

Responsabilidade civil empresarial e dever de cuidado

Progressivamente o dever de cuidado vai assumindo o papel de fio condutor tanto da responsabilidade civil subjetiva como da objetiva

Ana Frazão

Advogada. Professora Titular de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-
Conselheira do CADE.

Uma das principais discussões relacionadas à responsabilidade civil diz respeito à distinção entre as modalidades subjetiva e objetiva, bem como aos critérios de aplicação de cada uma delas. É no contexto dessas preocupações que se situa o presente artigo, cujo objetivo é mostrar o protagonismo que o dever de cuidado vem assumindo em ambas as modalidades e refletir sobre as consequências disso.

No que diz respeito à responsabilidade subjetiva, há tempos que refletimos sobre a noção de culpa normativa, que procura aferir a reprovabilidade da conduta não a partir de aspectos psicológicos ou anímicos do agente, mas sim a partir do comportamento anormal ou desviante, identificado a partir da violação ao dever de cuidado socialmente esperado.

Mesmo no tocante à responsabilidade objetiva, ao contrário do que poderia parecer em uma primeira análise, o dever de cuidado é também um referencial importante. De fato, por mais que esta busque um fundamento distinto do forte componente moral que caracteriza a responsabilidade subjetiva, lastreando-o no risco, tal circunstância não implica a desconsideração completa da conduta do agente.

Fundamentar a responsabilidade no risco continua a pressupor a análise da conduta do agente, a partir do elemento da assunção voluntária do

risco. Não é sem razão que as excludentes de responsabilidade objetiva são fatores que modulam a sua rigidez, compatibilizando a equidade e a necessidade de ressarcimento da vítima com o aspecto da intenção e do valor moral das ações humanas de assunção de risco.

Daí, inclusive, as inúmeras reservas ao chamado risco integral, que trata a conduta humana como um fato, não admitindo excludentes de responsabilidade nem avaliando quaisquer aspectos voluntários inerentes ao risco criado. Trata-se de uma concepção extremada da responsabilidade objetiva, que deve ser afastada no direito privado, pois, como ensina Caio Mário da Silva Pereira¹, enseja a responsabilidade mesmo no campo do incontrolável e do aleatório.

A visão econômica robustece essa conclusão, ao ressaltar que o risco é o elemento objetivo que dá sentido à empresa e justifica a remuneração do empresário, uma vez que é suscetível de gerenciamento, diante dos seus atributos de previsibilidade e calculabilidade². É por essa razão que não há como se dissociar o risco do cálculo probabilístico, tendo Frank Knight³, há mais de um século, diferenciado o risco da incerteza exatamente porque o primeiro, ao contrário da última, está sujeito a certo domínio e cálculo.

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

Por outro lado, o fundamento econômico mostra a dificuldade de se responsabilizar o empresário pelas meras incertezas, já que, mesmo sob a ótica

¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012. p. 372.

² Bernstein (BERNSTEIN, Peter L. *Against the Gods: The remarkable story of risk*. Nova Iorque, Wiley, 1998. p. 8) mostra que a palavra risco, da origem italiana *risicare* (ousar), começa a ser usada somente no século XIII, para o fim de refletir uma mudança de mentalidade segundo a qual o futuro deixava de ser visto apenas como destino ou predeterminação divina e passava a ser uma escolha a ser feita de acordo com suas consequências possíveis.

³ KNIGHT, Frank. *Risk, uncertainty and profit*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1921. pp. 231-232.

da responsabilidade objetiva, a previsibilidade e a calculabilidade dos danos são fatores fundamentais e constitutivos do próprio risco. Logo, são importantes parâmetros para a compreensão dos fortuitos externos, os quais, na terminologia de Frank Knight, podem ser relacionados aos danos decorrentes das meras incertezas.

Por mais que as fronteiras entre o risco e a incerteza nem sempre sejam claras, é inequívoco que, quanto mais um dano for previsível, suscetível de cálculo e controle pelo empresário (alocação, transferência, gerenciamento), mais fácil é sustentar que se trata de algo inerente à empresa. De forma contrária, quanto menos o dano for previsível ou suscetível de cálculo ou gerenciamento ou quanto mais custoso for evitar ou ao menos gerenciar determinado dano, mais fácil é sustentar que ele não corresponde ao risco da empresa, podendo ser atribuído a um fortuito externo.

Tal conclusão é particularmente interessante por realçar que aspectos volitivos e subjetivos concernentes à conduta do empresário não podem ser expurgados da análise da responsabilidade pelo risco. Por outro lado, a introdução a violação ao dever de cuidado na análise da responsabilidade pelo risco acaba aproximando-a da responsabilidade subjetiva, o que pode causar certa estranheza.

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

Nesse sentido, Christian von Bar⁴ sustenta que a diferença entre os dois tipos de responsabilidade projeta-se menos no aspecto qualitativo e mais no aspecto quantitativo, motivo pelo qual ambos agem essencialmente da mesma maneira, com a única diferença de que a responsabilidade objetiva demandaria mais previsibilidade e cuidado. Por essa razão, o autor⁵ diagnostica que a distinção entre os dois tipos de responsabilidade vem perdendo terreno na

⁴ Christian von Bar. *The common European Law of Torts*. 2.v. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005, pp. 353-355.

⁵ Christian von Bar, *Op.cit.*, pp. 364-365.

Europa e que, no futuro, será abandonada em prol de um sistema comum entre ambas, sendo uma das evidências desse processo os casos de fato da vítima, que podem reduzir o valor da indenização nos dois regimes.

Em sentido semelhante, Cees van Dam⁶ sustenta que a interpenetrabilidade entre os dois tipos de responsabilidade, que se acentua gradativamente com a ideia de culpa normativa, baseada na violação do dever de cuidado, faz com que não haja mais uma clara distinção entre ambos na prática, de forma que, quanto maior o dever de cuidado a ser aplicado em certos casos de culpa, menor será a diferença entre os dois. Consequentemente, o autor⁷ também compartilha da conclusão de que a distinção entre os dois tipos de responsabilidade é datada e que a responsabilidade civil do século XXI conceberá os dois sistemas em uma perspectiva de cooperação.

Consequentemente, os elementos de previsibilidade do dano e do cumprimento do dever de cuidado correspondente não podem deixar de ser considerados mesmo na responsabilidade objetiva, diante da sua importância para a delimitação do próprio risco. Por mais que possam e devam ser vistos sob um viés mais rigoroso do que aquele existente na responsabilidade subjetiva, até porque se projetam sobre um dever de cuidado igualmente mais exigente, não podem ser simplesmente ignorados.

É por essa razão que não é exagero dizer que o dever de cuidado é o grande fio condutor das discussões atuais sobre responsabilidade civil, seja objetiva, seja subjetiva. O fato de algumas áreas precisarem ampliar a responsabilidade civil para abarcar o princípio da precaução não altera essa conclusão, como será mais bem examinado na próxima coluna.

Publicado em 03/09/2026

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/responsabilidade-civil-empresarial-e-dever-de-cuidado>

⁶ Cees van Dam (*European Tort Law*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2006, pp. 255-257.

⁷ Cees Van Dam, *Op.cit.* pp. 264-265.