

344.51
M26n
-2ab



Coordenação

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Flávio Tartuce

Titulos

- Vol. 1 – Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**
Inacio de Carvalho Neto
- Vol. 2 – Função social dos contratos – do CDC ao Código Civil de 2002**
Flávio Tartuce
- Vol. 3 – Revisão judicial dos contratos – do CDC ao Código Civil de 2002**
Wladimir Alciblaides Marinho Falcão Cunha
- Vol. 4 – Danos morais e a pessoa jurídica**
Pablo Malheiros da Cunha Frota
- Vol. 5 – Direito contratual contemporâneo – a liberdade contratual e sua fragmentação**
Cristiano de Sousa Zanetti
- Vol. 6 – Direitos da personalidade e clonagem humana**
Rita Kelch
- Vol. 7 – Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade – uma perspectiva civil-constitucional**
Ney Stany Moraes Maranhão

Ney Stany Moraes Maranhão

**RESPONSABILIDADE
CIVIL OBJETIVA PELO
RISCO DA ATIVIDADE**
**Uma Perspectiva
Civil-Constitucional**

7



SÃO PAULO

ESCRITORIO DE ADVOCACIA SERGIO BERMUDEZ
RIRI INTECA

5961

de culpa, são imposições de ordem *ética*, ligadas à solidariedade e à eticidade sociais, vetores substanciais amplamente prestigiados e fomentados pela axiologia constitucional aqui implantada desde 1988⁸³. E o desdobramento dogmático disso, ao que tudo indica, está na superação dos fatores *culpa* e *perigo* como critérios legitimadores de imputação do dever de indenizar. Agora, exsurge o fator *risco* implicado na atividade, o risco criado pela atividade normalmente desenvolvida, risco esse que, claro, há de ser qualificado, acentuado, diferente daquele risco rotineiro, imanente a toda e qualquer atividade humana⁸⁴.

A questão, pois, já não é mais verificar se houve culpa (*prisma ético-individualista*) ou se há perigo na atividade (*prisma técnico-formal*). O ponto nodal hoje é: há *dano injusto*? Se a resposta for afirmativa, então essa lesão deve ser ressarcida. O foco recai no prejuízo, ou melhor, na *vítima*, que de regra não deverá ficar irressarcida, quando envolta em atividade que implique risco para seus direitos, já que quem aufere os ônus deve suportar os ônus (*prisma ético-solidarista*). Nesse diapasão, somente os danos *absolutamente inevitáveis* deixarão de ser reparados⁸⁵.

Por todas essas colocações, podemos afirmar, sem qualquer propensão baírrista, que, verdadeiramente, a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva alojada no Código Civil de 2002 representa mesmo o alvorecer de um novo tempo, não apenas para a responsabilidade civil do direito brasileiro, senão que inaugura uma nova etapa da responsabilidade civil no âmbito do próprio cenário mundial. Cremos que, desde sua vigência, o artigo 927, parágrafo único, do Código Reale, retrata o que de mais profundo e mais importante há no campo da responsabilidade civil moderna.

⁸³ Nesse sentido, vale conferir o anseio de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *verbis*: "A este nível de otimização, talvez seja possível chegar, em tempo nem tão distante, quiçá, de sorte a se buscar obter, enfim, um critério geral de fundamentação do regime objetivo de responsabilidade civil, situado além da solução legal casuística, critério esse que visasse atender mais eficientemente os direitos das vítimas de danos, tendo por fundamentação original maior os princípios constitucionais de *solidariedade social* e da *dignidade humana*, e que se portasse, enfim, como um verdadeiro – e suficientemente abrangente – autocritério de justificação da responsabilização civil na contemporaneidade" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 300).

⁸⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção *Professor Agostinho Alvim*. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96.

⁸⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 295.

3.2 Análise semântica do dispositivo: seu alcance jurídico

Dispõe o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Destrinchemos esse texto legal.

3.2.1 "Haverá obrigação de reparar o dano..."

Cada um de nós não apenas *está* no mundo; cada um de nós também é um mundo. E como somos muitos, forçoso é que não apenas *vivamos*, mas acima de tudo *convivamos*. Esse convívio, de sua parte, demanda um elevado grau de esforço para a manutenção do necessário equilíbrio, moral e patrimonial, de cada qual e de todos. Eis o porquê de o dever de reparação nos incomodar diuturnamente: é que, ao cabo de contas, toda e qualquer manifestação humana traz consigo o problema da responsabilidade⁸⁶. Desse modo, o *neminem laedere* (proibição de ofender) surge como um valioso limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada⁸⁷.

Ocorre que, no embate do cotidiano, pelas mais variadas razões, é relativamente comum sofrermos perdas ou mesmo ocasionarmos danos a outras pessoas, deliberadamente ou não. Podemos afirmar, portanto, que a obrigação de reparar dano é um impositivo de restauração da ideia de equilíbrio, equilíbrio esse moral ou material que, de alguma forma, restou vilipendiado⁸⁸. Rompida essa harmonia, de regra haverá obrigação de reparar o dano, extraindo-se daí a ideia mais palmar de responsabilidade civil.

⁸⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. III: Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02.

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume IV: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 01.

O dispositivo em epígrafe, portanto, apenas serve para deixar claro que o tema ali tratado é ligado à responsabilidade civil, é jungido à temática da reparação de prejuízos, pressupondo, pois, que algum equilíbrio, moral ou material, tenha sido lacerado, de modo a exigir sua efetiva reparação.

3.2.2 "...independentemente de culpa..."

Outrora, com os famosos doutrinadores franceses Domat e Pothier, a culpa se erigiu como o fundamento nuclear, senão único, da responsabilidade civil⁸⁹, nesse caso tida como responsabilidade civil *subjetiva*, porque demandava observar um erro de conduta da pessoa do agente. Apenas mais modernamente, com Saleilles e Josserand⁹⁰, é que a noção de culpa passou a ceder largo espaço para a de *risco*, atraindo a noção de responsabilidade *objetiva*, como aquela que independe de qualquer análise sobre a conduta da pessoa do lesante, bastando, para fins de reparação, que haja um indispensável liame de causalidade entre o dano e a atividade do agente. Atualmente, portanto, no campo da responsabilização civil extracontratual ou aquiliana, há, no mínimo, uma *dualidade* de fatores de legitimação do dever de reparar: a *culpa* ou o *risco*.

Destarte, na epígrafe, quando se faz menção ao fato de que a reparação do dano será *independente de culpa*, quer isso significar que a lei, naquele instante, reportar-se-á à responsabilidade tida por *objetiva*⁹¹, terreno no qual a culpa é de somenos importância. É dizer: a reparação civil advirá sem que sequer se investigue se o lesante contribuiu ou não para o evento danoso.

Cumprê acentuar, também, por oportuno, que a dicção legal fala em "independente" de culpa, ao invés de "sem" culpa. Isso é importante porque o fator *culpa*, no âmbito da responsabilidade civil objetiva, embora não seja decisivo para a fixação do vínculo obrigacional, pode se revelar útil para outros fins, em alguma etapa do procedimento ressarcitório⁹², como,

⁸⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A Culpa na Responsabilidade Civil: Estrutura e Função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148.

⁹⁰ LIMA, Alvinio. *Culpa e Risco*. 2. ed. Revisão e atualização pelo Prof. Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 40.

⁹¹ Segundo Roger Silva Aguiar, a expressão *independente de culpa* "é a interface moderna da responsabilidade objetiva" (AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 47).

⁹² A respeito, confira-se: CASTRO, Guilherme Couto. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 49.

por exemplo, por ocasião da tarificação do *quantum* indenizatório⁹³. Logo, a linguagem do texto, nesse particular, é cientificamente irretocável.

3.2.3 "...nos casos especificados em lei..."

Com o Código Civil de 2002, abriram-se duas formas de fixação da responsabilidade objetiva. A primeira delas é *fechada*, reservando ao legislador a possibilidade de indicar, mediante um criterioso sopesamento político, pontualmente, pelo canal da *lei*, os casos em que o dever de reparação independe da culpa do agente lesante.

Quando o texto menciona que haverá responsabilidade independente de culpa "nos casos especificados em lei", irradia-se um efeito multitemporal. *Para o passado*, ficando claro que não estão revogadas as disposições legais já editadas e que tratam do tema, como, por exemplo, a Lei 6.453/1977 (responsabilidade civil por danos nucleares), a Lei 6.938/1981 (responsabilidade civil por danos ao meio ambiente), a Lei 7.565/1986 (novo Código Brasileiro de Aeronáutica), a Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste) e as Leis 6.194/1974 e 8.441/1992, que cuidam do seguro obrigatório de acidente de veículos - DPVAT. *Para o futuro*, ao deixar aberta a porta para que o próprio legislador, a qualquer momento, canalize, pela esfera da lei, novas hipóteses de fixação de responsabilidade objetiva⁹⁴. *Para o presente*, com relação àqueles casos que desde logo vieram expressamente embutidos no texto do novo Código Civil, como se vê, por exemplo, de seus já citados artigos 187, 931, 933, 936, 937 e 938.

⁹³ É o caso da previsão contida no Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil (2002), assim vazado: "A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva". Posteriormente, esse texto foi alterado pelo Enunciado n. 380 da IV Jornada de Direito Civil (2006), quando se suprimiu a expressão "não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva".

⁹⁴ Sergio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito mencionam que a expressão "nos casos especificados em lei" diz respeito mesmo à intenção do legislador em ratificar as normas já existentes que cuidavam do tema e, ainda, deixar aberta a possibilidade da edição de novas disposições legais com o mesmo caráter, conforme: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao Novo Código Civil: Da Responsabilidade Civil*. Volume 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 145.

3.2.4 "...ou quando..."

Aqui, apenas fica corroborada aquela assertiva, fincada anteriormente, no sentido de que, com a edição do Código Civil de 2002, abriram-se duas formas de fixação da responsabilidade objetiva. A primeira delas foi objeto de comentário no tópico pretérito e concerne às hipóteses já fixadas ou ainda a serem fixadas pelo legislador. A segunda, pelo contrário, de que ora se trata, é essencialmente *aberta*, cabendo ao *juiz* e ao *doutrinador*, mediante um criterioso sopesamento *jurídico*, captar na sociedade, pelos canais da *sentença* e da *academia*, os relevantes casos em que o dever de reparar o prejuízo independe de qualquer ingerência culposa do agente. Quer dizer: as circunstâncias de risco acentuado, plenamente enquadráveis na moldura do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, serão mesmo granjeadas em meio às introvertidas reflexões de gabinete e ao profícuo diálogo travado nas salas de aula.

Destarte, a locução adverbial "ou quando" retrata uma nova alternativa, uma nova porta, consubstanciando, mais precisamente, o fato de que, a partir de agora, não só o *legislador* tem o condão de tratar da responsabilidade objetiva, senão que também o *juiz*, o *estudioso* e, também, por que não dizer, *qualquer pessoa*, física ou jurídica, que detenha interesse na questão. É que, na verdade, a escorreita exegese constitucional é responsabilidade que recai sobre todos aqueles que dela recebem influência normativa⁹⁵. Logo, qualquer pessoa que esteja debaixo da regência da Constituição Federal tem autoridade para interpretá-la⁹⁶.

Registre-se, ainda, que a expressão "ou quando" representa também o descerrar das portas para o que lhe vem em seguida, a saber, a mais importante criação da dogmática brasileira no campo da responsabilidade civil: a cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, situada na segunda parte do parágrafo único, do artigo 927, do Código Reale. O "quando", enfim, também denota que o legislador optou pelo entendimento de que

⁹⁵ Rememore-se que, aqui, quando falamos em interpretar a Constituição, estamos partindo do pressuposto já fixado de que, a partir de agora, toda interpretação jurídica, de qualquer dispositivo legal que seja, também necessariamente envolve uma interpretação constitucional.

