

1 DAS CONSIDERAÇÕES ESSENCIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

De um modo geral nossa coexistência é regida pela lei da ação e reação, que é um teorema da física mecânica clássica, pela qual toda interação na forma de força que um corpo aplica sobre outro implica em uma força recebida de mesma direção, intensidade e sentido oposto.

De igual forma, no contexto jurídico, simbólica e comparativamente ao sistema de troca de forças entre os corpos, a ideia de responsabilidade, vocábulo que descende do verbo latino *respondere*, surgiu desde as primeiras organizações sociais como medida de defesa do patrimônio do lesado perante o causador da lesão.¹

A responsabilidade civil é, assim, um dos institutos mais simples e corriqueiros na *práxis* jurídica, que se manifesta tanto no direito privado quanto no público, em âmbito contratual e extracontratual. Nasceu, por assim dizer, junto com o direito.²

Importante anotar que, na lição de Luiz Edson Fachin, inexistente, no Brasil, uma “escola”, no estilo dos filósofos gregos, que tenha encontrado a verdade última do fenômeno jurídico da responsabilidade civil. Tampouco, aliás, tanto o pensamento crítico do direito civil brasileiro quanto a vertente consolidada do direito civil-constitucional a isso se propuseram. O intento foi, e continua sendo, problematizar os limites e as possibilidades da responsabilidade, mas que, sem medo de equivocidade, mostra-se ainda acanhada.³

Quem pratica um ato ou incorre numa omissão de que resulte dano deve suportar as consequências do seu procedimento. Aqui estabelecemos a relação simbiótica entre responsabilidade e liberdade como garantias fundamentais antagônicas e complementares, sendo a responsabilidade civil, portanto, uma regra elementar de equilíbrio social.⁴

¹ NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, p. 144-195.

² RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 23-24.

³ FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. Disponível em: <<http://www.fachinadvogados.com.br/artigos/Responsabilidade.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

A responsabilidade civil é uma demonstração da constante renovação da ordem jurídica e do sistema aberto e dinâmico. Novos elementos e circunstâncias são uma exemplificação da evolução do instituto, que não se aprisiona em uma época ou em um código.

As exigências de uma vida intensa, multiplicando os pontos de atrito entre os interesses a proteger, a casuística e o arbítrio das relações, exige dinamicidade da técnica de tutela, aliado também à amplitude de campo de atuação e a inesgotabilidade de incidência.⁵

Como passo inicial, é importante situar a responsabilização aos tempos pós-modernos, cujo palco é uma sociedade pós-industrial, globalizada, hipercomplexa, multifacetada, que valoriza o transitório, marcada pelo retorno ao sentimento e ao individualismo nas soluções, pela tópica e pela crise dos sistemas, cética quanto aos benefícios das ciências e à capacidade do Direito para a resolução dos problemas.⁶ Ao longo do trabalho, que tem por marco teórico o pós-modernismo jurídico ou o pós-positivismo, far-se-á diversas referências a tais características imanentes à sociedade contemporânea, líquida e fractal.

De origem romana, segundo a máxima *neminem laedere*, o princípio responsabilidade representa o mais elementar senso de justiça porque é da essência humana obrigar a reparar o dano quem o tenha causado, é da essência humana buscar o equilíbrio nas relações de vivência. A responsabilidade civil, por estar em constante evolução, é a face mais pragmática do direito civil por procurar a justiça no caso concreto, adaptando-se às transformações sociais.⁷

Para Fernando Noronha, a responsabilidade civil é sempre uma obrigação de reparar danos à pessoa ou ao seu patrimônio, bem como os danos causados a interesses coletivos, comportando, nesse sentido, duas acepções: uma ampla, consistente na obrigação de reparar quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem (aquiliana), e outra *stricto sensu*,

⁵ DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 13 et seq.

⁶ LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – crítica à luz do novo código civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 235-267.

