrafo único do art. 497 do CPC.

Tendo tratado do direito processual, cabe agora considerar o direito material. Mais acima se apontou que a problemática acerca da função de cessação do ilícito no direito brasileiro da responsabilidade civil tem pórtico no art. 12 do Código Civil. A praxe conferiu-lhe este mister na jurisprudência concernente a casos de abuso da liberdade de expressão e de imprensa *vis-à-vis* a proteção a direitos da personalidade, tendo-se como exemplos: exclusão de citação pejorativa de profissional em artigo publicado em linha⁴³²; exclusão completa de página em linha renitente na produção de conteúdo ofensivo⁴³³ (julgado posterior à ADPF 130/DF); e

⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. cit., pp. 13, 20, 21, 24, 25 e 49.

⁴³² “É natural que tais expressões, perscrutadas isoladamente ou em contexto, franqueiem o direito de exigir a cessação imediata da lesão ao direito de personalidade (art. 12, CC/2002). A ninguém apeteceria, em ensaio público, ver-se similarmente adjetivado. (...)”. BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento 2004.033942-2, rel. Maria do Rocio Luz Santana Ritta, 1ª Câmara Cível, j. 23 ago. 2005. **Revista dos Tribunais**. v. 844. fev. 2006, p. 384.

⁴³³ “A cláusula geral inserida no art. 12 do Código Civil autoriza exigir a cessação de mera ameaça a direito de personalidade, de modo que uma página repetidamente injuriosa, difamatória ou caluniadora se sujeita à exclusão definitiva”. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1002563-82.2016.8.26.0100, rel. Francisco Loureiro, 1ª Câmara de Direito Privado, j. 31 out. 2017.

determinação preventiva de não divulgação dos resultados (incluindo fotos e imagens) de perícia e exumação dos restos mortais de ex-Presidente da República⁴³⁴.

Esse modo de aplicação da norma do art. 12 é sem maiores dificuldades explicado pela cessação do ilícito, posto se atacar o fato violador do direito, não as suas consequências. RAMÓN PIZARRO é do entender que se pode proibir judicialmente, total ou parcialmente, por exemplo, a realização de certas publicações ou impedir sua circulação em hipóteses excepcionais no intuito de fazer cessar atentado grave e arbitrário contra a intimidade, honra ou imagem da pessoa⁴³⁵.

Essa repisada utilização do art. 12, para fins de cessação do exercício abusivo da liberdade de expressão e de imprensa, sofreu inequívoco revés após a extirpação da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa) do ordenamento jurídico brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal⁴³⁶, a partir do que, malgrado a crítica de hierarquização abstrata entre direitos fundamentais⁴³⁷, os tribunais superiores passaram a primar exclusivamente pela responsabilidade *a posteriori* por danos causados no exercício daquelas prerrogativas⁴³⁸. É, de resto, a orientação consagrada pelo direito internacional dos direitos humanos, consoante a inteligência do art. 13, § 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴³⁹, ressalvados

⁴³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 21.429/DF, rel. Mauro Campbell Marques, decisão monocrática, j. 1º dez. 2014. **Revista dos Tribunais**. v. 952. fev. 2015, p. 466 ss. Apesar de não invocado expressamente o art. 12, mantém-se constante o fundamento da proteção a direitos da personalidade.

⁴³⁵ PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 325. Para uma reflexão semelhante: “Mais, ainda. Se a Constituição assegura não só a inviolabilidade do direito, mas também a efetiva proteção judiciária contra lesão ou ameaça de lesão a direito (CF, art. 5.º, XXXV), não poderia o Judiciário intervir para obstar a configuração da ofensa definitiva, que acaba acarretando danos efetivamente irreparáveis?”. MENDES, Gilmar Ferreira. “Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem”. **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. v. 8. ago. 2015, pp. 479-486 – realces acrescentados.

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130/DF, rel. Carlos Ayres Britto, Pleno, j. 30 abr. 2009.

⁴³⁷ “O STF hierarquizou, de forma abstrata e exauriente, o ‘bloco do direito à informação’ sobre o ‘bloco da personalidade’. (...) ao alçar a informação como um ‘sobredireito’ no ordenamento constitucional pátrio, em detrimento dos direitos morais da personalidade, que, constitucionalizados, também são igualmente direitos fundamentais, o STF afrontou inúmeros postulados basilares da hermenêutica constitucional, e simplesmente não observou a técnica da ponderação, como melhor solução ao evidente conflito entre normas de direitos fundamentais, como será visto a seguir”. OLIVEIRA, Adriano Elias. **A tutela da intimidade no ordenamento jurídico pátrio**: em busca do seu conteúdo essencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pp.116 e 120.

⁴³⁸ “Note-se, por oportuno, que não se está aqui a rejeitar o direito do recorrente à preservação da sua moral. Todavia, sopesados o risco de lesão ao patrimônio subjetivo individual do recorrente e a ameaça de censura à imprensa, o fiel da balança deve pender para o lado do direito à informação e à opinião (...). Diante disso, o comando do art. 12 do CC/02 – autorizando a concessão de tutela para que cesse ameaça a lesão de direito da personalidade – cede passo frente à necessidade de preservação de um direito maior, também de índole constitucional”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.388.994/SP, rel. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 19 set. 2013 – realces acrescentados. Registra-se julgado envolvendo publicação jornalística de fotografia de falecido com a face desfigurada por ferimento de projétil no qual sequer a responsabilidade ulterior na forma de reparação pecuniária foi estabelecida: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no ARE 892.127/SP**, rel. Cármen Lúcia, 2ª Turma, j. 23 out. 2018.

⁴³⁹ Art. 13. *Liberdade de pensamento e de expressão (...). 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas*

os conteúdos abertamente ilícitos, tidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como passíveis de “medidas de bloqueio e filtragem”⁴⁴⁰.

Reflexo de se assentar na jurisprudência dos tribunais superiores, embora com temperamentos⁴⁴¹, a primazia da responsabilidade ulterior por abusos na liberdade de expressão e de imprensa em prejuízo da cessação destes, entrevê-se no elenco de julgados separados pelos comentadores do art. 12 muito mais, senão exclusivamente, o sublinho da tutela ressarcitória dos direitos da personalidade⁴⁴². Se, por uma volta, tem-se um “esvaziamento semântico” da norma do art. 12 promovido mormente pelo precedente da ADPF 130/DF, mostra-se criticável, de outra, o direcionamento enviesado daquele dispositivo, no tocante à cessação do ilícito, apenas a situações de coibição de abusos à liberdade de expressão e de imprensa. Porventura se poderá restringir a hipótese normativa de “ameaça a direito de personalidade” apenas a tal contexto? Certo que não.

Tampouco acertam os autores ao reduzir o consequente normativo do art. 12 à referência a instrumentos de direito processual (tutelas cautelares, inibitórias, antecipadas ou cumprimento específico da obrigação). Não que seu arranjo sistemático com as demais normas não os comporte, mas não é esta, a rigor, a consequência normativa “primária” do art. 12. Ora, posto proibir a uma pessoa o comportamento consistente em ameaçar ou lesar direito da personalidade de outrem, sob consequência de dever cessá-lo ou repará-lo, retém-se que o art. 12 é uma norma de conduta⁴⁴³. Em expressão mais usual: se verificado *comportamento que ameace ou lese direito da personalidade*, deve ser a sua *cessação ou reparação*.

pela lei e ser necessárias para assegurar: a.) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b.) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas – realces acrescentados.

⁴⁴⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Libertad de expresión e internet**. Washington: OEA, 2013, § 85.

⁴⁴¹ Admitindo medidas de remoção em caso de exercício abusivo da liberdade de expressão e de imprensa: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na Rcl 44.402/ES, rel. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, j. 15 dez. 2020. A questão foi ainda rediscutida em sede de repercussão geral, sob tema n. 786: “(...). *Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível*” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1.010.606/RJ, rel. Dias Toffoli, Pleno, j. 11 fev. 2021.

⁴⁴² DUARTE, Nestor; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. Barueri: Manole, 2016, pp. 29-30; NEGRÃO, Theotonio [et al.]. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 54-55.

⁴⁴³ Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-100. Qualquer insegurança que poderíamos incorrer no classificar o art. 12 como regra de conduta fica colmatada com o relevante excerto de Bobbio: “*é possível um ordenamento jurídico composto de normas destinadas apenas aos órgãos judiciários; mas, efetivamente, os ordenamentos jurídicos estatais também compreendem normas destinadas tanto aos juízes quanto aos cidadãos; se deixarmos de lado por um momento as leis penais (que, como a própria palavra já diz, são leis que cominam penas) e observarmos os artigos do código civil, não será difícil encontrar normas destinadas aos cidadãos, ou seja, normas primárias que estabelecem não um tipo de sanção, mas um tipo de comportamento, cuja violação implica (mas não necessariamente) uma sanção*”. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 115.

A hipótese normativa é a verificação de conduta que ameace ou lese direito da personalidade, enquanto o consequente é a cessação da mesma conduta ou a reparação das repercussões danosas. Ponhamos nosso foco no consequente que estatui a cessação da conduta de ameaça ou lesão. A desobediência a tanto, é dizer, a não cessação de ameaça ou lesão a direito da personalidade constituirá, por sua vez, hipótese de uma segunda norma em cujo consequente estará uma “resposta externa e institucionalizada”⁴⁴⁴ à violação averiguada. Haverá uma sanção do ordenamento jurídico consistente em desencadear o já mencionado aparato processual da tutela jurisdicional contra o ilícito, das tutelas cautelares, antecipadas ou da execução específica de obrigação com vistas a coibir a conduta transgressora do art. 12.

Esses dois diferentes aspectos do preceito em estudo são próprios das normas de conduta em geral, as quais se desdobram em duas normas que se conjugam e se complementam⁴⁴⁵. Precisariamos que ambas estas normas integram a mesma estrutura, a qual, tomando a lição de LOURIVAL VILANOVA, conduz a afirmar se tratar de uma estrutura interna *dual*. A uma das partes se chama norma primária, enquanto a outra é denominada norma secundária. Na primeira estão as estatuições provenientes da verificação das respectivas hipóteses; é a norma determinante da conduta juridicamente devida. Na segunda, preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto de não cumprimento do estatuído na norma primária⁴⁴⁶.

Despojando o art. 12 de todo o seu referencial semântico (“ameaça”, “lesão”, direito da personalidade” etc.), possível encontrar a forma lógica isolada: $D\{(p \rightarrow q) \vee [(p \rightarrow \sim q) \rightarrow S]\}$. Esta é a representação formal do que PAULO DE BARROS CARVALHO chama de “norma completa”, na qual a hipótese “p” e a consequência “q” se unem pelo conectivo implicativo “ $\rightarrow$ ” por força do ato de uma autoridade competente a pôr normas no ordenamento, expressado pelo dever-ser interproposicional “D”. Na eventualidade de a conduta “q” não ser cumprida ($\sim q$), implica-se o exercício da coatividade jurídica por quem credenciado a tanto pelo ordenamento, a saber, o Estado-juiz, pelo expediente de uma sanção “S”. Finalmente, a forma

⁴⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. cit., p. 152.

⁴⁴⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. cit., p. 102.

⁴⁴⁶ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010, p. 73. O construtivismo lógico-semântico, é bom que se esclareça, acolhe a tese da homogeneidade sintática das normas jurídicas (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 136), derivada da premissa kelseniana do direito como ordem coativa. A par da complexa defesa de se atribuir a toda e qualquer norma do ordenamento jurídico, ainda que sob a óptica lógica, a mesma estrutura consistente na provisão de uma sanção, de pronto devemos declarar que nosso argumento já se satisfaz com a demonstração de ser, o art. 12 do Código Civil, uma norma de conduta. Não consideramos necessário tomar partido na persistente querela teórica entre sancionistas e não sancionistas, já que a qualificação do art. 12 como regra de conduta funciona como fator de confluência entre tanto o pensamento de Miguel Reale quanto o dos construtivistas lógico-semânticos, permitindo-nos, fora de todo risco de incoerência sistemática, aproveitar das preleções dos autores invocados.

lógica escrita é uma *disjunção*, daí se empregar o conectivo “v”, pois ou se cumpre a conduta (q) ou se a descumpre ($\sim q$)⁴⁴⁷.

Ei-la, a explicação do amiudado e muito partilhado entendimento pelo qual se transmuda o art. 12 em norma meramente processual. Estamos enfim habilitados a responder DANIEL LEVY na parte em que o autor identifica a cessação do ilícito exclusivamente com as medidas de cunho procedimental tomadas pelo magistrado para cessação de dada conduta. Defende ainda, com base nesta compreensão, que a cessação do ilícito pertence menos ao direito da responsabilidade civil do que a um campo jurídico mais amplo⁴⁴⁸ campo este, é o que se deduz, marcadamente processual.

A inteligência acolhida por DANIEL LEVY satisfaz-se com olhar amplificado sobre a norma secundária da estrutura normativa do art. 12, pela qual a consequência da não cessação da ameaça a direito da personalidade implica na sanção da conduta antijurídica por intermédio de medidas processuais de cessação do ilícito.

Responde-se à pergunta de se o art. 12 do Código Civil encampa a tutela inibitória, mas destitui-se a norma de qualquer explicação da sua natureza material, eclipsando horizontes importantes para a teoria da responsabilidade civil, sendo exatamente deste mister de que não se pode demitir a dogmática civilista. O próprio BLOCH afirma a natureza material da cessação do ilícito, para quem as tutelas provisórias (*référés*) não são senão a operacionalização processual expedita de uma ação substancial preexistente⁴⁴⁹.

Não advogamos o desprezo do ferramental processual, mas que se examine a estrutura do art. 12 em sua integralidade. Ao fazê-lo, nos é possível revelar o lugar normativo da cessação do ilícito no direito brasileiro como sendo os arts. 12 e 186 do CC/02 – dada uma ameaça a direito da personalidade, deve ser a sua cessação. E, retomando a argumentação já exposta de CYRIL BLOCH, temos por certo que a expressão da cessação do ilícito em nosso direito positivo subjaz ao direito da responsabilidade civil.

3.5 Função preventiva: dissuasão e proação

⁴⁴⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, pp. 124 e 137-139.

⁴⁴⁸ LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. cit., p. 156-157.

⁴⁴⁹ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle**. cit., pp. 194 (n. 178), 229 (n. 207) e 237 (n. 220),

Dissertou-se acima sobre a existência, no seio da responsabilidade civil, de uma não nova “função normativa”, cujo objeto reside na prevenção de comportamentos antissociais. Deveras, tratamentos mais severos são ordinariamente associados a um objetivo preventivo⁴⁵⁰, por se mesclá-la, a prevenção, com um valor social consistente, a nosso ver, no respeito geral ao ordenamento jurídico. É deste valor social, antes de tudo, que TUNC retira a função preventiva da responsabilidade civil⁴⁵¹, com base no que proferirá a conhecida sentença: “a prevenção é uma função da responsabilidade civil que praticamente não pode ser contestada”⁴⁵².

Os autores brasileiros nisto concordam, reconhecem na responsabilidade civil um aspecto dissuasivo, preordenado ao desincentivo de condutas danosas: obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos ilícitos, não só pela mesma pessoa, mas por outras⁴⁵³. AGUIAR DIAS, de sua vez, aprecia a ideia de prevenção como *efeito* da responsabilidade civil, posto representar esforço no sentido de evitar e prevenir a infração⁴⁵⁴. A prevenção, ainda que considerada pelo autor unicamente pelo prisma da intimidação (ou dissuasão), apregoa à responsabilidade civil o aspecto de meio relacionado ao futuro⁴⁵⁵.

De se anotar, com base no exposto até o momento, que nenhuma estranheza há (ou deveria haver) na postulação de a responsabilidade civil reunir uma função preventiva. Mesmo com a reconfiguração pela qual passou após o advento do momento da solidariedade, continua a persistir a função de prevenção enquanto dissuasão. Outro objetivo não há em fórmulas como a “finalidade pedagógica da indenização”, o “fator de desestímulo”, e as indenizações punitivas. A ideia de prevenção experimental, então, uma nova impulsão no fim dos anos 1990, particularmente pelo princípio da precaução⁴⁵⁶. Sob o influxo de tal princípio, a tradicional função de prevenção parece suscetível de revestir uma dimensão mais vasta, fendendo-se em duas formas e funções de objetos distintos: uma função clássica de dissuasão, preocupada com a prevenção de comportamentos antissociais por meio da ameaça de uma sanção; e uma *função nova de antecipação* a qual visa a prevenção direta de danos⁴⁵⁷.

⁴⁵⁰ DABIN, Jean. **La philosophie de l'ordre juridique positif**. cit., p. 548-9 (n. 160).

⁴⁵¹ TUNC, André. **La responsabilité civile**. cit., p. 61 (n. 71).

⁴⁵² “*La prévention est une fonction de la responsabilité civile qui ne peut guère être discutée*”. TUNC, André. **La responsabilité civile**. cit., p. 134 (n. 161).

⁴⁵³ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441.

⁴⁵⁴ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 119-120.

⁴⁵⁵ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. cit., p. 125.

⁴⁵⁶ VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: introduction à la responsabilité. cit., p. 155 (n. 66-3). Ver também: LOPEZ, Teresa Ancona. **O princípio da precaução na responsabilidade civil**. cit., p. 78.

⁴⁵⁷ THIBIERGE, Catherine. “*Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?*”. **Revue trimestrielle de droit civil**. cit., p. 583.

Por essa nova concepção de prevenção, somente medidas preventivas serão capazes de estancar os futuros danos nos mais diversos domínios em que se manifestem os riscos àqueles atrelados⁴⁵⁸. A definição de prevenção passa a entender com ideias de ação antecipada e de *proação*⁴⁵⁹. Em sentido similar, argui-se uma “perspectiva de responsabilização proativa”⁴⁶⁰, daí passarmos a expressar a prevenção como dissuasão e a prevenção como *proação* para se indicar, com esta segunda, a exigência de postura proativa frente a riscos de danos.

Decerto a maior dificuldade conseguinte a se acordar a existência da função preventiva enquanto *proação* ou antecipatória reside em sua operacionalização. Ensaiai uma resposta a esta complexa problemática requer a compreensão das manifestações preventivas da responsabilidade civil, intento para o qual tomaremos a doutrina de CYRIL SINTEZ, o qual as repertoria da seguinte forma: medidas de antecipação, medidas de cessação, reparação antecipada do prejuízo e, em quarto e derradeiro lugar, a reparação dissuasiva do prejuízo⁴⁶¹.

Por primeiro, a) *medidas de antecipação à realização certa do dano* (ou medidas de prevenção – em sentido estrito, acresceríamos, por referência ao princípio da prevenção), empregadas à prevenção da ocorrência de fato danoso de cujo risco se tenha provada certeza. Subdividem-se em: a.1) *medidas de antecipação direta à realização certa do dano*, amiúde se exteriorizando por comandos proibitivos (v.g. proibição de exibição de obra audiovisual sem referir o seu autor⁴⁶²); a.2) *medidas de antecipação indireta à realização certa do dano*, pelo que não se busca propriamente evitar a sobrevinda do dano de guisa tão direta quanto no caso de uma pura proibição, mas “preservar a situação ainda não afetada pelo dano” através de medidas conservatórias, interdições de estabelecimento comercial, dentre outras⁴⁶³ (v.g. busca e apreensão de produtos contrafeitos na própria fábrica, antes de sua diluição nos comércios).

Em subsequência, SINTEZ identifica as b) *medidas de antecipação direta à realização incerta do dano* (ou medidas de precaução), cujo elenco de casos é fundamentalmente constituído pela reflexão doutrinária do autor, dado ordinariamente se apelar ao princípio da precaução mais para a apreciação de medidas de reparação do que para a determinação de medidas preventivas, excetuada a casuística envolvendo antenas de telefonia e o risco incerto

⁴⁵⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **O princípio da precaução na responsabilidade civil**. cit., p. 79.

⁴⁵⁹ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 7 (n. 4).

⁴⁶⁰ FARIAS, Christiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. cit., p. 79.

⁴⁶¹ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 418-419 (nn. 740-743),

⁴⁶² FRANCHI, Giuseppe. **Le denunce di nuova opera e di danno temuto**. Pádua: CEDAM, 1968, p. 17.

⁴⁶³ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 31 (nn. 33-34) e 40 (n. 45-6).

de contaminação por ondas eletromagnéticas. Isto posto, SINTEZ distingue dois momentos de determinação de uma medida de precaução: b.1) *não assumido o risco*, pode-se impor injunções, interdições, concessão de alvarás sob condição da realização de trabalhos destinados a assegurar maior segurança ou, ainda, exigir o cumprimento de normas específicas (a casuística é mais despida de dados jurisprudenciais do que o normalmente primado pelo autor). b.2) *Assumido o risco*, poder-se-ia judicialmente determinar ao agricultor de organismos geneticamente modificados (OGM's) que reforce as medidas de segurança sobre o perímetro de cultivo para prevenir a poluição genética⁴⁶⁴.

Passo seguinte, o autor francês descreve as c) *manifestações de cessação da realização do dano*, por meio das quais se previne ou cessa, quer uma “situação antijurídica atual” (*situation illicite actuelle* – conforme BLOCH), quer uma perturbação anormal. Compõem-se pelas: c.1) *manifestações de cessação da realização ilícita do dano*, qualificadas pela ação sobre um risco quando ainda não concretizado o dano, mas posteriormente à ocorrência do fato violador do direito (*fait illicite* é a dicção utilizada por SINTEZ, com a mesma significação assinada por BLOCH) à origem do mesmo risco, cujo caráter multifacetado foi sobremaneira acomodado pela jurisprudência: risco de construção (v.g. realização de obras contra provável transbordamento de lago com águas mantidas a nível anormalmente elevado⁴⁶⁵; demolição de construção em desacordo com normas urbanistas – ver jurisprudência apresentada no n. 3.4.1), risco de confusão (v.g. abstenção do uso de marca nominativa já registrada⁴⁶⁶) e risco ambiental (v.g. suspensão das atividades poluidoras de indústria não licenciada⁴⁶⁷); c.2) *manifestações de cessação da realização anormal do dano*, exemplificadas por SINTEZ exclusivamente com a cessação da perturbação anormal de vizinhança⁴⁶⁸.

O fundamento substantivo (*au fond*) pertinente às *medidas de antecipação à realização certa do dano*, além da diretriz jurisprudencial das perturbações anormais de vizinhança, é o art. 1.240 do Código Civil francês (art. 186 do CC/02). A responsabilidade por culpa, pondera

⁴⁶⁴ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 59 (nn. 71-72), 62 (n. 76-1) e 66 (n. 85).

⁴⁶⁵ FRANÇA. Corte de Cassação. Acórdão 01-14179, 3ª Câmara Cível, j. 17 dez. 2002 (proprietário responsabilizado com base no atual art. 1.240 do Código Civil francês por manter artificialmente elevadas as águas de seu lago). Para comentários sobre o julgado: BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 137 (n. 128); SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 68 (n. 90).

⁴⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.801.881/SC, rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, j. 27 ago. 2019. **Revista dos Tribunais**. v. 1.011. set. 2019, p. 481.

⁴⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Agravo de Instrumento 01.002842-0**, rel. Rafael Godeiro, 2ª Câmara, j. 20 jun. 2002.

⁴⁶⁸ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 67-70 (nn. 88-92-1) e 74-5 (nn. 97-99).

SINTEZ, assegura uma “prevenção específica dos danos relacionados às atividades industriais poluidoras, por exemplo”⁴⁶⁹. Interessante comentário, a esse respeito, foi tecido por STÉPHANIE GRAYOT, segundo quem, no panorama de uma construção ameaçando ruína, a atuação do art. 1.244 (responsabilidade por ruína de edifício) se dá *a posteriori*, unicamente pela via reparatória (ver n. 3.7.1), enquanto o precitado art. 1.240, intervindo *a priori*, permite impedir a realização do dano que do contrário adviria com a ruína de construção⁴⁷⁰.

Não varia tanto a resposta de SINTEZ no respeitante às *medidas de cessação do ilícito*, novamente voltando a arguir a possibilidade de sua fundamentação pelo direito da responsabilidade civil, além da base normativa dos arts. 808 e 809 do Código de Processo Civil francês (atuais arts. 834 e 835 – o CPC/15 cobre parcialmente o conteúdo daqueles dispositivos nos arts. 297, 301 e 497) e, novamente, da doutrina das perturbações anormais de vizinhança⁴⁷¹.

Com relação às *medidas de antecipação à realização incerta do dano*, sua pertinência ao direito da responsabilidade civil é tirada, além do verossímil caráter provisório das medidas de precaução (a possibilidade de revisão de uma medida precaucional conformemente à evolução do risco incerto contra o qual aquela se dirigiu), da possibilidade de uma correlação entre um fato e um risco de dano estar à origem da medida de precaução adotada, à maneira da tradicional associação entre um fato e um dano⁴⁷² por meio da qual, por exemplo, tanto se ordena a medida reparatória não pecuniária mais adequada para remediar as consequências danosas quanto se determina a medida de cessação mais consentânea com a supressão de uma perturbação (*trouble*).

Demais, SINTEZ dedica-se, ainda, a investigar o que denomina “manifestações preventivas da reparação do dano” e, em seguida, “manifestações preventivas da reparação dissuasória do dano”, as quais não serão aqui expostas por nosso interesse primacial ser o estudo das medidas de antecipação à realização certa e incerta do dano e sua recondução ao direito da responsabilidade civil, propósito para o qual o pensamento do autor agora exposto presta importante contribuição.

⁴⁶⁹ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 48-9 (n. 59).

⁴⁷⁰ GRAYOT, Stéphanie. **Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages**. Paris: LGDJ, 2009, pp. 367 e 369 (n. 420). No mesmo sentido: MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 2. ed. v. 2. Paris: Sirey, 1934, p. 30 (n. 1.045).

⁴⁷¹ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 76 (n. 100).

⁴⁷² SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 64 (n. 80) e 65 (n. 83).

3.6 Função preventiva, cessação do ilícito e reparação *in natura*

A gama de distintas noções introduzida nas últimas seções do presente capítulo reclama certa racionalização para que de seu uso mais à frente não resulte agressão a qualquer premissa previamente acolhida. Ocupar-nos-emos, pois, da reiteração da diferença entre reparação *in natura* e cessação do ilícito. Segundamente, avaliaremos a pertinência de se identificar a cessação do ilícito, como faz BLOCH, com uma “função corretiva” distinta da função preventiva. Em terceiro lugar, investigaremos a utilidade de se manter divisadas as medidas de cessação do ilícito daquelas de antecipação direta à realização certa do dano. Ao desincumbirmo-nos de tais tarefas, restará findado o exame do perfil funcional da responsabilidade civil.

Considerada a “única reparação verdadeira” por SALEILLES, este autor advertia para o contrassenso de se preferir a reparação pecuniária quando disponível a reparação natural⁴⁷³. Doutrina e jurisprudência já consentiram a esta última um papel a jogar na tutela aquiliana ao se consignar, no enunciado nº 589 da VII Jornada de Direito Civil: “a compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio”⁴⁷⁴. A posição já era defendida anteriormente ao Código Civil de 2002 por autores como PONTES DE MIRANDA⁴⁷⁵.

Além da retratação pública, distinguida na letra do enunciado, CARLOS ALBERTO BITTAR expõe numeroso elenco de medidas reparatórias não pecuniárias: o desmentido, ou retificação de notícia injuriosa; a divulgação imediata de resposta; a republicação de material com a indicação do nome do autor, com a inclusão de errata e divulgação na imprensa (Lei nº 9.610/98, art. 108); a contrapropaganda, em casos de publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 60); a publicação da sentença condenatória sob expensas do infrator (CDC, art. 78, II); e a divulgação de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos ou serviços (CDC, art. 44)⁴⁷⁶.

⁴⁷³ SALEILLES, Raymond. *Étude sur la théorie générale de l’obligation*. 2. ed. Paris: F. Pichon, 1901, p. 369 (n. 309).

⁴⁷⁴ Cumpre-nos, aqui, lamentar recente julgado do STJ no qual se desconheceu do pleito de vítima ofendida em sua honra a ter a sentença condenatória publicada no sítio de empresa jornalística redatora da matéria contumeliosa: “(...) não é possível argumentar que o princípio da reparação integral do dano, por si só, justifique a imposição do ônus de publicar o inteiro teor da sentença condenatória. Isso porque, da interpretação lógico-sistemática do próprio Código Civil, resulta evidente que a reparação por danos morais deve ser concretizada a partir da fixação equitativa, pelo julgador, de verba indenizatória, e não pela imposição ao causador do dano de obrigações de fazer não previstas em lei ou contrato”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.867.286/SP, rel. Marco Buzzi, 4ª Turma, j. 24 ago. 2021.

⁴⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. v. 26. São Paulo: RT, 2012, p. 28 (§ 3.107).

⁴⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 215.

A reparação *in natura*, conquanto merecido que se lhe tribute os maiores apanágios, não deve enquadrar toda e qualquer manifestação da responsabilidade civil diversa da imposição de uma reparação pecuniária. A importância em dizê-lo deve-se a sutil e problemática abertura denotativa do seu conceito para incluir medidas de duvidoso caráter reparatório, como a abstenção de exibir certa imagem⁴⁷⁷, o confisco de produtos contrafeitos⁴⁷⁸ e a imposição de modificações no exercício de uma atividade para fazer cessar o uso anormal da propriedade⁴⁷⁹. Outro tanto não se dá quando se ensaia defini-la como a imposição de certa conduta, a realização de certa ação pelo autor do dano⁴⁸⁰ ou como servindo à “eliminação material da causa do dano”⁴⁸¹. Convindo nesta ampla acepção da reparação natural, o Anteprojeto Catala, assim dispôs em seu art. 1.369-1: “Quando o dano é suscetível de se agravar, de se renovar ou de se perpetuar, o juiz pode determinar, a requerimento da vítima, toda medida própria a evitar estas consequências, incluída, se necessário, a cessação da atividade danosa”⁴⁸².

Para o propósito de diferenciação, ser-nos-á profícuo e oportuno retomar o critério de BLOCH, pelo qual à cessação do ilícito se comete o mister de suprimir uma situação antijurídica da qual pode advir um dano, enquanto a reparação visa as consequências do dano. Ora, a doutrina italiana pratica consistentemente a alocação da publicação de sentença condenatória ao elenco de medidas reparatórias em razão de servir a “atenuar de modo indireto as consequências do sofrimento de quem suportou uma lesão”⁴⁸³. O próprio art. 186 do Código Penal italiano se exprime adequadamente em redação que reforça o argumento: “Além do quanto prescrito no artigo precedente e em outras disposições de lei, todo crime obriga o

⁴⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 216.

⁴⁷⁸ DEMOGUE, René. **De la réparation civile des délits**: étude de droit et de législation. Paris: Rousseau, 1898, pp. 47-48.

⁴⁷⁹ CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. 2. ed. v. 2. Paris: Presses Universitaires de France, 2017, p. 1.787 (n. 830).

⁴⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. cit., p. 216; BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. cit., p. 215.

⁴⁸¹ “La restituzione in pristino si presenta, quindi, l’alternativa necessaria al risarcimento dei danni in tutti i casi in cui la tutela debba mirare all’effettiva ricostituzione della situazione concreta lesa dall’illecito, con eliminazione materiale della causa di danno”. ALPA, Guido; BESSONE, Mario; CARBONE, Vincenzo. **Atipicità dell’illecito**. 3. ed. v. 3. Milão: Giuffrè, 1994, p. 12). E na lauda seguinte: “la restituzione in pristino incide direttamente sulla causa del danno (...)”. ALPA, Guido; BESSONE, Mario; CARBONE, Vincenzo. **Atipicità dell’illecito**. cit., p. 13.