⁹⁶ Sobre essa temática, consulte-se: HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. Como se percebe, entendemos que não só ao juiz recairá essa importante tarefa de "descobrir" as atividades que demandem o nível de risco legalmente preceituado, mas também aos doutrinadores, às associações, ao Ministério Público, aos órgãos de classe, aos sindicatos e aos demais da sociedade.

nem toda atividade humana importa aquele nível de risco acolhido na cláusula geral supracitada – o que, sabemos, soa até como imposição de ordem lógica⁹⁷.

3.2.5 "...a atividade..."

Essa é uma das palavras-chave do artigo, não havendo exagero em afirmar que grande parte do alcance normativo do dispositivo legal em testilha depende diretamente do significado que o intérprete emprestar ao dito termo. Todavia, considerável dificuldade advém quando constatamos que a locução "atividade" é *plurívoca*, atraindo as mais variadas conotações. Decerto, se folhearmos os dicionários mais conhecidos, constataremos que essa palavra pode significar desde uma simples *ação* ou *conduta*, um *trabalho específico* ou, ainda, até mesmo pode referir a uma determinada *ocupação* ou *profissão*⁹⁸.

De qualquer sorte, o fato é que, dentro do que reza o comando legal em estudo, só haverá o dever de reparar independente de culpa, se o dano decorrer de uma *atividade* que implique certo grau de risco. Ou seja, é preciso que a causa do dano perpetrado esteja inserida no exercício de determinada *atividade*⁹⁹.

Mas o ponto nevrálgico consiste em saber se o significado de *atividade* expressa uma *série de atos confluentes para um mesmo objetivo* ou alcança, também, todo e qualquer *ato isolado*. Afinal, atos individuais podem ser enquadrados na disposição do artigo 927, parágrafo único, *in fine*, do Código Civil? Ou melhor: nesse quadro, *atividade* é sinônimo de *conduta*?

A doutrina tem porfiado sobre o tema. Procurando a melhor interpretação do termo *atividade*, DIREITO e CAVALIERI FILHO argumentam, *in verbis*:

⁹⁷ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50.

⁹⁸ A título de exemplo, podemos mencionar o significado da palavra *atividade* no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, como segue: "atividade [...] 1 qualidade do que é ativo 2 faculdade ou possibilidade de agir, de se mover, de fazer, empreender coisas 3 exercício dessa faculdade; ação [...] 4 realização de uma função específica (de trabalho, profissão)" (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello (diretores). *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 335).

⁹⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção *Professor Agostinho Alvim*. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55.

Não nos parece que tenha sido no sentido de ação ou omissão, porque essas palavras foram utilizadas no artigo 186 na definição do ato ilícito. Vale dizer, para configurar a responsabilidade subjetiva (que normalmente decorre da conduta pessoal, individual), o Código se valeu das palavras ação ou omissão. Agora, quando quis configurar a responsabilidade objetiva em uma cláusula geral, utilizou a palavra atividade. Isso, sem dúvida, faz sentido. Aqui não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas a conduta reiterada habitualmente exercida [...]¹⁰⁰.

Creemos estarem corretos os ilustres doutrinadores. Fica manifesto, na regência do tema, que, a rigor, a responsabilidade *subjetiva* cuida das *condutas isoladas*, ao passo que a responsabilidade *objetiva* atina com *práticas sequenciais expositoras de um risco acentuado e tendentes a um fim determinado*. Realmente, como ensina COMPARATO, atividade “é uma série de atos tendentes a um mesmo escopo”¹⁰¹. No primeiro caso, incide o *caput* do artigo 927; no segundo, seu parágrafo único. Nesse particular, de fato há um campo dogmaticamente bem delineado.

Com efeito, o texto legal é clarividente – e o pós-positivismo, como vimos, não despreza a lei, sob pena de produzir nefasta insegurança jurídica – quando diz que a atividade deve ser normalmente *desenvolvida*, ou seja, uma atividade que se conduz no tempo, um *conjunto ordenado de atos*, um *processo*, nunca, pois, um *ato isolado*¹⁰². Como diz GODOY, “alude a uma atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano,

¹⁰⁰ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. *Comentários ao Novo Código Civil: Da Responsabilidade Civil*. Volume 13. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 148.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 125.

¹⁰² AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 55. Na mesma vereda, o raciocínio de Silvio de Salvo Venosa: “O juiz deve avaliar, no caso concreto, a atividade costumeira do ofensor e não uma atividade esporádica ou eventual, qual seja, aquela que, por um momento ou por uma circunstância possa ser um ato de risco” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Volume 4. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 19). Confira-se, ainda, por essa mesma trilha, *verbis*: “Uma atividade é uma série contínua e coordenada de atos e não se confunde com um ato único ou com atos isolados, embora perigosos. São atividades de risco que, não obstante, em virtude de sua utilidade social, se configuram como atividades lícitas” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 809).

bem a indicar necessária a coordenação, a organização, ao menos, e nunca a eventualidade, a prática ocasional”¹⁰³.

HIRONAKA, embora concentrada na expressão “atividade perigosa” constante do artigo 2.050 do Código Civil italiano, acaba declinando argumentação que serve como valioso subsídio interpretativo do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro e que, em seus termos, abona nossa dedução. Confira-se, *verbis*:

Por periculosidade da conduta entende-se a atividade normalmente inofensiva, que só adquire um caráter perigoso pela conduta imprudente, por imperícia ou negligência daquele que a exerce. O dano que daí resulte submete-se ao princípio da culpa [...]. Mas por periculosidade da atividade [...] deve-se entender o exercício de atividade potencialmente perigosa, em razão do elevado cometimento de danos que ela pode causar, seja em razão de sua natureza, seja em razão dos meios adotados para o seu exercício, independentemente da conduta daquele que a exerce. [...] a noção de exercício ou desempenho da atividade revela uma certa dinâmica, que, como anuncia a Corte de Cassação, pressupõe uma sucessão contínua e repetida de atos que se desencadeiam no tempo e implicam um mínimo de continuidade da atividade e um mínimo de predisposição dos meios empregados no seu desempenho¹⁰⁴.

Mas há quem entenda o contrário, como no caso de ULHOA COELHO, acreditando que o termo *atividade* não se limita apenas a um conjunto ordenado de atos, mas se assenhoreia também das meras condutas individuais¹⁰⁵. O insigne doutrinador esgrima sua tese nos seguintes termos, *verbo ad verbum*:

¹⁰³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção *Professor Agostinho Alvim*. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 57.

¹⁰⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 297 e 300.

¹⁰⁵ Claudio Luiz Bueno de Godoy lembra que, no direito italiano, defende igual perspectiva o doutrinador Marco Comporti, para quem a responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa pode ser estendida àquelas situações em que se pratica simples ato isolado, esporádico, desde que também revestido do nível de periculosidade exigido pelo artigo 2.050 do Código Civil italiano. Confira-se: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção *Professor Agostinho Alvim*. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55, nota de rodapé n. 150.

Atividade, para os fins do dispositivo em foco, não pode ter o significado singelo de conjunto ordenado de atos. Esta solução implicaria tratar toda responsabilidade por ato isolado de forma subjetiva fundado no *caput* do art. 927 do CC, e a derivada de dois ou mais atos ordenados, sempre de forma objetiva, lastreado na parte final do parágrafo único desse dispositivo. [...] Esse, porém, não pode ser o critério de distinção entre as espécies de responsabilidade, porque não haveria fundamento na discriminação. Interpretar atividade como conjunto ordenado de atos implicaria inconsistências jurídicas como a seguinte: se pessoa enfurecida danifica o carro do desafeto com uma única e certa martelada, a responsabilidade seria subjetiva; se o danifica sem furor e sopesando friamente cada ato, mediante sucessivos e cotidianos agravos ao veículo, responderia de forma objetiva¹⁰⁶.

Acreditamos, todavia, com todo o respeito ao nobre jurista, que o exemplo acima apresentado não se coaduna com a ideia de atividade exposta no artigo 297, parágrafo único, do Código Reale, isso porque o simples ato de conduzir veículo sempre no mesmo no trajeto, no percurso residência-trabalho e trabalho-residência, expressa apenas uma *conduta*, não implicando, em si, *atividade* que detenha exposição acentuada a risco¹⁰⁷. Como bem destaca SILVA AGUIAR, ao comentar o caso acima

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Volume 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 348. Prossegue ainda o autor: "Poder-se-ia argumentar com a adjetivação empreendida pela lei, no sentido de que a atividade geradora de responsabilidade objetiva seria a que o agente reiteradamente explora. No dispositivo fala-se em 'atividade normalmente desenvolvida', o que sugere um conjunto de atos ordenados e habituais. Mas ainda assim não será suficiente, porque não tem sentido tratar subjetiva ou objetivamente certa hipótese em função da reiteração ou habitualidade do que o agente faz. Se qualquer conjunto ordenado de atos com vistas a alcançar certo material, chegar-se-ia a conclusão também inconsistente sob o ponto de vista jurídico: o motorista que diariamente faz determinado trajeto da casa para o escritório teria responsabilidade objetiva se causasse acidente de trânsito, porque dirigir ali seria uma atividade normalmente desenvolvida por ele; mas, no dia em que variasse o trajeto, sua responsabilidade por acidente de trânsito passaria a ser subjetiva, porque dirigir por aquelas outras vias não correspondia a atividade normalmente exercida por ele" (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 348).

¹⁰⁷ A conclusão pode ser diversa, porém, quando se tem em mente o caso dos *taxistas*, que, de sua parte, sabemos, não realizam uma *conduta*, mas praticam *atividade*. É dizer: fazem da condução do veículo uma verdadeira *atividade*, ou melhor, uma *profissão*. O escopo de atender com precisão e segurança ao pedido do cliente é juridicamente relevante, na medida em que permeado por um contexto contratual, de resultado certo. O caso dos taxistas, todavia, é extremamente discutido. Além do debate a respeito do enquadramento ou não de seu cotidiano enquanto *atividade*, no sentido legal que aqui se propõe, também há quem discuta se, ainda que entendido

transcrito, "o ato de impor o dano a alguém não pode ser confundido com a geração de perigo – mormente se o perigo for considerado sob a perspectiva do [...] 'risco-probabilidade'"¹⁰⁸.

De todo modo, nesse particular, a conclusão que se chega é a de que não se sujeita à responsabilização de cunho objetivo, aquela independente de averiguação de conduta culposa, quem pratica simples conduta, mero ato isolado, ainda que tal seja revestido de eventual caráter perigoso ou exponha a risco o direito de outrem. Não se quer dizer, com isso, que uma circunstância dessa não possa, por decisão do legislador, migrar do campo da responsabilidade subjetiva para o da responsabilidade objetiva. De fato, para tanto, basta que haja alguma previsão legal específica de aplicação de responsabilidade sem culpa.

O que se baliza aqui é que fato desse jaez não se enquadraria na previsão contida na parte final do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Mais claro: essa hipótese – mera *conduta* isolada que exponha a risco – pode até ser prevista, por casuismo do legislador, em alguma norma específica que lhe imponha a responsabilidade sem culpa, mas,

como tal, essa prática de fato ensejaria algum risco acentuado a outrem. Além disso, também existem os que defendem que os taxistas são profissionais liberais, de modo que, se assim for entendido, sua responsabilidade civil, por força de expressa disposição legal (CDC, artigo 14, § 4.º), haverá de ser subjetiva. Mas não acaba por aí: ainda assim, mesmo diante de tal preceito de lei, alguns pensam que tal regramento não afasta a possibilidade de incidência do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, norma específica, plenamente aplicável, pois, quando a atividade do profissional liberar demandar risco acentuado aos direitos de outrem, à semelhança do que acontece com relação aos acidentes de trabalho. A mesma problemática deve atingir os *mototaxistas* e os *motoboys*, cujas atividades estão na iminência de regulamentação legal. Outrossim, cumpre fazer menção de que na órbita do direito comparado já diversas legislações atribuem responsabilidade objetiva para os casos de acidentes provocados por veículos, sendo esse, por exemplo, o caso dos sistemas português, espanhol, alemão, austríaco, francês e italiano. Fonte: GIORDANI, José Alcir Lessa. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Novo Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 99-100.