⁷ RIZZARDO, 2013, p. 23-24.

relativa à obrigação de reparar danos que sejam consequência do inadimplemento de obrigações negociais.⁸

Responsabilidade, rigorosamente definida, é expressão iniludivelmente ligada às ideias de imputabilidade. Visa o ressarcimento dos prejuízos acarretados ao lesado, seja em seu patrimônio, seja em componentes de sua pessoa ou personalidade, até o limite das perdas experimentadas, como expressão, da metáfora mencionada, de que toda força que um corpo recebe é consequência da força que ele aplicou. Assim sendo, responsável somente pode ser quem falta com um dever preexistente, sabendo que o deve observar e podendo fazê-lo.⁹

A natureza jurídica da responsabilidade civil é a de obrigação legal, segundo ensina Sérgio Cavalieri, que vez que a lei que determina o seu nascimento.¹⁰ Já Humberto Theodoro Júnior sustenta que se trata de “obrigação-sanção” porque a lei a impõe como resultado necessário do comportamento infringente a um dever ou de obrigação preexistente.¹¹

Com efeito, pelo instituto, fica o agente obrigado a satisfazer os interesses do lesado, atingidos por fato próprio (responsabilidade direta), por fato de terceiro ou, ainda, pelo fato da coisa ou animal sob sua égide.

Interessante notar que, conforme lição de Francisco Vieira Lima Neto, ao contrário de perder importância em uma sociedade de incertezas, a liberdade se afirma e supera os obstáculos que a impedem de florescer, mormente em razão da consagração do regime político democrático. Desse modo, a responsabilização aquiliana anda lado a lado com a liberdade ao passo que, ao ser exercida democrática e plenamente, o homem pode causar dano a outrem ou a grupo social. Por isso, pode-se afirmar que o instituto em análise não é circunscrita à ciência jurídica tão-somente, mas se liga a todos os domínios da vida social.¹²

⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 427-428.

⁹ DIAS, 1980, p. 14.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 2 et seq.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: artigos 185 a 232*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.18.

¹² LIMA NETO, 2006, p. 238-239.

Para situarmos corretamente o estudo da reponsabilidade civil, não custa nada lembrar que, na teoria geral do direito, a obrigação de reparar o dano surge do ato contrário ao direito, civil ou penal, que decorre dos fatos voluntários, isto é, produto da vontade humana, e que, por sua vez, decorrem dos fatos jurídicos *lato sensu*, fatos com relevância jurídica, dos quais há incidência de norma.

Produto da dinâmica social e da evolução histórica do direito privado, uma vez que toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade, o seu principal objetivo é compatibilizar as condutas humanas ao ordenamento jurídico ao qual estão vinculadas, reprimindo originalmente tão-somente o ilícito:

É possível dizer que a concepção jurídica de responsabilidade civil terá como fundamento de um ato inadequado que merece o estigma de culpa e, como horizonte, o desejo de uma compensação que purga a culpa, mas não apaga a memória do ilícito. O cidadão é um ser condenado à imperfeição por mais que se tente remediar. No caminho do homem sempre haverá o destino de erros a purgar. Em consequência, a justiça a ser reclamada tem por perfil aquele traço mais comum, vulgar ou singelo que é considerado por todas as tradições humanas: o equilíbrio na esfera individual da vítima e a harmonia social se encontrarão restabelecidos depois que a ação injusta for penitenciada por alguma forma de compensação.¹³

Neste cenário, importante entendermos a ideia de *dever jurídico* decorrente de uma norma cominado pela ordem jurídica. Qualquer jurisdicionado é portador de direitos e deveres jurídicos. O dever é a conduta exigida prevista para determinada situação da vida e conferida pela convivência social. Assim, o dever jurídico não é mais que a individualização de uma norma jurídica aplicada a um sujeito.

Ocorrendo violação do comportamento ideal, ou ato ilícito, que quase sempre acarreta dano, nasce, em contrapartida, o direito subjetivo da parte que suportou aquela conduta e também um novo dever, *dever jurídico sucessivo*, qual seja, o de reparar a lesão. Desse modo, impor *deveres jurídicos originários* implica também criar obrigações, visto o seu caráter relacional conferido naturalmente pelo convívio em sociedade. O dever jurídico é, assim, o oposto de direito subjetivo.¹⁴

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 18.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 309-311, v. 8.

Nesse contexto nasce a figura da responsabilidade, que exprime a ideia de imputabilidade ou da obrigação de responder por condutas, sejam elas próprias, de terceiros ou pelos objetos confiados. Responsabilidade civil é, então, um dever jurídico *sucessivo* ou obrigacional que surge para recompor o *dano* decorrente da violação de um dever jurídico *originário*.