⁴⁸² Art. 1.369-1. *Lorsque le dommage est susceptible de s’aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l’activité dommageable.*

⁴⁸³ TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 24. ed. Pádua: CEDAM, 1980, p. 222 (n. 91). Em igual sentido: TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. Milão: Giuffrè, 1973, p. 137 (n. 92); ONDEI, Emilio. **Le persone fisiche e i diritti della personalità**. Torino: UTET, 1965, p. 429; ROVELLI, Roberto. **La responsabilità civile da fatto illecito**. Torino: UTET, 1964, pp. 124-5 (n. 28).

culpado à publicação, a suas expensas, da sentença condenatória, contanto que a publicação constitua um meio para reparar o dano não patrimonial causado pelo crime”⁴⁸⁴.

Por outro lado, aduz-se que o cancelamento de expressões “inconvenientes” e ofensivas se presta a “eliminar a permanência da eficácia lesiva”⁴⁸⁵. Ainda: se se consente, por um lado, a “cessação do fato lesivo” consistente na usurpação de nome alheio, por outro, admite-se igualmente a publicação de sentença para eliminar (ou melhor, remediar) a confusão danosa⁴⁸⁶. Não colhe arguir que as autoridades invocadas, por desconhecimento da categoria das medidas de cessação do ilícito, não teriam se atido a uma divisão entre medidas de reparação e de cessação, posto o essencial ser a maneira como caracterizado o objetivo da medida. Em efeito, reconhece-se continuamente que a publicação de sentença condenatória é preordenada a atenuar as consequências danosas da situação antijurídica, não a eliminar estas últimas. E neste mesmo objetivo se há de incluir o extenso rol acima exposto.

Maior dificuldade oferece a problemática diante do modo como descrita a finalidade de outras medidas. DEMOGUE não desconhece a existência de certos atos cuja finalidade é menos reparar o dano que impedir o mal causado pelo delito de continuar a produzir seus efeitos⁴⁸⁷ (v.g. destruição de plantações ou construções feitas sobre o terreno de outrem). Por outro lado, ainda com aquele autor, a entrega dos produtos contrafeitos apreendidos à vítima possibilitaria a esta “compensar” as perdas que o delito de contrafação lhe infligiu⁴⁸⁸.

Não podemos concordar com a singular doutrina do autor francês. Cabe, de saída, aduzir que DEMOGUE parece imaginar o confisco de produtos contrafeitos como ato de exercício do poder de polícia, suspeita reforçada pelas remissões a disposições marcadamente de direito penal (v.g. art. 427 do Código Penal de 1810, no qual se vê a pena de confisco). A entrega do

⁴⁸⁴ Art. 186. *Riparazione del danno mediante pubblicazione della sentenza di condanna. Oltre quanto è prescritto nell'articolo precedente e in altre disposizioni di legge, ogni reato obbliga il colpevole alla pubblicazione, a sue spese, della sentenza di condanna, qualora la pubblicazione costituisca un mezzo per riparare il danno non patrimoniale cagionato dal reato.*

⁴⁸⁵ ROVELLI, Roberto. **La responsabilità civile da fatto illecito**. cit., p. 125 (n. 28). O parágrafo no qual Rovelli aborda o cancelamento de expressões ofensivas se intitula “formas especiais de ressarcimento: a publicação da sentença”. Para nós, é claro indício da intenção do autor de diferenciar uma e outra.

⁴⁸⁶ TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. cit., p. 37 (n. 15)

⁴⁸⁷ “(...) si l'on ordonne la destruction de plantations ou de constructions faites sur le terrain d'autrui, l'annulation d'actes extorqués, la suppression d'actes faux, la réintégration à la masse des valeurs distraites par le failli. Ces divers actes ordonnés par le tribunal ne constituent pas, à proprement parler une réparation du dommage. Ils empêchent le mal causé par le délit de continuer à produire ses effets”. DEMOGUE, René. **De la réparation civile des délits**: étude de droit et de législation. cit., pp. 49-50.

⁴⁸⁸ “Tantôt obligatoire, tantôt facultative, la confiscation existe au profit de la victime du délit. Les objets contrefaits qui, d'après les principes généraux auraient dû être confisqués au profit de l'État, comme produits du délit sont remis sur l'ordre du tribunal à la personne lésée qui peut y trouver, et au-delà, de quoi compenser les pertes que le délit de contrefaçon lui a infligées. Cette mesure présente un certain intérêt, tant au point de vue pratique qu'au point de vue théorique. La réparation s'offre ici sous une forme intéressante et efficace”. DEMOGUE, René. **De la réparation civile des délits**: étude de droit et de législation. cit., p. 48.

produto da contrafação à pessoa lesada constituiria, então, uma “compensação” do Estado (e, ousáramos dizer, uma demonstração da eficiência da persecução criminal) frente àquela primeira. Em verdade, é pouca a valia a que se presta a entrega à vítima dos produtos contrafeitos. Significará tão somente os novos custos de se depositá-los ou destruí-los. Não há reparação, mas sim a cessação de uma situação antijurídica atual ou prevenção de um risco certo. Mantemos, pois, a apreensão de produtos contrafeitos, a depender da espécie, como medida de cessação do ilícito (se já encontrados nos comércios) ou como medida antecipatória à realização certa do dano (se ainda em estado de produção nas fábricas).

Finalmente, o tratamento do risco ambiental serve a acentuar ainda mais a diferença entre cessação e reparação. Como sobrelevado por CYRIL SINTEZ, no domínio do direito ambiental age-se amiúde quando já produzido o dano ambiental. Diante deste cenário, somente se poderá falar em medida de cessação para aquelas objetivando impedir a ocorrência de danos futuros por meio da desconstituição do ainda presente fato violador do direito à origem de um risco ambiental (v.g. não obtenção de licenciamento, ausência de sistema de tratamento de rejeitos etc.) – não é porque o dano já se produziu uma vez que o risco “se exauriu”. Opostamente, serão medidas de reparação aquelas ordenadas rigorosamente a fim de se remediar o dano resultante do risco, não intervindo no próprio risco e na atividade geradora deste⁴⁸⁹ (v.g. reparação *in natura* de despoluir o solo ou as águas afetadas pela atividade lesiva). A reparação revela-se diretamente (atribua-se o maior rigor a “diretamente”) dissociada da prevenção de danos, sendo desaconselhável cultivar uma definição daquela cuja amplitude a faça invadir a esfera da cessação do ilícito.

Passando adiante, BLOCH aloca à cessação do ilícito o objetivo primordial de colocar o fato violador do direito “em conformidade com a regra de direito da qual aquele se afasta”, de corrigir fatos antijurídicos, portanto, a justificar o cognome “função corretiva”⁴⁹⁰. Afastaria, esta caracterização, a cessação do ilícito da prevenção de danos? A resposta, a nosso ver, é negativa. O próprio BLOCH, como visto, concede a inclusão dos *riscos certos* de dano no

⁴⁸⁹ “Il s’agit bien de mesures de cessation et non de prévention, le fait dommageable s’étant réalisé, comme l’expression ‘après l’événement’ le souligne (...). Pour ce risque, il apparaît cependant que les mesures de cessation ne peuvent être prises dans les conditions strictes telles que nous les avons dégagées du risque de construction. En effet, le dommage est très souvent déjà réalisé. Pour autant, on parlera toujours de mesure de cessation, en raison de la non-disparition du fait dommageable à l’origine du risque. Concrètement, si la mesure vise à empêcher la réalisation de dommages futurs en présence d’un risque et d’un fait générateur toujours présents, elle sera qualifiée de mesure de cessation. S’il s’agit d’agir sur le dommage résultant du même risque, alors que le fait générateur existe encore, nous qualifierons ces mesures de réparation”. SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 69-70 (nn. 92 e 92-1).

⁴⁹⁰ BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 17 (n. 7-2) e 28 (n. 24).

conceito de perturbação, domínio por excelência do princípio da prevenção. Ademais, o caso do lago particular com águas mantidas a nível anormalmente elevado, catalogado tanto por BLOCH quanto SINTEZ (ver n. 3.5) é exemplo do emprego da cessação do ilícito na direção de prevenir um dano futuro. A crítica de BLOCH a CATHERINE THIBIERGE, com efeito, é o desconhecimento, por esta última, das possibilidades de ação preventiva pelo próprio estado atual da responsabilidade civil, capitaneadas pelas medidas de cessação.

A resposta suscita um segundo questionamento: tomando-se em conta a incidência do princípio da prevenção na cessação do ilícito para a prevenção de danos futuros, há interesse prático em separar as medidas de cessação das de antecipação direta à realização certa do dano? Deveras, SINTEZ admite que “as medidas de cessação não se diferenciam das medidas de antecipação”, ambas conduzindo concretamente “às mesmas injunções de fazer ou de não fazer”. Sucede que, a despeito de “concorrerem conjuntamente à prevenção do dano”, fazem-no em momentos distintos, a medida de antecipação atingindo um fato danoso potencial, enquanto a medida de cessação se volta a um fato danoso atual⁴⁹¹.

A razão não se presta a convencer-nos. Além de ambos os autores cancelarem a incidência da cessação do ilícito para prevenção de dano futuro, os mesmos exemplos de medidas de antecipação ao risco certo invocados por SINTEZ (proibição da exposição de filme ou publicação de obra que ofenda direito da personalidade de outrem) são também explorados por BLOCH no compasso da aplicação de medidas de cessação a fato violador do direito que ameaça ocorrer pela primeira vez (ou, na fraseologia de SINTEZ, um fato danoso potencial com risco certo de ocorrência)⁴⁹². O mais próprio, à vista disto, e não poderíamos ter maior segurança diante da revisão do pensamento de ambos os autores com que se trabalhou, seria *incluir as medidas de antecipação à realização certa do dano ao gênero das medidas de cessação*.

Termina aqui nosso exame do perfil funcional da responsabilidade civil. Nela, concebeu-se uma distinção entre “prevenções”, uma entendendo com a dissuasão, operando-se pela ameaça de sanção; enquanto a outra atina-se à determinação de medidas com vistas a impedir a ocorrência do dano. A esta segunda aplicação da função preventiva denominamos prevenção enquanto *proação* (ou função antecipatória), a qual engloba a cessação do ilícito enquanto medidas de prevenção (em sentido estrito), direcionadas a riscos certos de dano, além

⁴⁹¹ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 77 (n. 106), 80 (n. 110) e 418 (nn. 740-1).

⁴⁹² BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 341-2 (n. 288-1-1). Comparar com: SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 31-32 (n. 34).

das medidas de precaução, direcionadas a riscos incertos. É esta concepção que se deve isolar para então percorrer a via da incorporação da prevenção de danos à responsabilidade civil. Isto esclarecido, o começo de nosso percurso abarca o estudo de casuística da prevenção enquanto proação relativa aos dois primeiros momentos da evolução da responsabilidade civil, conforme anteriormente delineados.

3.7 Marcos da prevenção de danos na responsabilidade civil

O valor fundante da responsabilidade civil, *neminem laedere*, é historicamente associado ao dever de abstenção de qualquer lesão à propriedade privada. Era o prelecionado por LEIBNIZ ainda no século XVII: “o preceito de mero ou estrito direito é o de não lesar outrem, de modo que não se dê causa para ação dentro da cidade, tampouco, fora da cidade, para o direito à guerra”⁴⁹³. Da caracterização do *neminem laedere* como dever de se abster de causar dano a outrem, extraem os exegetas de LEIBNIZ o corolário de *proteção da esfera privada* e, marcadamente, da *propriedade*⁴⁹⁴.

Mantendo-se consonância com o *neminem laedere* enquanto máxima negativa destinada à proteção da esfera privada da pessoa, importante enlace à proteção possessória proporcionou SAVIGNY ao, em primeiro lugar, arguir sua pertinência às *obligationes ex delictis*⁴⁹⁵. É o mesmo SAVIGNY quem funda a própria proteção possessória na necessidade de salvaguarda da *pessoa*:

A despeito disso, este estado se acha protegido contra certas violações, e é à vista desta proteção que se pôs regras sobre a aquisição e a perda da posse, tudo como se se tratasse de um direito. Nossa tarefa consiste em buscar o motivo desta proteção e desta espécie de assimilação de um fato a um direito. Ora, este motivo se encontra na relação existente entre o próprio fato da posse e a pessoa que possui; a inviolabilidade desta última protege a posse contra toda perturbação que teria por efeito atingir ao mesmo tempo a pessoa. É a pessoa enquanto tal que deve estar ao abrigo de toda violência, pois a seu respeito a violência é sempre contrária ao direito.⁴⁹⁶

⁴⁹³ “*Juris meri sive stricti praeceptum est, neminem laedendum esse, ne detur ei in civitate actio, extra civitatem jus belli.*” LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Codex juris gentium diplomaticus**. Hanover: Samuelis Ammonii, 1693, prefácio.

⁴⁹⁴ “*Como prova dessa sua concepção, Leibniz relegava a máxima negativa do ‘neminem laedere’ ao primeiro estágio das relações sociais, que ele chamava de ius proprietatis, e era aquele estágio em que o dever que compete a cada um dos consociados é aquele negativo de não invadir a propriedade alheia, e atribuía ao estágio superior, que ele chamava de ius societatis, a máxima positiva do suum cuique tribuere.*” BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. cit., p. 102. Ver também: PAKSY, Mate. “Leibniz et les questions de l’ontologie juridique: la science, les règles et le concept du droit”. **Astérion**. n. 19, nov. 2018, § 33; ALTWICKER, Tilmann. “International law on the best of all possible worlds: an introduction to G. W. Leibniz’s theory of international law”. **European journal of international law**. v. 30. n. 1. 2019, pp. 151-152.

⁴⁹⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Traité de la possession en droit romain**. 7. ed. trad. Henri Staedtler. Bruxelas: Bruylant, 1866, pp. 30-32 (§ 6).

⁴⁹⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Traité de la possession en droit romain**. cit., p. 37 (§ 6).

Quer-nos parecer que a essência do ensinamento foi lida diferentemente por alguns romanistas posteriores em razão de destacarem mais um “objetivo de polícia”⁴⁹⁷ na justificação da proteção dos interditos do que a proteção à pessoa. E, sem embargo de a doutrina de SAVIGNY ter cedido posteriormente ao sistema de JHERING (a cujo ver a proteção possessória se edificou no interesse da facilitação da defesa dos proprietários)⁴⁹⁸, a inteligência savigniana permanece preciosa, mormente à hora atual, em que se tem na tutela à pessoa humana uma verdadeira bússola.

Seja como for, interpretamos essa preleção de SAVIGNY como um liame direto entre *neminem laedere* e proteção da pessoa contra condutas contrárias ao direito. E a aferição realizada nos itens abaixo de como a prevenção de danos se extrai de situações notadamente de direito das coisas permite, a partir dessas prévias considerações, manter constante o vínculo com o *neminem laedere*, preordenado, por sua vez, à proteção da pessoa. Apenas posteriormente é que a prevenção de danos se comunicaria mais diretamente à proteção de valores da pessoa humana encarnados nos direitos da personalidade (ver capítulo 2, n. 2.2.1).

3.7.1 Direito romano, direito medieval e antigo direito francês

A prevenção enquanto proação conta com importante arcabouço no direito romano, o qual concebeu diversos instrumentos nos quais se costuma fincar a origem, por exemplo, de instrumentos de cessação do ilícito: a) *interditos proibitórios*: regra geral, os interditos dispensavam *judex* em favor de uma “ordem ou de uma proibição imediata do pretor” não subordinada a prova pré-constituída⁴⁹⁹. Tal aspecto mais transparecia nos interditos proibitórios, medida cuja consequência é a imposição de abstenção da prática de determinados atos; b) *ação negatória*: ação pela qual se declara a inexistência de usufruto ou servidão sobre a propriedade do autor e contra quem deles se arrogue titular; c) *ação confessória*: ação em que se reivindica a existência de usufruto ou servidão pelo seu titular quando negada sua existência pelo dono da coisa na qual aqueles se acham estabelecidos⁵⁰⁰.

⁴⁹⁷ GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. 3. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1901, p. 266.

⁴⁹⁸ Para uma descrição de ambos os sistemas: GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. cit., pp. 266-267.

⁴⁹⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Traité de la possession en droit romain**. cit., p. 551 (§ 34).

⁵⁰⁰ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Instituciones de derecho romano**. 10. ed. trad. José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973, pp. 158-159, 245 e 276-278. Qualificando a ação negatória e a confessória como exemplos de tutela preventiva: FRANCHI, Giuseppe. **Le denunce di nuova opera e di danno temuto**. cit., pp. 14-16.

Tome-se, por exemplo, o ensinado por ULPIANO sobre o interdito *ne quid in loco publico fiat*: “não construas nada em lugar público, tampouco introduzas nada de que resulte dano (...)”⁵⁰¹. Por outra volta, a condenação nas ações negatória e confessória é descrita como envolvendo, respectivamente, a “abstenção de toda lesão ulterior” e a “cessação da perturbação” que o demandado aporta ao exercício das prerrogativas consentidas, por direito real, ao titular⁵⁰². Evidência da influência destes instrumentos nos autores tedescos é a ação de abstenção (*vorbeugende Unterlassungsklage*) ser alcunhada de “ação de abstenção quase-negatória”⁵⁰³.

Não exporemos ainda a caução de dano infecto e a nunciação de obra nova, os quais, dada sua conexão com a fração do estudo correspondente ao antigo direito francês, serão retomados após breve incursão no direito medieval. Pois bem, a vetusta Lei Sállica continha interessante rito processual para o caso de flagrante delito: dispensado de formalmente citar (*mannire*) o culpado, o demandante executava uma exclamação e clamava por socorro, ao qual os vizinhos ou subordinados, diante da publicidade estabelecida pelo grito do ofendido, estavam obrigados a responder, sob pena de multa – anteriormente ao fortalecimento da autoridade real, os próprios vizinhos constituíam uma sorte de tribunal para imediatamente passar julgamento ao ofensor. Diante da exclamação da vítima, devia consentir o demandado em segui-lo até perante o magistrado (*ligatio*) e, havendo resistência deste, chancelava-se à vítima do delito o direito de matar seu malfeitor. Esse procedimento sálico situa-se à origem de não menos notável instituto da Idade Média: o clamor de *haro* (na antiga França, dava-se ao “grito” o nome de *hu, hus*)⁵⁰⁴.

Tendo esmorecido em França à causa do advento do feudalismo, encontrou na Inglaterra e na Normandia fértil terreno para se cimentar, havendo se desenvolvido nesta última até a Revolução de 1789. Impressiona-nos a amplitude das hipóteses a que o *haro* se prestava, o art. LIV do Costume da Normandia sublinhando sua aplicação para malefício corporal, perigo

⁵⁰¹ “*Praetor ait: “ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatus consulto edicto decretove principum tibi concessum est. de eo, quod factum erit, interdictum non dabo”*. Fr. 2, pr. D. Ne quid in loco publico vel itinere fiat (XLIII, 8).

⁵⁰² MAYNZ, Charles. **Cours de droit romain**. 5. ed. v. 1. Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891, pp. 794 (§ 121) e 832 (§ 136).

⁵⁰³ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones**. v. 2. t. 2. cit., p. 717 (§ 242).

⁵⁰⁴ GLASSON, Ernest-Désiré. **Précis élémentaire de l’histoire du droit français**. Paris: F. Pichon, 1904, p. 146 ; GLASSON, Ernest-Désiré. **Histoire du droit et des institutions de la France**. v. 3. Paris: F. Pichon, 1889, p. 406.

iminente a coisa (móvel ou imóvel) e para causas possessórias em geral⁵⁰⁵. Deveras, se, no proêmio, era invocado apenas em matéria criminal (incêndio, furto, homicídio ou outro perigo iminente), seu reiterado uso o tornou inegável instrumento civil possessório, podendo do *haro* se valer todo aquele perturbado em sua posse para obrigar o destinatário da interjeição a “cessar imediatamente suas empresas”, e com as mesmas notas da *ligatio* da Lei Sállica⁵⁰⁶.

Retrocedendo ao direito romano para então atingirmos o antigo direito francês, ao prejudicado se consentia a tomada de francas medidas preventivas frente a *dano futuro*⁵⁰⁷, não vertidas ao Código Napoleão, como acentuado por OLIVIER DESCAMPS, em virtude de manifesta escolha do legislador moderno⁵⁰⁸: a *cautio damni infecti* (ACCARIAS e GIRARD traduzem *damnum infectum* por *dano futuro*, ou ainda, com aquele primeiro, “dano simplesmente possível e mais ou menos iminente”⁵⁰⁹; e a *operis novi nunciatio*. A despeito de referir-se unicamente à caução de dano infecto, vale a sentença de ACCARIAS também para a nunciação de obra nova, de que não mais se admitia ao titular do direito real se furtar impunemente a prevenir os danos possíveis de serem causados pela coisa da qual detém o senhorio; a abstenção daquele não mais é vista como exercício legítimo de um direito, mas como conduta culposa (*faute*)⁵¹⁰.

A nunciação de obra nova é a intimação do pretor ao vizinho para que se abstenha de realizar, em seu terreno, construção ou demolição (*nova*) que possa causar prejuízo àquele⁵¹¹. Já a caução de dano infecto era uma estipulação pretoriana a qual tinha por objeto proteger o proprietário de um imóvel contra o risco de a casa do vizinho ruir, passando-se, posteriormente, a também protegê-lo contra riscos oriundos de obras realizadas pelo vizinho⁵¹². Consistia, estipulação que era, na promessa de uma indenização caso o dano se concretizasse e, em caso de recusa de oferecimento da caução pelo proprietário, o pretor permitia ao vizinho tomar posse do imóvel ameaçando ruína a fim de promover os trabalhos necessários à neutralização do risco⁵¹³.

⁵⁰⁵ Art. LIV. *Le Haro peut être interjeté non seulement pour maléfice de corps & pour chose où il y aurait éminent péril: mais pour toute introduction de Procès possessoire, encore que ce soit en Matière bénéficiaire ou concernant le bien de l'Eglise.*

⁵⁰⁶ GLASSON, Ernest-Désiré. **Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre**. v. 1. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1882, pp. 358-366.

⁵⁰⁷ CARVALHO SANTOS, João Manoel de. **Código Civil brasileiro interpretado**. v. 8. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, p. 10.

⁵⁰⁸ DESCAMPS, Olivier. “Le *damnum infectum* e l’*operis novi nuntiatio*: deux exemples de responsabilités préventives en droit romain”. GHESTIN, Jacques (org.) [et al]. **Études offertes à Geneviève Viney**. Paris: LGDJ, 2008, pp. 320-321.

⁵⁰⁹ ACCARIAS, Calixte. **Précis de droit romain**. 4. ed. v. 2. Paris: F. Pichon, 1891, p. 610 (n. 719); GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. cit., p. 253.

⁵¹⁰ ACCARIAS, Calixte. **Précis de droit romain**. v. 2. cit., p. 611 (n. 719).

⁵¹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 344.

⁵¹² MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. cit., p. 343.

⁵¹³ GIFFARD, André-Edmond. **Précis de droit romain**. 2. ed. v. 2. Paris: Dalloz, 1938, p. 120 (n. 192).

O caráter preventivo destes instrumentos é expressamente reconhecido pelos romanistas⁵¹⁴. Mais longe foi, no entanto, o antigo direito francês, o qual, por obra consuetudinária, ao exemplar do que nos narra LAURENT, admitia ao vizinho uma ação para obrigar o proprietário a reparar ou a reconstruir o edifício que ameaçava ruína e, diante de sua recusa, o vizinho demandante poderia se fazer autorizar, pelo juiz, a tomar em suas próprias mãos as obras de reparo ao edifício ou demoli-lo às expensas demandado⁵¹⁵.

Essa providência do direito costumeiro, relata-nos FOURNEL, podia ser tomada pelo vizinho ainda *antes* da denúncia à autoridade policial e poderia inclusive envolver, nos casos de admissão do perigo de ruína pelo proprietário, a determinação judicial de cessação do incontroverso risco em prazo pelo tribunal estabelecido. Não aquiescendo ao comando de cessação, o tribunal poderia ainda designar dado número de operários para realização dos trabalhos necessários, mediante remuneração composta por multas impostas ao proprietário do edifício sob risco de ruir⁵¹⁶.

O advento do Código Civil de 1804 representou, nesse cenário, cisma com o antigo direito francês. É que os redatores deste, e aqui vemos o referendo à posição de DESCAMPS tanto por AUBRY e RAU quanto por BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, rejeitaram a ideia de *damnum infectum* (e da *cautio damni infecti*) por desejarem prender o mal reparado à atualidade (dano certo e atual), somente a ruína da construção podendo legitimar a demanda do lesado⁵¹⁷.

A adoção do critério da atualidade pelo legislador de 1804 resultou no antigo art. 1.386 do Código Civil francês (atualmente art. 1.244), norma fundamentalmente reparatória: “O proprietário de um prédio é responsável pelo dano causado por sua ruína, quando ocorrida por consequência de falta de manutenção ou pelo vício de sua construção”⁵¹⁸. Os tribunais eram então despojados de marcante atuação preventiva, orientação com a qual não tardaram a concordar autores do quilate de LAURENT, para quem “medidas preventivas não são da alçada

⁵¹⁴ MAYNZ, Charles. **Cours de droit romain**. 5. ed. v. 2. Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891, pp. 522 e 526 (§ 283); ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Cours de droit romain: les actions**. Napoli: Eugenio Jovene, 1935, p. 70.

⁵¹⁵ LAURENT, François. **Principes de droit civil français**. v. 20. Paris: A. Durant & Pedone Lauriel, 1876, p. 697 (n. 646). Sobre a mesma ação: CONSOLO, Giovanni Cesareo. **Trattato sul risarcimento del danno**. 2. ed. Torino: UTET, 1914, pp. 632-633.

⁵¹⁶ FOURNEL, Jean-François. **Traité du voisinage**. v. 1. Paris: Rondonneau, 1799, pp. 243-245 (§ 24).

⁵¹⁷ *Contra*, admitindo a invocação de medidas de prevenção: CAPITANT, Henri; AMBROISE, Colin. **Cours élémentaire de droit civil**. 3. ed. v. 2. Paris: Dalloz, 1921, p. 399.

⁵¹⁸ Art. 1.386. *Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.*

dos tribunais, tal é caso de polícia”⁵¹⁹. Cabe também, no ponto, a integral transcrição de importantíssimo magistério de AUBRY e RAU:

Esta ação, que autorizava nosso antigo Direito, nos parece implicitamente repelida pelo art. 1386, que não a lembra, e que se limita a abrir uma ação de reparação do dano já causado. É, de resto, o que resulta formalmente das explicações dadas por Bertrand de Greuille, em seu *Rapport au Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 43. nº 16). Os redatores do Código podiam temer que a admissão, nesta matéria, de uma ação preventiva daria lugar a contestações muito frequentes, amiúde vexatórias, e de uma solução mais ou menos arbitrária. Eles parecem, de um outro lado, ter sido determinados pela consideração de que os interesses dos vizinhos, como aqueles do público em geral, se achariam suficientemente garantidos pela supervisão da polícia, e pelo poder concedido à administração de ordenar a reparação ou a demolição dos edifícios ameaçando ruína. Vide Código penal, art. 471, nº 5.⁵²⁰

O essencial desse ensinamento é parafraseado por BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, os quais se valem das mesmas palavras de agora para repelir do direito francês qualquer guarida da *cautio damni infecti* ou da antiga ação preventiva de direito costumeiro. Colocam-se, inclusive, ao lado dos redatores em que, tratando-se de uma medida preventiva, seu exercício poderia ser vexatório. À diferença de AUBRY e RAU, que buscam entender a escolha do legislador de 1804, aqueles outros fazem seus os temores deste, no que toca à arbitrariedade de medidas preventivas. Provamo-lo:

Mas o vizinho não poderia, ao menos, forçar o proprietário a reparar ou a reconstruir seu prédio, e, havendo recusa do proprietário, obter autorização de proceder, às expensas daquele, às reparações ou à reconstrução? Nossa antiga jurisprudência lhe reconhecia esse direito; mas o Código civil bem parece lhe retirar por seu silêncio; tanto mais resulta dos trabalhos preparatórios que este silêncio é calculado: em seu *Rapport au Tribunat*, Bertrand de Greuille, depois de ter recordado que o direito romano concedia uma ação em razão da simples ameaça do prejuízo, junta esta explicação: ‘Assim, a mera apreensão do mal dava abertura à ação e podia operar a destituição da posse; o projeto, pelo contrário, quer antes de tudo que o mal seja constante. É então o fato unicamente do colapso que pode legitimar a queixa e a demanda do lesado e determinar uma condenação a seu favor’. O legislador tinha, de resto, boas razões para romper aqui com a tradição. A ação da qual falamos sendo uma medida preventiva, seu exercício pode frequentemente ser vexatório e dar lugar a uma decisão arbitrária. De resto os vizinhos encontram uma garantia satisfatória no

⁵¹⁹ “Mais les mesures préventives ne sont pas du domaine des tribunaux, c’est une affaire de police”. LAURENT, François. *Principes de droit civil français*. v. 20. cit., p. 698 (n. 646).

⁵²⁰ “Cette action, qu’autorisait notre ancien Droit, nous paraît implicitement repoussée par l’art. 1386, qui ne la rappelle pas, et qui se borne à ouvrir une action en réparation du dommage déjà causé. C’est d’ailleurs ce qui résulte formellement des explications données par Bertrand de Greuille, dans son *Rapport au Tribunat* (Locré, *Lég.*, XIII, p. 43, nº 16). Les rédacteurs du Code ont pu craindre que l’admission, en cette matière, d’une action préventive ne donnait lieu à des contestations trop fréquentes, souvent vexatoires, et d’une solution plus ou moins arbitraire. Ils paraissent, d’un autre côté, avoir été déterminés par la considération que les intérêts des voisins, comme ceux du public en général, se trouvaient suffisamment garantis par la surveillance de la police, et par le pouvoir accordé à l’administration d’ordonner la réparation ou la démolition des édifices menaçant ruine. Voy. Code pénal, art. 471, nº 5”. AUBRY, Charles; RAU, Charles. *Cours de droit civil français*. 4. ed. v. 4. Paris: LGDJ, 1871, p. 773, nota 18 (§ 448).

direito que pertence à autoridade administrativa ordenar a demolição ou a reparação dos edifícios que ameaçam ruir. C. pen., art. 471, n. 5.⁵²¹

Nossa conclusão, diante de tais linhas, não poderia ser mais segura: a prevenção como proação não foi ulteriormente desenvolvida por desígnio do legislador moderno, desígnio este fundado em temor. Muito se assemelha esta apreensão dirigida à prevenção, do legislador do Código Napoleão, com a que hoje é em geral direcionada aos estudos da prevenção de danos na responsabilidade civil.

3.7.2 Direito anglo-saxão: a *nuisance*

Quando se trata de recolher o fugidio conceito de *tort* (do latim *tortus* e do francês *tort*, “torcido”, “torto”) em proposições descritivas, muito comumente termina-se por indicar sua denotação, isto é, a coleção de todos aqueles objetos a que o termo se aplica⁵²² (*trespass*, *assault*, *negligence* etc.). No catálogo de definições disponíveis, temos, por exemplo, BLACK, para quem *tort* entende com um ilícito (*wrong*) privado ou civil e independente de contrato; ou, ainda, como a violação de um dever imposto tanto pela “lei geral” (é dizer, um dever que não decorra de texto expresso e específico) quanto a todas as pessoas ocupando relação, umas com as outras, especificada por uma dada transação (malgrado a formulação ligeiramente truncada, deve-se entender que certas espécies de relações suscitam deveres para as pessoas envolvidas – v.g. a relação de vizinhança)⁵²³.