¹⁰⁸ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 55. Ainda a respeito do caso, relata o mesmo autor, *verbis*: "A proposta de um conjunto ordenado de atos evidentemente não quer significar um processo de dano em parcelas, mas sim de sucessão de atos que terminam por desaguar no dano. Se o exemplo for tomado neste último sentido, então nada haverá de absurdo nas conclusões auferidas pelo próprio autor: se alguém (enfurecido, ou por culpa, ou negligência) acerta uma única martelada em um carro, resulta impossível atribuir-se objetivamente a responsabilidade ao autor, uma vez que não há um curso de atos que possa evidenciar ter o causador do dano agido ou não perigosamente" (AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 55).

com certeza, *de per se*, não se inserirá na textura legal da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva verificada em nossa legislação, que, de sua parte, vincula que o dano decorra necessariamente de uma atividade que exponha a risco¹⁰⁹, aqui entendida a locução *atividade* como uma série de atos tendentes a um mesmo escopo.

Outra discussão que permeia o tema consiste em saber se essa atividade normalmente desenvolvida, como está grafado o enunciado legal, envolve mesmo toda e qualquer atividade, ainda que sem proveito econômico. A pergunta central é: a expressão “atividade normalmente desenvolvida” quer significar apenas prestação de serviços ou tem contorno mais alargado, de modo a abraçar também atividades sem intuito lucrativo?

Segundo os escólios de CAVALIERI FILHO, a palavra “atividade”, utilizada no Código, tem conotação técnica bem precisa, constituindo sinônimo de *serviço*, no sentido de “atuação reiterada, habitual, organizada profissional ou empresarialmente para realizar fins econômicos”¹¹⁰. Vejamos a argumentação do renomado jurista:

¹⁰⁹ Nesse mesmo sentido: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56. Também Roger Silva Aguiar, nesse aspecto, acentua: “A ponderação no sentido de que os danos praticados por atos isolados teriam que ser considerados, nesse caso, sempre subjetivamente, é apenas em parte procedente. O ato isolado, *in vero*, não poderá determinar a responsabilidade objetiva na terceira parte do artigo (atividade perigosa), pelo motivo já mencionado, mas nada impede que o legislador (usando do *risco-possibilidade*, contido na segunda parte do artigo) venha a aplicar a responsabilidade independentemente de culpa a um determinado ato” (AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 55). É o que ocorre, por exemplo, com o caso de objeto que – por descuido de seu proprietário, quando de seu manuseio – cai da janela de um apartamento, ocasionando danos a outrem. Nessa hipótese – simples ato isolado que demanda mero risco-possibilidade –, achou por bem nosso legislador alçar tal circunstância ao nível da responsabilidade civil objetiva, mercê do artigo 938, do Código Civil.

¹¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 183. Ao que tudo indica, Fábio Ulhoa Coelho parece adotar o mesmo entendimento, já que, para o referido autor, “atividade normalmente desenvolvida”, conforme consta da lei, seriam apenas aquelas que viabilizam a socialização de seus custos. A respeito, confira-se: COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Volume 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 349. Pelo mesmo raciocínio segue Pietro Trimarchi, que defende a tese de que a responsabilidade objetiva há de recair sobre quem controle as condições gerais do risco e esteja em situação de inseri-lo no custo da atividade, inclusive com a possibilidade de firmar contrato de seguro (*Apud* GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71).

Em que sentido o Código teria empregado, aqui, a palavra “atividade”? Essa é a questão nodal. Não nos parece que tenha sido no sentido de ação ou omissão, porque essas palavras foram utilizadas no art. 186 na definição do ato ilícito. Vale dizer: para configurar a responsabilidade subjetiva (que normalmente decorre da conduta pessoal, individual) o Código se valeu das palavras “ação” ou “omissão”. Agora, quando quis configurar a responsabilidade objetiva em uma cláusula geral, valeu-se da palavra “atividade”. Isso, a toda evidência, faz sentido. Aqui não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas a atividade como *conduta* reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos. Reforça essa conclusão o fato de que a doutrina e a própria lei utilizam a palavra “atividade” para designar *serviços*¹¹¹.

Referido autor, mais à frente, reforça seu arrazoado aduzindo lições doutrinárias e citando referências legais que, a seu ver, servem para corroborar sua tese. Frisa, por exemplo, que, na área do direito público, é comum se falar que serviço público é “toda *atividade* prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade” (grifamos)¹¹². No plano legal, traz a lume, ainda em abono de sua linha de pensamento, o disposto no artigo 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: “Serviço é qualquer *atividade* fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (grifamos).

Demais disso, ventila o nobre doutrinador, ainda no desejo de ratificar sua posição, interessante argumento de ordem histórica. Neste, menciona que, por ocasião da elaboração do Projeto do novo Código Civil, nos idos da década de 70 do século passado, a área de *serviços* já possuía grande relevância socioeconômica, inexistindo, porém, àquela ocasião, qualquer regência legal protetiva dos usuários, concluindo daí que, desde sua origem, o artigo estava sendo preparado para atender a esse especial campo da vida humana¹¹³.

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 182.

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 267.

¹¹³ “Os serviços já ocupavam àquela tempo vastíssimo campo de atuação na sociedade (transportes, luz, gás, telefonia, seguros, bancos, financeiras, cartões de crédito, saúde etc.), desempenhavam importantíssima função econômica e jurídica, afetando a vida de mais de uma centena de milhões de pessoas, mas os riscos dessa exploração corriam por conta dos usuários. Assim, parece-nos lógico concluir que o objetivo

Nada obstante a sutileza dos argumentos, tais colocações não se sustentam. É verdade que todo serviço público é uma *atividade* pública. Da mesma forma, também é patente que a disposição legal antedita afirma que toda prestação de serviço é *atividade*. O que não é escorreito, a nosso ver, é daí concluir o contrário, a saber, que *toda atividade é serviço*. Em nenhum momento, seja na lição doutrinária ventilada, seja na disposição legal aventada, afirmou-se que *toda atividade é serviço*. O que ali ficou afirmado foi algo diferente: *todo serviço é atividade*. E, convenhamos, em nenhuma parte do artigo *sub examine* há referência à palavra *serviço*.

Essa linha primacialmente *teórica* é recrudescida por um esclarecedor argumento *prático*, levantado por SILVA AGUIAR e que segue *in verbis*:

A palavra *atividade*, utilizada em um único artigo no Código Civil de 1916, hoje aparece 26 vezes no novo *Codex*, a maior parte delas no Livro II – Do Direito de Empresa. Nessas oportunidades, o termo em geral vem adjetivado (atividade negocial; atividade profissional; atividade econômica; atividade rural), o que determina uma conclusão: para o legislador, a palavra *atividade*, em si, não aponta para uma área específica da vivência humana, sendo necessário, para que isso ocorra, sua complementação por algum outro termo. Portanto, não há porque se inferir que a palavra *atividade* indique, necessariamente, um afã empresarial, como ocorre, por exemplo, nos artigos 966 e 972¹¹⁴.

Ora, do que se percebe, a palavra *atividade* é um *gênero*, comportando várias *espécies* que precisam seu conteúdo de acordo com a área humana que se quer destacar. Como bem frisou o nobre jurista que contabilizou a quantidade de vezes que a palavra “atividade” aparece no Código Civil, geralmente junto a este termo está agregado um adjetivo, que o qualifica e delimita seu campo de compreensão. O que ocorre no argumento de Sergio Cavalieri Filho é que – talvez de forma inadvertida ou mesmo altamente influenciado pela ótica histórica levantada –, ao propor que

do legislador foi estabelecer uma cláusula geral de responsabilidade objetiva que abrangesse toda essa vasta área dos serviços, mormente se tivermos em conta que o Projeto do novo Código Civil foi elaborado muito antes do Código do Consumidor, que posteriormente tratou da matéria no seu art. 14, no que concerne às relações de consumo” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 183).

¹¹⁴ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 56.

a palavra *atividade* seja lida como *serviço*, proporciona um indesejado refreamento do elastério de alcance normativo do dispositivo, com uma contundente restrição de sua potência reguladora, canalizando-a para bem aquém dos interesses do legislador, porquanto se vê acuada a apenas *uma* dentre as mais variadas espécies de atividade que o direito anui que exista, a saber, a *atividade consumerista*¹¹⁵. *Data venia*, isso implica restringir onde o legislador não restringiu, o que é desaconselhável em ciência hermenêutica¹¹⁶.

Cumpra lembrar, também, de resto, ainda como arrimo dessa última conclusão, outro importante fator de ordem técnica. Ora, se interpretarmos a expressão *atividade*, constante do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, enquanto *serviço*, no sentido que lhe é conferido no artigo 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor, então certamente estaremos diante de um insólito conflito de campos de incidência legal, estariamos à frente de uma incômoda superfetação normativa. A se pensar dessa forma, por certo, no mínimo, redundaria uma constrangedora *capitis diminutio* do regramento civilista, “transformando-o praticamente em um espectro daquilo que já está espicado no Código de Defesa do Consumidor”¹¹⁷.

Tangente à interpretação histórica, cuida-se de ilação extremamente relativa. De lá para cá muita água já passou por debaixo dessa ponte. Já temos uma nova Constituição e, mais ainda, já temos um Código que lida eficazmente com as relações de consumo. De mais a mais, importa relembrar que a vida segue, sempre versátil em seus costumes e cambiante em seus valores, motivo pelo qual já ficou demonstrado, pelo viés pós-positivista, que o enunciado legal não deve ser tomado como um *ponto de chegada*, mas, sim, como um *ponto de partida*. A questão não é *extrair* o sentido cristalizado na norma, senão que *injetar* o sentido sedimentado na sociedade. Logo, quando a lei vem ao mundo, o cordão umbilical que a vincula ao legislador é cortado, passando a ter vida própria. Destarte,

¹¹⁵ Como destaca Claudio Luiz Bueno de Godoy, ao afirmar que “nem toda atividade ensina propriamente a prestação de um serviço. Basta pensar na atividade de fabrico de produtos, por exemplo. No capítulo seguinte, referir-se-á, por exemplo, à responsabilidade do empregador por dano provocado ao empregado, a quem decerto, aquele não presta um serviço. Mas sem dúvida que responsável por uma atividade” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59).

¹¹⁶ A respeito, confira-se: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 201.

¹¹⁷ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 57.

não é recomendável ler um dispositivo olhando apenas para o passado; urge focá-lo cõscio do presente, já contemplando o futuro¹¹⁸.

De tudo isso, conclui-se que o preceito civilista quer dar braçada mais abrangente, alcançando terreno ainda não acobertado pelo Código de Defesa do Consumidor. Destina-se a regular, portanto, toda e qualquer atividade que implique um grau qualificado de risco, sendo mesmo despiendo averiguar se essa atividade se propõe ou não a obter lucro. Acolhemos, aqui, a proposição de GIORDANI, quando afirma que ensinará responsabilidade objetiva "toda atividade desenvolvida, profissional ou não, econômica ou não, seja recreativa, desportiva ou de mero lazer, desde que por sua própria natureza produza riscos para o direito de outrem"¹¹⁹.