A responsabilidade civil é uma reação provocada pela infração a um dever jurídico antecedente. A sua principal função é restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima, o *status quo ante*, com ressalvas lógicas de exceção apenas sobre o dano moral. Além dessa característica-função básica, podemos citar também o seu caráter pedagógico na prevenção dos comportamentos antissociais.¹⁵

Entendemos que a função primordial da responsabilidade civil é restaurar o equilíbrio das relações sociais; é de natureza existencial, como ainda veremos, e reparatória. A função intimidativa ou de prevenção é decorrente da função reparatória. A finalidade punitiva é própria da esfera criminal, apesar de Antônio Junqueira admitir a ideia de punição no direito civil relativo ao dano social.¹⁶

Assim sendo, para identificar o sujeito a quem lhe é atribuída a responsabilidade é necessário verificar quem primeiro descumpriu o dever jurídico preexistente, que nem sempre estará formulado com as mesmas precisões em todas as obrigações, uma vez que, a depender do caso concreto, o dever originário pode ter conteúdo variável se se tratar de *obrigação de conteúdo indefinido* da qual apenas se aponta para um fim, sem indicação das condutas adequadas para se atingir tal finalidade. Identificado o agente causador do dano e a ilicitude, incide o dever de indenizar.¹⁷

O ato ilícito ainda ocupa um lugar especial na teoria já que é a fonte principal geradora de responsabilidade. No campo civil, considera-se ato ilícito todas as ações ou as omissões culposas ou dolosas contrárias à ordem jurídica que atingem direitos de outrem, causando-lhe

¹⁵ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, *passim*.

¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 377-380

¹⁷ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 2 et seq.

prejuízo. Dentro da responsabilidade extracontratual o ilícito se reveste de ato próprio, ato ou fato de terceiro, fato da coisa e fato ou guarda de animais.

Acontece que a indenização por ato lícito é possível, mas a maioria da doutrina ainda considera esta hipótese excepcional, somente havendo espaço em situações expressas na lei, como em caso de dano causado em estado de necessidade ou outras situações específicas do código civil e do código de processo civil. Contudo, como ainda será demonstrado, deve-se atentar também para os casos de danos antijurídicos e injustos e para os casos de responsabilidade civil objetiva de atividades lícitas e arriscadas.¹⁸

A ilicitude da conduta, isto é, a violação de um dever jurídico preexistente, cujo prejuízo é verificado, pode ser configurada objetiva ou subjetivamente, a depender se para a sua configuração importar apenas a conduta desconforme ao direito, com foco apenas no resultado ou na materialização efetiva, ainda que sem origem em vontade livre e consciente.

As obrigações derivadas de atos ilícitos são as que se constituem por meio de ações e omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano a outrem. A obrigação decorrente é a de ressarcir o prejuízo causado.

Desse modo, apresentando o ato ilícito aquiliano aspecto subjetivo ou objetivo, a espécie de responsabilidade que daí resulta será ora subjetiva, da qual o elemento *culpa lato sensu* é seu pressuposto lógico, ora objetiva, da qual o elemento *risco* é o seu fundamento.

A responsabilidade civil passa por uma crise de transformação estrutural e funcional no que concerne à sua visão clássica, o que pode ser percebido pelas críticas e dúvidas acerca da sua função reparadora e pedagógica; do abarrotamento do Poder Judiciário com questões relativas à reparação civil; etc.

O ponto de partida para compreender tais fenômenos – seja de crise ou de socialização – deve ser uma visão contemporânea do direito privado, com enfoque na pós-modernidade jurídica,

¹⁸ GONÇALVES, 2015, p. 50 et seq.; LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – crítica à luz do novo código civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 235-267.

movimento do final do século XX. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionamento crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação para novas condições de vida. É, pois, uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de se alargar por muitas décadas até a sua consolidação. Em verdade, é preciso rever conceitos e não rompê-los totalmente.¹⁹

Diante desta mudança paradigmática, interessante a seguinte opinião:

Se no século XX diante de um acidente e de um dano, as pessoas olhavam a vítima como azarada, que teve a sorte como inimiga naquele evento danoso, modernamente parece que o sentimento que paira no meio social é o de reparar sempre, tentando encontrar o autor do dano, melhor dizendo, o responsável pela reparação do prejuízo. Nada obstante essa mudança na forma de conceber as consequências de um ato danoso, procurando proteger a vítima, a regra, a meu ver, é a não indenização. (...) porque *a regra dos atos cotidianos é não indenizar*, sendo *a indenização uma exceção* que se concretiza somente quando estão presentes certos elementos bem precisos, os quais estão estabelecidos no art. 186 do Código Civil, dispositivo que deve ser analisado combinando-o com o art. 927 do mesmo diploma, o qual trata da reparação.²⁰

O código civil de 2002 dedicou poucos dispositivos à responsabilidade civil.