⁵²¹ “Mais le voisin ne pourrait-il pas, du moins, forcer le propriétaire à réparer ou à reconstruire son bâtiment, et, sur le refus du propriétaire, obtenir l'autorisation de procéder, aux frais de celui-ci, aux réparations ou à la reconstruction ? Notre ancienne jurisprudence lui reconnaissait ce droit ; mais le Code civil paraît bien le lui retirer par son silence ; d'autant plus qu'il résulte des travaux préparatoires que ce silence est calculé : dans son Rapport au Tribunat, Bertrand de Greville, après avoir rappelé que le droit romain accordait une action à raison de la simple menace du préjudice, ajoute cette explication : ‘Ainsi la seule appréhension du mal donnait ouverture à l'action et pouvait opérer la dépossession ; le projet, au contraire, veut avant tout que le mal soit constant. C'est donc le fait seul de l'écroulement qui peut légitimer la plainte et la demande du lésé et déterminer une condamnation à son profit’. Le législateur avait, d'ailleurs, de bonnes raisons pour rompre ici avec la tradition. L'action dont nous parlons étant une mesure préventive, son exercice peut souvent être vexatoire et donner lieu à une décision arbitraire. Du reste les voisins trouvent une garantie suffisante dans le droit qui appartient à l'autorité administrative d'ordonner la démolition ou la réparation des édifices menaçant ruine. C. pén., art. 471, n. 5”. BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BARDE, Louis. **Traité théorique et pratique de droit civil**. 2. ed. v. 3. 2^a parte. Paris: Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1905, pp. 1.188-1.189.

⁵²² COPI, Irving. **Introdução à lógica**. trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 121.

⁵²³ “A private or civil wrong or injury. A wrong independent of contract. 1 Hill, Torts 1. A violation of a duty imposed by general law or otherwise upon all persons occupying the relation to each other which is involved in a given transaction. *Coleman v. California Yearly Meeting of Friends Church*, 27 Cal.App.2d 579, 81 P.2d 469, 470. There -must always be a violation of some duty owing to plaintiff, and generally such duty must arise by operation of law and not by mere agreement of the parties. *Diver v. Miller*, Del.Super., 148 A. 291, 293”. BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 4. ed. Saint-Paul: West Publishing, 1968, p. 1.660.

PROSSER, após admitir a inexistência de uma satisfatória definição daquele conceito, prima por uma formulação “suficientemente precisa”, enunciando que, em linguagem abrangente, *tort* é um ilícito civil, à parte da violação de um contrato, em face do qual proverá o tribunal um remédio sob a forma de uma ação de perdas e danos. O autor reconhece a possibilidade de outros remédios serem acordados ao ofendido, como a injunção, a restituição natural (*specific restitution*) ou ainda a autotutela (*self-help*), todavia, sua admissibilidade é anteriormente condicionada à possibilidade de se versar uma indenização ao ilícito evitado pela ação daqueles outros remédios⁵²⁴.

A injunção é espécie de remédio proveniente do *common law* por meio do qual, no afã de prevenir um dano futuro, proíbe ou obriga dado comportamento ao seu destinatário. Dotada de “grande eficácia prática” e admitida para toda sorte de dano, subjaz à prova de um perigo iminente. Seu deferimento é também subordinado à discricionariedade do juiz, não se reconhecendo ao demandante a possibilidade de exigi-la⁵²⁵.

Releva consignar os termos manejados pelos autores com formação de *civil law*: TUNC, por exemplo, após expor os três elementos do *tort* – dano causado a outrem, remédio concedido pela lei e a não configuração da violação de um contrato –, traduz excerto de obra norte-americana da seguinte forma: “um *tort* é um ilícito em face do qual se tem o direito de obter um remédio”⁵²⁶. A indenização, a restituição natural e a injunção são formas específicas de *redress* (sendo muito adequado o sentido trazido pelo francês *redresser* de “corrigir” ou “endireitar” a “conduta torta” caracterizadora do *tort*). Sublinha-se, por importante, que na noção de ilícito (*wrong*) se congrega tanto a hipótese de um comportamento culposos (*fautif*) quanto anormal de parte do causador do dano⁵²⁷.

⁵²⁴ “Broadly speaking, a tort is a civil wrong, other than a breach of contract, for which the court will provide a remedy in the form of an action for damages. This, of course, says nothing more than that a tort is one kind of legal wrong, for which the law will give a particular redress. But even this vague statement is inaccurate in one respect, since one important form of remedy for a tort is an injunction, granted in a court of equity, before any damage occurs, while another is the specific restitution of what has been wrongfully taken, and still another is self-help by the injured party. But the availability of all such remedies will depend in the first instance upon the possibility that an action for damages would lie for the wrong thus averted, and so the statement made is sufficiently accurate to serve the purpose”. PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. cit., p. 3.

⁵²⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les effets de la responsabilité. cit., p. 31 (n. 9).

⁵²⁶ “Un tort est un tort (*wrong*) dont il a le droit d’obtenir qu’il soit redressé”. TUNC, André. **La responsabilité civile**. cit., p. 18 (n. 15). O ineditismo com que Tunc trata sua proposta de utilizar o vocábulo “remédio” (*remède*) na tradução de “which the law will redress” (TUNC, André. **La responsabilité civile**. cit., p. 16 (n. 10), nota 1) poderia surpreender os leitores, por exemplo, de Prosser, em cuja obra o termo “remedy” é utilizado correlatamente a “redressment” sem especial questionamento

⁵²⁷ TUNC, André. **La responsabilité civile**. cit., p. 16 (n. 11).

Já se tendo declinado o suficiente, para os fins do presente trabalho, acerca da noção geral de *tort*, importa-nos o estudo de um dos campos da *tort liability*⁵²⁸: *nuisance* é uma ação ou omissão que, de maneira ilícita, incomoda, lesa ou perturba uma pessoa na sua fruição de um imóvel, seja através de um dano material à terra, seja por todo outro obstáculo ao gozo do precitado imóvel ou de todo outro direito real correlato. Dá-se *nuisance*, igualmente, por perturbação à saúde, ao conforto ou de seus hábitos. Sem nenhum embargo da equivalência com o *trespass* (*tort* no qual há a turbação da propriedade imobiliária ou mobiliária de alguém), estabeleceu-se na Inglaterra precedente ainda em 1610 (*Baten's Case* 9 Co, Rep. 53 b – projeção artificial de construção do réu invadia o espaço aéreo da propriedade vizinha) no sentido de referida equivalência não tornar inadmissível a ação por *nuisance*⁵²⁹.

A definição de JENKS traduz uma das linhas de desenvolvimento da *nuisance*, a qual se consolidaria na atual *private nuisance* (interferência no exercício de direitos reais). A outra frente na qual o *tort* examinado se desdobrou detinha feição mais criminal e dizia respeito à violação aos direitos da coroa ou do público em geral, paulatinamente vindo a se firmar como a *public nuisance*. O remédio concedido neste segundo caso, historia-nos PROSSER, permaneceu exclusivamente criminal até o século XVI, quando se reconheceu a possibilidade de um particular ter ação pela violação do direito público contanto que demonstrasse ter suportado dano especial (*special damage*), isto é, distinto do sofrido pelo público em geral em razão da *nuisance*. A poluição de um manancial, a princípio, importa apenas ao proprietário cujas terras são por ela banhadas, mas o fato pode tornar-se uma *public nuisance* caso a fauna aquática morra em defluência da degradação e prejudique especialmente (este acréscimo é nosso) pescadores ou povos originários cuja segurança alimentar dependa daquela. Prescinde-se da afetação de todo o meio comunitário, exigindo-se, ao contrário, que o exercício de um direito comum ao público seja frustrado aos membros da comunidade os quais venham a exercitá-lo (v.g. a obstrução de uma estrada pública aos seus transeuntes)⁵³⁰. Tanto em um caso quanto noutro a grande maioria das ações por *nuisance* confessa a precípua preocupação de *prevenção do dano futuro*⁵³¹.

⁵²⁸ Por muito tempo os tribunais de *common law* consideraram a *nuisance* uma categoria de *tort*, o que passou a ser tido como um engano pela doutrina, porquanto aquela tem mais pertinência com as consequências de uma conduta ilícita (*tortious conduct*) do que com a mesma conduta. Ver, a esse respeito: FRANKLIN, Marc A. [et al]. **Tort law and alternatives: cases and materials**. 10. ed. Saint Paul: Foundation Press, 2016, p. 685; PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. cit., p. 553.

⁵²⁹ JENKS, Edouard. **Digeste de droit civil anglais**. 2. ed. v. 1. Paris: LGDJ, 1923, p. 268.

⁵³⁰ PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. cit., pp. 551, 568, 569 e 590.

⁵³¹ PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. cit., p. 555.

No respeitante ao direito norte-americano, muito a despeito da jurisprudência primeva acerca da *nuisance* ter esta como hipótese de responsabilidade objetiva (*strict liability*), assentou-se como regra geral a aplicação da responsabilidade subjetiva, por dolo (no mais das vezes na sua vertente eventual, de assentimento quanto a um risco) ou negligência (ilustrada pela não tomada de precauções contra um risco aparente ao “homem razoável” – *reasonable man*). Há reserva de responsabilidade objetiva (*strict liability*), entretanto, para o exercício de atividade de alto risco (*ultrahazardous activity*), como a exemplo das que envolvam explosões, depósito de explosivos, perfuração do solo para construção de poços de petróleo e instalação de gasodutos⁵³².

Para sua sanção, o antigo writ de *quod permittat prosternere* era recurso particular especialmente concedido para autorizar o demandante a cessar a *nuisance*. Foi, no entanto, sucedido por ação puramente indenizatória (*action on the case for nuisance*), após o que o direito de fazer cessar, afora o reconhecimento de uma mitigada autotutela (*abatement*), se apenas concedia por discricionariedade do tribunal na prolação de injunção ou ordem para impedir a continuação ou fazer cessar a *nuisance* – mitigada, pois é duvidoso que uma pessoa não beneficiada por injunção ou ordem judicial possa regularmente se autotutelar –, sendo ainda cabível requerer-se injunção para *impedir* a própria concretização de *nuisance* diante da verossimilhança de sua ocorrência⁵³³.

Os repositórios jurisprudenciais relativos à *nuisance*, de resto, bem lembram as casuísticas francesa das perturbações anormais de vizinhança e brasileira do uso anormal da propriedade: emissão de odores prejudiciais, produção de ruídos inusitados ou excessivos, recepção ou exposição voluntárias a doenças contagiosas ou substâncias explosivas ou inflamáveis, inundação do terreno do demandante, expor muro ou edifício a derrubada em condições perigosas, dentre muitas outras⁵³⁴.

3.7.3 Tutela contra o uso anormal da propriedade: generalidades

Tem origem nos tratados de POTHIER a inovadora posição segundo a qual “a vizinhança obriga cada qual a usar de seu patrimônio de maneira que não prejudique seu vizinho”⁵³⁵. O

⁵³² PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. cit., pp. 553-555.

⁵³³ JENKS, Edouard. **Digeste de droit civil anglais**. v. 1. cit., pp. 268 e 273-274.

⁵³⁴ JENKS, Edouard. **Digeste de droit civil anglais**. v. 1. cit., pp. 269, 270, 272, 275 e 277.

⁵³⁵ “*Le voisinage oblige à user chacun de son héritage, de manière qu’il ne nuise pas à son voisin*”. POTHIER, Robert-Joseph. “*Traité de la Société*” (2º apêndice). **Œuvres**: contenant les traités du droit français. v. 3. Paris: Bechet Ainé, 1825, p. 552 (Ed. Dupin). E continua Pothier: “*Cette règle doit d’entendre en ce sens, que quelque liberté qu’un chacun ait de faire ce que bon lui semble sur son héritage, il n’y peut faire rien d’où il puisse parvenir*

ensinamento é claro na sua pretensão de balizar a liberdade do proprietário pela vizinhança, daí se falar de uma *obrigação de vizinhança*⁵³⁶ (por considerá-la um “quase-contrato”, a vizinhança, em POTHIER, detinha natureza mais obrigacional do que real).

Essa doutrina teve relevante influência nas teorias do abuso do direito de propriedade e do exercício *anormal* (ou “excepcional”, para PLANIOL, RIPERT e BOULANGER), posto ambas negarem, por premissa, a natureza absoluta do direito de propriedade ou, ao mínimo, lhe reconhecerem limitações. Pela teoria do exercício anormal do direito se compreende atos praticados no uso da propriedade com caráter excepcional e discrepante das “relações habituais de vizinhança”⁵³⁷.

A jurisprudência, amparada nessa teoria, admitia a responsabilidade do proprietário todas as vezes nas quais o uso anormal (ou “excepcional”) se traduzia em aumento dos inconvenientes da vizinhança. A mesma jurisprudência, diante de casos envolvendo sobretudo o prejuízo causado por estabelecimentos industriais a imóveis privados (por ruído e emissão de odores e fumaças), concedia reparação aos proprietários e impunham os *trabalhos preventivos necessários* para neutralização da anormalidade⁵³⁸. Bastava, na opinião de CHIRONI, a existência de um perigo (v.g. de incêndio, explosão ou de fumos nocivos) encetado por qualquer obra para se salvaguardar judicialmente o vizinho de todo dano passível de advir de tal perigo⁵³⁹.

Podemos averiguar, do resenhado por SAN TIAGO DANTAS⁵⁴⁰, ao menos a confluência entre essa teoria e aquela, jheringiana, do uso normal. Com sua sedimentação na doutrina e na jurisprudência, terminaria por se consolidar, em França sob a rubrica *troubles anormaux de voisinage* (perturbações anormais de vizinhança), e, entre nós, pelo *uso anormal da propriedade*, à capital diferença de, no direito francês, a responsabilidade por perturbação anormal de vizinhança ser obra da jurisprudência. Foi sem arrimo em qualquer texto específico, ressalvada importante reminiscência ao art. 1.382 (atual art. 1.240)⁵⁴¹, que a Corte de Cassação,

quelque chose sur l'héritage voisin, qui lui soit nuisible”. POTHIER, Robert-Joseph. **Œuvres**: contenant les traités du droit français. v. 3. cit., pp. 552-553.

⁵³⁶ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. 5. ed. v. 1. Paris: LGDJ, 1950, p. 1.027 (n. 3.060).

⁵³⁷ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. v. 1. cit., p. 1.026 (n. 3.058). Ver também: RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. cit., pp. 237-8 (n. 128).

⁵³⁸ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. v. 1. cit., p. 1.027 (n. 3.059).

⁵³⁹ CHIRONI, Giampietro. **Istituzioni di diritto civile italiano**. 2. ed. v. 1. Milão: Fratelli Bocca, 1912, p. 331.

⁵⁴⁰ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, pp. 150-9 (nn. 81-3).

⁵⁴¹ CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. v. 2. cit., p. 1.792 (n. 834).

em demanda tratando de odores e ruídos provenientes de compressor instalado em padaria, assentou importante precedente: “ninguém deve causar a outrem uma perturbação anormal de vizinhança”⁵⁴².

Aportando ao direito positivo brasileiro, a tutela contra o uso anormal da propriedade, radicada na disciplina dos direitos de vizinhança, encontra base textual no art. 1.277 do nosso Código Civil, o qual desprezou a normação do conflito de vizinhança pelo supedâneo teórico do “uso nocivo”, outrora acolhido pelo Código Civil de 1916, para eleger no *uso anormal* a fronteira limitadora de exercício das prerrogativas dominiais.

Os bens jurídicos protegidos pela norma do art. 1.277 são a segurança, o sossego e a saúde dos vizinhos, quando se vejam afetadas adversamente pela interferência prejudicial de um proprietário. As interferências prejudiciais catalogadas pela doutrina envolvem, de ordinário, a presença de ruídos excessivos, festas noturnas, emissão de fumaças ou fuligem, gases tóxicos, poluição de águas, criação de animais que exalem maus cheiros ou enxameiem moscas⁵⁴³. Para o juízo sobre a normalidade ou anormalidade do uso apreciado, além dos qualificadores prescritos pelo parágrafo único do art. 1.277, e, como que sintetizando estes últimos, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA propõe dois parâmetros⁵⁴⁴: a aferição do dano causado, bem como se é ou não tolerável; e os usos e costumes locais, significando a necessidade de inserção contextual do uso dominial avaliado, se sucedeu em bairro industrial ou residencial.

Preceitua-se, ainda, a redução ou a eliminação, quando possível, da interferência contestada (CC/02, art. 1.279). É bem de ver, ademais, ser este o lugar normativo, no Código Civil, para as ações de dano infecto⁵⁴⁵ (CC/02, arts. 1.280, *fine* e 1.281). A nunciação de obra nova encontra-se diluída no regramento do direito de construir (CC/02, arts. 1.299 a 1.313). E a norma em exame comporta amplo instrumental disponível ao vizinho para se alcançar a cessação do uso anormal, dentre as quais a execução de obrigação de não fazer (v.g. cessar a emissão de ruídos, fumaças ou gases), como também execução de obrigação de fazer (v.g. demolição de imóvel que ameace ruína) e indenização por danos materiais ou morais, admitida a cumulação com pedido cominatório.

⁵⁴² “Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage” FRANÇA. Corte de Cassação. Acórdão 84-16379, j. 19 nov. 1986. **Bulletin** n. 172, 1986, p. 116.

⁵⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 4. cit., p. 184.

⁵⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 27. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 183.

⁵⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 4. cit., p. 185.

Essas medidas revelam natureza executiva, se as depreendendo do Código de Processo Civil, arts. 139, IV, 497 a 500, 536, § 1º e 537⁵⁴⁶. Interessante mais uma vez notar a influência da tutela processual executiva na tutela material de cessação de um ato ou atividade, antes considerando o art. 12, e agora enfocando o art. 1.277, ambos do Código Civil. É que, malgrado sua natureza material, há tendência da doutrina em conferir maior acento aos influxos de direito processual experimentados por estas normas, redundando em uma visão amplificada da norma secundária em detrimento da norma primária.

Relativa controvérsia existe a respeito de se se trata de campo exclusivamente reservado aos direitos reais ou se há igualmente incidência do direito da responsabilidade civil. A esta objeção cabem diversas respostas. Retome-se, por primeiro, que a própria caracterização do *neminem laedere* como dever de se abster de causar dano a outrem e o seu desdobramento lógico como servindo à proteção da esfera privada e da propriedade (ver n. 3.7) fazem com que seja apenas esperado que se afirme ser o próprio *neminem laedere* o fundamento da responsabilidade civil nas relações de vizinhança⁵⁴⁷.

Permita-se também exame mais atento da própria forma como ocorrida a positivação do art. 1.386 do Código Napoleão (atual art. 1.244). É que esta regra representou uma opção imensamente significativa, do referencial da filosofia deste código e do tratamento da matéria. As perturbações de vizinhança (em cujo estudo se encontra a caução de dano infecto e a nunciação de obra nova) não eram, no direito romano, matéria afeita à *obligatio ex delicto*. Foi o Código Napoleão que a trouxe ao direito da responsabilidade civil ao preceituar norma cujo texto foi inserido no capítulo sobre os delitos e quase-delitos (antigos arts. 1.382 a 1.386), jungindo seu tratamento, portanto, ao da responsabilidade civil.

A se considerar, por último, o magistério jurisprudencial, referido nexos continua irretorquível, as perturbações de vizinhança sendo reconduzidas desde há muito ao campo da responsabilidade civil pelos tribunais franceses⁵⁴⁸, não escapando da mesma tendência as cortes brasileiras, nossos comentadores doutrinando sobre inegável hipótese de *responsabilidade objetiva exsurgida do uso anormal da propriedade*⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. cit., p. 1.208.

⁵⁴⁷ SAVATIER, René. **Traité de responsabilité civile en droit français**. v. 1. cit., p. 91 (n. 71); CARVALHO SANTOS, João Manoel de. **Código Civil brasileiro interpretado**. v. 8. cit., p. 8.

⁵⁴⁸ CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. v. 2. cit., p. 1.785. Confirma-se também: “*Les tribunaux, bien qu’ils se gardent généralement de qualifier ces diverses activités nuisibles à autrui d’abus de droit, n’en condamnent pas moins leur auteur sur le fondement de l’art. 1382, soit parce qu’il dépasse la limite des inconvénients normaux résultant du voisinage, soit parce qu’il n’a pas pris les précautions nécessaires pour les faire cesser ou les atténuer dans toute la mesure du possible*” CAPITANT, Henri; WEILL, Alex; TERRÉ, François. **Les grands arrêts de la jurisprudence civile**. 7. ed. Paris: Dalloz, 1976, p. 408 – realces acrescentados.

⁵⁴⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**. cit., p. 1.208.

Poder-se-ia objetar, pela leitura de nossas leis civis, que nosso direito não recepcionou essa tendência (CC/16, arts. 554 e 555 e CC/02, arts. 1.277, 1.280 e 1.281). O argumento avançaria ainda mais se se opusesse que tais regras tutelam o vizinho tão somente enquanto vizinho, nada tendo com a responsabilidade civil. Pois bem, de proêmio, insiste-se no *neminem laedere* como fundamento desta hipótese de responsabilidade civil objetiva, tal como entranhada à aplicação do art. 1.277 do Código Civil, a sugerir que a incidência normativa em casos de conflito de vizinhança indubiosamente envolve também as normas do direito da responsabilidade civil.

Respondendo ao segundo argumento, é o momento propício para advogarmos, aqui, a leitura conjunta do art. 1.277 do nosso atual Código Civil com os arts. 12 do mesmo código e 5º, XXXV da Constituição. A partir do momento em que o uso anormal da propriedade suscita ameaça de dano ao vizinho, estes três dispositivos incidem em uníssono. A necessidade de *proteção* ao vizinho enquanto *pessoa* articula-se com o fundamento constitucional e legal da prevenção de danos, a qual, é de se repetir, é operacionalizada pelo direito da responsabilidade civil. Precizada a recondução da tutela do uso anormal da propriedade ao direito da responsabilidade civil, cabe agora o exame da matéria pela perspectiva funcional precedentemente adotada, objetivando-se estabelecer a operacionalização da função de prevenção enquanto proação.

3.7.4 Tutela contra o uso anormal da propriedade: operacionalização da função preventiva

Em havendo anormalidade no exercício do direito de propriedade, aprende-se com TITO FULGÊNCIO, ao vizinho *ameaçado* ou prejudicado abre a lei o ingresso em juízo para *prevenir o mal* ou reparar o dano⁵⁵⁰. O domínio do uso anormal da propriedade é deveras muito profícuo à investigação de manifestações preventivas da responsabilidade civil. Sem embargo, a primeira objeção posta a tal perquirição é a própria caracterização da cessação do ilícito, no modo em que apresentada por BLOCH, como centrada na neutralização de uma situação antijurídica atual, o que parece excluir, a princípio, a responsabilidade por uso anormal da propriedade ou perturbação anormal de vizinhança, visto sua natureza objetiva.

Em efeito, conseqüência da filiação da cessação do ilícito à função normativa da responsabilidade civil, para se pleitear uma medida de cessação é inafastável a *caracterização da conduta ou atividade cuja cessação se busca como antijurídica*, à falta do que se deverá

⁵⁵⁰ FULGÊNCIO, Tito. **Direitos de vizinhança**: limites de prédios. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 13.

contentar em reparar as consequências danosas daquelas; do contrário, cancelar-se-ia desarrazoadas intervenções judiciais a atividades lícitas dos proprietários. A posição de BLOCH exclui do âmbito da cessação do ilícito a responsabilidade por dano nuclear em si mesma considerada, bem como outras hipóteses de responsabilidade civil objetiva⁵⁵¹, inclusa a própria responsabilidade por perturbação anormal de vizinhança. A potencial contradição daí decorrente é clara: o autor teria de tortuosamente conciliar à sua teoria o fato de comumente se ordenar ao proprietário, em sede de responsabilização por uma perturbação anormal, a realização dos trabalhos necessários com vistas a neutralizar a perturbação gerada, atuação qualificada pelo autor em mais de uma oportunidade como cessação do ilícito, não como reparação⁵⁵².

Na eliminação dessa contradição, nenhum dos caminhos possíveis se afigura tecnicamente satisfatório: ou se classifica como medidas reparatórias aquelas usualmente tomadas para se *cessar* o uso anormal; ou se concebe uma exceção à regra geral de inadmitir a cessação do ilícito para casos de responsabilidade civil objetiva. Interessantemente, BLOCH não trilha nenhuma destas veredas: a solução que versa se pauta pela proposta de uma classificação das próprias perturbações de vizinhança entre *ilícitas* (v.g. construção erguida em desobediência a normas urbanísticas ou derrame de produtos químicos em um rio) e *anormais* (v.g. ruído de indústria já devidamente aparelhada para reduzi-lo)⁵⁵³.

A constatação incipiente de BLOCH é a corriqueira qualificação jurisprudencial de situações fáticas como perturbações anormais (*troubles anormaux*), mas que comportariam, de igual guisa, sanção pelo art. 1.240 do Código Civil francês, por revelarem violação a uma disposição legal ou regulamentar expressa ou à própria “norma fundamental de comportamento” do mesmo art. 1.240 (v.g. despejo de produtos químicos em rio⁵⁵⁴). O caráter ilícito de tais perturbações faz o autor induzir a categoria das perturbações ilícitas de vizinhança

⁵⁵¹ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 133 (n. 127) e 316-317 (nn. 276-277).

⁵⁵² BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 138 (n. 129) e 335-336 (n. 284).

⁵⁵³ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 333 (n. 283). A distinção defendida guarda sintonia com o art. 1.340 do Anteprojeto Catala: “*Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer*”. Manter-se-á a tradução de *trouble illicite* na literalidade de *perturbação ilícita* por não se estar diante do mesmo risco de ambiguidade representado pela tradução de *fait illicite*.

⁵⁵⁴ Confirma-se abordagem jurisprudencial pelo direito de vizinhança: BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação 1.0239.14.001400-6/002, rel. Jaqueline Albuquerque, 10ª Câmara Cível, j. 2 mar. 2021 (poluição de curso d'água banhando propriedade particular); Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1009526-53.2015.8.26.0032, rel. Kenarik Boujikian, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 15 fev. 2017 (derramamento de vinhaça em aquífero construído pelo vizinho); Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Agravo de Instrumento 01.002842-0, rel. Rafael Godeiro, 2ª Câmara, j. 20 jun. 2002. **Revista dos Tribunais**. v. 806. dez. 2002, p. 322 (despejo de água suja e restos de lagostas e camarões no Rio Maceió).

(*troubles illicites de voisinage*), domínio o qual circunscreveria com exatidão a atuação da cessação do ilícito, posto se estar diante de fato violador do direito, não de atividade lícita. Acomoda-se, portanto, a situação intermediária das perturbações ilícitas de vizinhança ao lado dos casos de abuso do direito de propriedade e de perturbações anormais, tirando-se uma “responsabilidade por fato violador do direito” (*responsabilité pour fait illicite*)⁵⁵⁵.

Precisar essa nova categoria permite a BLOCH conservar indene a coerência de sua teoria, pois que aberta à responsabilidade civil engajada por perturbação *ilícita* de vizinhança a possibilidade jurídica de sua cessação completa, tanto na hipótese de risco certo de dano quanto na de fato antijurídico atual.

Outra a situação na qual todas as precauções necessárias e razoáveis foram tomadas pelo proprietário, não estando, então, o juiz credenciado a cessar sua atividade ou lhe reger o exercício, posto apenas se mostrar legítimo que o faça para adequar uma atividade ilicitamente exercida ao ordenamento jurídico, do qual se apartou. Não se deixa de negar justiça ao vizinho, ainda sendo admissível que postule reparação pecuniária ou *in natura* pelas consequências danosas da atividade lícita do proprietário (v.g. indenização por danos materiais, compensação por danos morais ou a despoluição das águas ou solo degradados)⁵⁵⁶. É este, para BLOCH, o perfil a ser assumido pela teoria das perturbações anormais de vizinhança, puramente reparatória ou curativa, despojada de qualquer função preventiva a qual apenas irregularmente poderia exercer; do contrário, deixaríamos reconhecida ao juiz a prerrogativa de interferir em atividades lícitas e socialmente úteis sem qualquer baliza⁵⁵⁷.

Antes de apreciar a divisão postulada, cumpre externar, por relevante, dois de seus subsídios teóricos: em primeiro lugar, BLOCH adota a reprisada definição de culpa (*faute*) posta por PLANIOL: “a culpa é uma inobservância a uma obrigação preexistente”⁵⁵⁸. Aplica a ela, não

⁵⁵⁵ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 328-330 (nn. 281-2) e 337 (n. 284). Confira-se: “*L'essentiel est de bien voir la distinction qu'ils invitaient tous deux à opérer entre, d'une part, l'hypothèse des troubles illicites de voisinage, provoqués par la violation des règles de conduite qui s'évincent des lois ou des règlements ou, tout simplement, de la norme fondamentale de comportement contenue dans l'article 1382 et, d'autre part, celle des troubles anormaux de voisinage provoqués par l'activité licite du voisin.*” BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 333 (n. 283).

⁵⁵⁶ BRASIL. 1º Tribunal da Alçada Civil de São Paulo. Apelação 379.210, rel. Maurício Vidigal, 2ª Câmara, j. 4 nov. 1988. **Revista dos Tribunais**. v. 628. fev. 1988, p. 138 (indústria poluidora condenada a indenizar danos materiais decorrentes da desvalorização de imóvel apesar de ter instalado equipamentos antipoluentes).

⁵⁵⁷ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 338-339 (n. 285) e 340 (n. 286).

⁵⁵⁸ “*La faute est un manquement à une obligation préexistante, dont la loi ordonne la réparation quand il a causé un dommage à autrui*”. PLANIOL, Marcel. **Traité élémentaire de droit civil**. 11. ed. v. 2. Paris: LGDJ, 1931, p. 302 (n. 863).

obstante, o reparo de substituir “obrigação” por norma de conduta⁵⁵⁹, tiradas tanto de textos legais ou regulamentares quanto da própria “norma fundamental de comportamento” inscrita art. 1.240 do Código Civil francês. É então focalizado o “elemento objetivo”⁵⁶⁰ da culpa, a antijuridicidade (*illicéité*), constituída precisamente pela violação de alguma destas normas de conduta⁵⁶¹.

Em efeito, o pensamento de BLOCH revela uma prevalência do elemento objetivo da *faute*, a antijuridicidade (*illicéité*) sobre o elemento subjetivo daquela, a imputabilidade (*imputabilité*), tarefa da qual mais facilmente se desincumbe filiando-se à escola de PLANIOL. Apenas assim se pode compreender a norma do art. 1.240 como sendo verdadeira “norma fundamental de comportamento”, desempenhando papel integrador às prescrições legais e administrativas já devidamente positivadas.

Por segundo e último, a diferenciação entre perturbações ilícitas e anormais não é sem precedente na doutrina francesa: DEMOGUE retém a antijuridicidade dos atos danosos praticados por vizinhos cujo dano poderia ter sido evitado com a tomada de certas precauções. Agora, diante de situação na qual não haja contrariedade a direito, pode-se apenas condenar a uma indenização, não na “cessação do trabalho”. É dizer, a exploração de um imóvel pode entranhar prejuízo a um vizinho mesmo se irretocável o proceder do proprietário, o qual adotou todas as

⁵⁵⁹ Ripert e Boulanger ratificam a precisão: “*Comme on l’a déjà indiqué (n° 904), la règle de l’art. 1382 suppose une règle de conduite. Tout homme, par cela, seul qu’il vit en société, doit observer les règles de la morale et de l’ordre social. S’il contrevient à l’obligation générale de bien se conduire, il est en faute (...). Tantôt l’obligation est précisée par la loi ou par un contrat; tantôt elle est donnée par les préceptes généraux de la morale et du droit, que le juge doit faire respecter*”. PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. 3. ed. v. 2. Paris: LGDJ, 1949, p. 311 (n. 913) – realces acrescentados. A expressão que utilizaremos será “norma de conduta”, à mesma maneira que: AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. cit., p. 149; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. cit., p. 94 (n. 58).