Já nos conduzindo para o encerramento deste tópico, reputamos ainda importante transcrever as colocações de GOMES, que, com precisão invejável, lança crítica à formulação que vê a palavra "atividade" como sinônima de "serviço", arrematando, com alto estilo, tudo o que fora aqui expendido, *verbis*:

[...] o texto legal não parece conter a restrição divisada pelo eminente civilista. Tem a pretensão de ser mais amplo. Diz: *atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano*. Não afirma que tal atividade deve ter fins econômicos, nem que deva ser organizada *profissional ou empresarialmente*. Apesar de esta conclusão estribar-se na interpretação sistemática do dispositivo, não deixa de ser restritiva. O advérbio de frequência "normalmente" deixa evidente que não pode se tratar de atividade esporádica ou eventual, mas sim habitual, freqüente. Assim, qualquer atividade ou ação de risco desenvolvida – por pessoa física ou jurídica –, com ou sem fins lucrativos,

¹¹⁸ "O argumento histórico utilizado pelo autor, de que o projeto do novo Código Civil teria sido elaborado quando não existia o Código de Defesa do Consumidor, não serve de fundamento, primeiro porque o autor estaria se vinculando a *mens legislatoris* e não a *mens legis*, e em segundo lugar porque o Novo Código foi promulgado quase doze anos depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor. De fato, não importa qual era a intenção do legislador à época que foi elaborado o anteprojeto do Código, especialmente porque a realidade daquele momento específico era, sob a ótica social, política, econômica e jurídica, completamente distinta da pertinente à vigência e aplicabilidade da lei. Se na época não existia o Código do Consumidor, agora existe, e a situação em pauta é regulamentada por este código, e não pelo Código Civil" (GIORDANI, José Alcyr Lessa. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Novo Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 92).

¹¹⁹ GIORDANI, José Alcyr Lessa. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Novo Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 93.

que venha a causar danos a outrem, poderá ensinar a responsabilidade prevista no parágrafo único enfocado¹²⁰.

Essa força invasora, esse opulento impulso de propagação do raio de alcance jurídico da norma, representa, em sua essência fundante, uma repercussão direta do avassalador poderio de conformação do princípio da dignidade da pessoa humana, que pretende proteger a vítima no máximo das possibilidades fáticas e jurídicas disponíveis (mandado de otimização – Alexy), assegurando que, no arriscado coliseu da vida, cada vez menos danos injustos fiquem sem reparação. Iteramos: a disposição legal em foco se propõe a desbravar novas terras, indo bem mais além do que já fora atingido pelo Código de Defesa do Consumidor¹²¹.

¹²⁰ GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Eficácia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 325.

¹²¹ Registre-se, neste momento, que também existe acirrada polêmica no que diz respeito ao artigo 931 do Código Civil, *verbis*: "Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação". Questiona-se qual o seu campo de incidência, seja no que toca ao artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, seja no que se refere ao artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, que reza: "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos". A nosso sentir, a questão foi muito bem abordada por Claudio Luiz Bueno de Godoy, como segue, *verbo ad verbum*: "Todavia, posto não se reduza a expressão 'atividade' apenas à prestação de serviços, como se a cláusula geral do parágrafo único do art. 927 a tanto se limitasse, em contrapartida não se entende possa seu elastério ser estendido de modo a alcançar também o resultado final, vale dizer, o produto, quando a seu fabrico voltada a atividade. [...] Aliás, isso, crê-se, pode bem ser inferido da própria organização da matéria no Código Civil, que reservou um preceito ao que se pode dizer ser *fato da atividade* (art. 927, parágrafo único) e outro ao *fato do produto* (art. 931). E não sem motivo. [...] 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. [...] 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 artigo 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. [...] Enfim, entende-

3.2.6 "...normalmente desenvolvida..."

Além da ilação refratária à tese de que atos isolados possam ser enquadrados na cláusula geral de responsabilidade civil objetiva do Direito brasileiro (porquanto não se fala, aqui, de *conduta*, mas de *atividade*, "normalmente desenvolvida") – o que, de resto, já antes se viu –, também da expressão epigrafada podemos extrair, de pronto, a dedução de que a imputação do dever de reparar prejuízos, em caso de atividades que impliquem risco aos direitos de outrem, não mais se prende à ideia de *ato ilícito*, como se dá na lida com a culpa.

Com efeito, a partir do surgimento da responsabilidade civil fincada no risco, operou-se uma profunda alteração no quadro até então desenhado, sendo que, agora, ainda que *lícita* a atividade, ou seja, ainda que *normalmente desenvolvida*, seu agente deve se solidarizar com as pessoas que porventura sofram prejuízos decorrentes de seu desenvolvimento¹²². Interessante atentar que, nesse contexto, a pretensão ressarcitória quase sempre envolverá dois interesses legítimos: de um lado, uma atividade lícita; do outro, um dano a ser ressarcido¹²³.

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, [...] 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 das fontes a cuja análise também se voltará" (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 59-60, 84-85, 87-88). A respeito, confira-se o conteúdo dos Enunciados n. 42 e 43 da I Jornada de Direito Civil (2002), como segue, respectivamente: "Enunciado 42 – O art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos"; "Enunciado 43 – A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento".

¹²² GOMES, José Jairo. *Responsabilidade Civil e Elicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 326.

¹²³ "[...] a expansão da responsabilidade objetiva vem exigir do Poder Judiciário uma resposta ressarcitória a prejuízos derivados de conflitos estabelecidos, não raro, entre dois interesses legítimos e igualmente tutelados, em abstrato, pelo ordenamento jurídico" (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 186).

Aliás, extrai-se também daí, tranquilamente, a afirmativa de que, mesmo que essa atividade – plenamente lícita e que demanda um nível qualificado de risco – seja prestada sem qualquer defeito de atuação, sem qualquer falha de execução (ou seja, "normalmente desenvolvida"), ainda assim, caso produzido dano injusto, o dever de reparação se impõe, desde que demonstrado nexo de causalidade entre o evento danoso e o risco especial induzido pela atividade praticada¹²⁴. Intelecção natural, em se tratando de responsabilidade sem indagação de culpa.

3.2.7 "...pelo autor do dano..."

Parece óbvio, mas é bom que se diga: o fato de a atividade exercida pelo autor do dano se reputar como lícita no plano jurídico e até aceitável – mesmo desejável – no plano social, não implica abonar os prejuízos que sua prática possivelmente ocasionar¹²⁵. Mesmo porque, como leciona HIRONAKA, o que se procura com um sistema aperfeiçoado de responsabilidade civil não é *evitar o perigo* – medida de todo impraticável –, mas, sim, *diminuir o dano*¹²⁶.

¹²⁴ "Exigir o defeito seria ainda desconsiderar a referência especial que a lei faz a uma atividade que seja normalmente desempenhada. [...] 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" (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90). No mesmo sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira, mencionando: "[...] pode-se concluir que não é necessário que haja comportamento anormal do empregador para gerar o direito à indenização, pois o simples exercício da atividade, ainda que normalmente desenvolvida, pode acarretar o direito à indenização, caso tenha provocado danos à vítima" (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005, p. 97).

¹²⁵ "No nosso entendimento, ao consignar o advérbio 'normalmente', o legislador quis referir-se a todos os agentes que, em troca de determinado proveito, exerçam com regularidade atividade potencialmente nociva ou danosa aos direitos de terceiros. Somente essas pessoas, pois, empreenderiam a mencionada atividade de risco, apta a justificar a sua responsabilidade objetiva. Note-se, inclusive, que não se exige que a conduta lesionante seja ilícita *stricto sensu*, mas, sim, pelo fato de que seu exercício habitual pode, potencialmente, gerar danos a outrem, não sendo razoável admitir-se que a autorização legal para o exercício de uma atividade importe em considerar lícita a lesão a direitos de terceiros" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Volume III: Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 139).

¹²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 320. Diz ainda a renomada autora: "[...] seria um absurdo pensar que a ordem jurídica entendesse que toda a hipótese de realização de uma

Nem se olvide, ainda, que por *autor do dano* não se deva interpretar como “causador do dano” ou “culpado pelo dano”, porquanto raciocínio típico das ocasiões em que se lida com responsabilidade subjetiva, nas quais se manuseia com o elemento *culpa*. Pelo contrário, o dispositivo, inserto na cláusula geral que legitima a responsabilidade pelo risco, precisa ser lido e compreendido à luz da sistemática que rege essa área em particular, mercê da nova visão que se tem conferido à teoria da responsabilidade civil, que, de sua parte, tem se afastado de uma conotação de *reprovabilidade* e avançado a galope para um segmento preocupado basicamente com a simples ideia de *reparação e prevenção*. Como já destacamos, na atual quadra de estudos, a responsabilidade civil de cariz objetivo não intenta buscar *culpados*, mas *responsáveis*.

Justamente em razão desse fluir de pensamento é que devemos ter o cuidado de não recair no erro de ler o novo com olhos postos no velho. À luz dessa especial dogmática, *autor do dano*, pois, não pretende significar “culpado pelo dano”, mas sim “responsável pelo dano”. Não há juízo de reprovabilidade quanto à conduta do agente. O que há é a imposição de reparação pela simples indução de risco, no que respeita à atividade praticada. Esse o desiderato do legislador.

3.2.8 “...implicar, por sua natureza...”

Fixadas tais assertivas iniciais, convém agora mencionar, em prosseguimento de nosso estudo, que o verbo *implicar*, citado no texto, é rico em significados, destacando-se – como aqueles mais usuais – os sentidos de “envolver (alguém ou a si mesmo) em complicação, embaraço; comprometer(-se), envolver(-se); [...] ter como consequência, acarretar; originar”¹²⁷. Como se nota, essa palavra, na essência de sua conotação, cativa a ideia de *envolver*, *comprometer*, ou seja, em suma, *expor algo ou alguém aos fatores de um determinado ambiente*, noção essa que se ajusta com precisão ao elevado perfil protetivo do regramento em análise.

Deveras, acreditamos mesmo que esse predicado detenha especial importância para a correta aplicação da cláusula geral de responsabilidade

atividade humana com exposição ao perigo fosse, em princípio, nefasta à sociedade, e que o banimento de toda a ingerência perigosa fosse a meta de uma ordem perfeita” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 320).

¹²⁷ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello (diretores). *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 1.582.

civil objetiva do direito brasileiro. Explicamo-nos: haverá ocasiões em que não se poderá, por uma rígida vinculação direta, apontar como autor da lesão exatamente aquele que pratica a atividade que expõe a risco os direitos de outrem, seja porque o dano não foi praticado diretamente por esse agente, seja porque essa atividade, em si mesma considerada, talvez não atraia a ideia de risco.

Nesses casos, propugnamos que a averiguação do nexo de causalidade entre o dano e a atividade em si seja realizada com certa maleabilidade, com um bom grau de elasticidade, de modo que se compreenda, na expressão “implicar por sua natureza”, não um vínculo direto, frontal, do risco com a atividade em si, mas bastando, para os objetivos da norma, que esse risco esteja inserido em seu *contorno*, no *ambiente* propiciado pelo exercício dessa atividade.

Ou seja, para a incidência dessa cláusula geral, que impõe responsabilidade independente de culpa, basta a constatação de que o risco foi propiciado *pelo exercício* da atividade, com todos os fatores que a circundam, e não *da* atividade, abstratamente considerada. Não que essa atividade, em si, deva ser *perigosa*, mas que, simplesmente, em sua execução, *demande risco, induza risco*, o que é coisa diversa¹²⁸. Não sem razão averbamos anteriormente que o fator de imputação da obrigação de indenizar não é *a atividade de risco*, mas sim *o risco da atividade*. Com esse tipo de reflexão, a expressão *atividade de risco* vai englobar não apenas *atividades perigosas*, mas também *atividades que induzam risco*, alargando sobremaneira o campo de incidência da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva brasileira, fato já constatado alhures. Essa forma de pensar as coisas se amolda, aliás, com aquela já esposada diferenciação entre *culpado pelo dano* e *responsável pelo dano*.

