

Claudio Luiz Bueno de Godoy

Juiz de Direito. Livre-docente em Direito Civil pela USP. Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUCSP. Professor Associado do Departamento de Direito Civil da USP. Professor dos Cursos de Pós-graduação da Universidade Mackenzie e da Fundação Getúlio Vargas. Professor da FAAP (Fundação Armando Álvares Penteado). Professor do Curso Preparatório para Concursos (CPC).

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE

UMA CLÁUSULA GERAL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

coleção
Prof. Agostinho Alvim

coordenação
Renan Lotufo

2ª edição
2010

 **Editora
Saraiva**

das Obrigações de 1965, quase uma completa reprodução do art. 2.050 do Código Civil italiano²⁰⁴, Carlos Alberto Bittar, por exemplo, ao tratar da responsabilidade nas atividades nucleares, mas de modo geral procurando identificar o fundamento da responsabilidade na teoria do risco, defendia que ele se traduzisse pelo exercício de uma atividade "carregada de perigo", ou, ainda em suas palavras, o perigo que a atividade exercida pudesse trazer à coletividade²⁰⁵.

Verdade também que a mesma ideia não se circunscreve ao direito pátrio. Firme na obra da autora belga Geneviève Schamps, Giselda Hironaka elabora completo esboço da doutrina europeia e da respectiva legislação atinentes ao *mise en danger*, vale dizer, a noção de exposição ao perigo como e enquanto critério genérico de atribuição de responsabilidade sem culpa²⁰⁶, malgrado afinal o reconheça ainda insuficiente, ao que adiante se volverá.

4.4. ANÁLISE CRÍTICA DAS TESES EXPOSTAS: SUAS CONSEQUÊNCIAS E A INTERFACE COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conquanto em certa medida cada qual das teses que se vem de expor encontre justificativa, não faltando mesmo quem sustente que a teoria do risco se constrói com a concorrência de seu conjunto²⁰⁷, igualmente todas elas suscitam alguma crítica, claro, à luz da previsão do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil.

E a ressalva é relevante. Evidente que não se está aqui a procurar o melhor significado para o risco, do ponto de vista teórico, apenas enquanto nexo de atribuição da obrigação de indenizar. Não se trata de exame crítico genérico de cada qual das variantes do risco. A intenção é a de tentar estabelecer a pertinência de um risco próprio, qual seja aquele levado ao texto do dispositivo legal que consagra a cláusula geral de responsabilidade sem

²⁰⁴ "Art. 872. Aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo". Para Caio Mário da Silva Pereira, autor do Projeto, e nas suas palavras, era o abraçar da teoria do risco, veja-se, associado ao perigo da atividade desenvolvida (*Responsabilidade civil*, cit., p. 274).

²⁰⁵ BITTAR, Carlos Alberto, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, cit., p. 68.

²⁰⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 281-332.

²⁰⁷ Ver, a respeito, MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, cit., p. 10, nota 8.

culpa no Código Civil de 2002. Por outra, um exame do elo estabelecido em preceito legal com a particular variante do risco que lhe seja inerente.

A propósito, desde logo se entende que, se expressamente referido na lei um risco que a atividade normalmente desenvolvida induz, então não se pode conceber um conteúdo para a cláusula geral em comento que seja de causalidade pura, de nexo causal simples entre aquela mesma atividade e a ocorrência de dano que seja dela decorrente, a despeito, inclusive, da alteração de redação do parágrafo único do art. 963 do anteprojeto do atual Código Civil, em sua versão original, tal como referido no item 4.3.2, mercê da qual enfim se suprimiu referência contida a um risco especial da atividade de normalmente desenvolvida.

E isso, bem de ver, ao pressuposto de que, afinal, algum risco toda a atividade, toda a sequência coordenada de atos voltados a determinado fim necessariamente induz. Com efeito, como observa Pietro Trimarchi, toda a atividade humana importa na possibilidade, mesmo que remota, de ocorrência de um dano²⁰⁸. Da mesma maneira, observa Ricardo Waldman que a atividade humana, por natureza, implica algum risco para os outros²⁰⁹. Em maior ou menor grau, e antes até que uma atividade, toda ação, todo ato mesmo acaba gerando risco. Maior ainda, é certo, se tais atos se sujeitam a uma coordenação, a uma disposição concatenada. É, tal como se examinou ainda no item 4.3.2, o risco inerente que há, sempre, na própria organização, na prática de atos sequenciais que se destinam ao alcance de determinado escopo.

Ora, se é assim, e se pretendesse o legislador estabelecer uma responsabilidade tão só pelo exercício de uma atividade, nada mais precisaria dizer. Bastaria erigir uma responsabilidade sem culpa afeta a quem exercesse uma atividade, qualquer atividade. Em outras palavras, seria de todo despicando aludir, como faz o parágrafo único do art. 927, ao risco que a atividade, veja-se, normalmente desenvolvida, induz.

A rigor, considera-se que, se a previsão legal citada laborou textual menção ao risco criado pelo normal exercício de certa atividade, só pode ser porque tencionou particularizar a atividade cujo desempenho gera responsabilidade, sem culpa, por danos dela decorrentes. Ou, antes, particularizar o risco que o seu normal desempenho induz.

²⁰⁸ TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 19.

²⁰⁹ WALDMAN, Ricardo Libel, Teoria do risco e filosofia do direito: uma análise jusfilosófica do parágrafo único do artigo 927 do novo Código Civil, cit., p. 196.

Fosse outro, repita-se, o intento do legislador, fosse seu propósito o do estabelecimento de uma responsabilidade pelo risco integral, mais não seria necessário senão estatuir que quem se lança ao exercício de uma atividade qualquer, entendida em sua acepção técnica, como visto diferente de qualquer ato praticado, ainda que reiterado, por isso responde. Uma causalidade pura entre o exercício mesmo do que seja uma atividade e o dano assim provocado a terceiros.

Mesmo que à luz do perigo enquanto nexo de imputação da obrigação de indenizar, mercê de uma cláusula geral, independentemente de culpa, de resto porquanto então examinado o art. 2.050 do Código Civil italiano, e posto que em confronto com a experiência da doutrina e legislação alemãs, observam Guido Alpa e Mario Bessone que a responsabilidade objetiva não pode ser concebida como sinônimo de uma "responsabilidade por mera causalidade". A seu ver, agrega-se à causalidade, na exata concepção de um risco mitigado, tal como se analisou no item 4.3.1, um elemento qualificador, apenas que, no caso italiano, o perigo da atividade desenvolvida²¹⁰. O que, se não propriamente pelo viés do perigo, como adiante se verá, pode ser entendido ao direito brasileiro, em que se erigiu uma cláusula geral de responsabilidade sem culpa, mas nunca, ao que se crê, fundada em uma causalidade pura.

De mais a mais, é comum a excepcionalidade da adoção do risco integral porque, consoante adverte Paulo Sérgio Gomes Alonso²¹¹, por meio dele como que se lega a responsabilidade civil a um campo quase de todo aleatório, razão de, nas palavras de Pietro Trimarchi²¹², temperar-se a causalidade pura com um elemento qualificativo como, conforme a tese esboçada, o perigo ou o defeito. Não em diferente sentido a advertência de Karl Larenz, inclusive a que no item 4.3.1 já se fez alusão, segundo a qual, na teoria do risco, procura-se delimitar o âmbito de imputação da obrigação de indenizar conforme a dominação ou controle, pelo responsável, de um perigo próprio ou em função de um particular risco que sobre ele recai, tudo além da simples relação causal entre o dano e sua atividade²¹³.

Pois nessa mesma senda se coloca a pretensão de identificar na cláusula geral da responsabilidade sem culpa, que ora se agita, um conteúdo li-

gado apenas ao risco de empresa ou o risco profissional. Seria ainda imputar uma responsabilidade a quem, sem mais, desenvolvesse uma iniciativa econômica organizada, enfim com os elementos da empresa.

De novo vale a mesma ressalva. Aceita semelhante tese, o resultado seria a admissão, de todo dissonante de regra básica de interpretação, de que a previsão do parágrafo único do art. 927 contemplaria preceito inútil. Inútil seria a alusão ao risco induzido pelo exercício normal da atividade de empresa se dela algum risco sempre decorre.

E isso com uma implicação adicional. Tal generalização da responsabilidade sem culpa levaria a uma equiparação de toda e qualquer atividade, desde que empresária ou profissional, para fins de responsabilização do agente. O que, segundo se crê, não se justifica se, afinal, múltiplas, cada vez mais, as atividades desenvolvidas, gerando uma potencialidade danosa completamente diversa, malgrado sempre existente. Tudo ainda que se admita uma especial preocupação com a situação do lesado, mas sem descurar que a responsabilização do agente tende à recomposição de uma situação de equilíbrio, imperativo mesmo de ordem constitucional (art. 3º, I), o que todavia não se alcança se se imputa responsabilidade objetiva indistinta, a qualquer um que desempenhe atividade empresarial ou profissional, independentemente de qual seja.

Seria, por exemplo, e o que se considera insustentável, igualar complexos empreendimentos de geração de energia, de transporte, de mineração com outros, quase caseiros, de confecção de doces ou de pequenos brinde, em exemplificação prosaica, que seja. Algo, convenha-se, que não parece razoável e, conforme se verá, vai de encontro ao próprio critério de verificação do risco, que deve levar em conta, justamente, a diversidade das características de cada atividade. Aliás, não custa lembrar que, na sua antiga lição, Saleilles, mesmo que defendendo a teoria do risco profissional ou de empresa, por entrever a tanto inerente um risco, salientava que a ideia era da responsabilização objetiva, no seu dizer, da "grande indústria"²¹⁴. Lição essa ou, mais, diferenciação que hoje não se pode olvidar²¹⁵.

Resumindo suas críticas à teoria do risco de empresa, Marco Comporti reitera, em primeiro lugar, que sua adoção, tal qual já se acentuou, induz indevida equiparação de atividades muito diferentes, com diferente grau de

²¹⁴ SALEILLES, Raymond, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand*, cit., p. 440-441.

²¹⁵ A respeito da necessidade de diferenciação da atividade que gera risco, ver, por todos: TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 35-36.

²¹⁰ ALPA, Guido; BESSONE, Mario, *La responsabilità civile: prospettiva storica, colpa aquiliana, illecito contrattuale*, cit., v. 1, p. 165.

²¹¹ *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*, cit., p. 57-58.

²¹² *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 23-24.

²¹³ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, cit., v. 2, p. 666.

potencialidade lesiva. Em segundo lugar, a seu visto, labora-se em indevida subjetivação da responsabilidade sobre a pessoa do empresário ou da empresa, a rigor muito mais por um dado de ordem econômica, e não jurídica. Conforme observa, o risco ou seu controle significam muito menos um critério jurídico a informar a responsabilidade civil e mais um elemento que vai nortear escolhas internas, de índole econômica, da empresa. É, como diz, uma "regra de correta economia" a adotar²¹⁶.