⁵⁶⁰ AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. cit., p. 133; ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 246 (n. 173).

⁵⁶¹ Ripert e Boulanger, em anotação ao *Tratado* de Planiol, consignaram como que uma equiparação entre *faute* e *illicéité*: “*La faute est l’acte contraire à la loi. Mais comme il n’est pas nécessaire qu’il y ait violation d’une disposition légale expresse pour qu’il y ait responsabilité, le mot faute désigne tout aussi bien l’acte contraire à la légalité que l’acte contraire à la moralité ou à l’habileté. Peut-être les art. 1382 et 1383 n’ont-ils été écrits que pour ces dernières fautes, les obligations imposées d’une façon précise par la loi étant suffisamment assurées par leurs sanctions propres. La plupart des Codes modernes ont abandonné les expressions anciennes de délit et de quasi-délit et même l’expression de faute, pour y substituer celle d’acte illicite qui est pourtant, dans son sens littéral, plus étroite que celle de faute*” PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. v. 2. cit., p. 325 (n. 950) – realces acrescentados. A noção francesa de culpa é suficientemente flexível para, em alguns casos, como o da afronta a normas urbanísticas, comportar caracterização apenas com a apreensão da ilicitude: “*L’abondance accrue de certaines réglementations, jointe à une réflexion nouvelle sur leurs finalités, a pourtant conduit certains auteurs à soutenir qu’à elle seule, une méconnaissance des contraintes d’urbanisme ne suffisait pas à constituer les contrevenants en faute, et à les obliger soit à verser des dommages-intérêts, soit à démolir, dès lors que l’administration, restant inactive, avait laissé faire. Mais la jurisprudence n’a pas consacré cette solution. Fort heureusement à notre avis: elle aurait exposé à l’arbitraire de l’administration des particuliers qui, ayant par hypothèse subi un dommage, doivent pouvoir obtenir réparation*”. WEILL, Alex; TERRÉ, François. **Droit civil: les obligations**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1975, pp. 673-674 (n. 620).

precauções cabíveis na espécie, hipótese na qual a única condenação cabível é a indenização⁵⁶². Raciocínio semelhante é lido em GENEVIÈVE SCHAMPS, a qual, no desenvolvimento da doutrina da *mise en danger*, pontifica que o só fato de fazer nascer um risco não é em si mesmo culposos (*fautif*), mas pode vir a sê-lo quando um estado de fato perigoso é criado à causa da deficiência na tomada das precauções cabíveis para elidir o prejuízo⁵⁶³. E, anteriormente a todos estes, PLANIOL já advertia que mesmo frente à teoria do risco, cumpriria perquirir se à origem da criação de um risco haveria um *fato culposos (fait fautif)*⁵⁶⁴.

Pois bem, à apreciação da classificação de BLOCH. Em primeiro relance, a proposta do autor é algo tentadora. A jurisprudência sobre uso anormal da propriedade amiúde desce à configuração de conduta culposa do proprietário, muito embora seja objetiva a responsabilidade do art. 1.277 do Código Civil⁵⁶⁵. Ademais, em doutrina, ao lado de se professar a mesma natureza objetiva, se a vincula à infringência de norma, seja ela proveniente da lei civil, da legislação municipal ou dos regulamentos edifícios⁵⁶⁶.

Sem embargo, a classificação não é estreme de escrutínio: ponto de fragilidade nela é a admissão feita por BLOCH da cessação do ilícito para o caso do lago particular cujas águas se encontravam a nível anormalmente alto. A espécie parece apenas comportar qualificação como perturbação ilícita com o apelo ao dever geral de prudência contido nos arts. 1.240 e 1.241 do Código Civil francês, o que explicaria a invocação de BLOCH a “regras de prudência”⁵⁶⁷. Não obstante, admitir-se na denotação da antijuridicidade situações como esta poderia implicar na absorção do próprio conceito de anormalidade. Este flanco exposto do pensamento de BLOCH

⁵⁶² DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. v. 4. Paris: Arthur Rousseau, 1924, pp. 400-401 (n. 705), 405 (n. 711), 406 (n. 713).

⁵⁶³ SCHAMPS, Geneviève. **La mise en danger**: un concept fondateur d’un principe général de responsabilité. Bruxelas: Bruylant, 1998, p. 822 (n. 301).

⁵⁶⁴ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (colab.). **Traité élémentaire de droit civil**. 11. ed. v. 2. Paris: LGDJ, 1931, p. 304 (n. 863-ter).

⁵⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação 0059177-88.2017.8.19.0002, rel. Cléber Ghelfenstein, 2ª Câmara Cível, j. 15 jun. 2021. **Revista dos Tribunais**. v. 1.030. ago. 2021, p. 529 (“comportamento negligente e displicente”); Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação 0724873-24.2018.8.07.0001, rel. Esdras Neves Almeida, 6ª Turma Cível, j. 29 jan. 2020. **Revista dos Tribunais**. v. 1.014. abr. 2020, p. 485 (“postura negligente quanto aos deveres condominiais”); Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70018092973, rel. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, 18ª Câmara Cível, j. 12 mar. 2009. **Revista dos Tribunais**. v. 884. Jun. 2009, p. 315 (“agir negligente para com os vizinhos”); Tribunal de Justiça do Paraná. Ap. 160.139-6, rel. Airvaldo Stela Alves, 6ª Câmara, j. 16 fev. 2005. **Revista dos Tribunais**. v. 835. Mai. 2005, p. 335 (“irregular funcionamento do estabelecimento comercial do terreno vizinho, a caracterizar o nexo de causalidade entre o dano e a atitude culposa”).

⁵⁶⁶ “Se a atuação nociva do agente encontra vedação expressa na lei civil ou na legislação municipal, nos regulamentos edifícios e normas gerais, a só infringência da norma conduz à obrigação de indenizar, independentemente de indagação preliminar e comprovação de culpa pelo autor, se decorrer dano efetivo”. STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 937.

⁵⁶⁷ BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 139 (n. 129).

não passou despercebido por SINTEZ, para quem medidas de cessação da perturbação anormal coexistem com aquelas de cessação da perturbação ilícita, porquanto exige-se igualmente do proprietário que *adapte preventivamente* sua atitude a fim de não gerar uma perturbação anormal a seu vizinho⁵⁶⁸.

Ademais, muito dificilmente veria o jurista brasileiro utilidade na classificação proposta, porquanto satisfaz-se a norma do art. 1.277 do CC/02 com a interferência intolerável de proprietário e o nexos causal com um dano infligido ao vizinho. A asserção é correta sob uma perspectiva reparatória, mas problematizável se o que se busca passa a ser a prevenção de danos, porquanto os aportes da cessação do ilícito e da tutela jurisdicional contra o ilícito propugnam enfoque diferenciado na antijuridicidade. Além disto, a aplicação do princípio da prevenção no direito da responsabilidade civil, como explicitaremos no próximo capítulo, depender mais do art. 186 do CC/02 do que do art. 1.277 do mesmo Código.

Caminhando para o fechamento do presente capítulo, as premissas convenientes de reter dos desenvolvimentos concernentes às medidas de prevenção em sentido estrito (isto é, manifestações de cessação do ilícito ou de antecipação à realização certa do dano), são as seguintes: a transgressão a um preceito de direito público pode repercutir em interesses particulares, possibilitando a incidência do direito da responsabilidade civil para prevenir ou cessar o fato violador do direito.

A doutrina germânica apresenta interessante aporte ao estudo da cessação do ilícito ao descrever o suporte fático do § 823 do BGB como dotado de uma dupla significação, porquanto, na presença unicamente de dada conduta antijurídica, opera-se a “consequência mais atenuada” de uma pretensão de eliminação. Com isto se apregoa, a nosso ver, uma ampliação da hipótese normativa do § 823 do BGB, norma tendo tradicionalmente por objeto o ato ilícito.

A operacionalização do princípio da prevenção na responsabilidade civil parece pressupor um fato violador do direito ao qual se prende um estado de coisas juridicamente qualificado como perturbação (*trouble*), noção não cultivada pelo direito brasileiro, mas de considerável utilidade para se descrever situações de dissociação temporal entre o fato que a constitui e o dano ainda não ocorrido.

⁵⁶⁸ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., pp. 78-79 (n. 108) e nota 387. Ver também: TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., p. 636 (n. 1.017). Vale o registro de que o julgado invocado por Tapinos para reforçar seu argumento de cessação de uma perturbação anormal tratava da demolição *ilegal* de um quartel histórico situado no campo de um edifício tombado (TAPINOS, Daphné. op. cit., pp. 636-637 (n. 1.018)).

4. RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA: DENSIFICAÇÃO CONCEITUAL E APLICAÇÕES

Se o capítulo 3 é uma estrada, este de agora é o seu termo. Objetiva-se, aqui, apresentar nossa concepção de uma responsabilidade civil preventiva afinada com o direito positivo brasileiro e operacionalizada máxime pelos princípios da prevenção e da precaução, tal apenas sendo possível graças aos subsídios teóricos obtidos nos capítulos anteriores.

Em efeito, a obtenção do que se chamou de prevenção enquanto proação, subdivisão da função preventiva da responsabilidade civil, torna necessário, por sua vez, um reexame da definição da própria responsabilidade civil, nem que para termos operacionais somente, de modo a se evitar que nossos desenvolvimentos posteriores não sejam encontrados com a contradição de manejarmos ao longo de nosso percurso teórico sua definição tradicional de conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da reparação do dano.

4.1 Filosofia contemporânea da responsabilidade

É bem repisada a origem etimológica do léxico “responsável” como sendo *spondeo*, o devedor de uma estipulação no direito romano, o qual se obrigava respondendo positivamente à pergunta do estipulante (futuro credor)⁵⁶⁹. A noção de “responsabilidade”, a partir daí, se jungiu como que irremediavelmente com a obrigação de *responder* por coisa ou por ação, própria ou de outro⁵⁷⁰. Apenas com esta simples recapitulação semântica se poderia observar que as várias definições de base etimológica não operam por si só distinção entre atos do passado e do futuro⁵⁷¹.

PAUL RICOEUR, no entanto, proporrá ser fora do campo semântico do verbo *responder*, quer se trate de “responder por” ou “responder a” que se deve investigar o conceito da relação obrigacional primitiva, da qual a obrigação de reparar é corolário. O que chama de

⁵⁶⁹ VILLEY, Michel. “Esboço histórico sobre o termo responsável”. *Revista Direito GV*. v. 1. n. 1, mai. 2005, p. 136. Trata-se de republicação de VILLEY, Michel. “Esquisse historique sur le mot responsable”. *Archives de philosophie du droit*. v. 22. Paris: Sirey, 1977, pp. 45-58.

⁵⁷⁰ AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. v. 4. Rio de Janeiro: Delta, 1978, p. 3.168; FIGUEIREDO, Cândido de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. v. 2. Rio de Janeiro: W. M. Jackson, 1939, p. 832; LITTRÉ, Émile. *Dictionnaire de la langue française*. v. 4. Paris: Hachette, 1901, p. 1.669.

⁵⁷¹ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?”. *Revue trimestrielle de droit civil*. v. 98. n. 3, jul./set. 1999, p. 574.

“responsabilidade a montante” (*responsabilité en amont* – referência ao lugar de onde vêm as águas de um rio) reside no termo *imputar* (*putare*, cálculo)⁵⁷².

O juízo de imputação estabelece um liame subjetivo entre a ação e o agente, e, segundo RICOEUR, conduz ao também juízo da retribuição, no qual se inclui a reparação. Recorrendo à definição do Dicionário de Trévoux, RICOEUR chega no que afirma ser o núcleo do termo *imputar*: a *atribuição de ação*⁵⁷³. Ter alguém como responsável é atribuir-lhe uma ação na condição de *verdadeiro autor* dela. E tal ação, para ser imputável, é preciso ser voluntariamente praticada, aí residindo a raiz da ideia moral de imputação, a saber, na *espontaneidade livre* do agente (comparar com o capítulo 3, n. 3.1.1).

Essa concepção moral de responsabilidade foi superada pela progressiva juridicização do conceito de imputação, ultimado por Kelsen, para quem se deveria tomar imputação meramente como o enlace entre hipótese e consequência expressado pela proposição jurídica⁵⁷⁴. Ao seu termo, a ideia de retribuição do ato ilícito substituiu a noção de atribuição de ação (dependente da ideia moral de imputação), daí resultando o conceito puramente jurídico de responsabilidade de reparar o dano ou suportar a pena. A atribuição da ação enquanto liame subjetivo entre ação e seu autor, sofre, então, decisivo revés com a objetivação da responsabilidade civil⁵⁷⁵ (ver capítulo 3, n. 3.1.2).

Sem embargo, se, por um lado, a ideia moral de imputação, originariamente concebida ao lado da de responsabilidade, regride ainda mais, a ideia moral de responsabilidade é freneticamente retomada. CATHERINE THIBIERGE, a esse respeito, testemunha uma verdadeira efervescência da reflexão ética e filosófica sobre o tema da responsabilidade⁵⁷⁶. O próprio HANS

⁵⁷² RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité: essai d’analyse sémantique”. **Le juste**. Paris: Esprit, 1995, p. 43.

⁵⁷³ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité: essai d’analyse sémantique”. **Le juste**. cit., pp. 44-45. O trecho do Dicionário consultado é o seguinte: “*Imputer une action à quelqu’un, c’est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre, pour ainsi parler, sur son compte, et l’en rendre responsable. Or il est manifeste que c’est une qualité essentielle des actions humaines, en tant que produites et dirigées par l’entendement et par la volonté, d’être susceptibles d’imputation, c’est-à-dire que l’homme puisse en être légitimement regardé comme l’auteur, ou comme la cause productrice, et que par cette raison, on soit en droit de lui en faire rendre compte, et de rejeter sur lui les effets qui en sont les suites naturelles. En effet, la véritable raison pourquoi un homme ne saurait se plaindre qu’on le rende responsable d’une action c’est qu’il l’a produite lui-même, le sachant et le voulant. Presque tout ce qui se dit et se fait entre les hommes, suppose ce principe communément reçu, et chacun y acquiesce par un sentiment intérieur*”. (**Dictionnaire universel françois et latin**: vulgairement appelé Dictionnaire de Trévoux. v. 5. Paris: Compagnie des Libraires Associés, 1771, p. 109). Perceba-se que da ideia de “imputar” ecoa o que Ricoeur chama de “contabilidade moral dos méritos e deméritos”, de equivalência exata com a concepção moral de responsabilidade explorada no primeiro momento de sua evolução (o “momento da liberdade” – ver capítulo 3, n. 3.1.1).

⁵⁷⁴ Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. trad. Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 95.

⁵⁷⁵ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité: essai d’analyse sémantique”. **Le juste**. cit., pp. 51 e 58-59.

⁵⁷⁶ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?”. **Revue trimestrielle de droit civil**. v. 98. n. 3, jul./set. 1999, p. 563.

JONAS, anteriormente estudado, é um dos exemplos mais proeminentes deste movimento de retomada.

O questionamento, então, é se tal momento traduz um “deslocamento a montante” da responsabilidade jurídica, a qual a levaria a *attitudes (démarches) de precaução e de prudência aptas a prevenir o dano*.⁵⁷⁷ O homem *deve-se sentir responsável*, conclama PHILIPPE LE TOURNEAU⁵⁷⁸, se não pela ideia moral de imputação, por outra vereda. Não é o conceito de risco, continua RICOEUR, a força motriz deste movimento, porquanto, a se supor sua completa dominação do direito da responsabilidade civil, estaríamos diante da situação de se segurar contra todo e qualquer risco, *não de proativamente evitar danos*. E os princípios da prevenção e da precaução são “opostos à cobertura securitária”⁵⁷⁹.

RICOEUR teoriza então duas grandes mudanças operadas na noção de responsabilidade: por primeiro, um deslocamento de objeto consistente em a pessoa vulnerável e frágil, porque colocada sob o encargo do agente, converter-se em objeto direto de sua responsabilidade. O objeto da responsabilidade passa a ser, por generalização, a própria *condição vulnerável*⁵⁸⁰.

O significado disso se faz à evidência compreendido com a segunda mudança, pela qual há um também deslocamento, mas desta vez do *alcance* da responsabilidade, o ponto focal desta se tornando a *vulnerabilidade futura* do homem e do seu ambiente à vista da enorme extensão temporal e espacial dos efeitos dos atos humanos. Esta *escala cósmica* dos atos humanos leva a pensar a vulnerabilidade futura por meio de *redes de gerações humanas*⁵⁸¹. O desafio evidente é determinar, diante de “causalidades múltiplas e complexas”⁵⁸², a circunscrição no tempo e no espaço da responsabilidade pelos efeitos decorrentes das condutas humanas.

Desenrolando ainda mais o fio conduzido por RICOEUR, CATHERINE THIBIERGE sintetiza a contribuição da filosofia contemporânea acerca da ideia de responsabilidade em três ideias: a) *extensão do objeto da responsabilidade*: objetiva-se a proteção da própria sobrevivência, tanto da presença humana futura quanto da natureza; b) *extensão da responsabilidade no tempo*: a grande projeção causal das ações humanas (HANS JONAS) atrai o futuro para a óptica da responsabilidade e, para protegê-lo, cogita-se de uma responsabilidade do que deve ser feito; c) *extensão da responsabilidade quanto às pessoas*: a “escala cósmica” (PAUL RICOEUR) presente

⁵⁷⁷ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité: essai d’analyse sémantique”. **Le juste**. cit., p. 61.

⁵⁷⁸ LE TOURNEAU, Philippe. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1976, p. 17.

⁵⁷⁹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 146.

⁵⁸⁰ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité: essai d’analyse sémantique”. **Le juste**. cit., pp. 61-63.

⁵⁸¹ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité: essai d’analyse sémantique”. **Le juste**. cit., pp. 63 e 65.

⁵⁸² SADELEER, Nicolas de. “Le statut juridique du principe de précaution”. In: EWALD, François; GOLLIER, Christian; _____. **Le principe de précaution**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008, p. 99.

nas perturbações causadas por ações humanas, por se espriarem no futuro, tornam impossível a não introdução das “redes de gerações” (PAUL RICOEUR) potencialmente afetadas⁵⁸³.

Da combinação de ambas as mudanças acima expostas, e igualmente dessas três ideias-síntese, se concebe – além da tradicional orientação retrospectiva ou curativa da responsabilidade – uma *orientação mais deliberadamente prospectiva* em função da qual a prevenção de “inconvenientes” (*nuisances*)⁵⁸⁴ restaria ao lado da diretriz de reparação dos danos já cometidos. Disto se evidencia a polissemia da ideia de responsabilidade: responde-se tanto *negativamente* (pelos danos causados por alguém ou algo; pelo que foi feito; por meio da reparação) quanto *positivamente* (pela integridade de alguém ou algo; pelo que deve ser feito; por meio da antecipação)⁵⁸⁵.

Em síntese, submergida a ideia moral de imputação, a inesperada retomada da ideia moral de responsabilidade é explicada, por RICOEUR, como um “deslocamento a montante” da mesma responsabilidade em direção a *atitudes de precaução e de prudência aptas a prevenir o dano*. Diante do justo protagonismo da filosofia solidarista do risco em aproximar a vítima da reparação sem a concorrência da culpa, torna-se ao agir responsável exprimido pela prevenção de danos como alternativa a evitar a “total desresponsabilização da ação”⁵⁸⁶. Não parece mero acaso tais enunciações coincidirem com o advento da sociedade de risco. Cuida-se, em uma palavra, de responsabilizar no presente por ameaças de prejuízos situados no futuro.

4.2. Ideia jusfilosófica da responsabilidade preventiva

As reflexões éticas sobre a responsabilidade enfeixadas na seção antecedente e no capítulo 1, ao passo que assentem a tônica da mesma responsabilidade na sua dimensão prospectiva, “constituem um aporte precioso à construção de uma responsabilidade jurídica preventiva”⁵⁸⁷.

As perquirições sobre uma tal responsabilidade de orientação prospectiva prosseguiram na esfera jusfilosófica pelos trabalhos de CATHERINE THIBIERGE, desta vez logrando ampla projeção na doutrina de diversos países. Colhendo dos ensinamentos sobretudo de PAUL

⁵⁸³ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?”. *Revue trimestrielle de droit civil*. v. 98. n. 3, cit., pp. 576-578.

⁵⁸⁴ RICOEUR, Paul. “Le concept de responsabilité: essai d'analyse sémantique”. *Le juste*. cit., p. 65.

⁵⁸⁵ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?”. *Revue trimestrielle de droit civil*. v. 98. n. 3, cit., p. 574.

⁵⁸⁶ SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011, pp. 314-316 (nn. 554-555).

⁵⁸⁷ TAPINOS, Daphné. *Prévention, précaution et responsabilité civile*: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: l'Harmattan, 2008, p. 567 (n. 883).

RICOEUR e HANS JONAS, a autora leva à evidência, em largas páginas plenas de argumentos e fatos, que o cenário atual em cujo centro se acha a responsabilidade civil em muito lembra aquele do fim do século XIX e de grande porção do século XX. Lá, a aparição e multiplicação dos acidentes ligados à evolução técnica pôs luz nas insuficiências da responsabilidade exclusivamente fundada na culpa e conduziu ao surgimento de uma responsabilidade sem culpa, eixada na teoria do risco, apta a responder à nova conjuntura fática trazida pela crescente industrialização. Tal não teria sido possível sem uma flexibilização do regime da própria responsabilidade, consequência de circunstâncias fáticas novéis que sublinharam a estreiteza (e, daí, a insuficiência) do quadro jurídico da época.

Agora, se esse cenário de outrora se nos reapresenta, tal ocorre em uma escala mais vasta, com o advento de novos danos, de amplitude e natureza até então desconhecidas, particularizados por sua gravidade e irreversibilidade. O aparecimento destes danos rende necessária uma nova evolução do regime da responsabilidade, agora conducente a uma *responsabilidade preventiva*, não apenas voltada à reparação de danos já consumados, mas igualmente direcionada à evitação destes novos danos, para os quais a reparação perde seu sentido⁵⁸⁸.

Em efeito, as soluções pensadas no evoluer do século XX com o intuito de se fazer frente à multiplicação dos acidentes são de caráter manifestamente retrospectivo (seguros, fundos de indenização, socialização de riscos etc.), daí THIBIERGE indagar acerca da possibilidade de o direito da responsabilidade civil intervir para impedir a sobrevinda dos danos de vasta escala.

A resposta afirmativa, assim como quando do surgimento da teoria do risco, perpassa por uma evolução (a qual implicará novamente em uma “flexibilização”) do regime da responsabilidade, de modo a se responder às necessidades econômicas e sociais desta atualidade. Uma nova flexibilização do regime da responsabilidade civil redundaria em uma *mudança de paradigma* a partir da qual não mais se cogitaria da responsabilidade como unicamente tornada ao passado, mas igualmente ao futuro, em uma exigência de prudência, prevenção e de precaução refletida na própria presença humana futura. É exatamente a “orientação mais deliberadamente prospectiva” de RICOEUR, também subscrita por THIBIERGE⁵⁸⁹.

⁵⁸⁸ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?”. *Revue trimestrielle de droit civil*. cit., p. 561; _____. “Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir”. *Recueil Dalloz*. n. 9. 2004, p. 578.

⁵⁸⁹ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?”. *Revue trimestrielle de droit civil*. cit., pp. 566, 572, 577, 579, 580; _____. “Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir”. *Recueil Dalloz*. n. 9. 2004, p. 578.

O argumentário da autora em sustento de uma responsabilidade tornada ao futuro, ademais das razões de ordem etimológica, baseadas na polissemia e atentas ao aporte da filosofia contemporânea (expostas acima), todas pertinentes à noção geral de responsabilidade, também congrega, em relação à responsabilidade civil, a indicação da precaução como novo fundamento que acompanhe a precitada mudança de paradigma. Tomando-se a precaução como fundamento, expõe THIBIERGE, permitir-se-ia o alargamento da função [preventiva] da responsabilidade civil, em sua vertente de proação (ou antecipação). A precaução é uma das chaves da ética da responsabilidade e o caminho para que esta responsabilidade voltada ao futuro não seja unicamente uma responsabilidade dos filósofos, mas também dos juristas⁵⁹⁰.

Convém assinalar que uma das principais mudanças de seu pensamento, ao se confrontar seus escritos de 1999 e 2004, é a convicção de ser a noção de responsabilidade jurídica que se deve procurar alargar, não a responsabilidade civil. A responsabilidade preventiva, portanto, restaria destacada daquela civil, não lhe sendo ínsita. No mesmo artigo de 2004 a autora preconiza a existência de uma ação preventiva autônoma contra ameaça de riscos maiores⁵⁹¹. Não se objete, com isto, que nos arrimamos em pensamento ultrapassado, porquanto a mudança de entendimento da autora não tem a virtude de desrevestir a verdade do que afirmou em 1999, até porque THIBIERGE continuou admitindo a possibilidade de vivificação da função preventiva seja do próprio seio da responsabilidade civil, seja a partir de uma responsabilidade jurídica nova⁵⁹².

Houve quem lhe censurasse a falta de dimensão prática do proposto⁵⁹³. Convém então que se faça a crítica da crítica: o diálogo da censura dogmática com a reflexão jusfilosófica é o mesmo daquele de duas retas reversas (que não se intersectam). A interrogação promovida por THIBIERGE sobre o direito da responsabilidade civil se reconduz a mister próprio da filosofia do direito, nomeadamente, a reflexão sobre o direito positivo⁵⁹⁴, a qual revela – e o presente tema

⁵⁹⁰ THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité: vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?”. *Revue trimestrielle de droit civil*. cit., pp. 582-583.

⁵⁹¹ THIBIERGE, Catherine. “Avenir de la responsabilité, responsabilité de l’avenir”. *Recueil Dalloz*. n. 9. cit., pp. 580-581.

⁵⁹² THIBIERGE, Catherine. “Avenir de la responsabilité, responsabilité de l’avenir”. *Recueil Dalloz*. n. 9. cit., p. 580.

⁵⁹³ LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 163.

⁵⁹⁴ De se conferir o ensinamento de Goyard-Fabre: “Mas, diante das discussões doutrinárias cujas postulações esmagam o pensamento, acreditamos que uma reflexão sobre o direito só será autenticamente filosófica se escapar da estagnação provocada pelos dogmas. É preciso, portanto, fugir desses torneios sistemáticos que, em sua aparente diversidade, são todos terrivelmente redundantes. Cabe, pois, à filosofia do direito refletir sobre o direito positivo que insere sua regulação em nossas sociedades humanas. Em outras palavras, a filosofia do direito será o prolongamento da teoria do direito que descreve e analisa cientificamente a ordem jurídica de lege data”. GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XV.

não é exceção – novos horizontes e possibilidades para a descrição científica do mesmo direito positivo.

E as construções científicas assim erigidas serão, em bom tempo, objeto de críticas (como de fato foram, conforme abaixo), agora sim, dogmáticas, daí se vislumbrando a síntese virtuosa que proporciona o desenvolvimento da ciência jurídica como um todo. Conquanto o espaço próprio para apreciação das críticas dogmáticas sobre a responsabilidade civil preventiva esteja à frente, pareceu-nos oportuno levar em conta de plano a existência do assinalado reproche.

4.3 Críticas à responsabilidade civil preventiva

Se a concepção de uma responsabilidade civil preventiva gozou de certo acolhimento em importantes trabalhos acadêmicos brasileiros⁵⁹⁵, foi a torrente de críticas nela derramada que indiscutivelmente lhe deu a tônica na contenda doutrinária instalada. As mesmas críticas, anotamos, provém do meio jurídico, ao passo que, na seara filosófica, as reflexões concernentes à responsabilidade preventiva se assentaram com resistência incomparável e substancialmente menor.

E no presente capítulo examinaremos sua procedência ou não. De tal feita, RUI STOCO, à vista da legislação em vigor, tem como verdadeira contradição em termos a possibilidade de responsabilização civil desacompanhada da ocorrência de um dano⁵⁹⁶. No sentir de PAOLO FORCHIELLI, a prevenção é uma exigência de ordem pública e enxertá-la na responsabilidade civil terminaria por desnaturá-la⁵⁹⁷. BRUNO CARRÁ argumenta que a gestão do dano na sociedade de risco “não precisa ser realizada apenas por meio da Responsabilidade Civil”, mas por uma gestão conglobante ampla e multidisciplinar⁵⁹⁸. Serve-se destas censuras para disputar

⁵⁹⁵ FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. 2014. 273 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Universidade de São Paulo: 2014; VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014; CARVALHO, Renata Martins de. **Desastres e responsabilidade civil preventiva**. Curitiba: Juruá, 2019; SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Responsabilidade civil por dano enorme**. Curitiba: Juruá, 2018.

⁵⁹⁶ STOCO, Rui. “Responsabilidade civil sem dano: falácia e contradição”. **Revista dos Tribunais**. v. 975. jan. 2017, pp. 173-184.

⁵⁹⁷ FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità civile**: lezioni. Pádua: CEDAM, 1968, p. 173.

⁵⁹⁸ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 104 e 106-8.

a própria incidência dos princípios da prevenção e da precaução no direito da responsabilidade civil e a pertinência de medidas preventivas ao seio desta⁵⁹⁹.

Como questão de ordem, convém advertir sobre o caráter equívoco da locução “responsabilidade sem dano”. Ela foi versada no terceiro ponto da Carta do Recife⁶⁰⁰ e a maior recorrência de sua utilização se deve, a nosso ver, à sua maior abrangência semântica. É que dela ressaem não apenas manifestações de antecipação à realização do dano, mas também reparatórias: compreende-se na “responsabilidade sem dano”, por exemplo, o “dano de risco” (v.g. risco de contração de doença cujo aparecimento dos sintomas suceda muito tempo após o contato com o patógeno), considerando-se indenizável o “medo constante de ser portador de vírus de doença incurável”⁶⁰¹. Debaixo da mesma denominação também se pode ajuntar a “indenizabilidade da ameaça de dano”⁶⁰².

Precisando nosso propósito, tentaremos redarguir os reproches versados à responsabilidade civil preventiva na exata medida em que embarguem a viabilidade de em tal instituto haver medidas antecipatórias seja de prevenção ou de precaução. Pois bem, a inadmissão de uma “responsabilidade sem dano” é a objeção que mais fundamentalmente veicula o desconforto sentido com a enxertia da prevenção de danos ao quadro normativo da responsabilidade civil. Nada obstante, recobre-se nosso tratamento da função de cessação do ilícito: tratou-se lá de medidas encarregadas da cessação de um fato antijurídico por meio do qual se constitua uma perturbação (*trouble*), e não da remediação de suas consequências danosas (v.g. exclusão de excerto difamatório de obra, suspensão de atividades de fábrica poluidora, condenação a manter as águas de lago particular em nível razoável, dentre as demais assinaladas).