Pontue-se, por oportuno, como já mencionamos no capítulo anterior, que essa sutil flexibilização do nexo etiológico não constitui novidade, estando mesmo inserida naquela colossal tendência mundial de procurar garantir a máxima reparação das vítimas de danos injustos. Como

¹²⁸ “[...] as ações de responsabilidade objetiva passaram a depender tão-somente da configuração do nexo causal e do dano. O exame do nexo causal, mesmo em se ignorando sua já aludida flexibilização, limita-se a verificar que a atividade desenvolvida pelo responsável vincula-se de algum modo (*próximo, direto, necessário, adequado* ou *eficiente*) ao dano. Vale dizer: debruça-se sobre a aptidão da atividade para a produção do dano; nada diz sobre a atividade em si ou sua comparação com o interesse lesado” (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 187-188).

aprendemos ao verificar os contornos básicos do que se denomina *responsabilidade pressuposta*¹²⁹, primeiro a reparação da vítima; só depois a busca dos culpados...

3.2.9 "...risco para os direitos de outrem."

Como restou já demonstrado anteriormente, o Código Civil de 2002 estabeleceu, em caráter inédito na história jurídica de nosso país, duas cláusulas gerais de responsabilidade civil, uma de ordem *subjetiva*, outra de ordem *objetiva*. A primeira amparada no conceito de *culpa*; a segunda, no conceito de *risco*. Mencionamos, também, que a fixação dessa cláusula em contornos gerais, atribuindo ao intérprete a possibilidade de pinçar, na imensidão fática da sociedade, aquelas hipóteses plenamente enquadráveis no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, é expediente que merece ser bem acolhido, pois consentâneo com as mais modernas técnicas de legislação, que optam por oxigenar o sistema pelo fluxo judicial, de regra bem mais dinâmico que o fluxo legislativo.

Refira-se, por oportuno, que tal artigo de lei representa o ápice, o coroamento, em nossa malha jurídica, de um processo que já vem se impondo há longa data, a saber, o crescente ocaso da culpa, enquanto único fundamento da responsabilidade civil. O certo é que a *objetivação* da responsabilidade civil em face de atividades que, nada obstante lícitas, reputam-se no mínimo perigosas, é uma realidade de amplitude mundial, seja nos países de tradição jurídica romano-germânica, seja naqueles ligados ao sistema do *common law*¹³⁰, sendo certo que essa afirmação da teoria do risco espelha mesmo um dos maiores avanços verificados na já longa teoria da responsabilidade civil¹³¹.

¹²⁹ Remete-se ao Capítulo 4.

¹³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 229.

¹³¹ José de Aguiar Dias, arrimado nos escólios da doutrina alemã, faz colação de diversas teorias que procuram fundamentar a ideia do *risco*. Em resumo: i) *princípio do interesse ativo*: quem desenvolve no seu interesse uma atividade qualquer deve arcar com as respectivas consequências; ii) *princípio da prevenção*: a lei escolhe um responsável a quem impõe cuidados preventivos especiais; iii) *princípio da equidade* ou *do interesse preponderante*: traz a ideia de justiça comutativa, buscando-se o reequilíbrio de uma situação desnívelada por força do dano; iv) *princípio da repartição do dano*: traz a ideia de justiça distributiva, ganhando destaque as noções de solidariedade e socialização da responsabilidade; v) *princípio do caráter perigoso do ato*: responsabilidade para quem, com sua atividade, gera perigo a outrem. A respeito, confira-se: DIAS,

Todavia, no caso brasileiro, houve um importante desprendimento, um traço mesmo de audácia, já que, no enunciado legal, percebe-se haver um deliberado desvencilhar com relação à clássica ideia de *perigo*, porquanto em nosso dispositivo há simplesmente referência textual à figura do *risco*, medida importante e que suscita considerável ampliação da moldura legal. Nessa esteira – já até dissermos –, o conceito de *atividade de risco* há de ser compreendido não apenas como *atividade perigosa*, mas, indo bem mais longe, também deve abarcar toda *atividade que induza risco*, fator que diferencia a cláusula pátria das demais do mundo – salvo quanto à suíça, que contém disposição semelhante¹³².

Ora, sabe-se, *risco* é probabilidade de dano¹³³. Viver, então, por si, já é um risco – como já dizia Guimarães Rosa em seu *Grande Sertão: Veredas*. Todavia, houve por bem o legislador fixar o dever de reparação independente de culpa quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *risco* para os direitos de outrem. Ou seja, "o exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros"¹³⁴.

Cabe-nos apreciar, então, agora, de que modalidade de risco estamos a falar. De início, cumpre ressaltar o que parece ser lógico: é certo que,

José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 68-71.

¹³² Aliás, por lá, os mesmos fundamentos que deram ensejo à criação de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva também servem para explicar o surgimento de nossa cláusula. Ou seja, esses regramentos – o sulço e o brasileiro –, os mais avançados do mundo, detêm não apenas a mesma estruturação dogmática, senão que também a mesma fundamentação justificadora de suas implantações. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka relata a causa principal que justificou a criação do dispositivo sulço, *verbo ad verbum*: "A justificativa principal da opção pela inserção de tal cláusula, no direito sulço, refere o fato de se ter verificado a sensível fragilidade do exercício do direito da vítima de dano derivado de responsabilidade por *mise en danger*, ainda que a jurisprudência tenha tido relevante papel, no tempo anterior, no sentido de procurar suprimir a injustiça, pelo caminho da progressiva objetivação da responsabilidade civil baseada na culpa, bem como no sentido de ter procurado apreciar, com um rigor cada vez mais acentuado, o cumprimento do dever de diligência do demandado e, ainda, no sentido de ter buscado, gradativamente, aliviar a carga probatória imposta à vítima, flexibilizando o caráter de adequabilidade do nexo causal" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 328).

¹³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 155.

¹³⁴ MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: Responsabilidades Legais, Dano Material, Dano Moral, Dano Estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 283.

em nenhum momento, a disposição legal quer se reportar ao risco ordinário, comum, inerente a todo e qualquer aspecto da vida humana. Se isso não fosse verdade, chegaríamos à absurda conclusão de aceitar que a regulação dessa cláusula se espraiasse ao absoluto, atingindo inclusive a mais banal das atitudes, o que, por certo, implicaria encerrar nosso estudo já por aqui¹³⁵. Não soa razoável. Não foi essa, com certeza, a intenção do legislador¹³⁶.

Sendo assim, havemos de concluir, com segurança, que o risco acionador da incidência do artigo 927, parágrafo único, do Código Reale, há de ser *qualificado, diferenciado*¹³⁷. Bom que se diga, porém, que o risco destacado pelo legislador não é aquele risco agravado, robusto, praticamente sinônimo de *perigo*, como já tivemos a oportunidade de destacar. Essa circunstância fica evidente pelo próprio texto da lei, que fala apenas em "risco", sem qualificativos, sem fatores de restrição, bem ao contrário do que continha em sua redação originária, da qual se via a menção expressa a um tal "grande risco"¹³⁸. Nesse particular, o tempo demandado

¹³⁵ Com relação à necessidade da exegese não poder conduzir a conclusões absurdas, confira-se: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 135.

¹³⁶ A respeito do texto contido no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, afirma Sergio Cavaliere Filho: "A expressão 'independentemente de culpa' contida nesse dispositivo indica que foi aqui consagrada uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. Tão ampla e abrangente que, se interpretada literalmente, todos os que exercem alguma atividade de risco passarão a responder objetivamente, até quando estivermos dirigindo nosso veículo particular e formos envolvidos em um acidente. É que na sociedade moderna todas ou quase todas as atividades implicam algum risco. Cumpre, então, examinar os reais contornos desta cláusula, fixando seu verdadeiro alcance" (CAVALIERE FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed., 3. tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 181).

¹³⁷ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, reportando-se ao direito italiano, destacou esse particular, *in verbis*: "A cláusula geral de responsabilidade por *mise en danger*, estruturada na legislação suíça, recebeu um alcance assim, bem geral, identificável em extensão e importância àquele reconhecido ao campo da responsabilidade baseada na culpa, admitindo ao intérprete e ao aplicador da lei uma flexibilização bastante significativa, no momento de sua concretização. A cláusula geral representa um substrato de *risco qualificado* e só a sua realização justifica a reparação dos danos eventualmente ocasionados às vítimas. Esse *risco qualificado* resulta da periculosidade contida numa certa atividade, periculosidade esta que, por si só, seria suficiente para interditar a sua prática, mas, tendo em vista a função social inerente ao seu desempenho, o privilégio atribuído por força da autorização de realizar a atividade deve estar, então, respaldado pela imputação da responsabilidade objetivada que da cláusula deriva, no sentido da reparação dos danos eventualmente causados" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 329).

¹³⁸ Fonte: BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 233.

para a promulgação do Código (algumas décadas) serviu como elemento positivo, já que ajudou a maturar as ideias; a lei ganhou em sabedoria. Cunhou-se apenas e tão só a palavra "risco" – e nada mais.

No bojo dos clássicos manuais, diversas teorias são catalogadas no afã de precisar o fator *risco*, destacando-se, na imensidão da matéria, as teorizações que desaguam nos conceitos de *risco-proveito* e *risco-criado*. Discorrendo sobre a teoria do risco-proveito, assevera ALVINO LIMA, *verbis*:

Partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam que "*les faiseurs d'actes*", nas suas múltiplas atividades, são os criadores de riscos, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores todos os proveitos, ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – *Ubi emolumentum, ibi onus*. Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não lhe colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia. A questão da responsabilidade, que é mera questão da reparação de danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social, deve, pois, ser resolvida atendendo-se somente aquele critério objetivo; quem guarda os benefícios que o acaso da sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade¹³⁹.

Nota-se, pois, que a teoria do *risco-proveito* agrega ao seu conceito a ideia de *vantagem* do autor do dano com relação à atividade que exerce¹⁴⁰. Isso, certamente, restringe o elastério de seu alcance, na medida em que se limita a reger apenas aquelas atividades em que o agente nutre o fito de obter, em contrapartida, alguma espécie de proveito, geralmente lucro mesmo, lembrando, claro, que esse ganho deve ser encarado enquanto potencialidade, em abstrato, já que tal benefício deve se ligar à própria natureza da atividade praticada, em si mesma considerada, sendo

¹³⁹ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. Revisão e atualização pelo Prof. Ovidio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 119-120.

¹⁴⁰ Flávio Tartuce, com inteira razão, destaca que a teoria do risco-proveito é aquela que embasa a responsabilidade objetiva aplicada às relações de consumo, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Confira-se: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 451.

irrelevante verificar, pois, se, em concreto, o empreendimento logrou ou não êxito¹⁴¹.

Por outro lado, a teoria do *risco-criado* amplia o conceito do risco-proveito, revelando-se muito mais equitativa para a vítima, que fica desonerada de provar o possível proveito ou vantagem do autor do dano com a atividade ensejadora do evento lesivo, que, de sua parte, assumirá essas nefastas consequências tão somente em razão de ter empreendido seu mister¹⁴². Mais resumidamente: responde em caráter objetivo (sem análise de culpa) aquele que, pelo exercício de sua atividade, expõe outrem a risco. Aquele que age deve responder pelos danos causados a outrem simplesmente em razão dessa sua conduta ter propiciado as condições necessárias para o advento do dano¹⁴³.

¹⁴¹ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade Sem Culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 107.

¹⁴² MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: Responsabilidades Legais, Dano Material, Dano Moral, Dano Estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 204, nota de rodapé n. 294.