Mais, a se aceitar a tese — e a par, é certo, da diferenciação, para fins de responsabilidade, do fato da atividade e do fato do produto, que no item 4.2 se examinou e a que se volverá logo a seguir —, restaria ainda eventual dúvida acerca do campo de abrangência do parágrafo único do art. 927, quando confrontado com a previsão do art. 931 do próprio Código Civil, em princípio regras, ambas, de responsabilidade genérica sem culpa. Ou seja, potencialmente se erigiriam duas normas que, *a priori*, seriam gerais e de causalidade pura, mas uma aludindo ao risco, outra não. E ainda se quisesse a primeira apenas atinente aos serviços, posição a que não se acede, como já se viu e ao que se tornará, ainda de pouco sentido exigir um risco induzido pelos serviços prestados sem igual exigência para os produtos postos no mercado, assim em responsabilidade para estes mais rigorosa, pior, quando aqui nem há mais, de novo consoante se acentuou no item 4.2, controle direto por parte de quem desempenhou a atividade de fabrico.

Isso sem embargo de que, até pelo motivo exposto, mesmo nesse art. 931, ao que se entende duvidosa, quando menos, a entrevisão de uma causalidade pura. De fato, sua pertinência parece dar-se com relação ao mesmo fato do produto de que cuida o Código de Defesa do Consumidor, assim marcado pelo defeito, sintomaticamente em seu próprio texto ressaltando-se a lei especial, apenas que, de seu turno, com aplicação para as relações paritárias, por exemplo, de fornecimento de produto entre profissionais, em que não haja retirada fática ou econômica do mercado.

Nesse sentido, de resto, conclusão da I Jornada de Direito Civil, organizada no Superior Tribunal de Justiça, de 11 a 13 de setembro de 2002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que assentou ampliar o art. 931 subjetivamente o conceito de fato do produto, existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, para alcançar qualquer empresário ou empresa envolvidos na circulação de produtos²¹⁷.

²¹⁶ COMPORTI, Marco, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., p. 156-166.

²¹⁷ Enunciado 42 do CEI.

Verdade é que há muito já se criticava a redação com que vazado o art. 931. Na observação de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, ainda sobre o projeto do atual Código Civil, a opção do dispositivo teria sido, nas suas palavras, "exótica", por aparentemente impor uma causalidade pura, fora da tradição de, mesmo em casos de responsabilidade sem culpa, exigir, de forma atenuada, justamente a concorrência de um dado qualificativo especial²¹⁸. Marcelo Junqueira Calixto, na mesma senda, assevera que "o legislador civil incorreu em grave equívoco ao não prever como requisito da responsabilidade civil das empresas e empresários individuais a existência de defeito no produto"²¹⁹. A não ser assim, conforme salienta o mesmo autor, mais adiante, isto é, se a responsabilização derivar de qualquer dano causado pelo produto, e não de um dano qualificado, porquanto diretamente provocado por um defeito, ter-se-á o fornecedor como um verdadeiro segurador do produto, o que não foi, decerto, a intenção da legislação²²⁰.

Considera-se seja aqui indispensável uma harmonização interna e mesmo do Código Civil com o Código de Defesa do Consumidor, que igualmente prevê a responsabilidade pelo fato do produto — e não, algo diverso, pelo risco da atividade, o que explica por que, na Lei n. 8.078/90, os comerciantes finais, se afinal exercem atividade, não são responsáveis principais²²¹ —, sob pena de evidente incoerência sistemática que a melhor interpretação repudia. A propósito, sabido que a operação de interpretação deve levar a um resultado inteligente, que preserve a unidade sistemática do ordenamento. Vetusta a lição de Carlos Maximiliano, segundo a qual "deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis"²²². De seu turno, acrescenta Canaris que todas as con-

²¹⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*, cit., p. 154.

²¹⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira, *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento*, cit., p. 111.

²²⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira, *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos de desenvolvimento*, cit., p. 122.

²²¹ Nesse sentido, diferenciando a atividade que induz risco do defeito do produto, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, a impor responsabilidade que não é por isso primariamente do comerciante, a despeito de exercer a atividade de distribuição, ver: MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1039.

²²² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 166.

tradições sistêmicas devem ser evitadas pelo jurista, mercê de uma interpretação criativa do direito, que preserve assim a sua unidade valorativa, sem quebra de coerência²²³.

Assegurar a coerência sistêmica do ordenamento, nesse caso particular, de acordo com o que se crê, é reconhecer que no Código Civil não basta, à responsabilização da empresa, o fornecimento de produto, impondo-se a verificação da ocorrência de um defeito. Como acentua José Jairo Gomes, sem o defeito do produto falta causa à incidência do art. 931²²⁴. Um especial nexo de imputação exatamente como ocorre, ao que adiante se explanará, no caso do parágrafo único do art. 927, não somente relativo a uma atividade que seja de empresa e que seja só por isso suficiente à responsabilização de quem a desenvolve. Ou seja, diferentes elementos de qualificação do nexo de causalidade.

Dir-se-á que se o defeito, ao menos de segurança, é definido, como se viu no item 4.3.3, como uma periculosidade adquirida, fora do normal e do previsível, reconhecer diverso nexo de imputação em preceito, o do parágrafo único do art. 927, que inclusive abrange a atividade de fabrico do mesmo produto, e ali entretendo-se tão somente um risco, posto especial, diferenciado, é afinal também um contrassenso, uma graduação inexplicável. Lembre-se, todavia, que o fato da atividade diz com um momento ainda em que o dano se produz na esfera de atuação, de controle, de organização do empreendedor, de quem exerce a atividade. Diferente o fato do produto, em que o dano se provoca já quando a coisa não mais está sob o controle direto, o manejo de quem desempenha a atividade de seu fabrico. E, assim, a justificar sejam diversos, de gravidade ou extensão diferentes, os nexos de qualificação da causalidade. O simples risco, ainda que especial, no primeiro caso, e o defeito, já uma periculosidade adquirida, no segundo.

E aí, justamente, o outro especial dado sobre o qual se assenta a especificidade dos campos próprios de aplicação do parágrafo único do art. 927 e do art. 931. Repete-se, a propósito, o que se disse no item 4.2, no sentido de que com o produto não se pode confundir a atividade de sua produção ou elaboração. E mesmo a despeito de tese contrária que não raro se adota. Calvão da Silva, por exemplo, malgrado reconhecendo minoritariamente sua posição, sustenta que o dano pelo produto provocado "tem origem no ciclo

²²³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Introdução e tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 207.

²²⁴ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*, cit., p. 327-329.

produtivo, em falhas humanas e/ou técnicas da organização produtiva. Consequentemente, ainda sob esse ângulo, pode dizer-se que o dano deriva do desenvolvimento ou exercício da atividade em si²²⁵.

Entende-se, contudo, haver intrínseca diferença — tanto mais em função de como regradada a responsabilidade sem culpa no Código Civil de 2002, com a separada e específica alusão ao fato do produto em dispositivo próprio (art. 931), de resto tal como já se adiantou no desenvolvimento do item 4.2 — entre o exercício da atividade e seu resultado, o produto, em que pode estar a causa direta do evento lesivo, razão pela qual o dano causado pelo produto não pode ser confundido com o dano havido no exercício de uma atividade, posto que seja de seu fabrico ou distribuição. É o exemplo típico dos males causados pelo cigarro, cuja responsabilidade alguns arestos vêm atribuindo ao fabricante, justamente, sob o fundamento do risco de sua atividade^{225-A}, quando o problema se põe nos lindes, ao revés, da responsabilidade pelo fato do produto, assim não pelo fato da atividade. Ora, a responsabilidade pelo risco da atividade pressupõe um controle, ainda, dos atos organizados praticados por quem a exerce. Diversa a situação do produto, já longe de qualquer ingerência ou manejo, em que a responsabilidade se faz por defeito que ele ostente, e em que pese a equivocidade da redação do art. 931, mas o que, segundo se acredita, não se pode suprir com a indevida hipertrofia do parágrafo único do art. 927.

Assim, tem-se a aplicação do parágrafo único do art. 927 aos casos de danos produzidos no exercício da atividade, uma ação humana, enquanto o art. 931 ou o Código de Defesa do Consumidor, conforme se cuida ou não de relação de consumo, aplica-se aos casos de danos provocados por produtos postos em circulação, independente do manejo pelo homem, particularmente por quem exerce a atividade de que ele, o produto, é o resultado.

Em abono a essa tese, acentua Marco Comporti²²⁶ que, no fato da coisa ou do produto, o dano deriva diretamente de sua circulação, de seu contato com a vítima, sem nenhuma ação do homem no momento da ocorrência. É, no seu dizer, um momento estático do dano derivado de uma coisa,

²²⁵ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 406.

^{225-A} V. g.: TJSP, Ap. 994.05.0111129-7 (Ac. 379.261.4/5-00), 8ª Câmara, rel. para o acórdão Des. Joaquim Garcia, j. 8-10-2008, DJE 11-11-2008, mas ressalvando-se argumento acrescido, portanto não só o risco da atividade, de que reputada ausente devida informação dos resultados de pesquisa sobre o efeito viciante da nicotina.

²²⁶ *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., p. 273-281.

seja ou não perigosa, na qualificação do direito italiano — o que, se se quisesse contido na redação atual do art. 931, não poderia ser-lhe pela via da extensão do elástico do parágrafo único do art. 927, ao argumento de que o defeito do produto pode decorrer do exercício da atividade. A essa hipótese de defeito da coisa entende-se, na mesma lição, aplicável o art. 2.051 do Código Civil peninsular, tanto quanto o art. 931 no sistema brasileiro. Mas o fato é que, ao ver do autor citado, a responsabilidade pelo exercício de uma atividade já se refere a um momento dinâmico da atuação do homem, em que o dano se produz no contexto de uma atuação humana, posto que seja do manejo da coisa, do produto, da máquina.

Aliás, Comporti, ao desenvolver seu raciocínio, acaba por lançar mão da mesma advertência que se vem de fazer no exame dos arts. 927, parágrafo único, e 931, apenas que atinente ao confronto dos arts. 2.050 e 2.051 do Código Civil italiano. Por outra, o mesmo confronto que aqui se fez dos arts. 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil brasileiro. Ou seja, para não haver ociosidade de um ou outro, impende a diferenciação entre o dano havido no exercício de uma atividade, num caso, e o dano havido pelo fato da coisa, no outro, já não fosse a diversidade de nexo de imputação, o defeito no art. 931 e o risco da atividade no art. 927, parágrafo único.