Frente à sua existência, duas atitudes são observáveis: pela primeira, se as reconduz ao número das medidas reparatórias, o que nos parece ampliar além do aconselhável a ideia de reparação do dano, mormente quando dano ainda não aja (v.g. a obra literária ainda não publicada, a fábrica ainda não operada e a inundação ainda não ocorrida). A ideia de perturbação traduz exatamente uma dissociação temporal entre o fato antijurídico e suas eventuais

⁵⁹⁹ RODRIGUES, Cássio Monteiro. “A função preventiva da responsabilidade civil sob a perspectiva do dano: é possível falar em responsabilidade civil sem dano?”. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coords.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil: estudos de direito civil-constitucional**. São Paulo: Almedina, 2018, pp. 631-2 e 634.

⁶⁰⁰ “3. A análise crítica do dano na contemporaneidade impõe caminho de reflexão sobre a eventual possibilidade de se cogitar da responsabilidade sem dano” (“Carta do Recife”. **Revista Fórum de Direito Civil**, v. 2, n. 2, jan./abr. 2013, pp. 239-40).

⁶⁰¹ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139.

⁶⁰² FACHIN, Luiz Edson. “Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação”. **Revista Jurídica**, v. 58, n. 397, nov. 2010, pp. 11-20.

consequências danosas, deixando em evidência que a atuação da cessação do ilícito, função da responsabilidade civil, prescinde de dano.

A segunda atitude se traduz na concepção da cessação do ilícito como um mecanismo sancionatório próprio dos direitos da personalidade⁶⁰³. A posição é verossímil, além de ser o sugerido por primeira leitura do art. 12 do Código Civil. Foi, em efeito, preocupação sentida em mais de um momento ao longo do trabalho a de se demonstrar a pertinência da responsabilidade civil (e de sua função de cessação do ilícito) à tutela dos direitos da personalidade (ver capítulo 2, n. 2.2.1). Acrescendo ao que já anteriormente expandido, declararemos que a constituição da cessação do ilícito como mecanismo sancionatório particular aos direitos da personalidade cingiria a atuação daquela a fatos violadores unicamente destes.

E não há grande dificuldade em conceber a cessação do ilícito em hipótese não envolvendo direitos da personalidade⁶⁰⁴. No “terreno infinito da antijuridicidade” (*terrain infini d’illicéité*)⁶⁰⁵ não há apenas uma “multidão de direitos subjetivos” (*foule de droits subjectifs*)⁶⁰⁶. As repercussões a interesses privados engendradas pela inobservância a uma norma urbanística não concernem sempre a um direito da personalidade, bastando revolver a jurisprudência já anteriormente invocada (ver capítulo 3, n. 3.4.1): RT 718/110 – nunciação de obra que desatende normas municipais, o acórdão consignando: “desde que a construção desatenda as posturas municipais, prescindível é a demonstração de prejuízo para o autor da ação”; e RT 827/321 – demolitória de obra que vulnera “a estética do local pela assimetria existente em relação às demais construções da região”. Ilustre-se igualmente com a hipótese de uma pessoa desejar vender imóvel no qual não resida e que tenha seu preço de mercado desvalorizado pela

⁶⁰³ É a posição de Ripert e Boulanger: “*Telle est la règle, mais, dans certains cas, le juge est autorisé par la loi à fixer un autre mode de réparation. Ceci suppose qu’il y a eu violation d’un droit. La mesure ordonnée tend alors au respect du droit violé. Il ne faut pas considérer, par exemple, comme une réparation en nature la restitution d’un bien détourné, l’annulation d’un acte frauduleux, la réglementation de l’usage des eaux (Req., 6 décembre 1869, D. 71. I. 56, S. 71. I. 104), le droit de réponse en matière de presse. Les tribunaux peuvent également, quand ils prévoient la persistance de la violation d’un droit, ordonner des mesures qui y mettent obstacle: il en est souvent ainsi dans les actions pour dommages résultant du voisinage (Req., 18 novembre 1884, D. 86. I. 71, S. 85. I. 69; Req., 3 juin 1926, D. H. 1926, 345) ou pour les actions en concurrence déloyale. Mais l’action qui est alors intentée n’est pas seulement une action en dommages-intérêts pour le dommage subi, elle tend à la protection du droit pour l’avenir, et suppose l’existence d’un droit subjectif qui a été violé*”. PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. 3. ed. v. 2. Paris: LGDJ, 1949, p. 397 (n. 1.147) – realces acrescentados. Os autores tratam da matéria sob a rubrica mais ampla dos direitos subjetivos, na qual inserem os direitos da personalidade: PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. 5. ed. v. 1. Paris: LGDJ, 1950, p. 158 (n. 358).

⁶⁰⁴ BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. Paris: Dalloz, 2008, p. 165 (n. 152).

⁶⁰⁵ BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 254 (n. 237).

⁶⁰⁶ ROGUIN, Ernest. **La science juridique pure**. v. 1. Paris: LGDJ, 1923, p. 118 (n. 87).

atividade poluidora de uma fábrica. O proprietário não domiciliado não sofre prejuízos à sua saúde por ali não residir, mas continua habilitado a exigir da fábrica a tomada das precauções adequadas para, reduzindo a poluição a nível aceitável, estancar a desvalorização de seu imóvel.

O que importa à cessação do ilícito é a existência de um fato antijurídico atual ou futuro, contanto que constituam perturbação, é dizer, *um estado ou situação antijurídica precursora do dano e apta a afetar os interesses individuais e coletivos de quem reclama a sua cessação*. A antijuridicidade transborda da violação a direitos da personalidade; do contrário, ainda com o exemplo da obra que atente contra uma norma urbanística, ter-se-ia de sustentar, por exemplo, a existência de um “direito subjetivo à observância das leis e regulamentos”, construção já afastada em mais de uma oportunidade⁶⁰⁷.

Algo do agora desenvolvido pode também ser empregado para retorquir o argumento de se dever repelir a prevenção de danos do direito da responsabilidade civil por se considerá-la uma “exigência de ordem pública”. Assim procedendo, esbarra-se na premissa segundo a qual a violação de normas de direito público pode apresentar repercussões negativas nos interesses de particulares ou associações, legitimando-os a demandar, no seu próprio interesse, o respeito à norma desobedecida, como sugerido pela própria definição de perturbação (*trouble*). Diante de perturbação engendrada por um determinado fato violador de norma do direito público, deve ser cessada aquela, motivo pelo qual franqueia-se ao prejudicado a postulação de medida de cessação. Conduza-se o mesmo raciocínio, agora enfocando a prevenção de danos, para hipótese de indústria recém-instalada e não licenciada ser impedida de começar suas atividades por risco certo de dano às pessoas domiciliadas nas adjacências.

Não discordamos de BRUNO CARRÁ no respeitante à importância de uma gestão conglobante do dano na sociedade de risco. Equívoco haverá, contudo, se se pretender demitir a responsabilidade civil de uma tal gestão por considerá-la um instrumento puramente reparatório. A se tomar a questão pelo ensinado por TUNC, pode-se aduzir a existência de uma tensão entre função preventiva (compreendendo dissuasão e proação) e funções reparatória e de diluição de danos, pelo que apenas se garantirá a boa funcionalidade da responsabilidade

⁶⁰⁷ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 251 (n. 236). Também Dabin, considerando normas de direito público e mesmo de direito privado: “*par l'hypothèse, la règle est et reste conçue dans l'intérêt de tout le monde, de personne en particulier. Que si, en qualité de membres du public, un ou plusieurs individus particuliers sont mis en situation d'en recueillir quelque bénéfice, ce ne sera que de façon indirecte et en quelque sorte adventice, par rejaillissement de la règle*”. DABIN, Jean. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 1952, p. 53. Mais à frente também se lê: “*Quand donc, avec la permission et l'aide de la loi, le titulaire du droit subjectif défend le droit qui lui est reconnu, c'est pour son droit qu'il lutte et non pour la loi qui le lui a reconnu. La preuve en est que, normalement, la défense du droit subjectif incombe à l'intéressé ou à la personne chargée de ses intérêts, et non pas à l'organe de la société ou de la loi, le ministère public*”. DABIN, Jean. op. cit., p. 99 – realces acrescentados.

civil com a escolha de qual função se primar para cada domínio de danos. Por exemplo, os autores não dissimulam a aberta ineficiência da função preventiva para operar no campo dos danos acidentais (v.g. acidentes automobilísticos e de trabalho)⁶⁰⁸. Agora, outro tanto se dá no campo das lesões a direitos da personalidade, bem assim nas práticas de concorrência desleal e violações à propriedade intelectual, nos quais se tem como prevalente a função preventiva da responsabilidade civil⁶⁰⁹.

O que então convém assentar em definitivo é a existência de situações nas quais não seria oportuno diluir os encargos dos danos, porquanto a mesma diluição pode conflitar tanto com uma “política de prevenção” quanto, em última instância, com as próprias “exigências de justiça” cuja consecução se visa pelos instrumentos de diluição dos danos⁶¹⁰. Ripostando à objeção de BRUNO CARRÁ, externa-se que jamais se considerou a prevenção de danos uma panaceia para os problemas da responsabilidade civil; o que se postula é rigorosamente a sua aplicabilidade para a tutela da pessoa tanto diante de *riscos certos de dano* quanto frente a *situações de conflito e incerteza* (RICOEUR), próprias da sociedade de risco.

Recusar a incidência dos princípios da prevenção e da precaução no direito da responsabilidade civil também nos parece expediente retorquível por mais de uma frente. De saída, porque o trabalho já demonstrou a não de hoje identificação consistentemente mantida entre a responsabilidade civil e o “objetivo preventivo” (*but préventif*)⁶¹¹ (ver capítulo 3, nn. 3.2 e 3.5). Ora, tal não pode significar senão que a responsabilidade civil é informada pelo princípio da prevenção. Não sucede diversamente com o princípio da precaução, posto ambos serem dirigidos ao valor da prudência e ao *neminem laedere*, reciprocamente implicado por aquela primeira (ver capítulos 1, n. 1.8 e 2, n. 2.1.2). Deve-se igualmente relembrar a progressiva permeabilização do princípio da precaução, originalmente concebido para o terreno ambiental e à hora atual se fazendo notar, da mesma maneira, nos domínios da segurança

⁶⁰⁸ “À l’opposé, dans le domaine des erreurs et des dommages accidentels, qui est aujourd’hui d’une importance essentielle, l’effet de prévention de la responsabilité civile, de même d’ailleurs que de la responsabilité pénale, ne va pas de soi, de loin s’en faut. En premier lieu, il faut reconnaître avec John Fleming que ‘les défaillances humaines à l’âge de la machine opèrent un prélèvement important et à peu près régulier de vies, d’intégrités corporelles et de richesse, prélèvement que l’on ne peut réduire d’une manière appréciable par des règles de conduite dont le droit de la responsabilité civile imposerait le respect’. Aucune menace ne peut rendre un automobiliste capable de conduire de Paris à Nice sans commettre aucune erreur et connaître aucun relâchement d’attention”. TUNC, André. **La responsabilité civile**. Paris: Economica, 1981, pp. 136-137 (n. 165). No mesmo sentido: BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 317 (n. 277); SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011, p. 419 (n. 747).

⁶⁰⁹ TUNC, André. **La responsabilité civile**. cit., p. 140 (n. 166).

⁶¹⁰ TUNC, André. **La responsabilité civile**. cit., p. 147 (n. 176).

⁶¹¹ DABIN, Jean. **La philosophie de l’ordre juridique positif**. Paris: Sirey, 1929, p. 549 (n. 160).

alimentar e da saúde⁶¹². Forçoso também assinalar para o risco de se incidir em petição de princípio (*petitio principii*) na defesa da não incidência: a responsabilidade civil cuida da reparação do dano, então não admite incidência dos princípios da prevenção e precaução; os princípios da prevenção e precaução não incidem na responsabilidade civil, pois esta trata da reparação do dano.

Ao modo de suma, obviar aprioristicamente à incidência dos dois princípios jurídicos no direito da responsabilidade civil, diante de um tal panorama, pode se afigurar posição com mais de um flanco exposto, sobretudo por referida contestação negar à prevenção e precaução a virtude de atuar sobre outras normas para lhes definir o sentido e a finalidade.

4.4 Análise da responsabilidade civil preventiva

As respostas agora oferecidas, longe de serem suficientes ao esgotamento do debate, se articulam com a possibilidade *a priori* de se pensar uma responsabilidade civil preventiva. O que a partir deste momento se visa é a ultimação do trabalho pela explanação das premissas necessárias à concretização daquela mesma possibilidade. Os desenvolvimentos serão separados pelos princípios da prevenção e da precaução, partindo-se do primeiro.

4.4.1 Operacionalização pelo princípio da prevenção

Desde o estudo da função de cessação do ilícito se insinua uma sintonia entre esta e a tutela jurisdicional contra o ilícito, edificada sobretudo pelas ferramentas do art. 497 do CPC. É que o reconhecimento de uma responsabilidade civil preventiva parece entranhar uma expansão dos horizontes do que não é juridicamente permitido, da antijuridicidade (*de l'illicite*)⁶¹³.

Não por coincidência a corrente processualista estudiosa da tutela jurisdicional contra o ilícito defende definir o ato ilícito como “ato contrário ao direito”⁶¹⁴, destarte compreendendo unicamente a antijuridicidade. O ensinamento é relevante, mas não se pode galgar a necessária interface deste entendimento com o direito civil, no qual a doutrina tem cristalizada a

⁶¹² KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. Paris: La documentation française, 1999, p. 8.

⁶¹³ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., p. 545 (n. 838).

⁶¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 869.

justaposição do ato ilícito com o dano⁶¹⁵, a ponto de frasear a lição em parêmia: “sem dano, não há ato ilícito⁶¹⁶. Nem a disjunção do art. 159 do CC/16 – diz o seu texto: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, *ou* causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (...)” –, como se nota, impediu as autoridades da época do Código revogado de unir o dano ao ato ilícito.

Além dos autores para os quais o dano inelutavelmente prende-se à definição do ato ilícito, há outros filiados a uma visão mais temperada: em RUI STOCO, “a só violação do direito já caracteriza o ato ilícito (...). Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na só transgressão da norma”⁶¹⁷. CAVALIERI FILHO preleciona a distinção entre *ato ilícito em sentido estrito*, o conjunto de pressupostos da obrigação de indenizar; e o *ato ilícito em sentido amplo*, a conduta humana antijurídica, contrária ao direito⁶¹⁸.

Não cremos ser a melhor solução rechaçar toda a doutrina construída ao longo do último século a respeito do ato ilícito apenas para adequar sua definição aos estudos relacionados à tutela jurisdicional contra o ilícito, daí nossa hesitação em traduzir *fait illicite* por fato ilícito ou sinonímias da mesma ordem. A teoria do ato ilícito já fornece material suficiente para se preconizar uma análise movida por uma lógica ou óptica preventiva, não reparatória, conduzindo a “novas possibilidades de compreensão” (das normas envolvidas), de tal maneira que se mantenham as fixações já efetuadas, mas as levando a novos pontos de vista⁶¹⁹.

A mesma análise deve entreter os chamados *elementos* objetivo e subjetivo do ato ilícito: o elemento objetivo consiste na conduta contrária à norma jurídica e o elemento subjetivo é a

⁶¹⁵ CARVALHO SANTOS, João Manoel de. **Código Civil brasileiro interpretado**. 2. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937, p. 315; CARVALHO SANTOS, João Manoel de; AGUIAR DIAS, José de. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. v. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947, p. 16; BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. atual. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 270 (§ 71, I); GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Elementos de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969, pp. 191 e 193; DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 559; AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 642; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 364 (n. 287).

⁶¹⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. cit., p. 365 (n. 290).

⁶¹⁷ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 143.

⁶¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

⁶¹⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. 5. ed. trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 43.

imputabilidade ao agente⁶²⁰. Os mesmos elementos são cogitados no referente à *faute* (tomada na acepção dada pelo art. 1.240 do Código Civil francês)⁶²¹.

A lógica preventiva acentuará o elemento objetivo do ato ilícito, nomeadamente a *antijuridicidade*, a qual jogará o papel de desencadear a atuação da cessação do ilícito ou, no dizer de LARENZ, a “consequência mais atenuada” do direito da responsabilidade civil (ver capítulo 3, n. 3.4.1) por conduta contrária a preceito legal, disposição administrativa ou norma de conduta extraída do art. 186 do CC/02 e que configure uma perturbação (*trouble*).

A prevalência do elemento objetivo também se explica à vista de se exigir a medida de cessação a quem efetivamente apto a cumpri-la, não sendo integralmente exata a correspondência desta última com a pessoa a quem a o erro de conduta é imputável⁶²². Exemplificando: ao provedor de aplicação compete remover conteúdos ilícitos em linha, embora não os tenha gerado (art. 19 da Lei nº 12.965/14); oficia-se os órgãos de proteção ao crédito para a suspensão liminar de inscrição indevida do nome de consumidor em cadastro de inadimplentes. Não se impõe a cessação do ilícito pelos mesmos critérios utilizados para identificação do devedor da reparação do dano, sob pena de contradizer o caráter *objetivo* da cessação do ilícito. E como dela não se exigirá senão a desconstituição do fato violador do direito, torna-se inócuo perquirir acerca do elemento subjetivo do ato ilícito. A esse respeito, falam alguns até em “desaparecimento progressivo da condição de imputabilidade”⁶²³.

Sublinha-se que o maior acento ao elemento objetivo do ato ilícito é também expediente do qual se serve SCHREIBER, mas com a finalidade diversa de formulação do seu método de aferição do dano como lesão a um interesse concretamente merecedor de tutela. Pondera apenas deter importância a antijuridicidade da conduta, posto demonstrar o prévio estabelecimento

⁶²⁰ NORONHA, Fernando. “O ato ilícito nos contratos e fora deles”. **Revista de Direito Civil**. v. 9. n. 34. out./dez. 1985, pp. 34-45; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. cit., pp. 21-22. “Elemento” para Agostinho Alvim, Aguiar Dias, Orlando Gomes e Cyril Bloch; “requisito” para Marcelo Calixto; e “aspecto” para Cavalieri Filho. Ainda outros autores consignam a mesma lição sobre o ato ilícito, sem contudo utilizar a terminologia dos elementos objetivo e subjetivo: AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. cit., p. 643; ALMEIDA, José Luiz Gavião de. “Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito”. In: _____. **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 58.

⁶²¹ BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle**. cit., p. 292 (n. 264); GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 74 (n. 50); CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 23-24; AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133; ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 246 (n. 173).

⁶²² “Au contraire, les critères de désignation du débiteur de cessation de l’illicite sont prospectifs et objectifs: la cessation de l’illicite ne détermine pas son débiteur en fonction d’un jugement de valeur sur son propre comportement mais simplement au regard de son aptitude actuelle à mettre un terme à la situation illicite”. BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle**. cit., p. 24 (n. 11-1) – realces acrescentados.

⁶²³ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile**. cit., p. 605 (n. 955).

legislativo de uma relação de prevalência entre o interesse lesivo e o interesse lesado. Em nenhum momento, continua, mostra-se relevante para a aferição do dano saber se o agente poderia ou deveria ter se comportado de uma ou outra forma. A culpabilidade (elemento subjetivo do ato ilícito) não ingressa no juízo de verificação do dano, importando apenas objetivamente aferir se a conduta é antijurídica⁶²⁴.

Não deve, por fim, haver dúvida quanto à possibilidade de o art. 186 do CC/02 reivindicar o papel de participar da definição das fronteiras da antijuridicidade por meio da consagração, a partir de sua moldura, de normas de conduta não textualmente previstas⁶²⁵. É decorrência da sua caracterização como cláusula geral, apta a abarcar uma “série indeterminável de atos lesivos ao direito de outrem”⁶²⁶. À maneira de ilustração, o já precitado dever de veracidade na publicação de uma obra bibliográfica, o dever geral de prudência, o dever de cuidado no manuseio de material nuclear⁶²⁷, dentre outros.

Eis as razões pelas quais compreendemos não terem razão RIPERT e BOULANGER ao professarem que, pela noção de ato ilícito, não se poderia atingir a mesma amplitude conceitual da *faute* (ver capítulo 3, n. 3.7.4). Ora, já se definiu o ato ilícito como o comportamento do homem que atenta contra um dever jurídico imposto pela lei⁶²⁸, ou melhor, pelo ordenamento jurídico⁶²⁹, a proposição sendo fundamentalmente semelhante à lançada por aqueles para definir a culpa do art. 1.240 do Código Civil francês.

Particular importância assume o *dever geral de prudência* procedente do art. 186 do CC/02 (arts. 1.240 e 1.241 do Código Civil francês), sendo de se lembrar que todas exemplificações de BLOCH de perturbação por risco certo de dano principiam pela *imprudência* do particular. Assiste razão a SINTEZ, em um primeiro momento, ao ponderar que, exista embora uma obrigação de prevenção do dano desdobrada do dever geral de prudência, dela “não [se] engendra sanções preventivas” e, em seguida, que “esta obrigação de prevenção do dano se solda por uma sanção reparatória”⁶³⁰.

⁶²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 160-1.

⁶²⁵ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., p. 283 (n. 260).

⁶²⁶ JORGE Jr, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107.

⁶²⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. cit., p. 161.

⁶²⁸ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Programa de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 347.

⁶²⁹ LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 88. A noção da *faute* como violação de dever legal, ademais, compreende tanto textos legais como regulamentares, conforme: SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. 2. ed. v. 1. Paris: LGDJ, 1951, p. 8 (n. 6).

⁶³⁰ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011, pp. 265 (n. 466) e 267 (n. 470)

A asserção se torna insustentável para nós no momento em que fusionamos as medidas de antecipação a risco certo de dano e as medidas de cessação do ilícito. Seguindo a definição anteriormente posta do dever geral de prudência (ver capítulo 1, n. 1.8), será por medida de prevenção em sentido estrito que, por intermédio da imposição de tomada de todas as cautelas cabíveis à espécie, se desconstituirá a perturbação e se prevenirá a ocorrência de fato antijurídico e de suas eventuais consequências danosas (v.g. redução do nível das águas de lago particular, instalação de equipamentos de proteção em campo de golfe, retirada de montes de palha seca da linha divisória entre duas propriedades, dentre outros – ver capítulo 3, n. 3.4.1).

Releva SINTEZ que, não tendo ainda ocorrido o fato violador do direito, sua antijuridicidade é apenas latente, estando-se frente a um *risco de antijuridicidade* (*risque d'illicéité*). Prevenir o risco de dano, mantém SINTEZ, é agir sobre o fato que está à sua origem, daí entender o risco de antijuridicidade como a “potencialidade de contradição ao direito de um fato que poderia estar à origem de um dano”⁶³¹. A inteligência serve a confirmar a relação entre impedir um fato antijurídico e prevenir um dano, mas a figura do risco da antijuridicidade é decorrência de se entender separadamente as medidas de antecipação a risco certo de dano daquelas de cessação, caminho o qual não percorremos. A perturbação por risco certo de dano basta a nosso propósito.

A cessação do ilícito, por compreender ambas as classes de medidas, articula-se com o próprio princípio da prevenção e franqueia, mediante maior apreço dado ao exame da antijuridicidade enquanto elemento objetivo do ato ilícito, resposta acerca da aplicação daquele princípio no direito da responsabilidade civil e do papel desta na prevenção a riscos certos de dano.

4.4.2 Operacionalização pelo princípio da precaução

A incidência do princípio da precaução pode servir tanto à fundamentação de uma medida reparatória quanto de precaução: de começo, se o vislumbrou como um fator de renovação da noção de culpa, alargada por intermédio da imposição de novas obrigações ou deveres a exercentes de atividades as quais expusessem terceiros a certos riscos⁶³². Apregoa-se

⁶³¹ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 273 (nn. 482-483).

⁶³² KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. cit., p. 84. Da precitada renovação da culpa não se tira, no parecer de Viney e Kourilsky, nem defesa sequer crença em um recuo da responsabilidade civil objetiva: “*Cette hypothèse est formulée par nombre d'auteurs qui prévoient, sous l'influence du principe de précaution, un retour en force de la responsabilité pour faute. Or, cette éventualité, que certains souhaitent et que d'autres redoutent, ne nous paraît aucunement crédible. En effet, les objectifs qui*

nesta linha, por exemplo, a dilatação do dever de prudência para se facilitar a sanção do seu descumprimento diante de contextos de incerteza científica⁶³³.

Outros exemplos desses novos deveres (ou da reconfiguração do conteúdo de deveres já consagrados) são capitulados por KOURILSKY e VINEY: *dever de prudência e de diligência*: determina que se evite, em toda medida do possível, a exposição de outrem a um “risco apenas provável”. A “diligência” tende a englobar uma “obrigação de produzir conhecimento” a fim de verificar ou infirmar dada hipótese de risco. *Dever de informação*: a precaução comanda a inclusão, na informação prestada, não apenas dos riscos cientificamente estabelecidos, mas igualmente daqueles prováveis, de consequências ainda não totalmente assentadas. Expande-se o âmbito deste dever para implicar todas as pessoas atingíveis pelos efeitos de um risco provável. Esta “dimensão coletiva da informação” é especialmente presente no campo da saúde pública, de cujos profissionais se exige um “dever de fiscalização e de alerta” referente a informações úteis para a saúde, segurança pública ou para a proteção do meio ambiente. *Dever de acompanhamento*: o princípio da precaução acarreta ainda o prolongamento e o completamento do dever de informação, a qual deve ser perpetuamente atualizada pela supervisão da evolução do risco⁶³⁴.

Também adere à corrente subjetivista JEAN-LUC FAGNART, para quem, sob a incidência do princípio da precaução, a culpa seria a inobservância de algum dos deveres da precaução, assim entendidos os resultantes de cada uma das três fases do processo de análise de riscos (avaliação, gestão e comunicação), imposto pelo princípio da precaução ante contexto de incerteza científica⁶³⁵.

Avaliação dos riscos: a elaboração e confirmação (ou refutação) da hipótese de um risco incerto pertence a esta fase. Argumenta FAGNART que tanto a identificação quanto a saída de um contexto de incerteza científica dependem de uma obrigação ou dever de pesquisa (a

sont aujourd'hui assignés à la prise en compte du principe de précaution dans l'aménagement des règles de la responsabilité sont exactement les mêmes que ceux qui ont inspiré, à la fin du XIXème siècle, la 'théorie du risque' et qui justifient les cas de responsabilité sans faute qu'elle a inspirés, de telle sorte que cette construction doctrinale peut être considérée comme ayant intégré, un siècle avant que l'on ne parle du 'principe de précaution', tous les apports potentiels de ce principe au droit de la responsabilité (...). La théorie du risque et le principe de précaution ayant pour objectif commun d'améliorer la protection du public contre les risques, il serait paradoxal qu'ils entrent en conflit et que le principe de précaution ait pour effet de revenir sur les régimes de responsabilité sans faute que cette doctrine a permis d'aménager”. KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. cit., pp. 81-83 – realces acrescentados.

⁶³³ SADELEER, Nicolas de. “Le statut juridique du principe de précaution”. In: EWALD, François; GOLLIER, Christian; _____. **Le principe de précaution**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008, pp. 99-100.

⁶³⁴ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. cit., pp. 84-85.

⁶³⁵ FAGNART, Jean-Luc. “Principe de précaution et responsabilité civile”. _____. (org.). **Regards croisés sur le principe de précaution**. Limal: Anthemis, 2011, pp. 18 e 25.

obrigação de produzir conhecimento de KOURILSKY e VINEY). A avaliação dos riscos tem por objeto, pois, apreciar o grau de probabilidade dos efeitos adversos à saúde de determinado produto ou procedimento. *Gestão dos riscos*: gerir riscos é balancear as diferentes alternativas disponíveis de modo a escolher a medida de precaução mais apropriada à espécie. A solução ótima dependerá de se levar em conta os resultados da fase de avaliação de riscos, bem assim da consulta às partes interessadas. *Comunicação dos riscos*: constitui a troca interativa, ao longo de todo o processo de análise de riscos, de informações e pareceres sobre os riscos debatidos (ajuntaríamos a necessidade de comunicação de dados novos igualmente). Todo consumidor ou cidadão exposto a um risco incerto deve receber informações que lhes permitam uma tomada de decisão informada acerca de um produto ou serviço⁶³⁶.

A responsabilidade preventiva de TERESA LOPEZ também é subjetiva, visto que fundada no “defeito de precaução”, uma presunção *juris tantum* de culpa de quem desrespeitou o princípio da precaução diante de riscos hipotéticos ou conhecidos de danos irreversíveis. Compete a quem apontado como presumido violador do princípio da precaução demonstrar tê-lo obedecido, seja evidenciando que tem agido com precaução (dano ainda não realizado), seja provando ter tomado todas as medidas cabíveis para que o pior não acontecesse (dano realizado)⁶³⁷. A autora deposita na responsabilidade preventiva fundada na culpa a expectativa de melhoramento da conduta dos atores envolvidos, porquanto, se agirem com toda precaução, não poderão ser responsabilizados. Isto os conduziria a, agora conscientizados acerca de seus atos prejudiciais, tomar atitudes as quais evitem o dano grave, beneficiando a sociedade⁶³⁸.

Das posições recenseadas se depreende inclinação pela aplicação do princípio da precaução por uma perspectiva reparatória e centrada na culpa. TAPINOS bem explicita que a interpretação dos princípios da precaução e da prevenção voltada a conceber uma responsabilidade por defeito ou falha (*défaut*) de prevenção ou precaução releva do paradigma clássico, curativo ou reparatório da responsabilidade civil. Tal orientação, prossegue, não colocará em xeque os fundamentos tradicionais da responsabilidade civil em razão de se cogitá-la na presença de um dano⁶³⁹.

O que a nós cumpre investigar é a participação do princípio da precaução nas medidas de antecipação à realização de riscos incertos. Nesta empresa, é controverso o recurso ao

⁶³⁶ FAGNART, Jean-Luc. “Principe de précaution et responsabilité civile”. _____ (org.). **Regards croisés sur le principe de précaution**. Cit., pp. 19, 20 e 22.

⁶³⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. cit., pp. 146-147.

⁶³⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. cit., pp. 145 e 154.

⁶³⁹ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile**. cit., pp. 414-423 (nn. 637-649), 425 (n. 656), 524 (n. 812), 613 (n. 970) e 645 (n. 1.035).

ferramental da cessação do ilícito. De BLOCH se tem pronúncia pela negativa, mas certas nuances de seu parecer merecem atenção:

Deve-se ir além, e permitir o exercício de uma ação preventiva de cessação do ilícito na presença de um risco hipotético de dano? Tal é a aposta essencial da recepção do princípio da precaução no direito da responsabilidade civil, que alguns apelam com força e convicção de seus votos. Tal ultrapassa, contudo, largamente das forças atuais da função de cessação do ilícito do nosso direito da responsabilidade civil. Não tanto em razão da insuficiente normatividade do princípio da precaução: não seria revolucionário reconhecer que a suspeita de um risco de danos graves impõe a implementação de certas medidas de prudência. Tampouco porque o princípio da precaução conduziria, particularmente em matéria ambiental, a reconhecer uma “responsabilidade sem vítima”: a ofensa ecológica pura não nos parece de nenhuma maneira extrapolar do quadro do interesse que uma associação de defesa do meio ambiente pode desde já defender. Ainda menos porque o princípio da precaução postularia uma “responsabilidade sem prejuízo” e “sem indenização”: estas características se encontram já através de sua função de cessação do ilícito. Mas sim, porque a admissão de uma ação de cessação do ilícito fundada sobre o princípio da precaução suporia reconhecer uma ação de responsabilidade “sem interesse”. Queira-se ou não, a antijuridicidade [*illicéité*] de uma atividade pode ser devidamente caracterizada, ela permanece inapreensível pelo direito civil enquanto não se puder assegurar que ela é ao menos suscetível de causar ofensa aos interesses de outrem.⁶⁴⁰

Chama-nos mais atenção o que BLOCH concede do que o que controverte. Seja-nos permitido repisar o afirmado: “não seria revolucionário reconhecer que a suspeita de um risco de danos graves impõe a implementação de certas medidas de prudência”. E, igualmente: “estas características se encontram já através de sua função de cessação do ilícito”, fazendo alusão às notas de responsabilidade sem prejuízo e sem indenização. Por fim: “queira-se ou não, a antijuridicidade (*illicéité*) de uma atividade pode ser devidamente caracterizada”. É significativa a aparente admissão de se poder manejar o princípio da precaução para prevenção de riscos incertos a partir da evitação de fatos antijurídicos, seguindo-se, até aqui, o mesmo itinerário do princípio da prevenção.