¹⁴³ "As teorias do risco proveito e do risco criado podem ser reconduzidas, respectivamente, a Raymond Saleilles e a Louis Jossierand. Para Saleilles, o risco deve ser suportado por quem 'extraí proveito' da atividade danosa; já a teoria do risco criado, de Jossierand, pode ser equiparada ao significado moral presente na teoria da culpa, justamente porque se imputa ao sujeito, que com a sua atividade expôs terceiros ao risco de serem lesados, a responsabilidade derivante desta 'culpa'" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 808). Sobre o tema - e sempre com muita didática -, Eugênio Facchini Neto leciona, *in verbis*: "Na França, inicialmente, a teoria do risco foi imaginada tendo em vista uma situação especial: a responsabilidade do patrão no caso de acidente de trabalho de que fossem vítimas seus empregados. Assinalou-se, então, que era justo que quem recolhesse o benefício, as vantagens, de uma empresa, indenizasse aqueles que, sem poder esperar os mesmos proveitos, fossem vítimas de acidentes: *ubi emolumentum ibi onus; cuius commoda, eius et incommoda*. Os partidários da teoria do risco (então *risco-proveito*), passaram a pretender aplicar suas idéias a outros campos da responsabilidade civil. Era a evolução da teoria do risco-proveito em direção à teoria do *risco-criado*. Assim, pelo simples fato de agir, o homem muitas vezes cria riscos potenciais de dano para os outros. É justo, portanto, que suporte ele os ônus correspondentes. Dentro da teoria do risco-criado, destarte, a responsabilidade não é mais a contrapartida de um proveito ou lucro particular, mas sim a consequência inafastável da atividade em geral. A idéia do risco perde seu aspecto econômico, profissional. Sua aplicação não mais supõe uma atividade empresarial, a exploração de uma indústria ou de um comércio, ligando-se, ao contrário, a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes. Concretizando-se tal potencialidade, surgiria a obrigação de indenizar" (FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 178-179).

Pensamos que o artigo 927, parágrafo único, do Código Reale adotou a teoria do *risco-criado*, porquanto, na forma como já expusemos anteriormente, a atividade normalmente desenvolvida referida no dispositivo há de abarcar um espectro maior de ações, inclusive quando sem fim lucrativo¹⁴⁴. A se pensar de outra maneira, o enunciado legal supracitado se resumiria àquelas atividades imbuídas de intuito econômico, fazendo coincidir seu campo de incidência com aquele afeto ao Código de Defesa do Consumidor, o que, já referimos, implicaria crer em uma superfetação de normas, reputando-se, pois, totalmente prescindível tal disposição civilista. Logo, acolhemos a lição de GODOY, quando afirma que, na cláusula geral de responsabilidade objetiva do direito brasileiro, vê-se uma responsabilidade "calcada apenas no nexo de causalidade do dano com uma atividade normalmente desempenhada, nunca qualificada pelo perigo de que se revista, defeito que apresente ou o especial risco que induza"¹⁴⁵.

Tencionando ofertar subsídios para a escoreita interpretação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, a doutrina lavrou o Enunciado 38 da I Jornada de Direito Civil (2002), texto fruto do debate travado entre diversos estudiosos e que se encontra assim redigido:

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.

¹⁴⁴ Nesse sentido, afirma Regina Beatriz Tavares da Silva, *verbis*: "[...] a teoria que melhor explica a responsabilidade objetiva é a do *risco criado*, adotada pelo novo Código Civil, pela qual o dever de reparar o dano surge da atividade normalmente desenvolvida pelo agente, que cria risco a direitos ou interesses alheios. Nesta teoria não se cogita de proveito ou vantagem para aquele que exerce a atividade, mas da atividade em si mesma que é potencialmente geradora de risco a terceiros" (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Comentário ao Artigo 927 do Código Civil. In FIUZA, Ricardo (coordenador). *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 820). Da mesma forma, leciona Anderson Schreiber: "[...] Parte da doutrina tem, por exemplo, sustentado afigurar-se imprescindível, para a incidência do parágrafo único do art. 927, a constatação de proveitos econômicos auferidos por quem desempenha a atividade lesiva. [...] Tal entendimento parece, no entanto, insustentável diante da própria redação do dispositivo, que, ao aludir apenas ao risco, sem cogitar de seu aproveitamento pelo seu responsável, sugere fortemente a adoção da teoria do *risco-criado*, e não do *risco-proveito*" (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24).

¹⁴⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

Esse enunciado, todavia, não soluciona a problemática, na medida em que de conteúdo inteiramente vago, apenas servindo para reforçar o entendimento, abstraído já diretamente da própria norma, de que o grau de risco ensejador da responsabilidade objetiva precisa ser diferenciado, relevante. Permanece a dúvida, porém, quanto ao parâmetro de aferição do grau de risco que se deve considerar para fins de aplicação do dispositivo legal em exame, porque, afinal de contas, como já dissemos, não é de qualquer risco que a lei pretende se reportar. Cuida-se de um risco qualificado, diferenciado. Mas que critérios poderiam ser ventilados para assim qualificarmos o risco advindo de determinada atividade? Aqui, pensamos que manifestações doutrinárias de relevo têm ofertado bons parâmetros para essa árdua tarefa de aferir o grau de risco que demanda a aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

HIRONAKA¹⁴⁶, por exemplo, aponta-nos dois parâmetros que, cremos, podem servir de ótimos subsídios para tal mister. O primeiro seria o denominado **risco caracterizado** (fator qualitativo), consistente na potencialidade, contida na atividade, de realizar um dano de *grave intensidade*, potencialidade essa que não pode ser inteiramente afastada, malgrado toda e qualquer diligência que se leve a efeito nesse sentido. O outro critério lançado pela ilustre jurista e que poderia também ser usado na gradação de riscos, para os fins daquela cláusula geral de responsabilidade civil objetiva, é o da **atividade especificamente perigosa** (fator quantitativo), que se subdivide em *probabilidade elevada*, correspondente ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência), e *intensidade elevada*, atinente ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade. Frisa a eminente professora que estes dois últimos desdobramentos deste segundo elemento não necessariamente precisam aparecer juntos¹⁴⁷.

¹⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta: Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil na Contemporaneidade. In DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coordenadores). *Novo Código Civil – Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil*. Série Grandes Temas de Direito Privado. Vol. 5. São Paulo: Método, 2006, p. 220.

¹⁴⁷ Parece que pela mesma senda segue Anderson Schreiber, *in verbis*: “É evidente que a experiência estrangeira na matéria serve apenas como elemento de que se podem socorrer os tribunais brasileiros na qualificação de certa atividade como ‘atividade de risco’. Maior peso deve adquirir a análise de dados estatísticos relativos a acidentes provocados, na realidade brasileira, pela atividade que se examina, adquirindo importância não apenas a quantidade de danos gerados, mas também a sua gravidade, muitas vezes já apreendidas em outras manifestações da normativa nacional” (SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26).

Também SILVA AGUIAR, fundado nos escólios de Antônio Herman Benjamin, lança interessantes parâmetros para essa avaliação, como segue, *in verbis*:

Embora não seja de nossa pretensão criar terminologias, é certo que o risco projetou-se em duas subespécies: o risco-possibilidade e o risco-probabilidade. No primeiro, o risco é apenas a possibilidade de dano que a atividade humana traz insita em si e que pode ser erigida a uma condição de responsabilidade objetiva pelo legislador; já no risco probabilidade, a atividade ao ser desempenhada gera um perigo, no qual a possibilidade de dano se afasta daquela condição normal e se apresenta como uma perspectiva concreta para a vítima. [...] Portanto, à luz dos fatos expendidos, é possível se concluir que a ideia de risco se viu dividida em duas: => o risco-possibilidade – relativo à assunção dos prejuízos causados a outrem, em razão da prática de uma determinada atividade que traz em si a possibilidade de causação de dano. Em tais situações, para que o agente venha a responder objetivamente, a hipótese necessariamente terá que estar estatuída em lei, conforme previsto na segunda parte do artigo; o risco-probabilidade – a qualificação de determinada atividade como perigosa, assinalando ainda a existência concreta de um perigo de dano. Esta visão remanesce fixada na terceira parte do dispositivo e poderá ser estatuída por lei ou reconhecida pelo Judiciário. Doravante, ao se afirmar que a responsabilidade objetiva possui como fundamento a *teoria do risco*, será preciso atentar para o fato de que o termo *risco*, neste caso, possui um sentido lato que abrange tanto a simples possibilidade de dano em razão de uma conduta praticada, como também a probabilidade consistente de ofensa pelo exercício de uma atividade perigosa¹⁴⁸.

Em suma, pelo que compreendemos das palavras do autor, o que se sugere é que a ideia de *risco*, abraçada por nosso sistema jurídico para legitimar o dever de reparação independente de culpa, envolve aqueles casos em que o risco de dano é possível, *in abstracto*, embora o dano efetivo seja pouco provável, *in concreto*. Nesses casos, em que o fator de risco não é tão forte, incidiria a primeira parte do parágrafo único do artigo 927, cabendo ao *legislador*, por uma decisão de ponderação *política*, já previamente apontar, por meio de lei, aquelas atividades tais que demandem a aplicação da responsabilidade objetiva. É o caso, por exemplo, da atividade nuclear, aeroviária e consumerista. Por outro lado, quando o dano, além de possível, é também provável, incidiria a segunda parte do parágrafo único do artigo 927 – a verdadeira cláusula geral de responsabilidade civil objetiva pátria

¹⁴⁸ AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade Civil Objetiva: Do Risco à Solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 49-51.

-, cabendo, agora, ao *juiz*, por uma decisão de ponderação *jurídica*, em cada caso concreto, apontar, por meio de sentença, que atividades estariam inseridas no raio de incidência da cláusula geral.

Se abrirmos bem os olhos, perceberemos que os critérios propostos por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Roger Silva Aguiar se complementam. Com efeito, por exemplo, é possível que um avião caia? Sim. Mas é provável que um avião caia? Não. Aliás, é até cediço que a aviação é o meio de transporte mais seguro do mundo¹⁴⁹. Há, aqui, na classificação de Roger Silva Aguiar, um mero *risco-possibilidade*. Esse risco, todavia, é captado pelo legislador como ensejador de responsabilidade objetiva, porque, embora improvável, é extremamente danoso, porquanto, ocorrendo desastre aéreo, de regra há pouquíssimos sobreviventes. Então, aqui, para legitimar esse enquadramento legal, incidiria a classificação de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, concluindo-se que essa atividade deve ser enquadrada como perigosa pelo legislador porque contém uma potencialidade de um *dano de grave intensidade (risco caracterizado)*.

Noutro quadrante, também poderíamos citar a atividade dos bancários digitadores, cuja experiência tem demonstrado proporcionar um elevado número de casos de danos físicos (LER/DORT)¹⁵⁰ para seus executores. Aqui, embora a atividade bancária, em si, não demande risco, todavia *induz* alto grau de risco para os digitadores. Cuida-se, aqui, pela força das estatísticas, de um caso de verdadeiro *risco-probabilidade* (Roger Aguiar), bem assim uma hipótese clara de atividade especificamente perigosa por *intensidade elevada* (elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade – Giselda Hironaka), de modo a autorizar que o *juiz*, em havendo dano ao obreiro, impute a desfavor do empregador a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

¹⁴⁹ A probabilidade de ocorrer um desastre aéreo é inferior a 1 em 1 milhão. Fonte: VOSS, William. R. O Problema é o Ser Humano. Entrevista – Páginas Amarelas. Revista *Veja*. Edição 2.120, ano 42, n. 27, 8 de julho de 2009, p. 17.