Não fosse assim, ainda cabível o acréscimo, se o parágrafo único do art. 927 se referisse também ao fato do produto, por interpretação elástica do conceito de atividade, a rigor o dispositivo serviria, o que não parece ter sido a sua intenção, a, com uma penada, tornar ocioso todo o regramento do Código de Defesa do Consumidor. E menos ainda se entenderia a razão desse proceder, afinal de um mesmo proceder, em dois artigos distintos, o 927, parágrafo único, e o 931. Até porque, como se disse, pouca razão de existir sobreria a esse último (ou ao primeiro, se no art. 931 se entresse uma causalidade pura, abrangente também da atividade de fabrico). Bastaria aquela cláusula geral, aquela regra genérica do parágrafo único do art. 927, abrangente dos serviços, produtos, atividade de fabrico, tudo, enfim, sem nenhum reclamo à verificação de um defeito, sendo suficiente a identificação de um risco especial. O que, realce-se, poderia até encerrar uma extensão hermenêutica justificável a um tempo em que não existia a legislação consumerista, hoje parece um exagero sistemático, quase que transformando o parágrafo único do art. 927 em uma panaceia, a dano mesmo da coerência interna do Código Civil, quando cotejado o dispositivo com o do art. 931.

Certo que essa mesma distinção entre os campos próprios dos arts. 927, parágrafo único, e 931, relativamente ao produto posto em circulação e à sua atividade de fabrico, no tocante aos serviços merece adendo. Por outra, o pro-

blema da prestação de serviços não se resolve só pelo motivo exposto, ou da mesma maneira examinada, vale dizer, pela só diferenciação existente entre a atividade e seu resultado último. Afinal, serviço, como se acentuou no item 4.2, é atividade, malgrado o reverso nem sempre seja verdadeiro, podendo se evidenciar atividade, por exemplo, como a de fabrico, que não seja prestação de serviços. Mas relevante é notar que justamente por essa circunstância, a de, na prestação de serviços, atividade e resultado final se esgotarem ainda na esfera de controle do empreendedor, próprio é o nexo de imputação da respectiva responsabilidade, qual seja o risco especial, tão somente, e não o defeito, próprio do art. 931 e do fato do produto lá contido, assim como na responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor.

Essa consideração mais se agrava quando se reconhece a tendência de estender o campo de aplicação do art. 931 também aos serviços. Tese, desarte, a que não se adere, sendo importante constatar que, em sua atual redação, não se acredita que o art. 931 tenha desavisadamente omitido a referência à prestação de serviços. Fê-lo a exemplo do Código Civil italiano, forte fonte inspiradora, de modo a preservar a distinção, acima examinada, entre a atividade, ainda que de seu fabrico (art. 927, parágrafo único), e o resultado final, o produto posto em circulação (art. 931), preservando, mais, e aí também com pertinência à prestação de serviços, a diferença entre um dano provocado por atividade ainda no controle de quem a exerce e o dano provocado já longe de sua organização.

Mas, forçoso convir, não se desconhece já se ter levado até a projeto de alteração do novo Código Civil — importante, dentre os vários apresentados, porquanto de autoria do próprio autor do anteprojeto na Câmara dos Deputados, e que para tanto reuniu sugestões de importantes juristas do País²⁷ — a proposta de inserção no art. 931 da referência aos serviços. Por isso mesmo, inafastável o socorro à precisa identificação de cada qual dos nexos de imputação dos preceitos citados e, antes, de sua razão de ser. Ou seja, tal qual se salientou, impende não olvidar a diferenciação de fatores de imputação de responsabilidade. Um defeito na segunda regra, e um risco especial, como se explanará, na primeira, porquanto relativa à atividade,

²⁷ Nesse sentido, estendendo a regra do art. 931 também para alcançar a prestação de serviços, já se efetivou proposta de alteração do novo Código Civil. Cuidou-se no Projeto n. 6.960, de 12-6-2002, importante porque, mesmo apresentado substitutivo sem a mesma específica alteração, foi de autoria do próprio relator do projeto na Câmara, o que, sabidamente, reuniu sugestões de juristas pátrios, justamente sobre pontos polêmicos da nova legislação. Daí considerar-se valer a remissão como indicativo de uma tendência da doutrina.

prestação de serviços, ou não, que se desenvolve ainda sob direto controle de quem a exerce.

A despeito, porém, da consideração especial que se fez no tocante à aplicação do parágrafo único do art. 927, e não do art. 931, à prestação de serviços, em contrapartida, e vale a reiteração, também não se reputa que aquele primeiro preceito a tanto se resume. Custa supor, como já se pretendeu, que o Código tivesse estabelecido, no parágrafo único do art. 927, uma cláusula geral restrita ao serviço, como se a ele se reduzisse o conceito de atividade. Enfim, entende-se é que se deva diferenciar o parágrafo único do art. 927 do art. 931, bem assim o regramento do Código de Defesa do Consumidor, pela diversidade do nexo de imputação da responsabilidade que todas essas normas induzem. Defeito, para as últimas, especial potencialidade danosa para a primeira.

O que se pode admitir, isto sim, e ao que no final do item se tomará, é a ocasional incidência do parágrafo único do art. 927 em hipóteses de prestação de serviços que sejam de consumo, despidos de defeito, todavia que induzam risco especial, certo que em extensão da virtualidade de responsabilização do fornecedor, ainda que por aplicação de regra civil, em especial diálogo de fontes a cuja análise também se volverá.

De todo modo, tornando à análise crítica das variações do risco, impende o realce de que o só fato de a regra do art. 931 tratar particularmente da responsabilidade do empresário ou da empresa parece afastar a consideração de que o parágrafo único do art. 927 tenha pretendido aludir ao risco de empresa, tão somente. E, ainda mais grave, vincular a responsabilidade de sem culpa do Código Civil, em sua previsão geral, ao risco de empresa, como já se viu no item 4.3.2, é associá-la ao desempenho de uma atividade que seja forçosamente econômica, de finalidade lucrativa. Uma exigência que, acreditada-se, a lei não fez. Outra sintomática diferença entre a disposição em comento e a do art. 931. E, de novo, sem a qual se teria uma regra vazia ou uma inconcebível superfetação no regramento da matéria da responsabilidade objetiva.

Acerca da pretensa associação da cláusula geral do parágrafo único do art. 927 a essa teoria do risco proveito, salienta Caio Mário da Silva Pereira²²⁸ que a discussão remonta à própria previsão do art. 1.522 do Código Civil de 1916, que vinculava a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado, a mesma do padrão por atos do empregado (art. 1.521, III), ao

²²⁸ Responsabilidade civil, cit., p. 122-123, n. 99.

exercício de uma atividade de indústria, portanto, e para muitos, conforme resenha que faz da doutrina, necessariamente lucrativa. Observa todavia o autor que, desde seu Projeto de Código das Obrigações (art. 872), até o que então era o Projeto de Código Civil, ao se estabelecer uma cláusula geral de responsabilidade sem culpa, não se fez alusão alguma à necessidade de que o agente desenvolvesse atividade empresarial, com finalidade lucrativa, pelo que inclusive deliberada a não reprodução, na nova legislação, do antigo e referido art. 1.522.

Na mesma esteira, e igualmente, como aqui já se fez, lembrando que, se de atividade lucrativa se tratasse no preceito, nenhum seria o significado do art. 931, observa Ricardo Waldman que, além de inexistir qualquer referência, na lei, à necessidade de lucratividade, da própria palavra "atividade" pode-se inferir significado que seja ou não de prática de atos com finalidade de lucro (atividade remunerada e não remunerada)²²⁹. Mais, segundo José Jairo Gomes, o advérbio de frequência *normalmente*, que se encontra no preceito em questão, se indica que não se pode pensar em atividade que seja esporádica, de outra parte não autoriza compreendê-la necessariamente econômica, profissional ou empresarial, da mesma forma que nem só atinente a serviços prestados, em redução indevida do elastério da cláusula geral que ora se agita²³⁰.

De resto, bem andou o novo Código Civil ao referir o desenvolvimento, e não o exercício, de uma atividade que induz risco, exatamente de modo a afastar eventual adstrição do risco à empresa ou proveito, tal como muitos pretendem na análise do art. 2.050 do Código Civil italiano, mas o que Massimo Franzoni, com base em larga remissão jurisprudencial a que procede, sustenta superada, justamente por se compreender a alusão ao exercício, em verdade, como o desenvolvimento de uma atividade, lá de perigo, econômica ou não, importando, sim, quem a organiza e dirige²³¹.

Ensaia-se, de outra parte, a construção de um conteúdo para a cláusula geral da responsabilidade sem culpa do parágrafo único do art. 927 que envolve o necessário reconhecimento de que a atividade prestada, a qual cria risco aos direitos de outrem, demais disso deva vir revestida de um defeito. Como se viu por ocasião do exame do desenvolvimento do item 4.3.3, cui-

²²⁹ WALDMAN, Ricardo Libel, Teoria do risco e filosofia do direito: uma análise jusfilosófica do parágrafo único do artigo 927 do novo Código Civil, cit., p. 192.

²³⁰ GOMES, José Jairo, Responsabilidade civil e eticidade, cit., p. 325.

²³¹ FRANZONI, Massimo, La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli, cit., v. 2, p. 105 e 115.

da-se de entrever no preceito em tela um caso de prestação de serviço defeituoso.

A orientação, porém, e ao que se entende, acaba criando restrição que a lei não faz. Nem se considera que o preceito diga apenas com a prestação de serviço, nem que ele precise ser defeituoso.

De um lado, tem-se no dispositivo o risco criado pelo desempenho de uma atividade. Ou seja, qualquer prática coordenada de atos que se voltem a um fim específico. Pode-se cuidar da prestação de serviço, é certo, mas também do fabrico de um produto, por exemplo. E sem nenhuma superfeição com a previsão do art. 931, exatamente pela diferença do nexo de imputação contido em ambas as normas.

E aí o segundo ponto a ser realçado. Se, como se sustentou, no caso do art. 931 se deve reconhecer a ocorrência de um defeito — além da diferenciação que já se fez entre fato da atividade e fato do produto —, outro é o nexo de imputação do parágrafo único do art. 927, como se verá ligado à existência de um risco especial induzido pela atividade. E por isso, da mesma forma, não há incompatibilidade com o Código de Defesa do Consumidor.