⁶⁴⁰ “Faut-il aller au-delà, et permettre l'exercice d'une action préventive en cessation de l'illicite en présence d'un risque hypothétique de dommage? Tel est l'enjeu essentiel de la réception du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, que d'aucuns appellent avec force et conviction de leurs vœux. Il dépasse néanmoins largement les forces actuelles de la fonction de cessation de l'illicite de notre droit de la responsabilité civile. Non pas tant en raison de l'insuffisante normativité du principe de précaution: il ne serait pas révolutionnaire de reconnaître que la suspicion d'un risque de dommages graves impose la mise en œuvre de certaines mesures de prudence. Point tant, non plus, parce que le principe de précaution mènerait, en particulier en matière d'environnement, à reconnaître une 'responsabilité sans victime': l'atteinte écologique pure ne nous semble nullement dépasser le cadre de l'intérêt qu'une association de défense de l'environnement peut d'ores et déjà défendre. Encore moins parce que le principe de précaution postulerait une 'responsabilité sans préjudice' et 'sans indemnisation': ces caractères se retrouvent déjà à travers sa fonction de cessation de l'illicite. Mais parce que l'admission d'une action en cessation de l'illicite fondée sur le principe de précaution supposerait de reconnaître une action en responsabilité 'sans intérêt'. Qu'on le veuille ou non, l'illicéité d'une activité peut être dûment caractérisée, elle demeure insaisissable par le droit civil tant qu'on ne peut assurer qu'elle est au moins susceptible de porter atteinte aux intérêts d'autrui”. BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. cit., pp. 462-463 (n. 390-2).

Quanto à suscetibilidade de um risco incerto de dano ofender os interesses particulares de determinada pessoa assim considerada, não seria porventura o que nos traduz os casos de exposição a ondas eletromagnéticas dimanadas de antena de telefonia ou o cultivo de organismos geneticamente modificados? Com relação ao primeiro exemplo, ROBERTA CATALANO testemunha o difundido uso da tutela inibitória atípica ao contencioso de exposição a ondas eletromagnéticas, o que não compreende pura e simplesmente um preceito inibitório à instalação ou ao início da operação de uma antena ou torre de transmissão de energia elétrica, mas, de igual guisa: a suspensão dos efeitos de licenças administrativas da própria instalação ou início das atividades desta; a adoção de medidas e precauções idôneas a minimizar a emissão eletromagnética; a determinação de fiscalizações sanitárias e ambientais no âmbito dos processos administrativos de expedição dos alvarás edilícios necessários à instalação da antena; por fim, a remoção ou colocação dos aparelhos emissores em locais diversos daqueles em que inicialmente situados⁶⁴¹.

O excerto de CATALANO é profícuo no demonstrar a insuficiência de comandos meramente negativos para se tutelar preventivamente a pessoa, devendo se cogitar do conteúdo também positivo dos “direitos invioláveis” com vistas a conceber condenações a um *facere* para a proteção dos valores da pessoa⁶⁴². A função de prevenção enquanto proação ou antecipatória não se confina, na prevenção de um dano, a determinações proibitivas, negativas, importando igualmente o aspecto positivo de tomada de medidas direcionadas ao risco de dano visado (para a importância adiantada por nós às “obrigações positivas”, ver capítulo 2, n. 2.2.1).

Retomando: semelhante inteligência se verifica com relação aos organismos geneticamente modificados, valendo lembrar a ilustração de SINTEZ de medida de antecipação à realização de risco incerto consistente em determinar ao agricultor de organismos geneticamente modificados (OGM's) que reforce as medidas de segurança sobre o perímetro de cultivo para prevenir poluição genética⁶⁴³. Aqui também tem cabida este aspecto positivo da função de prevenção enquanto proação na tomada de uma medida antecipatória a risco incerto.

Por fim, ANNE GUÉGAN fornece exemplo muito semelhante àqueles tratados por BLOCH sob a óptica da cessação do ilícito: cuida-se de indústria que derrama em curso d'água soluções devidamente tratadas e conforme a todas as regulamentações em vigor, mas a qual se vê

⁶⁴¹ CATALANO, Roberta. **Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona**: elettrodotti ed antenne per telecomunicazioni. Napoli: Jovene, 2005, pp. 89-90.

⁶⁴² CATALANO, Roberta. **Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona**: elettrodotti ed antenne per telecomunicazioni. cit., p. 109.

⁶⁴³ SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 59 (n. 72).

confrontada com a dúvida científica sobre a efetiva inocuidade destes rejeitos, a autorizar uma associação de defesa do meio ambiente a pleitear judicialmente sua responsabilidade civil por desrespeito a procedimentos de precaução (*démarche de précaution*)⁶⁴⁴. Ora, equacionado assim o problema, não se vê por que a mesma ação não poderia ser engajada, como exemplo, por um ribeirão ou uma associação de defesa dos ribeirinhos passíveis de sofrerem os agravos de futura constatação da nocividade da substância que agora se vê permeada nas águas por eles utilizadas, e mais, que a mesma substância, por bioacumulação direta, se concentrou nos corpos daqueles, lesando sua saúde.

Concluir pela existência de interesses privados suscetíveis de ofensa por risco incerto de dano, longe de encerrar a controvérsia, opõe outros problemas. A princípio, poder-se-ia reconduzir a verificação da antijuridicidade em contexto de incerteza científica à violação dos deveres de que acima se falou, fazendo-os promanar do art. 186 do CC/02 sob a forma de normas de conduta tiradas da “norma fundamental de comportamento”. A solução não nos parece tão simples e tampouco podemos tomar esta possibilidade unicamente pela palavra de BLOCH, posto abordar a questão apenas a breves linhas.

Traduz nossa desconfiança a circunstância de a aplicação do princípio da precaução para produtores de OGM’s e operadoras de telefonia, aproveitando os mesmos casos acima invocados, apenas ser pensada em termos de administrar informação ampla a consumidores⁶⁴⁵. Esta solução, não obstante, não se aplica a situações em que um vizinho de agricultor de transgênicos é exposto a risco de poluição genética provindo da dispersão de sementes transgênicas. Permanece inadequada para tutelar a exposição a ondas eletromagnéticas emitidas de fonte instalada a distância mínima de bairro residencial. Se o dever geral de prudência, na cessação do ilícito, impede ou inibe fato antijurídico constituidor de perturbação, de onde proviria a antijuridicidade em ambos os exemplos agora versados? Haveria mesmo antijuridicidade?

O risco incerto de dano amiúde advém de atividades não apenas lícitas, mas exploradas sob o atento olhar do legislador (v.g. Lei nº 9.472/97 – Lei de Telecomunicações; e Lei nº 11.105/05 – Lei de Biossegurança) e submetidas à supervisão de órgãos reguladores (v.g. Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel; e Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio). Sem embargo disto, aquele risco subsiste⁶⁴⁶. E sem fato violador do

⁶⁴⁴ GUÉGAN, Anne. “L’apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile”. **Revue Juridique de l’Environnement**. n. 2. 2000, p. 169.

⁶⁴⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. cit., p. 222 e 226.

⁶⁴⁶ HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. “Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile français, regard comparatiste”. In _____; KHOURY, Lara; SAINT-PAU, Jean-Christophe (Coords.).

direito, não se pode exercitar a cessação do ilícito. Isto, no expressar de MARCELLO MAZZOLA, provoca fissuras no “esquema tradicional do ilícito, rendendo-o complexo em sua aplicação linear”⁶⁴⁷. É necessário à responsabilidade preventiva visada pelo princípio da precaução outro denominador comum.

A posição de TAPINOS pode auxiliar na procura por uma resposta: para a autora, a responsabilidade civil preventiva resultante dos princípios da prevenção e precaução tem regime uno, isto é, a incidência de cada um daqueles não suscitaria responsabilidades preventivas distintas. A autora ademais defende a circunscrição do objeto da responsabilidade preventiva às ameaças de danos constitutivos de uma ofensa grave ao meio ambiente ou à saúde, é dizer, apregoa uma definição restritiva do risco de dano pertinente à responsabilidade preventiva⁶⁴⁸.

O fato gerador da responsabilidade preventiva, continua a autora, é o “risco de se causar culpa resultante da *exposição a uma ameaça de dano* ou de *ausência de antecipação de uma tal ameaça*”, por outras palavras, um “risco de culpa” (*risque de faute*). Semelhante “risco de culpa” deveria vir acompanhado do estabelecimento de um “*critério de anormalidade* ou de um limiar a partir do qual a assunção de um determinado risco seria julgada inaceitável, engendrando a responsabilização preventiva do autor da exposição⁶⁴⁹.”

TAPINOS não aborda o conceito de perturbação (*trouble*), preferindo referir a ameaça de dano. A aposição, todavia, de um critério de anormalidade deixa entrever que a ameaça de dano pode se equiparar a uma perturbação anormal (aquela primeira é afinal elemento da definição desta). E a autora cogita medidas de cessação para perturbações anormais (muito embora o exemplo citado seja de demolição *ilegal* de um quartel militar tombado)⁶⁵⁰. A anormalidade do risco incerto não parece ser a mesma da tradicionalmente enfocada no conflito de vizinhança: neste, mensura-se a anormalidade pela intensidade da interferência prejudicial do proprietário (o limiar é a tolerabilidade da emissão); naquele, mais do que a intensidade, se a aprecia pelas

L’influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale: regards franco-québécois. Québec: Revue de Droit de l’Université de Sherbrooke, 2015, p. 21.

⁶⁴⁷ MAZZOLA, Marcello Adriano. *I nuovi danni*. Milão: CEDAM, 2008, p. 486.

⁶⁴⁸ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile:** risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., pp. 602 (n. 948) e 613-614 (n. 971).

⁶⁴⁹ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile:** risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., pp. 648-649 (n. 1.041).

⁶⁵⁰ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile:** risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., pp. 636-637 (n. 1.018).

(possíveis) consequências (v.g. gravidade, grande número de vítimas e simultaneidade de afetação das vítimas)⁶⁵¹.

Observamos igualmente que o “risco de culpa”, isto é, o risco de se expor alguém a uma ameaça de dano equivale, no pensamento de SINTEZ, a tomar uma medida de precaução quando ainda não assumido o risco, contemplando-se, como exemplos, injunções de fazer, interdições ou conceder autorizações de exercício sob certas condições (v.g. determinar trabalhos para melhor garantir a segurança)⁶⁵².

Por evidente que não se pode aderir integralmente ao pensamento de TAPINOS, as razões para tanto sendo: conferimos tratamento diferenciado à responsabilidade preventiva amparada no princípio da prevenção e àquela fundada no princípio da precaução. Tampouco se pronuncia uma medida de prevenção em sentido estrito apenas para proteger a saúde ou o meio ambiente, mas igualmente para se prevenir práticas de concorrência desleal, perturbações ilícitas de vizinhança e violações de direitos da personalidade⁶⁵³. Vemos também como problemática a junção de um “risco de culpa” (a mesma observação valendo para o “risco de antijuridicidade” de SINTEZ) a um critério de anormalidade, mais reservado a atividades lícitas.

O que importa reter da doutrina da autora é a importância da tutela da saúde na implementação do princípio da precaução. Deveras, os três exemplos acima citados (poluição genética, contaminação por radiação eletromagnética e contaminação por bioacumulação) ressentem-se de risco incerto ao mesmo bem jurídico: a *saúde*. Doutrina e jurisprudência italianas não faltam em sobrelevar a importância da tutela da saúde, enquanto valor constitucional da pessoa, a situações de contaminação por radiação eletromagnética⁶⁵⁴. Pertinente igualmente observar que a tutela individual da saúde joga visível papel também na proteção ao meio ambiente: não por coincidência VINEY e JOURDAIN estudam a cessação de perturbações de vizinhança, em que se tutela a saúde dos vizinhos, conjuntamente às ofensas

⁶⁵¹ GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. “Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile: les activités dangereuses”. In: FABRE-MAGNAN, Muriel (org.) [et al]. **Études offertes à Geneviève Viney**. Paris: LGDJ, 2008, p. 505, nota 20.

⁶⁵² SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 59 (n. 72).

⁶⁵³ Para exemplos de cessação do ilícito nestes domínios: VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les effets de la responsabilité. 3. ed. Paris: LGDJ, 2011, pp. 109-117 (nn. 34-2 a 35). Criticando a limitação sugerida por Tapinos: “*Si Mlle Tapinos élargit sa proposition à la prévention, il n’en demeure pas moins que cette proposition vise exclusivement à orienter la responsabilité civile de lege ferenda vers une responsabilité de l’anticipation des risques de dommage graves et irréversibles. Or, le domaine des sanctions préventives est beaucoup plus large (...). La condition proposée du risque de préjudice est une condition exclusivement prospective, qui ne peut ni n’a été conçue pour les manifestations préventives traditionnelles de la responsabilité civile*”. SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 257 (n. 452).

⁶⁵⁴ CATALANO, Roberta. **Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona**: elettrodotti ed antenne per telecomunicazioni. cit., pp. 84, 88 e 91.

ambientais⁶⁵⁵. Robustece o argumento a jurisprudência brasileira ter como dano ambiental situações tradicionalmente encaradas sob o ângulo do direito de vizinhança⁶⁵⁶.

Do assinalado, resulta possível acolher, para o princípio da precaução, a sugerida limitação do objeto da responsabilidade preventiva a riscos incertos à saúde e ao meio ambiente. Resta o problema da antijuridicidade. A dificuldade do princípio da precaução, como explicitado, é o fato de amiúde entender com o exercício de atividades lícitas, daí se propor um critério de anormalidade. Ajuntando este aspecto com a tutela da saúde, acreditamos repousar a solução na qualificação da saúde como direito da personalidade, não, entretanto, sob o mesmo ângulo da antijuridicidade considerado pelo princípio da prevenção (não se reflete sobre um “risco incerto de antijuridicidade”, muito embora o “risco de culpa” de TAPINOS provoque esta discussão).

De se recordar a orientação da jurisprudência italiana segundo a qual, assim como já se admite a reparação a quem sofreu um dano à saúde, deve-se consentir, do mesmo modo, a quem esteja exposto a um perigo à saúde, a prerrogativa de *remoção da situação de perigo*⁶⁵⁷. A diretriz é exarada para a tutela da saúde contra o risco incerto de contaminação por radiação eletromagnética. Ora, a nosso ver, não haveria como se atingir orientação semelhante no direito brasileiro se se desprezasse a natureza de direito da personalidade da saúde. Tal estatuto, por inseri-la na moldura do art. 12 do CC/02, considerando ainda o princípio da precaução enquanto fundamento constitucional da prevenção de danos, confere à saúde o arcabouço necessário para fundamentar a tomada de medidas de precaução no direito brasileiro.

À vista, então, do esquema geral da prevenção de danos na responsabilidade civil, ainda na perspectiva da tutela dispensada pelo direito civil, *as medidas de antecipação à realização incerta do dano são tomadas frente a uma perturbação anormal que entranhe risco incerto de*

⁶⁵⁵ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les effets de la responsabilité. cit., p. 112 (n. 34-5).

⁶⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 791.653/RS, rel. José Delgado, 1ª Turma, j. 6 fev. 2007. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**. v. 239. jul./set. 2015, p. 455 (veiculação pública de *jingle* para anúncio de produtos); Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.051.306/MG, rel. para o acórdão Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 16 out. 2008. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**. v. 239. cit., p. 470 (emissão de ruídos por bar situado em área residencial); Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 1009526-53.2015.8.26.0032, rel. Kenarik Boujikian, 34ª Câmara de Direito Privado, j. 15 fev. 2017 (derramamento de vinhaça em aquífero construído pelo vizinho). Os dois julgados do STJ reconheceram legitimidade ativa ao Ministério Público para tutelar as situações de poluição sonora verificadas, reascendendo controvérsia já conhecida na doutrina: “Quando, porém, se tratar da defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, de pequenos grupos, sem características de indisponibilidade nem suficiente abrangência social, pode não se justificar a iniciativa do Ministério Público”. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 117. Sublinhamos então que nossa colocação se destina apenas a realçar a conexão existente entre tutela individual da saúde e proteção ao meio ambiente.

⁶⁵⁷ CATALANO, Roberta. **Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona**: elettrodotti ed antenne per telecomunicazioni. cit., p. 88.

dano grave ou irreversível à saúde. A proposta poderia ser lida como exceção à regra da aplicabilidade da cessação do ilícito apenas a perturbações ilícitas. Discordamos, pois, levando-se em conta os diferentes planos da prevenção de danos, não cuidamos de medidas de prevenção em sentido estrito, mas de medidas de precaução.

Nossa última observação acerca da responsabilidade preventiva arrimada no princípio da precaução se refere aos riscos do desenvolvimento. Riscos do desenvolvimento são aqueles riscos não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e da técnica no momento da introdução de um produto no mercado de consumo e que só vêm a ser descobertos após um período de uso do produto, em decorrência do avanço dos estudos científicos⁶⁵⁸.

O problema é apresentado sob o ângulo *reparatório*, divisando-se os autores em admitir o risco do desenvolvimento como excludente da responsabilidade civil do produtor⁶⁵⁹ ou como mais uma hipótese de sua responsabilização⁶⁶⁰. Este enfoque parece cingir o aporte do princípio da precaução ao avigoramento de uma responsabilidade fundada na culpa para reger a matéria, à guisa do ilustrado pelo direito francês após a internalização da Diretiva 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985, tratando da responsabilidade por fato de produtos defeituosos. A norma comunitária resultou na lei de 19 de maio de 1998, pela qual se introduziu no Código Civil francês o atual art. 1.245-10, alínea 4ª, da seguinte dicção: “O produtor é responsável de pleno direito a menos que prove: (...) que o estado de conhecimentos científicos e técnicos, no momento no qual colocou o produto em circulação, não permitia averiguar a existência do defeito”⁶⁶¹.

⁶⁵⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 176. Confira-se igualmente a definição de Herman Benjamin: “[é] aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período de uso do produto e do serviço”. BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 67.

⁶⁵⁹ MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993, pp. 131-136; TEPEDINO, Gustavo. “A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional”. In: _____. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 274; STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. cit., pp. 555-559.

⁶⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. cit., p. 566; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. “O risco do desenvolvimento nas relações de consumo”. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (coords.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009, pp. 57-58; CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. cit., p. 231. Anotamos ser esta a escola de mais numeroso acolhimento, conforme constatado por: ANDRÉ, Diego Brainer de Souza. “O papel da responsabilidade civil na regulação dos riscos: uma análise do chamado risco do desenvolvimento”. In: SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coords.). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018, p. 320, nota 75.

⁶⁶¹ Art. 1.245-10. *Le producteur est responsable de plein droit à moins qu’il ne prouve: (...). 4° Que l’état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n’a pas permis de déceler l’existence du défaut.*

A norma exprime exoneração do produtor por risco do desenvolvimento. Recebeu a censura de KOURILSKY e VINEY pelo retrocesso na proteção dispensada aos consumidores comparativamente ao direito anterior à alteração legislativa. Neste, consagrava-se responsabilidade objetiva do produtor, enquanto, em razão da inovação legal, aproximou-se a responsabilidade dos fabricantes e produtores a uma responsabilidade por culpa⁶⁶². Aqueles mesmos autores não deixam de assinalar que, além de o próprio Código Civil francês limitar o recurso à dirimente (art. 1.245-11)⁶⁶³ e consentir aos consumidores se valer do regime anterior ao da alteração (art. 1.245-17), a jurisprudência fez prevalecer, pelo afastamento da exoneração por risco do desenvolvimento, uma concepção estrita, objetiva da responsabilidade do produtor, completamente independente da culpa⁶⁶⁴.

Tal hipótese de responsabilidade subjetiva poderia comportar leitura pelo princípio da precaução no sentido de prolongar e ampliar o dever de informação exigido dos produtores e fabricantes, o qual seria perpetuamente atualizado, redundando em uma obrigação de acompanhamento (*obligation de suivi*) consistente em supervisionar a evolução do risco⁶⁶⁵.

Realizada essa contextualização, convém agora investigar se o risco do desenvolvimento tem papel a desempenhar na responsabilidade civil preventiva, o que reclama adequado equacionamento dos riscos incertos, visados pelo princípio da precaução, e dos riscos “ignotos, incognoscíveis ou imprevisíveis”⁶⁶⁶, caracterizadores do risco do desenvolvimento. TAPINOS precisa que o risco do desenvolvimento tem relação com o conhecimento de um defeito inerente ao produto. Este último aparece no momento no qual aquele primeiro desaparece, a significar que o instante em que o defeito inerente se torna perceptível e certo é também quando se desfaz o risco do desenvolvimento, posto o defeito se afigurar concreto⁶⁶⁷.

O risco não cognoscível da definição de CALIXTO, no rigor conceitual do princípio da precaução, não é um risco incerto – o qual supõe a existência de uma dúvida perceptível sobre

⁶⁶² KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. cit., pp. 83, 85, 86 e nota 315. Ver também: CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. cit., p. 218

⁶⁶³ Art. 1.245-11. *Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1245-10 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci*. A justificação do texto se assenta no caso do sangue contaminado e no interesse de não suscitar reviravoltas na jurisprudência firmada na matéria, a qual consagrou uma obrigação de segurança de resultado a cargo dos centros de transfusão sanguínea: TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., p. 176 (n. 263).

⁶⁶⁴ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. cit., pp. 83, 85 e 86.

⁶⁶⁵ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. cit., p. 85.

⁶⁶⁶ SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 521.

⁶⁶⁷ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., pp. 67-68 (n. 88).

a existência do risco –, mas um “risco ignorado”. O campo de aplicação do princípio da precaução inicia sua demarcação com a existência de um risco incerto, um risco suspeito (*risque soupçonné*)⁶⁶⁸, não com a incognoscibilidade de um risco.

TAPINOS prossegue na diferenciação entre riscos do desenvolvimento e riscos incertos, referidos pelo princípio da precaução: na hipótese do *risco do desenvolvimento*, a natureza do risco não é evolutiva. Não há evolução de um risco que seria primeiro imperceptível e depois perceptível à causa da utilização do produto, mas que teria ainda o estatuto de simples hipótese dirigida a uma paulatina comprovação. Ou o risco é desconhecido ou ele é conhecido. A concretização do risco tem um “caráter declarativo”: o defeito do produto existia antes de ser descoberto. Ao contrário, o risco ao qual se refere o *princípio da precaução* é considerado no momento em que está em via de ser percebido. O princípio da precaução apreende o risco no momento no qual ele se revela ao sujeito como hipótese em processo de confirmação. Em uma palavra: a precaução não tem vocação para ser aplicada ao risco ignorado (ou incognoscível)⁶⁶⁹.

4.5 Casuística da responsabilidade civil preventiva

A casuística selecionada tem por propósito explorar oportunidades de aplicação da responsabilidade civil preventiva e amiudar considerações anteriormente feitas sobre a matéria (ver n. 4.4). Nota seja feita à importância de se ter anteriormente delimitado o conteúdo jurídico envolvido na incorporação da prevenção de danos ao direito da responsabilidade civil (ver capítulo 1, n. 1.8 e capítulo 2, nn. 2.1.2, 2.2.2, 2.2.3). Precitada delimitação facilitará a compreensão, pelos dados do nosso direito positivo, das manifestações preventivas observadas e igualmente as possíveis de se cogitar.

4.5.1 Acidentes nucleares

As atividades nucleares ocupam posição singular no contexto da teoria da responsabilidade. Sua regulamentação jurídica é a toda evidência especial e destoante do direito comum em razão de sua natureza e das “infinitas proporções do perigo que em si encerram”. Não apenas a legislação de regência estabeleceu a natureza objetiva da responsabilidade civil

⁶⁶⁸ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., pp. 68-69 (nn. 89-90).

⁶⁶⁹ TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., p. 69 (nn. 91 e 93).

por dano nuclear (art. 4º da Lei nº 6.453/77), o texto constitucional cuidando de assentar esta mesma nota (CF, art. 21, XXIII, “d”, com redação pela EC nº 49/06). Os traços do “momento da solidariedade” (ver capítulo 3, n. 3.1.2) se fazem notar, havendo disciplina de seguro obrigatório que cubra as indenizações por danos nucleares (art. 13 da Lei nº 6.453/77). Realça ser a matéria dominada pela ideia de socialização dos riscos, com intensa e decisiva participação estatal⁶⁷⁰.

No princípio do trabalho fizemos constar que os trabalhos sociológicos a respeito da modernidade reflexiva foram escritos sob o signo de catástrofes mormente nucleares (v.g. Chernobyl), o que ora se evidencia em razão de muito do afirmado por tais escritores se aplicar aos acidentes nucleares. É que, na mecânica destes, tanto estende-se o espaço abrangido por suas consequências quanto prolonga-se o tempo no qual permanecem presentes. Ainda que adotadas as cautelas necessárias, permanecem ressaído “riscos enormes e infinitos” de “danos incalculáveis” nestas atividades, “em razão do elevado potencial explosivo e do extraordinário poder de contaminação que os materiais radioativos apresentam”⁶⁷¹

Dentre os princípios reitores da responsabilidade civil por dano nuclear, interessa-nos aquele da *responsabilização em função do exercício* e os seus corolários. Por ele, é bastante o exercício da atividade para fins de fato gerador da responsabilidade civil. O plexo normativo em exame despreza qualquer conotação de ilicitude ou de ingerência subjetiva na ação danosa. É a periculosidade imanente à atividade nuclear a razão pela qual responde o explorador, nada importando que todas as precauções necessárias tenham sido adotadas e que todas as prescrições legais e regulamentares tenham sido seguidas. Alcança aqui a teoria objetiva seu grau máximo de exacerbação. Não se cogita de ato ilícito; ao revés, a atividade suportará a incidência da responsabilidade civil sendo essencialmente lícita e regulada⁶⁷².

O dano atômico, por seus particulares caracteres, inscreve-se no esquema geral do dano coletivo⁶⁷³, a significar sua sintomática aptidão para a afetação de um alto número de pessoas (dano em série). Pode o dano nuclear exsurgir de mais de uma maneira: a) danos diretos ou somáticos, circunscrevendo-se ao complexo individual; e b) indiretos ou genéticos, alcançando a descendência do prejudicado mediante alterações ao seu genoma. Não é sempre, aliás, que se

⁶⁷⁰ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: RT, 1985, pp. 100, 127 e 141.

⁶⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. cit., pp. 104 e 113.

⁶⁷² BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. cit., pp. 132-3, 188-9 e 195. Pela adoção da teoria do risco integral à responsabilidade por dano nuclear: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81; STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. cit., p. 516.

⁶⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 11. ed. atual. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 68 (n. 42).

manifestam imediatamente à contaminação nuclear (danos imediatos ou precoces), podendo diferir-se no tempo (danos diferidos, como em casos de leucemia, catarata e outras afecções). Admite-se, no entanto, não se poder enunciar precisamente todos os danos produzidos pelas radiações e pelas contaminações nucleares⁶⁷⁴.

DI MARTINO acentua que a circunstância de os efeitos do dano nuclear serem capazes de manifestar-se muito posteriormente à ocorrência do acidente, e sob formas que enevoem sua efetiva ligação com o incidente nuclear, pode comportar graves dificuldades probatórias à vítima⁶⁷⁵. A postura refratária da jurisprudência à reparabilidade dos danos nucleares diferidos lhe confirma o parecer⁶⁷⁶. Parece estar em causa sustentar, com CAIO MÁRIO, uma maior elasticidade da certeza danosa, sem que se a desancorasse de um “critério de razoável probabilidade”, porquanto os efeitos da radiação atômica, detectados ou não no momento, poderão positivar-se num futuro mais ou menos remoto, e num raio de ação mais ou menos extenso⁶⁷⁷.

Feição a toda evidência singular é a assumida pelo perfil da responsabilidade civil por dano nuclear, cujos pressupostos tem a seguinte enumeração: a) exercício da atividade em que se produz o acidente nuclear; e b) existência do dano nuclear. *Não se exige nexa causal* entre ação e dano ou, de outro modo, a relação causal é tão tênue que se pode reduzi-la à simples ocorrência do evento danoso⁶⁷⁸. Esta mesma tenuidade faz o fio condutor entre o responsável legalmente indicado e o incidente ser constituído por uma mera *ocasião*, a significar a inexistência de um liame objetivamente causal entre a atividade do responsável e o evento danoso. O necessário, com efeito, é uma “relação de ocasionalidade” (*rapporto di occasionalità*) formado pela usina como local do acidente e pelo mero fato de sua utilização⁶⁷⁹.

Pois bem. O risco nuclear é tratado pelo princípio da prevenção em razão de não pairar incerteza científica sobre a nocividade da contaminação nuclear. Mais acima se anotou sobre a ineficiência da função preventiva da responsabilidade civil (dissuasão e proação) para operar no campo dos acidentes. E os autores não parecem inclinados a se afastar da referida regra no referente à atividade nuclear⁶⁸⁰. Deveras, a atividade nuclear, *em si mesma considerada*, é lícita

⁶⁷⁴ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. cit., pp. 191-2.

⁶⁷⁵ DI MARTINO, Vittorio. **La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari**. Milão: Giuffrè, 1979, p. 234 (§ 26).

⁶⁷⁶ V.g. ação indenizatória, julgada improcedente, movida por confinante de Wagner Mota Pereira, vítima direta do acidente com Césio 137 em Goiânia: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação 0016214-91.2011.4.01.3500, rel. Daniele Maranhão Costa, 4ª Turma, j. 26/5/2021.

⁶⁷⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. cit., p. 72 (n. 42).

⁶⁷⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. cit., pp. 187 e 193-4.

⁶⁷⁹ DI MARTINO, Vittorio. **La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari**. cit., pp. 243-244 (§ 27).

⁶⁸⁰ BLOCH, Cyril. **La cessation de l'illicite: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle**. cit., p. 317 (n. 277). Bittar registra ainda a boa funcionalidade do sistema existente: “aos

e perigosa, e, a se seguir a classificação de BLOCH acerca das perturbações ilícitas e anormais, não parece permeável às manifestações preventivas em sentido estrito. Causa-nos, entretanto, inquietação o prospecto de apenas haver cabida a medidas reparatórias para o panorama das atividades nucleares. CAIO MÁRIO verbaliza nosso desconforto ao indagar “se a usina nuclear pode ser logo acionada, na perspectiva de um dano ainda não apurado, mas cuja probabilidade de aparecer é previsível”⁶⁸¹.

Não parece irreal supor a possibilidade de uma associação de defesa, mediante demonstração da desobediência a alguma exigência legal ou administrativa por uma usina nuclear, pleitear, por exemplo, a proibição do começo de suas operações. Seguindo esta rota, BITTAR ilustra rapidamente a situação de atividade nuclear exercida sem licença. O autor descarta a ocorrência desta situação, “em face dos condicionantes existentes”, ajuntando que a licença é condição para o exercício da atividade, e não para a responsabilização⁶⁸².