¹⁵⁰ LER – Lesão por Esforços Repetitivos. DORT – Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho. Também podem ser chamados de Lesões por Traumas Cumulativos (LTC), Doença Cervicobraquial Ocupacional (DCO), Síndrome de Sobrecarga Ocupacional (SSO) e Distúrbio Musculoligamentar e Esquelético (DMO). Fonte: ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. *Doença Ocupacional e Acidente de Trabalho: Análise Multidisciplinar*. São Paulo: LT, 2009, p. 77.

Há muito ainda a se discutir. No Brasil, a temática é nova e está em lento processo de depuração doutrinária e jurisprudencial¹⁵¹. As ideias, neste campo, ainda estão tentando se encontrar. Uma coisa é certa, porém: a averiguação do grau de risco, de modo a suscitar a aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva, de regra dependerá mesmo da análise dos detalhes de cada situação em particular¹⁵². O Poder Judiciário, pois,

¹⁵¹ A experiência italiana pode servir de relevante fonte de subsídio para os estudos brasileiros. A respeito, vale conferir os seguintes destaques quanto a critérios utilizados na Itália para definir atividade perigosa: “i) a quantidade de danos habitualmente causados pela atividade em questão; ii) a gravidade de tais danos (P.-G. Monateri, *Illecito e responsabilità civile*, vol. II). A atividade será perigosa, portanto, quando, do ponto de vista estatístico, causar danos quantitativamente numerosos e qualitativamente graves. Há também quem sustente que a atividade será considerada de risco sempre que dela decorra um perigo que não possa ser eliminado nem mesmo com a mais escrupulosa diligência (De Martini, Geri, Bonasi Benucci). Eventualmente, pode ocorrer de a atividade não ser intrinsecamente de risco, mas os meios nelas empregados a tornarem perigosa, discutindo-se, neste caso, acerca da incidência da norma. Assim, por exemplo, no âmbito de uma atividade didática, a experimentação com elementos químicos potencialmente lesivos. Do mesmo modo, cabe considerar as circunstâncias concretas em que se desenvolve a atividade: a instalação de uma rede de baixa tensão (em princípio uma atividade de natureza inócua) em um depósito de material inflamável configura, indubitavelmente, uma atividade perigosa. Outra advertência da doutrina italiana a ser aproveitada refere-se à variação no tempo: uma atividade perigosa numa certa época pode deixar de sê-lo e vice-versa. Daí a necessidade de se levar em consideração o momento do evento danoso (Comporti, Franzoni, Di Martino). Sob o aspecto temporal, ainda uma observação: o dano pode ser causado quando a atividade já tiver cessado; é o que ocorre no caso de danos causados por atividades nucleares (regulada, no Brasil, por legislação específica). Exemplos de atividades julgadas perigosas, à luz da jurisprudência italiana, estão, dentre outras, a produção e distribuição de energia elétrica de alta tensão e de combustível, atividades de construção edilícia e de viação, corte de árvores, emprego de raios-x, produção de medicamentos, algumas atividades desportivas, gestão de escola de equitação e de pistas de karts, corridas automobilísticas etc. Em suma, têm-se considerado atividades intrinsecamente de risco aquelas relativas a energia, gás, veneno, fogo, armas e explosivos; construir e escavar; uso de tratores e pás mecânicas (Pier-Giuseppe Monateri, *Illecito e responsabilità civile*, vol. II)” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Volume II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 809-810).

¹⁵² Referindo à necessidade de se fixar caso a caso esse tipo de circunstância, confira-se: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 297. Aliás, vale mesmo destacar que, no direito italiano, essa averiguação judicial de atividade de risco, em cada caso concreto, é medida até recorrente. Segundo a autora: “Não é incomum, portanto, que a jurisprudência constate, primeiro, a produção do dano intenso, e, depois, o caráter perigoso da atividade, construindo a ponte causal necessária *a posteriori* e realizando o imprescindível nexo de trás para a frente. A reparação não será justificada, em casos assim, por uma verdadeira *mise en danger*, mas talvez mais pela expectativa de se obter uma reparação

exercerá um papel nodal nesse processo pós-positivista de construção de sentido¹⁵³. A doutrina, *idem*¹⁵⁴.

ao direito prejudicado da vítima" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 311).

¹⁵³ De nossa parte, tivemos a rica oportunidade de nos debruçar, na atividade judicante, diante de caso concreto em que um funcionário de determinada instituição bancária foi feito refém durante assalto na agência onde trabalhava. Na ocasião, o autor foi espancado e ameaçado de morte, sempre com uma arma direcionada para sua cabeça. Algum tempo depois, o funcionário ajuizou ação trabalhista na qual pleiteava indenização por dano moral em face de sua empregadora. O *decisum* foi por nós exarado em 24.08.09, quando lavramos a seguinte ementa: "Agência Bancária. Assalto. Empregado Agredido e Ameaçado de Morte. Dano Moral. Configuração. Sofre evidente abalo moral o empregado que é agredido e ameaçado de morte em assalto transcorrido na agência bancária onde exercia suas atividades laborais, ilação que se extrai de uma presunção natural (*hominis ou facti*), à vista do que de ordinário ocorre dentro do complexo mundo interior do ser humano. Atividade Bancária. Risco. Assalto. Responsabilidade Civil Objetiva. A tendência hodierna da teoria da responsabilidade civil é a busca não de culpados, mas de responsáveis, em prol do cabal ressarcimento da vítima, visão que impõe o reconhecimento de responsabilidade civil objetiva sobre a instituição bancária empregadora, já que praticante de atividade que, em si, implica manifesto risco aos direitos de seus empregados. É que, inobstante a atividade bancária, na ótica patronal, não seja essencialmente perigosa, todavia, sob a ótica obreira, o labor em agências bancárias decerto comporta inquestionável exposição de seus empregados ao constante risco de assaltos, mercê do alto nível de insegurança pública que subjaz na realidade social brasileira. Incidência dos artigos 1.º, inciso III, da Constituição Federal, e 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002" (3.ª Vara Federal do Trabalho de Belém/PA [TRT da 8.ª Região], processo n. 993.2009.003.08.00.5). Confira-se, também, dentre outros julgados, interessante decisão que aplicou o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, a desfavor da empresa Google, fixando que esta responde objetivamente pelos danos decorrentes de postagens de conteúdo difamatório estampadas no famoso *site* de relacionamento *Orkut* (Processo n. 1.0024.08.041302-4/001. TJMG, 17.ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Luciano Pinto. Data de Julgamento: 18.12.08. Data de Publicação: 06.03.09).

¹⁵⁴ Não sem muita polêmica, a doutrina já vem dando suas contribuições no mundo acadêmico, ousando já apontar hipóteses de aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Por exemplo, dentre muitos, podemos citar Claudio Luiz Bueno de Godoy, para quem essa espécie normativa agora pode ser aplicada nos casos de atividade bancária de cobrança de títulos, atividades dos bancos de dados e cadastro de consumidores, locação e *leasing* de veículos automotores, acidente de trabalho, atividade de imprensa, provedores de *internet*, responsabilidade coletiva ou anônima e organização de eventos multitudinários (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110-160). José Alcyr Lessa Giordani diz ser aplicável tal cláusula protetiva em alguns casos de acidentes de trânsito, lanchas, "jet ski" e até acidentes pela prática de frescobol na praia (GIORDANI, José Alcyr Lessa. *A Responsabilidade Civil Objetiva Genérica no Novo Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 96-104). Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam ser aplicável tal norma no caso dos motoristas taxistas (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de*

Nada impede, claro, que desde logo possamos enquadrar como atividades de risco, para os fins do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, empreendimentos que, já por sua própria natureza, certamente recaem na tutela daquela cláusula geral de responsabilidade civil objetiva. Cremos, nesse particular, sinceramente, que o grande beneficiário dessa importante norma será o *Direito do Trabalho*, em especial a seara da saúde e segurança do trabalhador, campo assaz fértil para a incidência da dita norma protetora¹⁵⁵, mormente em face dos inúmeros fatores de

Direito Civil. Volume III: Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 140). Também asseverou Leonardo de Faria Beraldo, *verbis*: "Outro exemplo que poderia ser dado é com relação à responsabilidade de empresas especializadas na organização de shows, pois, na compra do ingresso, está implícita uma cláusula de incolumidade; aliás, mesmo os eventos cuja entrada é franca existe esta responsabilidade". Mais à frente, também indaga o mesmo estudioso: "[...] A princípio, pode parecer absurda a idéia, mas, será que a atividade normalmente desenvolvida pelos Bancos, por sua natureza, não representa risco a terceiros? Particularmente, acreditamos que a resposta seja positiva. No tocante aos *cheques falsos*, vê-se que há vários anos as instituições financeiras não se preocupam em criar mecanismos para dificultar a sua falsificação; selos tridimensionais e marcas d'água, por exemplo, são idéias de como inibir falsificadores e proteger a sociedade como um todo. Já com relação aos ditos *cheques 'sem fundo'*, cremos que os Bancos poderiam ter critérios mais rígidos e severos antes de abrirem novas contas bancárias e distribuir talões de cheque aos seus clientes. Ora, por que é que as instituições financeiras não podem ser penalizadas ao invés de pessoas comuns, que, muitas vezes, não tem dinheiro nem mesmo para pagar sua alimentação? Por que é que o prejuízo sempre recai sobre o destinatário final?" (BERALDO, Leonardo de Faria. *A Responsabilidade Civil Objetiva em Decorrencia das Atividades Perigosas* (Parágrafo Único do Art. 927 do Código Civil) e Alguns Apontamentos do Direito Comparado. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/Leo_resp.doc>. Acesso em: 27 julho 2009). Todas as citações são exemplificativas, diante da diversidade de manifestações existente na doutrina.

¹⁵⁵ "É, sem dúvida, no âmbito trabalhista que se encontrará o maior número de casos de atividade de risco, como é notório. Foram exatamente as atividades de maior risco que deram origem à responsabilidade objetiva do empregador no mundo, sobretudo a partir da Revolução Industrial, com o aumento dos acidentes e das doenças do trabalho" (MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: Responsabilidades Legais, Dano Material, Dano Moral, Dano Estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 287). E não são somente os pensadores juslaborais que têm se apegado a essa idéia. Confira-se, por exemplo, recente julgado exarado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cujos detalhes seguem: "*Cabe ao empregador comprovar isenção de culpa por acidente de trabalho*. A comprovação de inexistência do dever de indenizar por acidente de trabalho cabe ao empregador. A decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) leva em conta a obrigação contratual do empregador de garantir a segurança do local de trabalho. O julgamento trata de ação de menor de 14 anos que perdeu mão e antebraço em 1987. Ele receberá R\$ 100 mil por danos morais, mais pensão mensal vitalícia de um salário mínimo ajustado pelo grau de incapacidade, de forma retroativa à data do acidente, com correções e juros a partir da citação. Para a ministra Nancy Andrighi, a garantia de segurança é cláusula inafastável dos contratos de trabalho. A ministra citou Alexandre de Moraes para afirmar que os direitos sociais previstos

risco a que os trabalhadores em geral são expostos, tais como os físicos, químicos, biológicos, ergonômicos e psicológicos¹⁵⁶. Com essa colocação,