Ao contrário, exigir que para a responsabilização de que trata a cláusula geral em exame se configurasse um defeito em sua prestação é que soaria incoerente com disposição especificamente a tanto voltada, aquela do art. 931, ao menos no tocante ao produto. Como igualmente soaria estranho que a mesma norma elevasse o risco à condição de requisito de responsabilização, característico de uma atividade que ademais se ostentasse defeituosa. Por outra, se a exigência fosse a do defeito da atividade, de nenhuma utilidade seria aludir ao risco que o desempenho normal dessa mesma atividade de induz. Bastaria estabelecer que responde, independentemente de culpa, quem preste um serviço com defeito, causa de dano provocado a terceiro.

Por outra, exigir o defeito seria ainda desconsiderar a referência especial que a lei faz a uma atividade que seja normalmente desempenhada. Como se disse no item 4.2, se a atividade deve ser normalmente exercida, significa que ela não se macula por irregularidade a torná-la defeituosa. Tem-se na responsabilidade sem culpa do Código Civil, quando genericamente prevista, uma obrigação de ressarcir pelo exercício de atividade lícita e regular, mas que cria especial risco aos direitos de outrem.

E nem se diga que, no fato do produto ou serviço, a ideia de defeito de segurança se identificaria com o risco. Tal qual se examinou no item 4.3.3, o defeito de segurança é uma quebra de expectativa legítima do destinatário de um produto ou serviço, vítima de um acidente de consumo. É uma periculosidade adquirida, acima, portanto, do que seria normal e pre-

visível no produto ou serviço. Já o risco induzido pela atividade não reclama à sua configuração nenhuma especial periculosidade imprevisível ao destinatário.

A respeito, observa Ricardo Waldman que “a fundamentação do positivo no dever de segurança é também equivocada. O Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 8º a 10, impõe aos fornecedores uma série de deveres visando a segurança do consumidor, fundamentalmente a partir da informação. É com base nesses deveres que se estabelecem causas de responsabilidade do fornecedor. O produto ou o serviço que não é entregue ao consumidor com respeito àquelas normas é considerado defeituoso e a sua colocação no mercado configura ato ilícito. O risco inerente (e conhecido) ao produto ou serviço exclui o defeito e portanto a responsabilidade. Já o Código Civil considera expressamente o risco inerente (ao referir-se à ‘atividade que por sua natureza cause risco a direito de outrem’) como fundamento de responsabilidade. Não há, no parágrafo único, referência alguma à ilicitude, que seria decorrência da desobediência a dever, o que está previsto no *caput*, para a responsabilidade subjetiva”²³².

Dito em outras palavras, não se trata de uma atividade que seja perigosa e fora da normalidade. Ao contrário, é uma atividade, como se viu, normalmente desenvolvida, portanto escoinhada de qualquer defeito. Muito embora, em concreto, diferentemente do art. 931 e do Código de Defesa do Consumidor, seja foco especial de risco. A ressalva, aliás, vale mesmo para a tese do risco perigo, que se tenciona, não raro, seja aquela contemplada no parágrafo único do art. 927.

Resta então justamente a análise da posição que empresta ao parágrafo único do art. 927 o significado próprio da teoria do risco perigo. Ou seja, a atividade de risco, uma atividade intrinsecamente perigosa que, por isso, deve suscitar a responsabilidade sem culpa de quem a exerce.

Por essa tese, evidenciar-se-ia um nexo próprio de imputação da obrigação de ressarcir, com campo particular de incidência, contemplativo do desenvolvimento de uma atividade dotada de perigo imanente. Pela compreensão literal, um perigo inclusive normal, imanente, inerente ao desempenho da mesma atividade. Dessarte, sem, propriamente, a configuração de um defeito, mesmo que de segurança, a exigir uma periculosidade adquirida, fora do normal e do quanto se poderia prever.

²³² WALDMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito: uma análise jusfilosófica do parágrafo único do artigo 927 do novo Código Civil, cit., p. 194.

Ainda em outras palavras, ter-se-ia, no parágrafo único do art. 927, um elemento qualificador especial do nexo de causalidade, que seria o perigo iminente, diferentemente do art. 931 e do Código de Defesa do Consumidor, em que o elemento qualificativo seria o defeito, um perigo anormal. E, mais ainda, sem que a atividade precisasse ser empresarial, de fornecimento de produto ou serviço defeituoso, bastando seu perigo natural.

Admite-se que a tese do risco perigo talvez seja a que mais se aproxime da integração de um conteúdo para a cláusula geral da responsabilidade sem culpa no Código Civil de 2002. Anima, como se viu no Capítulo 3, inúmeras legislações da mesma família romano-germânica e, especialmente, dois códigos, o italiano e o português, de tão forte influência sobre o Código Civil de 2002. Era, ademais, o que se continha, tal qual se examinou no item anterior, no Projeto de Código das Obrigações de 1965, não raro associando-se o risco referido no preceito do parágrafo único do art. 927 ao perigo criado a terceiros, com atividade desempenhada por quem deva responder diante de danos causados.

Mas, em verdade, e de novo parafraseando Antonio Junqueira de Azevedo, no Código Civil o dispositivo legal em exame não aludiu a uma atividade de risco, e sim ao risco criado por uma atividade. Pretendesse fazê-lo e, como nessas tantas outras legislações citadas no Capítulo 3, inclusive as de influência mais próxima para a nossa, poderia ter expressamente mencionado o perigo, ou o caráter perigoso da atividade desempenhada. Identificamente, reitere-se, ao que se levou ao texto no Projeto de Código das Obrigações de 1965. Não o fez e não se considera possa fazê-lo o intérprete, afinal restringindo o sistema de garantia da indenidade da vítima.

Em outras palavras, malgrado não se negue que o risco perigo seja frequente a que se recorre na tentativa de fixar o real significado do parágrafo único do art. 927, com base na experiência do direito comparado e mesmo do histórico de reforma legislativa brasileira, e que talvez mais se aproxime, dentre as posições expostas, do melhor atendimento à mesma tarefa de buscar um conteúdo apriorístico para a nova norma civil de responsabilidade objetiva, porque agrega elemento próprio à causalidade, por isso que não pura ou simples, sem em contrapartida exigir demais, isto é, a verificação de um defeito na atividade desenvolvida, que seja pressuposto da obrigação de indenizar, tal não se levou, explicitamente, ao texto legal em exame.

Repita-se, diversamente do que se continha na redação do Projeto de Código das Obrigações, ou como se contém, além de outros textos legislativos, citados no Capítulo 3, na redação do art. 2.050 do Código Civil italiano, ou mesmo do art. 493^a, n. 2, do Código português, à disposição do

parágrafo único do art. 927 não se levou a exigência de que, para responsabilização sem culpa do agente, a atividade por ele desenvolvida devesse ser, na sua essência, perigosa (perigo abstrato), ou particularmente perigosa ante o evento provocado (perigo concreto). Exigiu-se, antes, e menos, que essa mesma atividade induzisse risco a direitos de outrem. De novo, não uma atividade de risco, mas o risco induzido pela atividade exercida.

Quer-se é dizer — e os exemplos citados no capítulo seguinte procurarão demonstrá-lo — de todo possível que uma atividade, mesmo não sendo intrinsecamente perigosa, induza ou crie a terceiros um risco pelo qual quem a exerce, posto que de forma normal, regular e lícita, deve responder. E logo se dá um exemplo, a par ou sem prejuízo dessa casuística que se remete a rica e será examinada no capítulo seguinte, a que ora se remete. Pen-se na atividade de guarda de veículos em estacionamento. Comum hoje identificar um risco induzido por essa atividade, dada a frequência com que tais estabelecimentos são roubados, portanto nem só hipóteses de furto, assim considerados eventos ínsitos no risco assumido²³³. Ora, não se pode dizer que essa atividade seja intrinsecamente perigosa, como é a de transporte de explosivos, material químico, mineração, fornecimento de energia, manejo de energia nuclear e outras. A verdade é que a noção de risco induzido amplia o espectro da responsabilização, porquanto mesmo atinente a atividades que não são essencialmente perigosas.

Certo que outros exemplos se colacionarão, dentre os quais os serviços bancários de cobrança, evidentemente uma atividade que não é de risco, a qual, porém, induz risco especial. O exemplo do estacionamento, contudo, ainda é útil. Isso porque serve a diferenciar o risco da atividade também do defeito. Afinal, poder-se-ia objetar que o roubo do veículo, no exemplo dado, configuraria defeito de segurança do serviço. Mas independentemente das características do roubo? Lembre-se que o defeito de segurança pressupõe uma periculosidade adquirida acima do normal, do previsível, quebrando a expectativa do destinatário. Pois seria lícito esperar que a segurança oferecida pelo estacionamento fosse de modo a evitar um roubo perpetrado por uma centena de ladrões — permita-se o propositado exagero do exemplo —, munidos de armas de guerra? Haveria aí a frustração de uma razoável, de uma legítima expectativa? Quando menos, admita-se que

²³³ Ver, por exemplo, já de há muito salientando o risco dessa atividade: STJ, REsp 131.662/SP, 4^a T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17-8-2000, DJU, 16-10-2000. Mais recentemente, aplicando de modo particular, à atividade de estacionamento, a cláusula geral do parágrafo único do art. 927: Juizados Especiais de Brasília, ACJ 2004.01.1.049393-7, 2^a Turma Recursal, rel. Juiz Alfeu Machado, j. 17-8-2005.

toda essa discussão se supera ao se identificar, no estacionamento, uma atividade que induz risco, e especial, como logo abaixo se acrescentará, que inclusive restringe a incidência de excludentes, mais ampla se se examina a questão à luz do defeito de segurança, malgrado, de outra parte, sem se afastar, de todo, a possibilidade de eximentes. Basta pensar em danos aos veículos estacionados em virtude de um furacão.

Enfim, a rigor, a exata compreensão de risco da atividade estende a causalidade, cuja quebra, assim, não se dá da mesma maneira que ocorre diante de defeitos, ainda que de segurança. Dir-se-á até que tal elastério fará com que algumas hipóteses cobertas pelo Código de Defesa do Consumidor, já uma legislação protetiva, passem a ser regidas pelo Código Civil, afinal uma lei paritária. É, por exemplo, o campo que se abre, tal qual já se referiu, relativamente à prestação de serviços, que, por incidência do art. 927, parágrafo único, embora ele a tanto não se resume, corolário da noção mais ampla de atividade, pode levar à responsabilização do fornecedor, posto não haja defeito, mas porque intuitivos os serviços de especial risco.

Todavia, o fenômeno já não passou ao largo da percepção da doutrina. Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem, por exemplo, bem realçaram, ao examinar o que, forte na terminologia de Eric Jayme, chamaram de *diálogo das fontes* normativas, no caso o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, que, a despeito da aplicação primária da legislação especial às relações de consumo, bem poderá ocorrer de na lei civil comum se conter preceito mais favorável ao consumidor, cuja proteção dimana de comando constitucional (arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF), assim de aplicação forçosa. Pois um dos exemplos que os autores citam para evidenciar o fenômeno é justamente o caso do parágrafo único do art. 927²³⁴. Isso muito embora tal alcance não se dê sempre e de modo indistinto, justamente porque, como se verá no item seguinte, não é qualquer risco induzido pela atividade que gera a responsabilidade sem culpa de quem a exerce.