No que nos alcança, diferentemente, o exercício não licenciado é fato violador do direito e pelo qual se gera um risco certo de dano amoldável à intervenção de uma medida de cessação do ilícito, à maneira do já praticado para os casos de poluição –RT 806/322: “ausente o licenciamento ambiental obrigatório, correta se afigura a decisão judicial concessiva de liminar, suspendendo provisoriamente as atividades poluidoras da indústria” (ver capítulo 3, n. 3.7.4).

Considerando os particulares matizes do dano nuclear, sobre os quais acima se versou, afigura-se, nas mínimas, desarrazoado sujeitar os particulares aos riscos de exploração não licenciada de energia nuclear, circunstância mais que bastante para atrair uma medida preventiva de cessação. Observamos, por outro lado, que o raciocínio não compromete a higidez da classificação de BLOCH das perturbações ilícitas e anormais, posto o exercício não licenciado entender com perturbação ilícita, não com anormal.

4.5.2 Exposição a ondas eletromagnéticas

O contencioso da exposição a ondas eletromagnéticas emanadas de antenas de telefonia lançou o princípio da precaução no universo da responsabilidade civil sob a forma de norma de conduta exigível de particulares (ver capítulo 2, n. 2.1.2). Já o dissemos anteriormente: através de um proeminente arranjo deste princípio com a doutrina das perturbações anormais de

acidentes ocorridos tem o sistema respondido positivamente, satisfazendo, de modo direto, os pagamentos exigidos”. BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. cit., p. 179.

⁶⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. cit., p. 70 (n. 42).

⁶⁸² BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. cit., p. 189.

vizinhança, converteu-se o dano cientificamente incerto atinente à exposição àquelas ondas em perturbação de vizinhança passível tanto de medida de cessação quanto reparatória.

As hipóteses de medidas reparatórias são apresentadas por MAZZOLA, para quem seria possível haver tanto dano patrimonial quanto extrapatrimonial na instalação de antena de telefonia próxima a imóvel, seja pela desvalorização imobiliária, seja pela mudança radical de hábitos próprios e consolidados da vida do proprietário pelo temor à saúde causado pela presença de uma fonte de emissão de ondas eletromagnéticas a curta distância de sua residência⁶⁸³. *Common law* e *civil law* dividem *mutatis mutandis* jurisprudência parelha neste último ponto, considerando-se tanto *nuisance* quanto perturbação anormal de vizinhança o temor ou perigo, ainda que *cientificamente infundado*, de se residir na proximidade de estabelecimento destinado a hospedar portadores de doenças transmissíveis (*pest house, maison de santé*)⁶⁸⁴.

Ainda com as medidas reparatórias, caso interessante apreciado em 2012 pela Corte de cassação diz respeito à hipersensitividade eletromagnética alegada por pessoa residente em local com antenas de telefonia instaladas nas proximidades. A particular, sob o fundamento da doutrina das perturbações anormais de vizinhança, demandou em juízo as empresas proprietárias das antenas e requereu condenação destas a versar àquela compensação pelos prejuízos físicos e morais suportados em razão da diminuição da fruição de seu imóvel, além de proceder a blindar seu apartamento contra as ondas eletromagnéticas emitidas. Deu-lhe razão a Corte de Cassação⁶⁸⁵.

Quanto às medidas preventivas, é amplo e difundido, na Itália, o uso da *azione inhibitoria atipica*, levando autores a identificar neste instrumento o único e verdadeiro remédio preordenado à proteção da pessoa em situações semelhantes⁶⁸⁶.

As ações inibitórias veiculam pedidos não somente de desinstalação da fonte emissora das ondas, mas, de igual maneira, versando sobre: suspensão dos efeitos de licenças administrativas; adoção de medidas e precauções idôneas a minimizar a emissão eletromagnética; determinação de fiscalizações sanitárias e ambientais no âmbito dos processos

⁶⁸³ MAZZOLA, Marcello Adriano. **I nuovi danni**. cit., p. 457. Ver também: BARY, Marion “Vers la consécration du préjudice d’angoisse face aux risques hypothétiques par la responsabilité civile?”. **Revue Juridique de l’Ouest**. n. especial, out. 2014, pp. 93-114.

⁶⁸⁴ PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. Saint Paul: West Publishing, 1941, p. 559; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 2. ed. v. 1. Paris: Recueil Sirey, 1934, p. 566 (n. 598).

⁶⁸⁵ D’AMBROSIO, Luca; GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève; MANACORDA, Stefano (orgs.). **Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité**. Paris: Mare&Martin, 2018, p. 311.

⁶⁸⁶ CATALANO, Roberta. **Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona: elettrodotti ed antenne per telecomunicazioni**. cit., pp. 100 e 111-112.

administrativos de expedição dos alvarás edilícios; por fim, remoção ou colocação dos aparelhos emissores em locais diversos daqueles em que inicialmente situados (ver n. 4.4.2).

Na França, os particulares insurgem-se contra a exposição a ondas eletromagnéticas com fundamento na responsabilidade por perturbação anormal de vizinhança e na existência de um risco de dano à saúde decorrente da exposição àquelas ondas. As cortes, inicialmente, lhes deram razão, como demonstra aresto de 2004 da Corte de Apelação de Aix-en-Provence⁶⁸⁷. Nele, o operador de uma antena de telefonia instalada perto de uma escola maternal foi condenado a deslocá-la para outro sítio, de modo a não sujeitar os educandos e professores a riscos sanitários provenientes das ondas eletromagnéticas, ainda que não comprovados cientificamente. Já em julgado de 2009 da Corte de Apelação de Versalhes⁶⁸⁸, condenou-se uma sociedade operadora de antenas de telefonia a removê-las da vizinhança dos demandantes sob a motivação, no fundamental, de que a incerteza sobre a inocuidade da exposição às ondas emitidas por antenas era, de si mesma, séria e razoável, considerando as consequências gravosas aos vizinhos da concretização do risco sanitário.

Outros juízes, com maior obstinação, excluem a doutrina das perturbações de vizinhança por terem-na aplicável tão somente a situações de risco certo e fundam a responsabilidade do proprietário da antena integralmente no princípio da precaução, condenando-o não apenas a desinstalar a antena, mas igualmente a efetuar pesquisas suplementares sobre os riscos envolvidos e aplicar as conclusões na busca de um local mais adequado para posicionar a antena⁶⁸⁹.

Dessa jurisprudência francesa inicial, convém atentar para dois pontos: dava-se razão à vítima sem considerar a obediência das exigências legais ou regulamentares pertinentes à instalação da antena; e a solução pronunciada ensaiava uma conciliação dos interesses da vítima e do proprietário da antena ao passo que não apenas se condenava este último a remover a antena de onde instalada, tampouco se decretava pura e simplesmente a improcedência da demanda por ausência de prova do risco alegado⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ FRANÇA. Corte de Apelação de Aix-en-Provence. Acórdão de 8 jun. 2004. **Recueil Dalloz**. 2004, p. 185.

⁶⁸⁸ FRANÇA. Corte de Apelação de Versalhes. Acórdão de 4 fev. 2009, n. 08/08775 (Caso Lagouge).

⁶⁸⁹ HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. “Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile français, regard comparatiste”. In _____; KHOURY, Lara; SAINT-PAU, Jean-Christophe (Coords.). **L’influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale: regards franco-québécois**. Québec: Revue de Droit de l’Université de Sherbrooke, 2015, pp. 20-21.

⁶⁹⁰ HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. “Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile français, regard comparatiste”. In _____; KHOURY, Lara; SAINT-PAU, Jean-Christophe (Coords.). **L’influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale: regards franco-québécois**. Québec: cit., p. 21.

“Mas não raro, em França, o elemento jurídico cede ao elemento administrativo”⁶⁹¹. Aqui também se fizeram notar as palavras de RUI BARBOSA, pois, sem embrago da jurisprudência das cortes de apelação, a Corte de Cassação, por dois acórdãos de 2012⁶⁹², limitou o conhecimento de demandas similares ao considerar o Judiciário incompetente para apreciar pleitos de interrupção da emissão, interdição da implantação e remoção ou mudança das antenas.

A competência judiciária restou cingida, então, à apreciação de pedidos indenizatórios. A argumentação da Corte embasa-se na vedação ao juiz de substituir a autoridade administrativa na avaliação dos riscos envolvendo a exposição a ondas eletromagnéticas, arriscando-se, assim, a contradizer as autorizações de funcionamento administrativamente concedidas. Trata-se de curiosa reiteração de tendência observada desde a rejeição, pelo direito positivo francês de 1804, da *cauto damni infecti* e da ação preventiva do direito consuetudinário, consistente em deslocar ao campo administrativo pleitos diversos dos de reparação, como os que agora se assinalou. Medidas de prevenção parecem ainda ser tratadas como “caso de polícia”, para recobrar a expressão de LAURENT (ver capítulo 3, n. 3.7.1).

Se o juiz judiciário resta competente quando o dano sobrevém e deve ser reparado, por contrário, grande parte de sua competência relacionada a prevenir o mesmo dano lhe é amputada. Com efeito, a posição da Corte de Cassação “reduz a nada” a possibilidade de determinar qualquer medida preventiva fundada no princípio da precaução⁶⁹³. É notável, por outro lado, que tenha ratificado a demanda reparatória da vizinha hipersensível a ondas eletromagnéticas. Não haveria como fazê-lo sem admitir, ainda que implicitamente, a incidência do princípio da precaução. Dever-se-ia concluir que a invocação do princípio da precaução é admissível ao juiz judiciário contanto que para conceder pleitos reparatórios?

Demais, os poucos pronunciamentos das cortes brasileiras envolvendo a tutela individual em casos de exposição a ondas eletromagnéticas têm enquadrado a questão como típico caso de responsabilidade civil por ato ilícito, exigindo-se da vítima, em contradição palmar, a *prova de um risco incerto*⁶⁹⁴.

⁶⁹¹ BARBOSA, Rui. **Obras completas**. v. 31. t. 2. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1952, p. 261.

⁶⁹² FRANÇA. Corte de Cassação. Acórdão 10-26854, 1ª Câmara Cível, j. 17 out. 2012. No mesmo sentido: FRANÇA. Corte de Cassação. Acórdão 11-23566, 3ª Câmara Cível, j. 19 dez. 2012.

⁶⁹³ HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. “ Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile français, regard comparatiste”. In _____; KHOURY, Lara; SAINT-PAU, Jean-Christophe (Coords.). **L’influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale: regards franco-québécois**. cit., p. 24.

⁶⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0024829-72.2004.8.26.0562, rel. Marcondes D’Angelo, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 22 fev. 2018; Apelação 0005144-25.2011.8.26.0533, rel. Eduardo Gouvêa, 7ª Câmara de Direito Público, j. 12 dez. 2016; Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento

Pois bem, como visto do primeiro momento da jurisprudência francesa e da jurisprudência italiana, a aplicação da responsabilidade civil preventiva por meio do princípio da precaução não redundaria apenas na remoção da antena de telefonia. A prevenção de danos, e aqui, de lesão à saúde, não deixa de pressupor que as medidas empregadas sejam proporcionais à espécie⁶⁹⁵.

Nesse contexto, também útil averiguar se o dono da antena aplicou o princípio da precaução durante o processo de análise de riscos resultante na instalação daquela. À diferença, contudo, do doutrinado por FAGNART, não o fazemos sob a perspectiva da culpa, mas do critério da anormalidade para destarte render injustificável a submissão a risco incerto desacompanhada da prévia aplicação do princípio da precaução.

Com efeito, desincumbiu-se o fornecedor de sua obrigação de pesquisa, por meio da qual é determinado se a instalação implicará, por exemplo, uma sujeição desarrazoada em razão da mínima distância entre a antena e os residentes das imediações (*avaliação de riscos*)? Geriu-se o risco em consulta com interessados e associações de moradores de bairros (*gestão de riscos*)? Por fim, foi administrada informação adequada aos interessados quanto aos efeitos das antenas⁶⁹⁶ (*comunicação de riscos*)?

Não tendo havido aplicação do princípio da precaução no empreendimento controvertido, pode o tribunal também determinar que se o aplique, de modo a se chegar a solução desta vez consentânea com a aceitabilidade social de riscos. Esta sorte de comandos parece deveras mais acorde com o progresso científico do que as simples ordens de desinstalação.

4.5.3 Agrotóxicos

1.0461.10.008610-1/005, rel. Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, j. 27 out. 2011; Apelação 0172515-80.2004.8.13.0287, rel. Pereira da Silva, 10ª Câmara Cível, j. 15 mar. 2007.

⁶⁹⁵ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution**: rapport au premier ministre. cit., p. 8; THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l’évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?”. **Revue trimestrielle de droit civil**, v. 98, n. 3, cit., pp. 580 e 582; SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 80 (n. 110); TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. cit., p. 609-610 (nn. 963-965).

⁶⁹⁶ HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde. “Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile français, regard comparatiste”. In _____; KHOURY, Lara; SAINT-PAU, Jean-Christophe (Coords.). **L’influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale**: regards franco-québécois. cit., p. 27. Ver também: LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. cit., p. 226.

Assim como os transgênicos, como abaixo se escreverá, os agrotóxicos estão imbricados na problemática maior da segurança alimentar. Razão para isto está em agrotóxicos e transgênicos virem amiúde aos pares à existência (v.g. criou-se a soja *round up ready* para resistir ao agrotóxico *Round Up Ready*). Tomando a definição do art. 2º, I, “a” da Lei nº 7.802/89, consideram-se agrotóxicos os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos.

Frutos da Revolução Verde, o problema dos resquícios de agrotóxicos ou “poluentes orgânicos persistentes” é exhaustivamente descrito pelo preâmbulo da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes (Decreto nº 5.472/05), dizendo com: suas propriedades tóxicas; resistência à degradação; propensão à bioacumulação; capacidade de transporte pelo ar, pela água e pelas espécies migratórias, ultrapassando as fronteiras internacionais e vindo a se depositar a longa distância do local de sua liberação; e a acumulação em ecossistemas terrestres e aquáticos. Foi recentemente sancionada a Lei nº 14.250/21 para complementar as disposições convencionais, seu art. 1º dispondo sobre a obrigatoriedade da eliminação das “bifenilas policloradas” (PCBs) e de seus resíduos, assim como sobre a descontaminação e a eliminação de objetos com presença de PCBs.

Como exemplos, além daqueles anteriormente dados (ver capítulo 2, n. 2.1.2): a acumulação de agrotóxicos nos alimentos consumidos é, segundo alguns, o maior risco à saúde do consumidor⁶⁹⁷. Exposição a certos agrotóxicos usados no cultivo do tabaco redundam nas certas consequências de intoxicação e distúrbios neurocomportamentais⁶⁹⁸. O “prosulfocarbo”, herbicida volátil e muito utilizado no cultivo de cereais e batatas, foi recentemente associado à contaminação de culturas nas quais se o encontrou a níveis acima de 100 vezes o permitido⁶⁹⁹.

Parece-nos, pois, que os riscos relacionados a agrotóxicos, no fundamental, são certos em relação ao potencial danoso, justificando a incidência do princípio da prevenção. Agora, se por uma volta o uso indiscriminado de agrotóxicos tem a potencialidade de acarretar contaminações de culturas e graves problemas ambientais e de saúde pública, por outra, o argumento geral do lado dos produtores agrícolas é o de sua imprescindibilidade ao sucesso das lavouras.

⁶⁹⁷ LOPEZ, Teresa Ancona. “Segurança alimentar: riscos e exigências”. **Revista de direito civil contemporâneo**. n. 11. abr./jun. 2017, pp. 33-54.

⁶⁹⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. **O direito ambiental e os agrotóxicos**: responsabilidade civil, penal e administrativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 46.

⁶⁹⁹ “En France, des cultures bio contaminées par un herbicide très utilisé et volatil”. **Le Monde**. Disponível: [https://www.lemonde.fr/planete/article/2021/06/15/en-france-des-cultures-bio-contaminees-par-un-herbicide-tres-utilise-et-volatile_6084173_3244.html]. Acesso: 15 jun. 2021.

O Brasil assume postura peculiarmente liberal frente aos agrotóxicos (a mesma propensão de resto sendo verificada com relação aos transgênicos). Prova disto é, além da liberação de 1.411 agrotóxicos nos últimos três anos⁷⁰⁰, a existência de proposições legislativas como o controverso “PL do Veneno” (PL nº 6.299/02), designado a alterar a Lei nº 7.802/89 (Lei de Agrotóxicos), promovendo flexibilização nos comandos atinentes ao registro de agrotóxicos – pelo projeto, o registro exigido pelo art. 3º da Lei nº 7.802/89 seria apenas o do princípio ativo, reconhecida a similaridade quando se tratar de produto “substancialmente equivalente”.

Defende-se, como melhor solução para a garantia da segurança alimentar, esforços voltados ao rastreamento dos alimentos do campo até a mesa, contando com exigências normativas a respeito da verificação e a divulgação da origem dos produtos como requisitos para o funcionamento dos postos de venda⁷⁰¹. A rotulagem de agrotóxicos é composta por lista de informações de colocação obrigatória (Decreto nº 4.074/02, Anexo VIII, item 1.10.1), sendo que a omissão de informações ou sua prestação de forma incorreta são infrações administrativas capituladas no art. 85, III do Decreto nº 4.074/02. Em São Paulo, a rotulagem de agrotóxicos é objeto de extenso controle da Secretaria de Agricultura e Abastecimento (Lei Estadual nº 4.002/84, art. 2º).

A reparação de prejuízos ocasionados por agrotóxicos pode ser sem maiores dificuldades ensejada⁷⁰²: dano patrimonial consistente na dispersão de maior quantidade de agrotóxicos que a necessária, resultando na morte das lavouras; e o dano ambiental decorrente da pulverização aérea do agrotóxico, o qual pode se alastrar para além das áreas de lavouras para atingir o meio ambiente natural e afetá-lo negativamente.

A pulverização aérea de agrotóxicos é vedada em alguns entes federativos, como no Ceará, em razão da Lei Estadual nº 16.820/19, contra a qual foi proposta a ADI 6.137/CE. Já PROSSER registra caso de *nuisance* associado à aplicação contínua de herbicidas por aproximadamente meia-hora⁷⁰³.

Do exposto, reconhece-se aos particulares se valerem das ferramentas da cessação do ilícito para cessar perturbação ilícita constituída por fato antijurídico atual consistente na

⁷⁰⁰ “Governo Bolsonaro chega a 1.411 agrotóxicos aprovados em menos de três anos”. **Correio Braziliense**. Disponível: [<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/09/4952513-governo-bolsonaro-chega-a-1-411-agrotoxicos-aprovados-em-menos-de-3-anos.html>]. Acesso: 11 nov. 2021.

⁷⁰¹ LOPEZ, Teresa Ancona. “Segurança alimentar: riscos e exigências”. **Revista de direito civil contemporâneo**. n. 11. cit., pp. 33-54

⁷⁰² Ver, por todos, NERY Jr, Nelson. “Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública”. **Revista de processo**. v. 38. abr./jun. 1985, pp. 129-145.

⁷⁰³ PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. cit., p. 560.

aplicação indiscriminada de agrotóxicos, exigindo-se a realização dos trabalhos necessários para evitar interferências prejudiciais futuras. Maior complicação haverá em imaginar situação na qual tenha de fato aplicação o princípio da prevenção para antecipar-se à realização de um risco certo de dano, eis que, no mais das vezes, a interferência já se iniciou.

Será o caso de impedir risco certo de dano, por exemplo, quando se postular a proibição de determinado agricultor dispersar aereamente agrotóxicos os quais possam, por bioacumulação, se concentrar em plantações e bens de propriedades vizinhas, bem assim nos organismos dos próprios vizinhos. Entendemos possível, pelos mesmos fundamentos, impor ao proprietário, na mesma ação, forma diferenciada de aplicação dos agrotóxicos com vistas a alcançar maior controle de sua dispersão.

4.5.4 Transgênicos

Os transgênicos, espécie do gênero organismos geneticamente modificados (OGM's), são alimentos que carregam um traço de DNA estranho ao organismo em que inserido, a fim de, por exemplo, tornar o alimento resistente ao correlato agrotóxico. Ainda não se saiu do estado de incerteza científica, tampouco havendo consenso social sobre esta criação da engenharia genética. A estreita regulação dos transgênicos é preordenada a impedir a criação de situações de risco tanto à saúde quanto ao meio ambiente e a dificuldade ínsita à aplicação da prevenção de danos diz justamente com a busca do melhor equilíbrio entre liberdade na circulação dos produtos e o controle dos multifacetários riscos atinentes aos transgênicos.

Por evidente que as opções extremadas devem ser evitadas, isto valendo tanto para recusas a princípio injustificadas à comercialização de transgênicos, ilustrada pelo precedente comunitário europeu sobre a resistência do Estado francês em permitir que a empresa Novartis comercializasse seu transgênico no território do primeiro⁷⁰⁴; quanto para a escancarada liberação do cultivo de transgênicos sem prévio estudo de impacto ambiental, como foi o caso do Brasil com a soja *Round Up Ready* (Lei nº 11.105/05, art. 35), liberação a qual contou inclusive com a chancela doutrinária de MIGUEL REALE⁷⁰⁵. O autor criticou, quando de parecer requisitado pela Monsanto do Brasil Ltda., a sentença do magistrado Antônio Souza Prudente,

⁷⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. Corte de Justiça da Comunidade Greenpeace France et al v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, j. 21 mar. 2000. A sucumbência da França na demanda não entra na não incidência do princípio da precaução; significa, ao contrário, a determinação para aplicação de uma óptica pragmática, e não integrista, da precaução: DARCHAMBEAU, Jonathan; MÉLOTTE, Catherine. "Principe de précaution dans le secteur agroalimentaire". In FAGNART, Jean-Luc [et al]. **Regards croisés sur le principe de précaution**, cit., p. 115.

⁷⁰⁵ REALE, Miguel. "Legitimidade do plantio de soja transgênica". **Revista dos tribunais**. v. 789. jul./2001, pp. 109-126.

da 6ª Seção Judiciária do Distrito Federal (e do acórdão do TRF-1 que a manteve), o qual, a nosso ver, corretamente, considerou o estudo de impacto ambiental condição imprescindível à liberação do cultivo de soja transgênica⁷⁰⁶, aplicando, portanto, o princípio da precaução.

Hipóteses de ofensas à saúde defluídas de transgênicos ainda não foram cientificamente constatadas, até por se estar diante de risco incerto. Sem embargo, a ausência de conhecimento, e menos ainda consenso científico, acerca de todas as possíveis consequências prejudiciais à saúde humana e animal em geral, bem como ao meio ambiente, depõem a favor de possíveis e prospectivas hipóteses de responsabilidade civil⁷⁰⁷.

Por ora, no campo consumerista, apenas se consente a necessidade de informação sobre a transgenia de um produto pela adequada etiquetagem (Lei nº 11.105/05, art. 40 e Decreto nº 4.680/03, art. 2º) – muito embora haja propostas legislativas direcionadas a extinguir a informação sobre a transgenia (PLC's 34/15 e 4.148/15). Neste campo, viola o princípio da precaução o descumprimento do dever de informar acerca do correto índice de transgenia do produto⁷⁰⁸ (CDC, arts. 6º, III, VI e 9º).

O caso do “Algodão Bolhgard” em Maharashtra, Índia, é de ser abordado. Agrônomos locais observaram que a planta de algodão transgênico contraía doença não encontrada na planta convencional, causada por fungo do gênero *Rhizoctonia*. O problema se agrava quando, diante da dominação dos mercados por companhias que produzem e comercializam os transgênicos, os agricultores locais são forçados a comprarem-nos (por preços até quatro vezes mais caros) e posteriormente a assistir suas safras serem dizimadas pelo patógeno.

Cogita-se igualmente de *contaminação transgênica* ou *poluição genética*, a qual pode ocorrer com a descontrolada dispersão de sementes transgênicas, que, levadas aos quatro ventos, podem se assentar em culturas de alimentos nas quais não se pratica o cultivo de OGM's. Em matéria de contaminação transgênica, ressaí o caso do milho mexicano em Oaxaca, região na qual foi detectada em comunidades locais a presença de transgênicos provenientes dos Estados Unidos.

A contaminação transgênica diz respeito tanto à proteção ao meio ambiente cultural – que engloba o patrimônio genético – quanto à proteção saúde, sendo de se lembrar a definição de dano à saúde já oferecida (ver capítulo 2, n. 2.2.2), porquanto violada pela privação da escolha por sementes naturais pelos agricultores, os quais se veem, eles e aqueles com quem

⁷⁰⁶ BRASIL. Justiça Federal do Distrito Federal. Ação Cautelar Inominada 1998.34.00.027681-8 (IBAMA e IDEC v. Monsanto), j. 18 jun. 1999.

⁷⁰⁷ MAZZOLA, Marcello Adriano. **I nuovi danni**. cit., p. 959.

⁷⁰⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. cit., p. 222.

comercializem sua produção, forçadamente assujeitados aos riscos incertos dos transgênicos. O alastramento de sementes transgênicas torna os mesmos agricultores dependentes dos agrotóxicos correspondentes, para cuja aquisição não costumam possuir recursos, ameaçando a continuidade de tradições seculares de cultivo – o milho mexicano é ali cultivado desde antes da colonização espanhola e constitui importantíssima base tradicional para aquele povo.

MAZZOLA vislumbra, na contaminação de culturas ou de sementes por OGM's, contra a vontade do agricultor, um claro dano patrimonial por conta da perda de sementes naturais⁷⁰⁹. A situação também comporta análise a partir do enfoque de desenvolvimento da própria personalidade, porquanto o dano suportado pelo agricultor subtrai-lhe a opção por sementes naturais, comprometendo sua atividade e sua subsistência. O dano, por isto, se projeta em atividade realizadora de sua personalidade, a saber, o seu labor, e, em última instância, a tradição de cultivo a ele legada por seus antepassados.

O exemplo posto por SINTEZ de medida de precaução, isto é, de antecipação ao risco incerto de dano, é a determinação judicial ao agricultor de transgênicos que reforce as medidas de segurança sobre o perímetro de cultivo para prevenir a poluição genética⁷¹⁰, a qual se amolda aos parâmetros da responsabilidade preventiva operacionalizada pelo princípio da precaução por guardar referência ao exercício de atividade lícita geradora de uma perturbação anormal, a anormalidade dizendo respeito à sujeição injustificada a risco incerto e às graves consequências da concretização do risco.

4.5.5 Pandemia, vacinas e isolamento social

O enfrentamento à pandemia de Covid-19 é formado em relevante parte por uma miscelânea de aplicações da responsabilidade civil preventiva, seja quando se concede tutela de urgência postulada por síndico de condomínio edilício para obrigar os condôminos à obediência de circular determinando a proibição de acesso às áreas comuns como medida de isolamento social⁷¹¹ (princípio da precaução); seja quando o Ministério Público demanda em juízo particulares, presumivelmente contaminados de Covid-19 e atentando contra medidas não-farmacológicas, para obrigá-los a se isolar⁷¹² (princípio da precaução); ou, enfim, quando um juiz concede liminar em mandado de segurança, mais tarde ratificada pela corte estadual, para

⁷⁰⁹ MAZZOLA, Marcello Adriano. *I nuovi danni*. cit., p. 960.

⁷¹⁰ SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. cit., p. 59 (n. 72).

⁷¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo 0120804-91.2020.8.19.0001.

⁷¹² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 1000582-45.2020.8.26.0272.

garantir ao particular impetrante o direito de imunizar-se com vacina que não portasse “alto risco para doença tromboembólica”⁷¹³ (princípio da prevenção).

Os riscos incertos envolvendo vacinas revelam tensionamento no âmago da prevenção de danos: tanto se vacina para prevenir a população do contágio quanto se busca vacina diferente para, em princípio, se precaver de risco potencial de se contrair doença. Pretendemos tirar desta problemática dois casos para brevemente ilustrar e explorar este “conflito da prevenção de danos”, sempre guardando-se pertinência com a prevenção de danos, de modo que jamais se nos reproche qualquer inoportuno timbre político na exposição.

Pois bem, de princípio assinalaremos os debates sobre o risco incerto de a vacinação de crianças de cinco a onze anos lhes causar miocardite, pericardite e inflamação cardíaca. O Centro de Controle e Prevenção de Doenças dos Estados Unidos (CDC-EUA) relatou, em dezembro de 2021, ter recebido oito casos de miocardite em infantes desta faixa etária⁷¹⁴. Estima-se que uma criança em cada 100.000 (cem mil) desenvolva a afecção⁷¹⁵. O CDC-EUA mantém a recomendação de vacinar amparando-se em que seus benefícios superam os riscos conhecidos e potenciais⁷¹⁶.

Relate-se, agora, uma ocorrência brasileira. Aos 8 de julho de 2021, data de sua 33ª reunião, a Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado instaurada para apurar ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da pandemia de Covid-19 (“CPI da Pandemia”) tomou o depoimento de Francieli Fantinato, ex-coordenadora do Programa Nacional de Imunizações (PNI) do Ministério da Saúde⁷¹⁷. Lê-se no Requerimento nº 790/21, do Senador Otto Alencar, que a convocação da ex-coordenadora tinha por finalidade “prestar esclarecimentos com relação à vacinação de gestantes”, à vista da edição de nota técnica pela

⁷¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. MS 0723441-65.2021.8.07.0000, rel. Esdras Neves, 2ª Câmara Cível, j. 26 out. 2021. Depreende-se do acórdão: “*Ressalte-se que não se trata de impor tratamento diferenciado à impetrante, com preferência para determinada marca de vacina contra a COVID-19, mas de preservar a sua vida, devido ao alto risco para doença tromboembólica, conforme o relatório do médico assistente (ID 27482019)*”.

⁷¹⁴ “Eight heart inflammation cases among young kids who got COVID-19 shot - U.S. CDC”. **Reuters**. Disponível: [<https://www.reuters.com/world/us/eight-heart-inflammation-cases-seen-among-young-kids-who-got-covid-19-shot-us-2021-12-16/>]. Acesso: 17 dez. 2021.

⁷¹⁵ “EUA: CDC registra 8 casos de miocardite em crianças que receberam Pfizer”. **Poder 360**. Disponível: [<https://www.poder360.com.br/coronavirus/eua-cdc-registra-8-casos-de-miocardite-em-criancas-que-receberam-pfizer/>]. Acesso: 17 dez. 2021.

⁷¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Centers for Disease Control and Prevention. “10 Things to Know About the COVID-19 Vaccine for Children Ages 5 through 11 Years”. Disponível: [<https://www.cdc.gov/vaccines/covid-19/planning/children/10-things-to-know.html>]. Acesso: 17 dez. 2021. Foi igualmente a recomendação da Anvisa: BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Comunicado GGMON 007/2021.

⁷¹⁷ BRASIL. Senado Federal. Notas taquigráficas da 33ª reunião da CPI da Pandemia. Disponível: [<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/10088>]. Acesso: 8 jul. 2021.

coordenação do PNI recomendando que gestantes imunizadas com a vacina AstraZeneca recebessem a segunda dose de qualquer vacina disponível.

Provendo maior contextualização, sucedeu no Rio de Janeiro evento adverso grave em gestante que se vacinara com a AstraZeneca e, subsequentemente, desenvolveu a “extremamente rara” (um caso a cada 100.000 doses administradas) síndrome de trombose com trombocitopenia (TTS). Considerando a “possível associação causal” com a aplicação da primeira dose de vacinas de vetor viral não replicante (AstraZeneca e Janssen), a coordenação do PNI, atendendo a solicitação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), suspendeu temporariamente o uso da AstraZeneca em gestantes e puérperas⁷¹⁸.