na Constituição são normas de ordem pública, imperativas e invioláveis independentemente da vontade das partes. Além disso, entendeu a ministra que, nos casos de reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar culpa do faltante, mas somente provar o descumprimento do contrato. 'Recai sobre o devedor o ônus da prova quanto à existência de alguma causa excludente do dever de indenizar. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador', asseverou. A ministra explicou também que é possível aplicar a responsabilidade objetiva a casos de acidentes de trabalho, mas não é o que ocorre no caso. A responsabilidade objetiva do empregador pode ocorrer quando as atividades são eminentemente de risco de caráter excepcional, expondo o trabalhador a uma chance maior de acidentes. Mas, no processo analisado, entendeu a ministra Nancy Andrighi que a atividade desempenhada pelo menor, ainda que perigosa, não seria de risco. 'Aqui, o fundamento para sua responsabilização continua sendo a existência de culpa. Entretanto, o fato da responsabilidade do empregador ser subjetiva não significa que não se possa presumir a sua culpa pelo acidente de trabalho', esclareceu. 'Por outro lado, não se trata de exigir do empregador a produção de prova negativa, tendo em vista que ele próprio detém – ou pelo menos deveria deter – elementos necessários à comprovação de que respeitou as normas de segurança e medicina do trabalho, como, por exemplo, documentos que evidenciem a realização de manutenção nas máquinas e a entrega de equipamentos de proteção individual', completou. A ministra observou também que o empregador dispensou a produção de provas periciais na primeira instância. E que, nas circunstâncias específicas, a presunção de culpa do empregador seria reforçada: 'Realmente, não há como ignorar o fato de que o incidente envolveu menor de apenas 14 anos de idade que, sem qualquer dificuldade ou embaraço, aproximou-se de máquina perigosa, em pleno funcionamento, vindo a ter sua mão e seu antebraço esquerdo esmagados pelo equipamento. A própria sentença ressalta o fato de que 'pela força de empuxo dos grãos para a boca se percebia o relativo perigo que representava o elevador''. Para a relatora do acórdão, mesmo que não se indique violação de qualquer norma específica de segurança do trabalho, resta evidente a culpa do empregador por violação do dever geral de cautela e inobservância do dever fundamental de seguir regras gerais de diligência e adotar postura de cuidado permanente. 'A situação evidencia a omissão do recorrido em propiciar um ambiente de trabalho seguro, especialmente considerando o fato de que empregava menores de idade, a quem a Constituição Federal/88 (artigo 7.º, XXXIII) – e mesmo a CF/67 (artigo 165, X) – confere proteção especial', concluiu a ministra. O processo fora relatado inicialmente pelo ministro Sidnei Beneti, que alterou seu voto para acompanhar a ministra Nancy Andrighi. Em sua segunda manifestação, o ministro sugeriu à ministra relatar o acórdão, tendo em vista o voto 'brilhante e humano' que proferira. O relator original também registrou estar sendo feita a melhor Justiça com o novo encaminhamento" (Fonte: www.stj.gov.br, notícia publicada em 13.07.2009. Acesso em: 13 julho 2009).

¹⁵⁶ Registramos, aqui, nosso firme pensamento no sentido de que o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, é plenamente aplicável nos casos de acidente de trabalho e doença ocupacional. Muito embora se diga que nesse particular há de incidir a responsabilidade subjetiva, por força do que dispõe o artigo 7.º, inciso XXVIII, da Carta da República, é preciso lembrar, também, que no caput desse mesmo dispositivo está consagrada, em semelhante nível constitucional, a cláusula de vedação de retrocesso quanto às condições sociais do trabalhador, quando reza serem direitos dos trabalhadores urbanos e rurais aqueles ali relacionados, "além de outros que visem à melhoria de sua condição social". Na verdade, o que pretendeu mesmo o legislador constituinte não foi

manifestamos nossa inteira concordância com TARTUCE, para quem a Justiça do Trabalho exercerá fundamental contribuição para a clarificação

simplesmente fixar uma cláusula de *não retrocesso social*, como corriqueiramente divulgado nos sítios doutrinários. *In vero*, foi bem mais além, na medida em que tencionou mesmo foi prescrever uma cláusula de *crescente avanço social*, como expressão de algo maior, qual seja, a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana (CF, artigos 1.º, inciso III, e 5.º, § 2.º). Diante da influência desse vetor, que almeja densificar, no máximo de sua potencialidade, a dignidade da pessoa humana, podemos concluir que, no caso de acidentes de trabalho, a regra é a incidência da responsabilidade civil *subjetiva*, todavia, caso o empregador desempenhe atividade que induza risco diferenciado a desfavor do obreiro, incidirá a responsabilidade *objetiva*, mercê do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, medida que se impõe como mais um fator de melhoria da condição social do obreiro, exatamente como propugnou a Constituição Federal na cabeça de seu artigo 7.º. Não fosse apenas isso, tal tipo de expediente – a aplicação da responsabilidade civil objetiva quando a atividade do empregador induz risco ao empregado – é importante para persuadir o empresário a melhorar cada vez mais o ambiente laboral, diminuindo os riscos que lhe são inerentes, circunstância essa que se encaixa com perfeição com outro comando constitucional que atribui ao empregador o dever de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (artigo 7.º, inciso XXII). Essa conclusão serve hoje de conteúdo para o Enunciado n. 377 da IV Jornada de Direito Civil (2006), que dispõe: "O art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco". O mesmo se dá no que respeita às reflexões levadas a efeito durante a 1.ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho (2007), cujo Enunciado n. 37 reza: "Responsabilidade Civil Objetiva no Acidente de Trabalho. Atividade de Risco. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes de trabalho. O art. 7.º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores". Nesse mesmo sentido, inclusive com outros sólidos argumentos, confira-se: MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: Responsabilidades Legais, Dano Material, Dano Moral, Dano Estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 289-290; BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 317; OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005, p. 90-93; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil. In DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coordenadores). *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade Civil Pelo Risco da Atividade*. Coleção Professor Agostinho Alvim. LOTUFO, Renan (coordenador). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10. No particular das hipóteses de incidência concreta da cláusula geral de responsabilidade civil objetiva no âmbito juslaboral, leciona, com inteira pertinência, Francisco Milton Araújo Junior, *verbis*: "Com base na normalidade média das atividades laborais e na potencialidade de ocorrência do infortúnio laboral, verifica-se que a excepcionalidade da responsabilidade objetiva do empregador fixada no parágrafo único, do art. 927, do Código Civil, pode ser aplicada em pelo menos 05 (cinco) grupos de risco: o risco no trabalho insalubre; o risco no trabalho perigoso; o risco no trabalho penoso; o risco laboral (sentido estrito); e o risco ergonômico do trabalho" (ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. *Doença Ocupacional e Acidente de Trabalho: Análise Multidisciplinar*. São Paulo: LTr, 2009, p. 193). Em sentido contrário, não aceitando a aplicação dessa importante cláusula no campo dos acidentes de trabalho, confira-se: STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 165-166; RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 502-503.

dos limites do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002¹⁵⁷. Tudo indica que sim.

¹⁵⁷ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Vol. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 462. Os doutrinadores civilistas, como se constata, já estão percebendo que é justamente na área trabalhista o maior filão de aplicação do artigo 927, parágrafo único, do CPC. Eugênio Facchini Neto, por exemplo, aduz que "pode o julgador inspirar-se (embora não esteja vinculado a ela) na legislação trabalhista e previdenciária que caracteriza determinadas atividades como sendo perigosas para efeitos de percepção do respectivo adicional" (FACCHINI NETO, Eugênio. *Da Responsabilidade Civil no Novo Código*. In *O Novo Código Civil e a Constituição*. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 187). Anderson Schreiber, doutrinador de escol quanto à discussão dos novos rumos da responsabilidade civil contemporânea, na segunda edição de seu livro *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, já se serve de normas que cuidam da saúde e segurança do trabalhador para indicá-las como bons parâmetros na aplicação daquela valiosa cláusula de responsabilidade civil objetiva, destacando que, na legislação previdenciária, "o cálculo da contribuição devida por cada empresa para custeio de benefícios relacionados a acidentes de trabalho já varia conforme a classificação de risco da atividade econômica desenvolvida. Assim, o art. 202 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999, estabelece o percentual de 'um por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente de trabalho seja considerado leve'; 'dois por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente de trabalho seja considerado médio'; e, finalmente, 'três por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente de trabalho seja considerado grave'. E as diversas atividades econômicas são separadas entre estes três graus de risco na chamada CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas, listagem elaborada sob a coordenação da Secretaria da Receita Federal e orientação técnica do IBGE, com base na análise de dados e estatísticas relativos a acidentes de trabalho naquele ramo produtivo. Ali, pode-se verificar, por exemplo, que 'comércio varejista de calçados, artigos de couro e viagem' possui risco 1 (leve); 'atividades relacionadas à organização de transporte de cargas' possuem risco 2 (médio); e 'comércio a varejo de combustíveis' corresponde ao risco 3 (grave). O grau de precisão na classificação de risco consubstanciada na CNAE tende a se incrementar com a alteração trazida pelo Decreto n. 6.042, de 12 de fevereiro de 2007, que permite a redução ou aumento das alíquotas ali previstas com base no 'desempenho da empresa em relação à sua respectiva atividade', aferido pelo Fator Acidentário de Prevenção – FAP. Tem-se, assim, uma variação para mais ou para menos da alíquota, buscando-se alcançar o grau de risco da própria empresa e não apenas da atividade em geral. Como se vê, no tocante às relações internas entre empregado e empresa, já existe na legislação pátria um parâmetro bastante específico para se aferir o grau de risco da atividade concretamente desenvolvida. Nada impede que uma classificação semelhante seja elaborada com base nas estatísticas de acidentes sofridos por terceiros em decorrência de cada atividade econômica para fins de aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Todos estes parâmetros podem e devem servir de auxílio ao magistrado no momento de aferir se certa atividade se configura ou não como atividade que, normalmente, traz risco aos direitos de outrem nos termos da nova cláusula geral do art. 927" (SCHREIBER, Anderson.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO: EXCEPCIONALIDADE, PARIDADE OU GENERALIDADE EM CONTRAPONTO À RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA?

Ao cabo deste capítulo, impõe-se uma última e instigante reflexão.

Qual seria, dogmaticamente falando, a posição da responsabilidade civil objetiva no quadro geral da teoria da reparação de danos atualmente vigorante no seio jurídico brasileiro? Permaneceria sua excepcionalidade no bojo do sistema? Ou já teria alcançado paridade científica com a responsabilidade civil fundada na culpa? Será que, de forma surpreendente, já não teria mesmo até se apropriado do invejável posto de regra geral, remetendo, agora, para o campo excetivo, a teoria da responsabilidade civil subjetiva?!...

Não faz tanto tempo que indagações dessa linha soariam como manifestamente impertinentes, desfundamentadas, quiçá absurdas. Mas, hoje, mercê do alvorecer de um novo tempo na temática da reparação de danos, o quadro se alterou de modo substancial, a tal ponto de podermos afirmar que, na atualidade, o enfrentamento de tais questionamentos representa uma etapa certamente incontornável e cientificamente compreensível.

No particular, afirma STOCO que "a responsabilidade objetiva estabelecida no artigo mencionado [artigo 927, parágrafo único, do Código Civil] é exceção à regra, e como tal deve ser tratada, de modo que a aplicação dessa teoria é restrita, posto estabelecida em *numerus clausus*"¹⁵⁸. Diferentemente, leciona SIMÃO DE MELO que a responsabilidade objetiva pelo risco, a partir do novo Código Civil, "é uma outra forma de responsabilidade ao lado da responsabilidade subjetiva, não podendo ser considerada como mera excepcionalidade"¹⁵⁹. Por outro lado, há ainda quem prefira uma terceira corrente de entendimento, no sentido de que, diante de uma sociedade cujos riscos se potencializaram ao extremo, a

Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 27-28).

¹⁵⁸ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 165. Semelhantemente, confira-se: TARTUCE, Flávio. *A Responsabilidade Civil Subjetiva como Regra Geral do Novo Código Civil Brasileiro*. Disponível em: <http://www.flavioartartuce.adv.br/secoes/artigos/Tartuce_respcivil.doc>. Acesso em: 22 julho 2009.

¹⁵⁹ MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador: Responsabilidades Legais, Dano Material, Dano Moral, Dano Estético*. São Paulo: LTr, 2004, p. 203.