4.5. UMA PROPOSTA INTERPRETATIVA PARA O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927

Se, como se vem de afirmar, além da refutação da tese da causalidade pura ou do defeito, não se compreende a entrevisão, no parágrafo único do

art. 927, de um conteúdo vinculado apenas e tão somente a uma atividade desenvolvida que, na sua essência, ou na sua revelação concreta, seja particularmente perigosa, de risco, em elastério limitativo do alcance da cláusula geral que no novo Código Civil se erigiu, ao menos tal não se autorizando a partir dos exatos termos com que vazada a norma legal em comento, atinentes ao risco induzido por uma atividade, de outro lado e em contrapartida impenhável de realçar que nem todo e qualquer risco se pode admitir seja suficiente a en-
sejar a configuração da responsabilidade sem culpa que ora se agita.

De pronto, cabe aqui a mesma ressalva que se fez quando se refutou a tese de que o parágrafo único do art. 927 contemplasse uma hipótese de causalidade pura. Afinal, também como lá se disse, a rigor, em maior ou menor grau, toda a atividade importa em algum risco. Por isso que, fosse o caso de admitir havida uma responsabilidade sem culpa em qualquer caso de risco, mais não seria preciso dizer senão que quem exerce uma atividade responde pelo dano havido. Não haveria razão para especificar que, à responsabilidade independente de culpa, deve-se ostentar atividade que induza risco. Importa, então, que esse risco seja de alguma forma diferenciado.

Aliás, mesmo os que sustentam a tese da atividade perigosa de igual modo reconhecem que esse perigo deva ser especial, vale dizer, com um maior grau de potencialidade lesiva, tal como, conforme se acentuou no item 3.1, levou-se inclusive a projeto de alteração do art. 1.113 do Código Civil argentino. É o que em doutrina se denomina atividade particularmente perigosa. Ou seja, aquelas atividades em que se pode identificar uma maior probabilidade de causação de dano. Carlos Alberto Bittar lembra, forte na lição de Marco Comporti, que se toda a atividade envolve algum perigo, como, aliás, atrás já se salientou e agora se repete, algumas o induzem de forma mais acentuada, de modo insito ao seu desempenho, gerando uma mais grave probabilidade de dano²³⁵. E ainda que essa periculosidade deva ser apreciada caso a caso, tal qual se verá, mas sempre de modo a evidenciar uma atividade especialmente perigosa. Na síntese do citado Marco Comporti, ainda que examinando o art. 2.050 do Código Civil italiano, o perigo pode ou não, muito embora sempre presente, evidenciar-se relevante, só então quando se abre campo à aplicação do dispositivo aludido²³⁶.

Nessa esteira, observa Massimo Franzoni, também à luz do art. 2.050 do Código Civil italiano, que, como toda a atividade humana gera um grau

²³⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 34.

²³⁵ BITTAR, Carlos Alberto, *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*, cit., p. 84 e 87-89.

²³⁶ COMPORTI, Marco, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., p. 173.

maior ou menor de perigo a terceiros, então o dispositivo citado, a seu visto, não pode ser tomado como abrangente de qualquer atividade, inclusive o que tornaria supérflua sua disposição ou a disposição erigida em superfetição do art. 2.043²³⁷. Daí por que defende que, para a aplicação da previsão de responsabilidade pelo risco perigo, a atividade desenvolvida pelo agente deva vir revestida de "spiccata potenzialità offensiva" (uma destacada potencialidade ofensiva)²³⁸. Um grau maior de periculosidade inferido de mais grave percentual de sinistralidade que se lhe reconheça. Uma mais constante relação de causa e efeito sequencial entre a atividade e o potencial dano, conforme análise de que resulte a conclusão de que o evento se evidencia como uma consequência normal da antecedente atividade desenvolvida. A rigor, uma situação em que, de novo nas palavras do autor, a periculosidade é mais que mera ocasião, é a real causa do evento²³⁹.

No mesmo sentido, Giselda Hironaka, analisando o idêntico conceito de *mise en danger*, salienta que a periculosidade da atividade desenvolvida deve ser especial, indutiva de um risco especial²⁴⁰. Isso até para concluir até pela insuficiência mesmo dessa noção de perigo, impondo-se ao menos um seu elástico que seja extensivo, de maneira a dar cabo da particular exigência de preservação da dignidade e da indenidade da vítima²⁴¹.

Pois a desvinculação da responsabilidade sem culpa do conceito de perigo intrínseco, propiciada pela redação do parágrafo único do art. 927, serve justamente a preencher esse espaço que se aponta. Vale dizer, ampliar-se a abrangência da cláusula geral da responsabilidade objetiva pela sua adstrição, não ao perigo propriamente, mas ao risco criado pela atividade normalmente desenvolvida, sem que, menos ainda, seja necessário configurar-se um defeito. Muito embora, tal como na tese do risco perigo, esse risco deva ser diferenciado, particular, especial.

A diferença, dessarte, é que a opção da legislação brasileira, ao estabelecer a cláusula geral de responsabilidade objetiva, não foi a de reduzi-la ao

²³⁷ FRANZONI, Massimo, *La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*, cit., v. 2, p. 136-137.

²³⁸ FRANZONI, Massimo, *La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*, cit., v. 2, p. 143.

²³⁹ FRANZONI, Massimo, *La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*, cit., v. 2, p. 136-138.

²⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 336.

²⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 297-300.

perigo intrínseco, mesmo que especial, da atividade desenvolvida. Antes, erigiu-se, no ordenamento civil, uma cláusula geral que, ao contrário de outras, próprias de diversos sistemas, ou mesmo ao contrário de outras precedentemente projetadas, no Brasil aludiu não ao perigo, mas ao risco induzido pelo exercício de certa atividade. O que, se para muitos, inclusive conforme adiante se referirá, não implica nenhuma relevante diferenciação, entende-se em presta maior alcance à incidência do que afinal é uma norma geral de responsabilidade sem culpa, dado que, como já se disse no item anterior, e ao que se tornará no capítulo seguinte, atividades há que podem não ser reputadas essencialmente perigosas, as atividades de risco, que todavia bem podem ser móvel de risco particular, especial. Ou seja, evita-se a redução da abrangência da norma à discussão sobre se a atividade é ou não perigosa por natureza, para admitir a responsabilização sem culpa de quem desenvolve atividade diversa dos exemplos corriqueiros de perigo (mineração, fornecimento de energia, fabrico de explosivos etc.), portanto atividade não raro comum, a qual, porém, acaba ensejando um risco especial a terceiros. Ainda uma vez conforme exemplificação que se procurará efetivar no capítulo seguinte.

Certo então que, tanto quanto o perigo, quando a ele se vincule a norma, o risco induzido pela atividade do agente, mesmo que não essencialmente perigosa, e menos ainda defeituosa, precisa ser diferenciado, especial, particular, destacado, afinal, se toda e qualquer prática organizada de atos em maior ou menor escala o produz. Ensaiei até dizê-lo antes, mas então em mera anotação, de forma incipiente, como convinha à ocasião, por isso que sem a justificação a que agora se procede e mesmo se constrói²⁴².

Tem-se, pois, um risco que, nas palavras de Pietro Trimarchi, é relevante, apreciável, que mantém relação constante com a atividade desenvolvida²⁴³. Um risco considerável, como de há muito salientava Enneccerus²⁴⁴. Também um risco dito especial, conforme levantamento da jurisprudência portuguesa, acerca da teoria do risco, colacionado por Paulo Sérgio Gomes Alonso²⁴⁵. Um risco específico, no dizer de Santos Briz, não aquele ineren-

²⁴² GODOY, Claudio Luiz Bueno de. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2006. p. 766.

²⁴³ TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 44-50.

²⁴⁴ ENNECERUS, Ludwig, *Derecho civil*, cit., v. 2, t. 1, p. 440.

²⁴⁵ *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*, cit., p. 81. Posto que não cuidando de atividade propriamente, mas da utilização de veículos em geral, de toda sorte expressamente se referiu, a propósito, ao risco especial induzido, ou seja, algo com maior ou diferenciada potencialidade lesiva.

te, de acordo com a sua advertência, a toda a sorte de atividades humanas, mas sim inferido ou derivado de circunstâncias objetivas e concretas do caso²⁴⁶. Ou, já examinando a normatização pátria, e posto que vinculando-a ao lucro, tese a que não se acede, conforme o já exposto, é o que Carlos Tolomei considera ser atividade que "implica alto risco, ou um risco maior que o normal"²⁴⁷. Ainda diante da redação já do parágrafo único do art. 927, tem-se a observação de Rui Stoco, no sentido de que essa mesma norma "incide apenas nas atividades em que se imponha um risco anormal e especial"²⁴⁸. Anormalidade, aqui é bom dizer, que se compreende não em relação ao exercício da atividade, que deve ser normal, nem de modo a identificar uma periculosidade adquirida, mas tão somente a significação de um risco diferenciado.

Também a jurisprudência, mais recentemente, depois da primeira edição deste trabalho, teve ocasião de trilhar o mesmo caminho de interpretação. Examinando, com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, a responsabilidade objetiva do empregador por acidente de trabalho – inclusive a propósito do que se remete ao item 5.4 – assentou o Superior Tribunal de Justiça que "o risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo"^{248-A}.

A tese, a bem dizer, continha-se na redação originária que o Projeto de Código Civil brasileiro reservou ao que então era o parágrafo único do art. 963. Lá se aludia a um risco especial ou, antes, a um "grande risco"²⁴⁹, referência, é certo, que se escolheu do texto²⁵⁰, a qual, porém, nem por isso há de ser desconsiderada em sua interpretação. Aliás, não será inédito que

²⁴⁶ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, cit., p. 376-377.

²⁴⁷ TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil, cit., p. 365.

²⁴⁸ STOCO, Rui, *A responsabilidade civil*, cit., p. 814.

^{248-A} STJ, REsp 1.067.738 (200801364127), 3ª T., rel. Min. Sidnei Benetti, rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 26-5-2009, DJU, 25-6-2009.

²⁴⁹ Na redação originária: "Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas".

²⁵⁰ Subemenda n. 28 da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Raymundo Diniz.

doutrina e jurisprudência se encarreguem de interpretar norma legal de acordo com sua redação originária, posto que modificada no curso do processo legislativo (pense-se, por exemplo, na regra do art. 1.523 do CC de 1916). E mesmo a edição do Enunciado 38 do Centro de Estudos da Justiça Federal, por ocasião da I Jornada de Direito Civil, de setembro de 2002, parece disso não se afastar, quando estabelece que "a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade".