A orientação, de acordo com o requerimento senatorial, foi revista em junho de 2021 e, em 6 de julho de 2021, empregando o conceito de intercambialidade (possibilidade de se completar o esquema vacinal com duas vacinas de fabricantes diferentes), a Secretaria Extraordinária de Enfrentamento à Covid-19 voltou a recomendar a vacinação de gestantes e puérperas, mas com vacinas não contendo vetor viral (Coronavac e Pfizer)⁷¹⁹.

O que parece ter escapado aos senadores, durante a inquirição da ex-coordenadora, foi a distinção entre contraindicação e medida de precaução. O que embasou a interrupção da vacinação de gestantes, como exarado na bula da AstraZeneca⁷²⁰, foi a aplicação do princípio da precaução, não da prevenção (caso no qual se trataria efetivamente de contraindicação). À maneira do CDC-EUA, a controvérsia foi decidida pela máxima do maior benefício, constando no Comunicado GGMON nº 6/2021, de 24 de junho de 2021: “os benefícios das vacinas superam os riscos associados à infecção por Covid-19”.

O que se pauta em ambas as situações é a aceitabilidade do risco incerto por aquele que o deverá suportar, conjunturas atuais, como o próprio contexto pandêmico, aparentando poder concorrer para as autoridades médicas emprestarem maior peso a semelhante máxima do maior benefício. Também importa não descurar do rigor na configuração do próprio *risco incerto*, visto que, para lembrar a lição de SADELEER, os riscos residuais, isto é, aqueles fundados sobre considerações puramente especulativas, sem fundamento científico e de hipótese despida de seriedade, excluem-se do âmbito do princípio da precaução.

⁷¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Nota Técnica n. 627/2021-CGPNI/DEIDT/SVS/MS.

⁷¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Nota Técnica n. 2/2021-SECOVID/GAB/SECOVID/MS.

⁷²⁰ “Como uma medida de precaução, a vacinação com a vacina covid-19 (recombinante) não é recomendada durante a gravidez. O uso da vacina covid-19 (recombinante) em mulheres grávidas deve ser baseado em uma avaliação se os benefícios da vacinação superam os riscos potenciais”. Disponível: [[https://consultas.anvisa.gov.br/#/bulario/q/?nomeProduto=VACINA%20COVID-19%20\(RECOMBINANTE\)](https://consultas.anvisa.gov.br/#/bulario/q/?nomeProduto=VACINA%20COVID-19%20(RECOMBINANTE))]. Acesso: 23 nov. 2021 – realces acrescentados.

A provação é maior para os países onde se instituiu obrigação vacinal, como a Itália, por ocasião do decreto-lei nº 1, de 7 de janeiro de 2022. O instrumento, aditando a Lei nº 76, de 28 de maio de 2021, introduziu a obrigatoriedade de vacinação para os cidadãos de 50 anos ou mais, ressalvando-se, sem embargo, que precitada obrigação não subsiste na hipótese de constatado perigo para a saúde, relativamente a condições clínicas específicas documentadas e atestadas por profissional de saúde. Em tal caso, o ato prevê o diferimento ou a omissão de vacinação⁷²¹. O instrumento, entretanto, não parece abrigar o princípio da precaução ao condicionar a omissão ou diferimento da vacinação a um “comprovado perigo para a saúde” (*accertato pericolo per la salute*). Mais aproxima-se do princípio da prevenção, como no caso acima visto da particular com alto risco para doença tromboembólica devidamente atestado por relatório médico.

Considerando a questão sob o ângulo da postulação de uma medida de precaução, a indagação passa a ser: pode uma gestante ou uma criança de 5 a 11 anos pleitearem medida de precaução tendente a lhes conferir isenção de se vacinar à vista de um risco incerto de desenvolver, respectivamente, TTS e miocardite?

A questão é delicada, sobretudo quando enevoadada pela proliferação em massa de inverdades sobre a vacinação. A se considerar as análises de riscos empenhadas pelas autoridades de saúde, demonstrando por si só uma aproximação precaucional, poder-se-ia interpretar a controvérsia pela atribuição de maior peso a razões de saúde pública pertinentes à imunização em massa da população. O princípio da precaução, no contexto ora analisado, é um instrumento preventivo preordenado a evitar a concretização de risco incerto à saúde, o que não significa lhe investir no mister de guia absoluto da proteção à saúde.

⁷²¹ Art. 4-quarter (*Estensione dell'obbligo di vaccinazione per la prevenzione dell'infezione da SARS-CoV-2 agli ultra cinquantenni*). (...). 2. *L'obbligo di cui al comma 1 non sussiste in caso di accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale dell'assistito o dal medico vaccinatore, nel rispetto delle circolari del Ministero della salute in materia di esenzione dalla vaccinazione anti SARS-CoV-2; in tali casi la vaccinazione può essere omessa o differita. L'infezione da SARS-CoV-2 determina il differimento della vaccinazione fino alla prima data utile prevista sulla base delle circolari del Ministero della salute.*

CONCLUSÃO

O estudo da responsabilidade civil preventiva não deve principiar pelo próprio direito da responsabilidade civil; deve, antecedentemente, unir linhas desatadas: a pertinência da prevenção de danos ao sistema jurídico brasileiro, conseguida por meio da perquirição de seus fundamentos jurídicos, e a finalidade contemporânea de proteção, imperante no momento atual da responsabilidade civil.

Na recondução da prevenção de danos ao direito brasileiro, torna-se à velha virtude à qual os princípios da prevenção e da precaução se encontram filiados: a *fronesis* dos gregos e *prudencia* dos romanos, a prudência. A revisão do que sobre ela se escreveu desde a antiguidade greco-romana até a heurística do medo jonasiana e a ontologia do agir de RICOEUR a põe no centro do agir responsável.

A noção aristotélica de excelência na escolha dos meios para o atingimento do fim da virtude moral será transposta ao campo axiológico, oportunidade na qual constatamos que, como valor, a prudência ratifica as condutas que traduzam o melhor meio para o fim de salvaguardar a presença humana futura e para a evitação de danos. Tal meio não é senão a prevenção de danos.

O valor jurídico da prudência, enquanto fundamento axiológico da prevenção de danos, imprime ao ordenamento jurídico a consideração sobre o futuro, a preocupação prospectiva, no que se enfeixa a reflexões já acumuladas sobre o art. 5º, XXXV da Constituição no sentido de nesta norma pavimentar o fundamento constitucional da prevenção de danos. A tutela da personalidade, em cujo seio se acha o direito à saúde, leva o art. 12 do Código Civil ao título de fundamento legal da prevenção de danos, perfazendo a fundamentação jurídica da prevenção de danos no direito brasileiro.

De outro lado, o direito da responsabilidade civil se atará à prevenção de danos por meio do reconhecimento de sua finalidade contemporânea de proteção. Sobredita finalidade está entroncada ao advento da sociedade de risco, na qual se passa dos acidentes às catástrofes. É deveras necessário suceder o mote da era dos acidentes, na qual vicejaram os instrumentos de securitização da responsabilidade civil e de socialização de danos, instilados pelo valor da solidariedade, para reconhecer uma nova tônica do direito da responsabilidade civil: a proteção da pessoa humana.

Não que a sociedade de risco desrevesta aqueles instrumentos de sua importância no assegurar a reparação à vítima, mas, para danos graves e irreparáveis, coloca-se em xeque a funcionalidade das funções reparatória e de diluição de danos da responsabilidade civil. O

cenário da sociedade de risco representa, pois, uma oportunidade de reavaliação do papel exclusivamente curativo da responsabilidade civil para um que prime mais pela proteção.

E rigorosamente não se protege de um dano senão por prevenção de sua ocorrência, entrevendo-se na prevenção de danos um corolário da proteção à pessoa. O valor *neminem laedere* quer, antes de tudo, significar a evitação de lesões entre os signatários do contrato social. O estudo demonstra, pois, a grave importância de se continuar a reafirmar a tutela à pessoa como bússola da interpretação de institutos historicamente de finalidade patrimonial, como a própria responsabilidade civil.

À demarcação dos momentos de sua evolução, seguiu-se o exame do perfil funcional da responsabilidade civil, o qual revelou dois aspectos distintos da função preventiva: a dissuasão e a proação (ou antecipação), encerrando-se na segunda o canal pelo qual se pode cogitar de manifestações diretamente preventivas da responsabilidade civil, distintas da reparação *in natura* e que não entendam com a dissuasão de comportamentos antissociais.

O aprofundamento da função preventiva enquanto proação entregou-nos duas importantes classes de manifestações preventivas em sentido geral: manifestações de antecipação à realização certa do dano ou medidas de prevenção em sentido estrito (animadas pelo princípio da prevenção); e as manifestações de antecipação à realização incerta do dano ou medidas de precaução (matizadas pelo princípio da precaução). É pela distinção entre estas duas classes de manifestações, defluídas da própria separação dos princípios da prevenção e da precaução, que se obtém duas variadas maneiras de operacionalização da responsabilidade civil preventiva.

Pelo princípio da prevenção, instrumentaliza-se a responsabilidade civil para impedir a concretização de fatos antijurídicos que constituam uma perturbação, é dizer, um estado fático precursor do dano, inclusos os riscos certos de dano, suscetível de afetar adversamente os interesses de outrem. As manifestações de antecipação a risco certo de dano, por nossa visão, são espécie de gênero o qual, na França, se designa como cessação do ilícito. Remonta à jurisprudência alemã a junção de pretensões assemelhadas à cessação do ilícito ao domínio da responsabilidade civil, descrevendo-se tal junção como uma “dupla significação”, isto é, um alargamento do suporte fático do § 823 do BGB para operar a eliminação de infrações meramente antijurídicas e não culposas.

As medidas de cessação do ilícito não são criação da contemporaneidade, sendo capituláveis desde o direito romano. A processualística brasileira atual a agrupa sob a cognominação de tutela jurisdicional contra o ilícito. A novidade em certa medida recente é concebê-la como função autônoma da responsabilidade extracontratual, sem que intermediada

pela função reparatória. Seu objeto, descrito como um fato antijurídico atual, é expandido pelo princípio da prevenção para então albergar os riscos certos de dano.

Algo diferente ocorre quando se operacionaliza a responsabilidade preventiva pelo princípio da precaução, posto que o campo de aplicação deste, na tutela de interesses privados, não se relaciona à antijuridicidade, mas à conduta ou ao exercício de determinada atividade lícita que entranhe um ameaça de dano grave ou irreversível à saúde ou ao meio ambiente. Precitada ameaça compreende uma perturbação dotada de anormalidade qualificada, pela qual mais se tem em conta as consequências da concretização do risco do que a intensidade de uma interferência prejudicial. É precisamente a configuração do direito à saúde como direito da personalidade o que permite ao direito da responsabilidade civil experimentar a incidência do princípio da precaução e produzir efetivamente manifestações de antecipação à realização incerta do dano.

Cabe, à guisa de encerramento, externar que o propósito do trabalho não é senão “desempoeirar”, no expressar de CYRIL BLOCH, dois preceitos capitais de nosso Código Civil, os arts. 12 e 186. O primeiro, pela atribuição de fundamento legal da prevenção de danos; o segundo, para lembrar o potencial que ostenta de constituir verdadeira “norma fundamental de comportamento”, a qual participa da própria definição de antijuridicidade e tem seu potencial normativo redescoberto pela responsabilidade preventiva.

BIBLIOGRAGIA

- ACCARIAS, Calixte. **Précis de droit romain**. 4. ed. Paris: F. Pichon, 1891. 2 v.;
- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011;
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Temas atuais de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007
- ALPA, Guido. **Tratatto di diritto civile: la responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1999. v. 4;
- _____; ANSALDO, Anna. **Le persone fisiche**. Milão: Giuffrè, 1996;
- _____; BESSONE, Mario; CARBONE, Vincenzo. **Atipicità dell'illecito**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1994. 4 v.;
- ALTWICKER, Tilmann. "International law on the best of all possible worlds: an introduction to G. W. Leibniz's theory of international law". **European journal of international law**. v. 30, n. 1, 2019;
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972;
- ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 8;
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018;
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009;
- AQUINO, Tomás de. **Somme théologique: la prudence**. trad. H.-D. Noble. Paris: Société Saint Jean l'Évangéliste, 1925 (Revue des Jeunes);
- _____. **Suma teológica**. trad. Aldo Vannucchi [et al]. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004. 9 v.;
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Cours de droit romain: les actions**. Napoli: Eugenio Jovene, 1935;
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2013;
- AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Delta, 1978. v. 4;

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014;

BARBOSA, Rui. **Obras completas**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1952. 50 v.;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988;

BARY, Marion “Vers la consécration du préjudice d’angoisse face aux risques hypothétiques par la responsabilité civile?”. **Revue Juridique de l’Ouest**. n. especial. out. 2014;

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BARDE, Louis. **Traité théorique et pratique de droit civil**. 2. ed. Paris: Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1905. 4 v.;

BAUMAN, Zygmunt. **Liquid modernity**. Cambridge: Polity Press, 2012;

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010;

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1999;

_____. “Responsabilidade civil pelo dano ambiental”. **Revista de direito ambiental**. v. 9. jan./mar. de 1998;

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. atual. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976;

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

_____. **Responsabilidade civil nas atividades nucleares**. São Paulo: RT, 1985;

BLOCH, Cyril. **La cessation de l’illicite**: recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle. Paris: Dalloz, 2008;

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri: Manole, 2007;

_____. **Teoria geral do direito**. trad. Denise Agostinetti. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010;

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1998**. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1;

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2013;

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: RT, 2011;

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

_____. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015;

CAPITANT, Henri. **Introduction à l'étude du droit civil**. 4. ed. Paris: A. Pedone, 1921;

_____; AMBROISE, Colin. **Cours élémentaire de droit civil**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1921. 3 v.;

_____; WEILL, Alex; TERRÉ, François. **Les grands arrêts de la jurisprudence civile**. 7. ed. Paris: Dalloz, 1976;

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2017. 2 v. (Quadrige);

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986;

CARSON, Rachel. **Primavera silenciosa**. São Paulo: Melhoramentos, 1964;

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2014;

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013;

_____. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000;

CARVALHO, Renata Martins de. **Desastres e responsabilidade civil preventiva**. Curitiba: Juruá, 2019;

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 3;

_____. **Código Civil brasileiro interpretado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. v. 8;

_____; AGUIAR DIAS, José de. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947. v. 5;

CATALANO, Roberta. **Esposizione alle onde elettromagnetiche e tutela della persona: elettrodotti ed antenne per telecomunicazioni**. Napoli: Jovene, 2005;

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014;

CENDON, Paolo. **Commentario al codice civile**. Torino: UTET, 1991. v. 1;

CHINELLATO, Silmara Juny (coord.); MACHADO, Costa (org.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10. ed. Barueri: Manole, 2017;

CHIRONI, Giampietro. **Istituzioni di diritto civile italiano**. 2. ed. Milão: Fratelli Bocca, 1912. 2 v.;

CÍCERO. **Do sumo bem e do sumo mal** (De finibus). trad. Carlos Ancêde Nougé. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020;

_____. **Dos deveres** (De officiis). trad. João Mendes Neto. São Paulo: Edipro, 2019;

_____. **On invention** (De inventione). **Best kind of orator. Topics**. trad. H. M. Hubbell, Harvard University Press, 2006 (Loeb Classical Library);

CIDH. **Libertad de expresión e internet**. Washington: OEA, 2013;

CONSOLO, Giovanni Cesareo. **Trattato sul risarcimento del danno**. 2. ed. Torino: UTET, 1914;

COPI, Irving. **Introdução à lógica**. trad. Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978;

CURSI, Maria Floriana. **Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato**. Nápoles: Jovene, 2010;

D'AMBROSIO, Luca; GIUDICELLI-DELAGÉ, Geneviève; MANACORDA, Stefano (orgs.). **Principe de précaution et métamorphoses de la responsabilité**. Paris: Mare&Martin, 2018;

DABIN, Jean. **Théorie générale du droit**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1969;

_____. **Le droit subjectif**. Paris: Dalloz, 1952;

_____. **La philosophie de l'ordre juridique positif**. Paris: Sirey, 1929;

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008;

DEMOGUE, René. **Traité des obligations en général**. Paris: Arthur Rousseau, 1924. 7 v.;

_____. **De la réparation civile des délits: étude de droit et de législation**. Paris: Rousseau, 1898;

DEROUSSIN, David. **Histoire du droit des obligations**. 2. ed. Paris: Economica, 2012;

DI MARTINO, Vittorio. **La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari**. Milão: Giuffrè, 1979;

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2014;

DOLL, Richard. "Mortality from lung cancer in asbestos workers". **British journal of industrial medicine**. v. 12. 1955;

DOMAT, Jean. **Oeuvres complètes**. Paris: Firmin Didot père et fils, 1829. v. 3 (Ed. Joseph Remy);

_____. **Les lois civiles dans leur ordre naturel**. Paris: Nyon, 1777. 2 v. (Ed. Louis de Héricourt);

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Fabris, 2015;

_____. **Responsabilidade civil na pós-modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015;

_____. **Responsabilidade pós-contratual**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

DU PASQUIER, Claude. **Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit**. 3. ed. Paris: Delachaux & Niestlé, 1948;

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 2002;

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. **Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones**. trad. Blas Pérez González e José Alguer. 35. ed. v.2. t. 2. Barcelona: Bosch, 1950;

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. trad. J. Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014;

EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de. **Le principe de précaution**. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008 (coleção Que sais-je?);

FABRE-MAGNAN, Muriel; GHESTIN, Jacques; JOURDAIN, Patrice; LABRUSSE-RIOU, Catherine (orgs.). **Études offertes à Geneviève Viney**. Paris: LGDJ, 2008;

FAGNART, Jean-Luc (org.). **Regards croisés sur le principe de précaution**. Limal: Anthemis, 2011

FARIAS, Christiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

FERRAZ Jr, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1997;

_____. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997;

_____. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

_____. **Introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015;

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. 2014. 273 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Universidade de São Paulo: 2014;

FIGUEIREDO, Cândido de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 7. ed. Rio de Janeiro: W. M. Jackson, 1939. v. 2;

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

FORCHIELLI, Paolo. **Responsabilità civile**: lezioni. Pádua: CEDAM, 1968;

FOULQUIER, Norbert; SACRISTE, Guillaume. “Un constitutionnaliste oublié: le privatiste Raymond Saleilles”. **Jus Politicum**. n. 4. ago. 2012. Disponível: [http://juspoliticum.com/article/Un-constitutionnaliste-oublie-le-privatiste-Raymond-Saleilles-211.html];

FOURNEL, Jean-François. **Traité du voisinage**. Paris: Rondonneau, 1799. 2 v.;

FRANKLIN, Marc A.; RABIN, Robert L.; GREEN, Michael D.; GEISTFELD, Mark. **Tort law and alternatives**: cases and materials. 10. ed. Saint Paul: Foundation Press, 2016;

FRANCHI, Giuseppe. **Le denunce di nuova opera e di danno temuto**. Pádua: CEDAM, 1968;

FREITAS, Teixeira de. **Código Civil**: esboço. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952. 4 v.;

FULGÊNCIO, Tito. **Direitos de vizinhança**: limites de prédios. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959;

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. “Direitos da personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea”. **Revista dos Tribunais**. v. 853. nov. 2006;

GANDIN, Magali. **Le principe de précaution**: nouveau fondement de responsabilité civile?. Saarbrücken: EUE, 2014;

GENY, François. **Science et technique en droit privé positif**: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Paris: Sirey, 1927. 4 v.;

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991;

GIFFARD, André-Edmond. **Précis de droit romain**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1938. 2 v.;

GIRARD, Paul Frédéric. **Manuel élémentaire de droit romain**. 3. ed. Paris: Arthur Rousseau, 1901;

GLASSON, Ernest-Désiré. **Précis élémentaire de l'histoire du droit français**. Paris: F. Pichon, 1904;

_____. **Histoire du droit et des institutions de la France**. Paris: F. Pichon, 1889. 8 v.;

_____. **Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre**. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1882. 6 v.;

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 (coleção Agostinho Alvim);

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011;

_____. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. atual. Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019;

_____. **Obrigações**. 19. ed. atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 7 v.;

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. trad. Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

GRASSERIE, Raoul de la. **Code civil allemand**. 3. ed. Paris: A. Pedone, 1910;

GRAYOT, Stéphanie. **Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages**. Paris: LGDJ, 2009;

GUÉGAN, Anne. "L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile". **Revue Juridique de l'Environnement**. n. 2. 2000;

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2004;

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **História e introdução ao estudo do direito**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

_____. **Elementos de direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1969;

HAUTEREAU-BOUTTONNET, Mathilde; KHOURY, Lara; SAINT-PAU, Jean-Christophe (Coords.). **L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale: regards franco-québécois**. Québec: Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2015;

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coords.). **Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade**. Porto Alegre: Magister, 2007;

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. **O dano pessoal na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

ISIDORO. **Etymologies** (Etymologiae). trad. Stephen A. Barney [et al]. Cambridge: Cambridge University Press, 2006;

JENKS, Edouard. **Digeste de droit civil anglais**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1923. 2 v.;

JHERING, Rudolf von. **L'esprit du droit romain**. trad. O. de Meulenaere. 3. ed. Paris: Marescq, 1888. 4 v.;

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006;

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1995;

JORGE Jr, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004;

JOSSERAND, Louis. **Évolutions et actualités: conférences de droit civil**. Paris: Sirey, 1936;

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. trad. Valerio Rohden. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016;

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. trad. Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018;

_____. **Groundwork of the metaphysics of morals**. trad. Mary Gregor. Cambridge: Cambridge University Press, 1997;

_____. **Metafísica dos costumes**. trad. Clélia Aparecida Martins [et al]. Petrópolis: Vozes, 2013;

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. trad. Roberto J. Vernengo. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982;

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution: rapport au premier ministre**. Paris: La documentation française, 1999;

LAMARTINE, Alphonse de. **Premières méditations poétiques**. Paris: Hachette, 1880;

LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. 3. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978;

_____. **Derecho de obligaciones**. trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. 2 v.;

LASK, Emil. **Filosofía jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1946;

LAURENT, François. **Principes de droit civil français**. Paris: A. Durant & Pedone Lauriel, 1876. 41 v.;

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Codex juris gentium diplomaticus**. Hanover: Samuelis Ammonii, 1693;

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012;

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: RT, 1998;

LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002;

LYNCH, Kenneth M.; SMITH, W. Atmar. “Pulmonary asbestosis III: carcinoma of lung in asbesto-silicosis”. **American Journal of Cancer**. v. 24. 1935;

LITTRÉ, Émile. **Dictionnaire de la langue française**. v. 4. Paris: Hachette, 1901;

LÔBO, Paulo. **Direito civil**. 11. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2021. 6 v.;

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010;

_____. “Segurança alimentar: riscos e exigências”. In **Revista de direito civil contemporâneo**, n. 11, abr./jun. 2017;

LOSCO, Giorgio; MARIOTTI, Paolo. **La responsabilità civile**: compendio normativo commentato. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1997;

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coords.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012;

LYOTARD, Jean-François. **La condition postmoderne**. Paris: Minuit, 1979;

MACRÓBIO. **Commentary on the dream of Scipio** (Commentarii in somnium Scipionis). trad. William Harris Stahl. Nova York: Columbia University Press, 1990;

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993;

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018;

_____. “Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação”. **Revista dos Tribunais**. v. 789. jul. 2001;

MATTIA, Fábio Maria de. “Direitos da personalidade: aspectos gerais”. **Doutrinas essenciais de direito civil**. v. 3. out. 2010;

MAYNZ, Charles. **Cours de droit romain**. 5. ed. Paris: A. Durand & Pedone-Lauriel, 1891. 3 v.;

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 4. ed. Paris: Recueil Sirey, 1947. 3 v.;

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 2. ed. Paris: Recueil Sirey, 1934. 3 v.;

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995;

MAZZOLA, Marcello Adriano. **I nuovi danni**. Milão: CEDAM, 2008;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

MENDES, Gilmar Ferreira. “Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem”. **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. v. 8. São Paulo: RT, ago. 2015;

MENEZES CORDEIRO, António; MENEZES CORDEIRO, A. Barreto (colab.). **Tratado de direito civil**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2019. 12 v.;

MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 4. abr. 2011;

MIRAGEM, Bruno. **Teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

_____. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: RT, 2018;

_____. “Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor”. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 49. jan./mar. 2004;

MITIDIERO, Daniel. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional”. **Revista de Processo**. v. 229. mar. 2014;

MONATERI, Giuseppe. “Danno alla persona”. **Digesto delle discipline privatistiche**. Turim: UTET, 1989. v. 5;

_____; BONA, Marco. **Il danno alla persona**. Pádua: CEDAM, 1998;

MONTORO, André Franco. **Introdução ao estudo do direito**. 30. ed. São Paulo: RT, 2013;

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Princípios de direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

_____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

MORATO, Antonio Carlos. “Quadro geral dos direitos da personalidade”. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. v. 31. jan./jun. 2013;

MORE, Thomas. **Utopia**. trad. Márcio Meirelles Gouvêa Júnior. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019 (Edição bilíngue);

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

NANNI, Giovanni Ettore (org.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021;

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A. [et al]. **Código Civil e legislação civil em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2020;

NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: RT, 2009;

NERY Jr, Nelson. “Responsabilidade civil por dano ecológico e a ação civil pública”. **Revista de processo**. v. 38. br./jun. 1985;

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1;

_____. “O ato ilícito nos contratos e fora deles”. **Revista de Direito Civil**. v. 9. n. 34. out./dez. 1985;

ONDEI, Emilio. **Le persone fisiche e i diritti della personalità**. Torino: UTET, 1965;

ONU. CDESC. **General comment n. 14: substantive issues arising in the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. E/C.12/2000/4, 2000;

PAKSY, Mate. “Leibniz et les questions de l’ontologie juridique: la science, les règles et le concept du droit”. **Astérion**. n. 19, nov. 2018;

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

PIRES, Fernanda Ivo (org.); GUERRA, Alexandre [et al] (coords.). **Da estrutura à função da responsabilidade civil**. Indaiatuba: Foco, 2021;

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (colab.). **Traité élémentaire de droit civil**. 11. ed. Paris: LGDJ, 1928-31. 3 v.;

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Traité élémentaire de droit civil**. 3. ed. Paris: LGDJ, 1949. v. 2. v. 3;

_____. **Traité élémentaire de droit civil**. 5. ed. Paris: LGDJ, 1950. v. 1;

PLATÃO. **Diálogos**. trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2010. 7 v.;

PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 10. ed. Barueri: Manole, 2016;

PENTEADO, Luciano de Camargo. “Sistema e direito privado: panorama histórico e perspectivas para uma racionalidade construtiva”. **Revista de Direito Privado**. v. 16. out./dez. 2003;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. atual. Gustavo Tepedino. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

_____. **Instituições de direito civil**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 6 v.;

PISU, Luciana Cabella; NANNI, Luca (orgs.). **Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta**. Pádua: CEDAM, 1998;

PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: RT, 2012. 60 v.;

_____. **Garra, mão e dedo**. Campinas: Bookseller, 2005;

_____. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005. 4 v.;

POTHIER, Robert-Joseph. **Oeuvres de Pothier**: contenant les traités du droit français. Paris: Bechet Ainé, 1825. 10 v. (Ed. Dupin);

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. trad. Roberto Leal Teixeira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011;

PROSSER, William L. **Handbook of the law of torts**. Saint Paul: West Publishing, 1941;

PUECH, Marc, **L’illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle**. Paris: LGDJ, 1973;

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997;

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

_____. “Legitimidade do plantio de soja transgênica”. **Revista dos tribunais**. v. 789. jul. 2001;

RICOEUR, Paul. **Le juste**. Paris: Esprit, 1995;

RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. 4. ed. Paris: LGDJ, 1949;

ROGUIN, Ernest. **La science juridique pure**. Paris: LGDJ, 1923. 2 v.;

ROUBIER, Paul. **Théorie générale du droit**: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales. 2. ed. Paris: Sirey, 1951;

ROVELLI, Roberto. **La responsabilità civile da fatto illecito**. Torino: UTET, 1964;

SALEILLES, Raymond. **Étude sur la théorie générale de l’obligation**. 2. ed. Paris: F. Pichon, 1901;

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. **Programa de direito civil**: parte geral. Rio de Janeiro: Rio, 1977;

_____. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972;

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex, 1987;

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **Responsabilidade civil por dano enorme**. Curitiba: Juruá, 2018;

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021;

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2020;

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1951. 2 v.;

_____. **Du droit civil au droit public**. 2. ed. Paris: LGDJ, 1950;

_____. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d’aujourd’hui**. Paris: Dalloz, 1948;

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Traité de la possession en droit romain**. 7. ed. trad. Henri Staedtler. Bruxelas: Bruylant, 1866;

SCHAMPS, Geneviève. **La mise en danger**: un concept fondateur d’un principe général de responsabilité. Bruxelas: Bruylant, 1998;

SCHELER, Max. **Le formalisme en éthique et l’éthique matériale des valeurs**. trad. Maurice de Gandilac. 6. ed. Paris: Gallimard, 1955;

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013;

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011;

_____. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011;

_____; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando [et al]. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021;

SESSAREGO, Carlos Fernández. “Proteccion a la persona humana”. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**. v. 19, n. 56, nov. 1992;

SILVA, Clovis V. do Couto e. “O conceito de dano no direito brasileiro e comparado”. **Revista dos tribunais**. v. 667. mai. 1991;

SILVA, João Calvão da. **Responsabilidade civil do produtor**. Coimbra: Almedina, 1990;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983;

_____. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares S.A., 1962;

SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011;

SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia (coords). **Controvérsias atuais em responsabilidade civil**: estudos de direito civil-constitucional. São Paulo: Almedina, 2018;

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação inibitória**: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. 2. ed. São Paulo: RT, 2007;

STOCO, Rui. “Responsabilidade civil sem dano: falácia e contradição”. **Revista dos Tribunais**. v. 975. jan. 2017;

_____. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2011;

SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. Nova York: Cambridge University Press, 2005;

TÁCITO. **Obras completas**. Madrid: El Ateneo, 1952;

TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: l’Harmattan, 2008;

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. 7 v.;

_____. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. 4 v.;

_____. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1;

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2;

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 3;

THIBIERGE, Catherine. “Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité : vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?”. **Revue trimestrielle de droit civil**. v. 98. n. 3, jul./set. 1999;

_____. “Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir”. **Recueil Dalloz**. n. 9. 2004;

TOURNEAU, Philippe le. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1976;

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 24. ed. Pádua: CEDAM, 1980;

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. Milão: Giuffrè, 1973;

TUNC. André. **La responsabilité civile**. Paris: Economica, 1981;

VALLA, Lorenzo. **Sur le plaisir** (De voluptate). trad. Laure Chauvel. Paris: Encre Marine, 2004;

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O direito ambiental e os agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VELLUZZI, Vito. “Le clausole generali: semantica e politica del diritto”. **Quaderni di filosofia analitica del diritto**. v. 12. Milão: Giuffrè Editore, 2010;

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

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**. 5. ed. trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008;

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010;

VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: introduction à la responsabilité**. 3. ed. Paris: LGDJ, 2007;

_____ ; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. **Traité de droit civil**: les conditions de la responsabilité. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013;

_____ ; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les effets de la responsabilité. 3. ed. Paris: LGDJ, 2011;

WEILL, Alex; TERRÉ, François. **Droit civil**: les obligations. 2. ed. Paris: Dalloz, 1975;

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011 (col. Agostinho Alvim);

S/a. **Dictionnaire universel françois et latin**: vulgairement appelé Dictionnaire de Trévoux. Paris: Compagnie des Libraires Associés, 1771. 8 v.