Mas como identificar esse risco especial, esse risco acima do normal, diferenciado em relação ao risco comum induzido, posto que em menor grau, por toda e qualquer atividade? Quais, afinal, os critérios, que devem ser apriorísticos, pena de se lançar a regra do preceito em comento ao campo da incerteza, para fixar o quanto se ostente um risco diferenciado induzido por certa atividade? Antes de tudo, entende-se, a partir da constatação estatística dos danos pelo seu exercício provocados. Cuida-se, na lição de Franzoni, de um percentual de sinistralidade, de a experiência indicar uma consideração verdadeiramente estatística sobre o maior grau de ocorrências danosas referentes a certa atividade desenvolvida²⁵¹. É mesmo um cálculo de regularidade estatística com o qual o evento aparece como uma consequência normal e constante da atividade antecedente.

Isso, nunca é demais repetir, mesmo que a atividade não seja essencialmente de risco e mesmo que ela não se apresente defeituosa. A casuística colacionada no capítulo seguinte se encarregará da tentativa de exemplificá-lo.

Ou, ainda como acrescenta, de novo, Massimo Franzoni, meios técnicos podem também servir à demonstração de um risco especial que certa atividade carrega²⁵². Algo, a bem dizer, que somente se pode aferir caso a caso, dada a relatividade natural do conceito. Com efeito, conforme o desenvolvimento da técnica, da ciência, o risco maior pode reduzir-se substancialmente. Daí dizer-se que a noção de risco especial, diferenciado, des-

²⁵¹ FRANZONI, Massimo, *La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*, cit., v. 2, p. 142.

²⁵² FRANZONI, Massimo, *La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*, cit., v. 2, p. 142.

tacado, particular é necessariamente variável no tempo e no espaço, o que não pode ser olvidado na sua avaliação²⁵³.

Isso, em contrapartida, não se presta a autorizar uma aferição da potencialidade danosa que se faça *a posteriori*, sempre de acordo com o eventual dano sucedido. Nas palavras de Jorge Mosset Iturraspe, a potencialidade danosa deve sempre ser examinada como um *prius*, e não um *posterius* ao dano²⁵⁴. De resto a mesma advertência que de há muito já fazia Boris Starck²⁵⁵. Para Massimo Franzoni, o risco não pode ser avaliado depois porque deve ser ínsito, justamente, à atividade desenvolvida²⁵⁶. A identificação do risco especial da atividade, enfim, deve dar-se de maneira apriorística, ainda que nunca em um rol fechado, incompatível com a relatividade do conceito.

Pense-se, a propósito, não só no desenvolvimento da técnica atinente a atividades já conhecidas, como ainda no surgimento de novas atividades. A manipulação de material genético pode ser um caso. Pois se ausentes dados estatísticos a subsidiarem a avaliação, se os meios de demonstração científica não são suficientes, há sempre o recurso à experiência comum.

Em resumo, na lição de Marco Comporti, "tutte le attività umane possono essere pericolose per colui che le esercita e per i terzi; ma perché l'aggettivo 'pericoloso', riferito ad una attività, possa assumere il suo significato pregnante, con cui è usato nell'art. 2.050 CC, occorre che l'attività sia suscettibile di produrre frequenti e notevoli danni a terzi; cioè che l'attività contenga in sé non una mera possibilità di danno, ma una grave probabilità, una notevole potenzialità dannosa, considerata in relazione al criterio della normalità media, e rilevata attraverso dati statistici ed elementi tecnici e di comune esperienza"²⁵⁷. Malgrado concernente ao direito italiano e ao

²⁵³ Como observa Antonio Jannarelli, a relatividade citada está em que "perché una attività riveli di per sé una notevole potenzialità di danno dipende dal mutare della scienza e della tecnica e dalle caratteristiche dei mezzi che vengono impiegati" (La responsabilità civile, cit., p. 613).

²⁵⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños: el acto ilícito*, cit., v. 3, p. 249, nota 7.

²⁵⁵ *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, cit., p. 9 e 17.

²⁵⁶ FRANZONI, Massimo, *La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolosa, da circolazione di veicoli*, cit., v. 2, p. 186.

²⁵⁷ Nossa tradução: "Todas as atividades humanas podem ser perigosas para aqueles que as exercitam e para os terceiros: mas para que o adjetivo 'perigoso', referido a uma atividade, possa assumir o seu significado pleno, com que é usado no artigo 2.050 CC, deve a atividade

perigo disposto no art. 2.050 do seu Código Civil, crê-se valerem os mesmos critérios para identificar, no direito pátrio, o risco especial de que se reputa cuidar o parágrafo único do art. 927.

Isso tudo, é claro, quando a lei já não se desincumba da tarefa de identificar o que ou quais sejam atividades que, normalmente desenvolvidas, já induzem especial risco aos direitos de outrem. Apenas que, nessas hipóteses, já não será o caso de recurso a uma cláusula geral de responsabilidade, muito embora não se possa desconsiderar socorro ao menos ao sentido do ordenamento, para fins de interpretação.

Por fim, valem ainda duas observações. Uma, a de que, perante a vítima, às vezes a atividade em si não é indutiva de risco especial, mas se os tenta correlata, coligada ou complementar daquela que o implica, que enseja aquele risco diferenciado, por isso também aí erigindo-se uma responsabilidade objetiva. Nada muito diverso, a rigor, do que, no campo do direito do consumidor, se dá com a responsabilização da cadeia de fornecedores, mesmo que nem sempre se identifique no fornecedor direto a causa do evento danoso.

Massimo Franzoni, a propósito, refere atividades que chama de coligadas ou complementares, em que se situe o que no direito italiano, como visto, é exigência de perigo, exemplificando com arrestos atinentes a serviços paralelos ao de construção²⁵⁸. Giselda Hironaka, no mesmo sentido, assentando igualmente essa responsabilidade por quem exerce atividade ligada de qualquer modo a uma que, na sua análise, seja foco do *mise en danger*, acrescenta que com semelhante interpretação mais se aproxima o interesse de um critério genérico de imputação da obrigação de indenizar²⁵⁹.

Em segundo lugar, considera-se deva interpretar-se o parágrafo único do art. 927, nesse ponto de forma extensiva, para considerá-lo atinente também aos casos de responsabilidade pelo risco induzido, senão pela atividade em si, mas pelos meios normais de seu desempenho. Aqui sim, à seme-

dade ser suscetível de produzir frequentes e notáveis danos a terceiros; isto é, a atividade deve conter em si não uma mera possibilidade de dano, mas uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, considerada em relação ao critério da normalidade média, e revelada através de dados estatísticos e elementos técnicos e de comum experiência" (COMPORTI, Marco, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., p. 291).

²⁵⁸ FRANZONI, Massimo, *La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolosa, da circolazione di veicoli*, cit., v. 2, p. 182.

²⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 299-301.

lhança do que se dá no Código Civil italiano (art. 2.050) ou no Código Civil português (art. 493º, n. 2). E, de mais a mais, é, de qualquer maneira, um risco especial que se contém na atividade prestada, em seu âmbito mais extenso, porquanto nos meios de sua prestação. É, por exemplo, a situação hoje tão comum da abertura de contas correntes bancárias, com obtenção de empréstimos, ou assinatura de linhas telefônicas, sempre mediante fraude perpetrada por terceiro, a dano da vítima, em que se tem responsabilização dos fornecedores respectivos, com frequente remissão ao risco^{259.A}, mas que, a rigor, não é da atividade, em termos estritos, mas, no caso, do meio pelo qual ela se exerce, marcado pela informalidade da contratação, favorecendo a ocorrência danosa referida.

4.6. AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE PELO RISCO DA ATIVIDADE

Duas ressalvas preliminares se impõem, logo na abertura do tema. A primeira, que esclarece como seu desenvolvimento se dará, está em que a pretensão não é a de proceder a uma resenha, de novo aqui, da qual a doutrina já há muito se incumbiu, de cada uma das excludentes, em apreciação que se poderia dizer dogmática, definindo-se, individualmente, as excludentes de responsabilidade. A ideia, antes, é a de, prontamente, efetivar uma análise crítica de quais e em que condições acaso incidem causas de exclusão da responsabilidade sem culpa pelo risco da atividade.

E aí a segunda observação. É que a tarefa aludida cresce de relevo quando se observa que o Código Civil de 2002, a despeito de erigir uma cláusula geral de responsabilidade sem culpa, uma norma genérica de responsabilidade pelo risco da atividade, omitiu-se em igual fixação das excludentes dessa mesma responsabilidade. O que, inclusive, pode bem levar a uma prefacial indagação: haverá causas de exclusão da responsabilidade insculpidas no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil? Pois, ao que se entende, a resposta a essa pergunta só pode ser positiva.

Parta-se, de início, da evidente excepcionalidade que casos de responsabilidade objetiva sem excludentes encerram. Ou seja, aquilo que, conforme no item 4.3.1 já mencionado, quando se referiu à responsabilidade por

^{259.A} TJSP, Ap. 684.439.4/7-00, 4ª Câm., rel. Des. Francisco Loureiro, j. 26-11-2009, com expressa alusão ao risco criado como fundamento da responsabilização. No âmbito do STJ, ver ainda: REsp 774.640/SP, 4ª T., rel. Min. Quaglia Barbosa, j. 12-12-2006; REsp 768.153/SP, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25-9-2006.

dano atômico, em doutrina se chamou de *responsabilidade objetiva absoluta*²⁶⁰, para muitos também hipóteses de risco integral, malgrado aí se entreveja mais uma questão de causalidade pura, de falta de um elemento qualificativo especial da causalidade, do que obrigação de indenizar mesmo diante de um fortuito, tudo conforme se examinou no item citado.

No Brasil, aliás, mesmo exemplos a que costumeiramente se recorre para identificar a causalidade pura não se afastam da incidência, ainda que mais restrita, das excludentes da responsabilidade. Justamente na responsabilidade por danos decorrentes da atividade nuclear, a qual se vem de aludir, um desses exemplos sempre citados, a culpa exclusiva da vítima e alguns casos especiais de fortuito (conflito armado, guerra civil, excepcional fato da natureza) podem excluir a obrigação ressarcitória do operador (ver arts. 6º e 8º da Lei n. 6.453/77).

Porém, ntais que isso, é bem de ver que no próprio texto do Código Civil de 2002 outros dispositivos, contemplativos também, posto que não pelo estabelecimento de uma norma geral, de hipóteses de responsabilidade sem culpa, vieram preenchidos com a referência a causas de exclusão.

Veja-se, nessa esteira, o contido no art. 936, que trata da responsabilidade do dono ou detentor do animal. A rigor, uma regra de responsabilidade sem culpa pelo fato da coisa. Pois afasta-se a obrigação de indenizar se o dano decorreu de culpa da vítima ou de força maior.

Tudo sem contar a própria previsão genérica que se contém no art. 393, que exclui a responsabilidade do devedor pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e de força maior. Afinal uma regra expressa na parte geral do direito das obrigações, não se olvidando, a propósito, que a responsabilidade civil ou a vinculação ressarcitória por ela imposta é uma obrigação.

E, aproveitando a menção ao dispositivo do art. 393, lá se estatuem duas das excludentes que, conforme o caso, podem afastar a responsabilidade pelo risco da atividade. São o *caso fortuito* e a *força maior*, no mesmo preceito, ou em seu parágrafo, definidos, sem nenhuma distinção, como fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Traço comum e central dessas excludentes está em que o evento danoso não decorre de fato atribuível ou, antes, de responsabilidade do devedor, mas sim em virtude de acontecimento a ele estranho e externo, que des-

²⁶⁰ Ver, por todos, no sentido da adoção dessa terminologia, a da responsabilidade objetiva absoluta e da responsabilidade objetiva relativa, sem e com excludentes: COMPORTI, Marco, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, cit., p. 88-89.

sarte quebra o nexo de causalidade entre a lesão e eventual conduta que lhe fosse imputável. Certo que, para a maior parte da doutrina, nem toda ela, o caso fortuito se configura quando esse evento externo é da natureza (inundações, terremotos), configurando-se a força maior quando o evento é resultante da ação humana (guerra, greve)²⁶¹. Importa porém é que, numa hipótese ou noutra, inclusive não diferenciadas pelo Código Civil de 2002, como não eram no Código Civil de 1916 (art. 1.058), o efeito é o mesmo. Exclui-se a obrigação ressarcitória porquanto a estraneidade do evento ao sujeito implica quebra de causalidade do dano com conduta a si atribuível.

Apenas se exigiu, no texto da lei civil, que o evento, para se erigir em fortuito, no sentido amplo (*casus*), fosse aquele cujos efeitos se ostentassem de ocorrência inevitável, que não pudessem ser impedidos. Vale dizer, a necessidade e inevitabilidade do fato. Algo que leva forçosamente à ocorrência do dano, sem que seja por responsabilidade do devedor, e que não pode ser obstado. Reveste-se de uma irresistibilidade absoluta, para toda e qualquer pessoa.

Se tudo isso é sempre mais claro quando se cuida de responsabilidade subjetiva, na responsabilidade pelo risco impende identificar de maneira muito especial o que seja ou não estranho à atividade do agente, o que se coloca ou não, afinal, nos lindes do risco que lhe seja afeto. Daí ter-se desenvolvido no Brasil, sobretudo com o advento do Código de Defesa do Consumidor e da responsabilidade sem culpa por ele estabelecida, a diferenciação entre fortuito interno e fortuito externo.

Pelo primeiro, embora sucedido o dano em virtude de fato não diretamente decorrente de conduta do agente, mesmo inevitável a ocorrência, ela se põe dentro do risco assumido. Pense-se na atividade do transportador e em acidente que ocorre por conta de mal súbito do motorista, mesmo que repetida e recentemente submetido a exame médico, ou por conta de defeito mecânico, mesmo em veículo recém-adquirido, ou ainda em virtude de estouro de pneu²⁶². Todos casos em que o dano deriva de um fortuito, no sentido amplo, mas interno, ou seja, dentro dos limites do risco afeto à atividade de transporte.

²⁶¹ A esse respeito, e para uma resenha da evolução da doutrina acerca dessas excludentes, e mesmo de sua significação, nem sempre inequívoca, não faltando quem inverta os conceitos, ver: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 348-361.

²⁶² Nesse sentido, ver, a título exemplificativo: 1ª TACSP, AC 819.019-4, 1ª Câmara, rel. Juiz Cyro Bonilha, j. 5-3-2001.

Pelo segundo, o dano se origina de um evento fortuito, igualmente, mas que se coloca além, fora do risco normal da atividade desenvolvida. Para tomar o mesmo exemplo citado, do transporte, basta imaginar o acidente sucedido em virtude de um raio que atinge o veículo do transportador. Se a ocorrência ultrapassa o limite do risco da atividade, então quebra-se o nexo de causalidade.

Apenas que, tratando-se de responsabilidade pelo risco da atividade, tal qual já se referiu nos itens precedentes, recompreende-se a própria noção de nexo causal. Ou seja, uma causalidade não mais física, mas normativa, jurídica²⁶³. Na observação de Anderson Schreiber, assiste-se, nesse sentido, a uma erosão da ideia tradicional de causalidade²⁶⁴, ao menos física, para recompreendê-la como o nexo entre o evento danoso e o fator de atribuição ou o âmbito de proteção coberto pela norma, a teoria do escopo da norma, segundo a lembrança de Roberto Altheim²⁶⁵.

Mas, no caso do parágrafo único do art. 927, e se a consequência é quebra do nexo de causalidade, que não se dispensa para a responsabilização do agente, considera-se que o caso fortuito e de força maior sejam excluídos, desde que externos, nos termos já expostos. Apenas que, confrontada essa matéria com o Código de Defesa do Consumidor e com o defeito que lá se exige para responsabilização do fornecedor, tal como salientado no item anterior, inclusive quando se colacionou exemplo da atividade de estacionamento, reduz-se o espaço da estraneidade do evento, enfim do fortuito que se queira externo.

Cabe a reiteração, no campo consumerista, se de defeito se cuida, mesmo que de segurança, trabalha o operador com o conceito de periculosidade adquirida, acima do normal e do previsível, por isso que quebrando a legítima expectativa do consumidor (arts. 8º e 12º, § 1º, da Lei n. 8.078/90). Repita-se, todavia, como já se disse no item precedente, na hipótese do parágrafo único do art. 927, tem-se, antes, um risco especial induzido pelo exercício normal, não defeituoso, de determinada atividade. Recorrendo-se ao exemplo lá citado, do estacionamento de veículos, o assalto, costumemente tomado, ao menos quando não se trate de evento repetido, com

²⁶³ INIGUEZ, Marcelo Daniel. El riesgo en la responsabilidad médica. *Revista de Derecho de Daños*, Creación de riesgo-II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n. 1, p. 114, 2007.

²⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 49-74.

²⁶⁵ A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 2, p. 427-448.

mesmas características, como fortuito externo, à luz da teoria do risco da atividade passa a ser considerado um fortuito interno, desde que contido no risco especial induzido por aquela atividade exercida. Ou seja, reduz-se o campo da estraneidade do fortuito, além de se afastar a discussão sobre o defeito e, assim, sobre a segurança esperada do produto ou serviço.

Exemplo típico dessa realidade pode ser encontrado em aresto do Superior Tribunal de Justiça, em que se discutia a responsabilidade do transportador pelo atropelamento da vítima, provocado por tiros que alvejaram veículo de transporte de valores, fazendo com que ele ficasse desguarnecido.²⁶⁶ O relator, vencido, Ministro Menezes Direito, sustentava justamente a excludente da força maior, ausente qualquer defeito, porquanto nada mais, em termos de segurança, era razoável exigir da empresa transportadora. Textualmente asseverou que “a circunstância de ter sido o ataque violento, desferido por atiradores postados em um viaduto, dispondo de armas possantes, tanto que feriram o motorista e perfuraram a blindagem, afasta a responsabilidade da empresa. Afirmar que bastaria blindagem suficiente ou escolta competente não tem força para desqualificar a violência da ação dos assaltantes”.

Diverso o enfoque, porém, do voto vencedor, veja-se, fundado precisamente na ideia de risco da atividade, mesmo que tomado como perigo, mas de toda sorte fora da cogitação de defeito e de quais medidas de segurança seria razoável esperar, quais providências de cautela entrariam na legítima expectativa do consumidor, posto equiparado, como o são as vítimas de acidente de consumo. Nas palavras do relator designado para o acórdão, Ministro Nilson Naves, “a atividade de transporte de valores cria risco para terceiro. ‘Neste quadro’, conforme o acórdão estadual, ‘não parece razoável mandar a família de pedestre atropelado reclamar, dos autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré, que explora atividade sabidamente perigosa, com fim de lucro’. Inexistência de caso fortuito ou força maior”.

Daí o particular papel desempenhado pelas excludentes na seara da responsabilidade sem culpa do Código Civil, em sua cláusula geral, especialmente quando confrontado com o sistema do Código de Defesa do Consumidor e da incidência das mesmas eximentes. Como visto, e já realçado no item anterior, a dissociação entre responsabilidade e defeito e, destarte, a limitação da estraneidade do evento reduzem o espaço do fortuito, enfim

²⁶⁶ STJ, REsp n. 185.659/SP, 3ª T., j. 26-6-2000, DJU, 18-9-2000.

daquele que é ou não externo à atividade exercida, indutiva de especial risco. Mais, evidenciava-se a irrelevância da discussão, própria do defeito, sobre se, no caso de acidente de consumo, era ou não lícito esperar medidas as mais diversas que propiciassem segurança ao consumidor. Importante verificar, portanto, se a atividade gera especial risco, porque, se assim for, hipóteses antes vistas como atinentes à existência de defeito de segurança hoje podem receber enfoque diferente, em que o fortuito, em sentido lato, merece uma compreensão ou adaptação ao risco especial que o exercício de determinado mister por natureza induz.²⁶⁷

Pois o quanto se disse a respeito do caso fortuito ou de força maior vale para o *fato de terceiro*, porque equiparados nos respectivos efeitos. E já não fosse a conhecida dificuldade de definir o fato de terceiro e de diferenciá-lo da força maior. De toda sorte, diferença essa que, para Caio Mário da Silva Pereira, está na identificação da pessoa de cuja participação provém o dano, possível na primeira, mas não na segunda hipótese.²⁶⁸

Mas importante, em primeiro lugar, identificar exatamente quem é terceiro. Em matéria de responsabilidade civil, é alguém estranho que se interpõe na relação agente-vítima. Estranho não só às pessoas da vítima e do agente mas, principalmente, estranho à responsabilidade que diante dessa relação se erija. Por isso que não é terceiro o filho, para fins de responsabilização do pai; o empregado, para fins de responsabilização do empregador. Da mesma maneira se dá na cadeia de fornecedores, diante da responsabilidade de todos e de cada qual perante a vítima. Pense-se nas atividades que induzem especial risco prestadas em regime de parcerias, mediante contratos coligados ou em rede de contratos, o que expande a condição de parte de quem, afinal, se integra em operação econômica única e global, posto

²⁶⁷ Outros exemplos da importância desse mesmo debate podem ser encontrados: a) 1ª TACSP, AC 834.874-1, 8ª Câmara, rel. Juiz Rubens Cury, j. 2-10-2002. No caso considerou-se, por votação majoritária, que o roubo não exclui a responsabilidade do transportador, por incidência da força maior, mas apenas se não tomadas medidas de segurança adequadas, como escolta, satélites ou mudanças de itinerário. Discussão irrelevante se se examina a questão à luz do risco próprio da atividade, assim não do defeito; b) 1ª TACSP, EI 945.433-9/01, 11ª Câmara, rel. Juiz Melo Colombi, j. 28-6-2001. Hipótese semelhante em que se responsabilizou estrada de ferro por tiro desferido na plataforma, atingindo a vítima, mas porque ausentes medidas próprias de controle do acesso e frequência dos passageiros nos trens; de novo discussão estranha se se compreende o risco especial induzido por certa atividade, sem precisar, assim, debater se são razoáveis possíveis providências, como, por exemplo, um detector de metais em estações de trens urbanos.

²⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade civil*, cit., p. 301-302.

composta por vários contratos autônomos, mas interdependentes²⁶⁹. Recompreende-se, nesses casos, o conceito de terceiro.

Em segundo lugar, o fato de terceiro, para excluir a responsabilidade, deve ser a causa exclusiva do evento, sem nenhuma ligação com o devedor. Tem-se o mesmo requisito de estraneidade que logo atrás se examinou, quando ligado ao fortuito. É o que se pode chamar de fato de terceiro externo e o que supera, no exemplo do transporte, aparente divergência entre os arts. 14, § 3º, III, do Código de Defesa do Consumidor, e 735 do Código Civil. O acidente provocado por *fechada* sofrida pelo veículo do transportador é fato de terceiro que se coloca nos limites do risco da atividade, não afastando assim a respectiva responsabilização, garantido o regresso. Já um passageiro atingido por uma pedra ocasionalmente lançada por um terceiro, frise-se, não em condições reiteradas e repetidas, constitui fato de terceiro externo, excludente da responsabilidade do transportador, por quebra do nexo de causalidade²⁷⁰.

E, quebrado o nexo de causalidade, a excludente a rigor acaba por nem mesmo depender de previsão expressa do Código Civil. De mais a mais, o fato de terceiro apenas se diferencia da força maior por ser possível identificar o responsável pela conduta de causação direta do dano. De resto, os efeitos são os mesmos.

Outro elemento de rompimento do nexo causal e, dessarte, de exclusão da responsabilidade pelo risco da atividade é a *culpa exclusiva da vítima*. Ou seja, hipóteses em que o dano se deve à atuação do próprio ofendido e em que o agente é mero instrumento desse evento lesivo. Pense-se no clássico exemplo da vítima que se suicida atirando-se diante de um veículo de transporte.

Não há a necessidade, para a incidência da eximiente, de que o ato da vítima seja deliberado, propositado. Nem mesmo se exige que a vítima seja imputável, bastando imaginar o mesmo suicídio, mas perpetrado por um amental. O efeito é o mesmo, de rompimento do nexo causal. E, aliás, bem por isso sempre melhor falar em fato da vítima, no lugar de culpa da vítima.

Duas observações, a respeito, entende-se devam ser feitas. Uma delas se refere à questão da assunção do risco pela vítima, comum hipótese em que

²⁶⁹ Tratarei do tema em: GODOY, Claudio Luiz Bueno de, *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, cit., p. 147-152.

²⁷⁰ V.g.: STJ, REsp 154.311-SP, 3ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 10-4-2001, DJU, 28-5-2001; REsp 108.757/SP, 4ª T., rel. Min. Fontes Alencar, j. 21-3-2000, DJU, 15-5-2000.

se considera excluída a responsabilidade do agente por evento danoso que lhe sobrevenha. Apenas que, aqui, excepcionalmente, só se pode pensar em consentimento esclarecido da vítima, alguém que, dele totalmente ciente, delibera assumir para si o risco da ocorrência lesiva. Nesse sentido, de há muito já salientava Savatier que, em matéria de risco da atividade, a voluntária exposição a que se dê a vítima somente leva à irresponsabilidade do agente se o consentimento por aquela externado vem recoberto, em suas próprias palavras, de uma "completa liberdade", além das regras de capacidade²⁷¹.

Mas não é só. Acrescenta Pietro Trimarchi que a voluntária exposição ao risco não servirá de eximiente quando ela, a exposição, seja necessariamente "pertinente", nas suas palavras, à atividade desenvolvida, valendo-se para tanto do exemplo do empregado, cuja atuação se envolve, forçosamente, com o desempenho de uma atividade empresarial indutiva de especial risco, tanto quanto a atividade de transporte em relação ao passageiro, que a ela se integra, por natureza, ou como na situação de espectadores de evento ou espetáculo perigoso, diferentemente de quem o protagoniza²⁷². É o caso, ainda, de atividades, não raro desportivas ou de turismo, em que o perigo é tão extenso quanto inerente ao respectivo desempenho, pelo que o consentimento da vítima, se não atinente a um risco anormal, não encerra excludente²⁷³, tanto mais não fosse porque, a não ser assim, ter-se-ia a nenhuma responsabilidade justamente de quem explora atividade de maior perigo.

De outra parte, impende relembrar a questão da culpa ou do fato concorrente da vítima, hoje, no art. 945, consagrada como causa não de exclusão, mas de proporcionalização da obrigação de indenizar, e mesmo que objetiva, uma vez que não seria leal, conforme o imperativo ético da boa-fé objetiva, que a vítima se beneficiasse de uma indenização completa quando contribui para a eclosão do evento danoso²⁷⁴.

²⁷¹ SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel*, procédural: les sources de la responsabilité civile, cit., v. 1, p. 241.

²⁷² TRIMARCHI, Pietro, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., p. 329-330.

²⁷³ MÜLLER, Enrique C. La aceptación o asunción del riesgo o peligro como eximente. Supuestos discutidos. El turismo aventura. Las prácticas deportivas. Otras hipótesis. *Revista de Derecho de Daños*, Eximientes de responsabilidad-II, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, n. 2, p. 137-138, 2006.

²⁷⁴ Nesse sentido, defendendo que, mesmo na responsabilidade objetiva, a vítima pretender indenização completa por danos para cuja ocorrência contribuiu significativamente verdadeiro *venire contra factum proprium*, revelação da boa-fé objetiva na sua função de limitação do direitos subjetivos (aqui por meio da teoria dos atos próprios), ver, por todos: SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 733-734.

Por fim, vale lembrar que a chamada prova liberatória do direito italiano, ou seja, a demonstração, pelo agente, de que tomou todas as providências idôneas para evitar o dano produzido (art. 2.050), igual ressalva que se levou ao Código Civil português (art. 493º, n. 2), no direito brasileiro não serve a beneficiar aquele que desempenha uma atividade indutiva de especial risco.

Veja-se que, em nosso sistema, a regra do parágrafo único do art. 927 foi textualmente inserida em sistema de responsabilidade sem culpa. Aliás, trata-se mesmo, como se viu, da cláusula geral de responsabilidade independentemente de culpa, pelo risco da atividade. Pois discutir a tomada de medidas preventivas idôneas, pelo agente, mesmo que com inversão do ônus probatório, é volver a responsabilidade para o plano da culpa. Ter-se-á, afinal, a possível discussão da não culpa do responsável pelo desempenho da atividade. Mas culpa não se debate se, como está no preceito legal, a responsabilidade lá estabelecida se erige independente de culpa.

Aliás, quando mais não fosse, vale a lembrança da redação original projetada para o dispositivo em confronto com a sua redação final. Isso por que, originariamente, previa-se no então parágrafo único do art. 963 do Projeto a responsabilidade pelo risco da atividade, "salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas", excluente que foi suprimida na tramitação na Câmara dos Deputados, a partir da Emenda n. 526. E, afinal convertido o projeto em lei, sobreveio a redação atual, em que não só se afirma claramente que a responsabilidade pelo risco da atividade é objetiva, como, mais, sem alusão alguma à possibilidade de o agente eximir-se demonstrando ter tomado todas as medidas tecnicamente adequadas a evitar o dano.

Assim, irrelevante, à responsabilização do agente, a questão de quais medidas ele eventualmente adotou para procurar impedir a eclosão do evento danoso. É, como se disse, a rigor uma discussão de prudência, de culpa, mesmo que com ônus invertido, completamente estranha ao sistema que, no caso, é de responsabilidade objetiva, mesmo que não absoluta, com excludentes que, porém, são externas, de quebra da causalidade, tal qual examinado.

Capítulo 5

A OPERATIVIDADE DA CLÁUSULA GERAL DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Retoma-se, neste capítulo, a pretensão, já na Introdução referida, de estabelecer um elo entre o conteúdo da cláusula geral do parágrafo único do art. 927, que no capítulo anterior se procurou construir, do ponto de vista teórico, e sua aplicação pragmática, vale dizer, sua projeção casuística, que sirva afinal a demonstrar sua operatividade, sua concretude.

Lembre-se, a propósito, a afirmação, logo ao início externada, no Capítulo 1, e com remissão às lições de Francisco Amaral Neto e de Caio Mário da Silva Pereira, de que o direito encerra uma ciência eminentemente prática, voltada, em última e simplificada análise, à disciplina de situações concretas da vida de relações. Por isso a preocupação, agora, de demonstrar a operatividade de conceito teórico que se procurou erigir para uma disposição legal nova, vazada por meio de uma cláusula geral, sempre com uma vocação expansionista, com grande potencialidade de ampliada incidência, mas ao mesmo tempo que não deve transformar-se numa panaceia, no que se imagine ser um remédio para todos os males, no caso para todas as eventualidades lesivas.

Daí reforçar-se a necessidade do que se revela seja mesmo uma exemplificação da concreta incidência que se pode reservar ao conteúdo conspícuo para a cláusula geral em estudo. Claro que sem a menor pretensão de esgotar o campo sempre tão rico da casuística, o que é impossível. De forma bem mais modesta e realista, o intento é tão somente o de recolher algumas hipóteses concretas que se prestem à demonstração de qual o efeito prático que se pode reconhecer à teoria do risco da atividade, com o elemento que se defendeu lhe fosse atinente.

Para a escolha dessas hipóteses, algumas entre tantas possíveis, além de outras novas que a contingência e mudança das características das relações certamente irão apresentar, levou-se em consideração, de um lado, a frequência com que, no cotidiano, elas ocorrem e, de outro, a renovada lei-