Na parte geral, no livro dos fatos jurídicos, o título III é dedicado aos atos ilícitos (arts. 186, 187 e 188), que estabelece a regra básica da responsabilidade aquiliana, decorrente de relação extracontratual ou geral, e algumas excludentes. Na parte especial, além de estabelecer a regra básica contratual no art. 389, no livro do direito das obrigações, o título IX é dedicado à responsabilidade civil (arts. 927 a 954), como modalidade autônoma de obrigação.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

São três, às vezes, quatro, os elementos cumulativos básicos para a configuração da responsabilidade civil na prática: a conduta (ação ou a omissão) voluntária do agente, o dano e o nexo causal. Em se tratando de responsabilidade civil subjetiva, será necessário acrescer o

¹⁹ BITTAR; Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 97-100, apud TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco – a teoria do risco concorrente*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011, p. 21-22.

²⁰ LIMA NETO, 2006, p. 241, grifo do autor.

elemento culpa *lato sensu* (culpa *stricto sensu* e dolo), que merece referencia à parte, em subtópico adiante.

O ato ilícito ou a culpa não é elemento ou pressuposto fixo da obrigação de indenizar, apesar de haver ainda diversos doutrinadores de renome acadêmico que defendem o contrário.

Partilhamos do entendimento que os elementos constitutivos devem ser analisados de forma estaque, a depender da espécie de responsabilização, objetiva ou subjetiva.²¹

Diante a evolução do instituto, os pressupostos fixos da obrigação indenizatória são os três acima citados, mesmo porque diversas são as hipóteses de responsabilidade sem culpa ou dolo, aliada à tendência da objetivação do sistema de responsabilização no código civil.

A doutrina objetiva nasceu no século XIX, sob os auspícios dos franceses Saleilles e Josserand. No Brasil, o precursor foi Alvino Lima, na tese com que se apresentou na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1938, com o título “Da Culpa ao Risco”, reeditada em 1960 sob nova epígrafe “Culpa e Risco”.²²

A responsabilidade civil fundada no risco postula que o dano deve ser reparado por quem se ligar ao nexos de causalidade. A culpa, se existente, jamais terá relevância no caso. Substitui-se a culpa, portanto, pela ideia de risco:

A meu ver, o conceito de risco que melhor se adapta às condições de vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, a um erro de conduta, e assim se configura a *teoria do risco criado*. (...) Das modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem à teoria do *risco criado*.²³

A teoria objetiva é concebida, doutrinariamente, sob várias modalidades de risco, como já comentado: risco-proveito, risco criado, risco profissional e risco integral. Majoritariamente,

²¹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 38-39.

²² PEREIRA, 2002, p. 269.

²³ PEREIRA, 2002, p. 210-284.

consolidou-se entendimento que a responsabilidade civil objetiva se funda na teoria do risco criado pelo exercício de profissão ou de atividade lícita, mas perigosa.²⁴

Assim sendo, a responsabilidade objetiva, seja em razão da lei ou do risco criado, é constituída e reforçada pelo fato do sistema da culpa não funcionar adequadamente, ao mesmo tempo em que apresenta um custo social muito alto para ser suportado em uma sociedade de complexa.

De maneira lógica, portanto, a responsabilização não está circunscrita tão-somente à prática do ato ilícito, engloba também os danos decorrentes de condutas lícitas ou conformadas à lei.

Além da norma peculiar prevista no parágrafo único do art. 927, que trata da responsabilidade objetiva genérica pelo exercício de atividade de risco, que será considerado logo mais à parte, o código inovou em relação ao diploma civil anterior ao prever expressamente várias hipóteses de responsabilidade independente de culpa. Esse dilatado número de hipóteses revela primazia à responsabilidade objetivo, ao nosso ver:

Beneplicita-se, com inteireza, a responsabilidade assentada no risco, de natureza objetiva; o art. 927 do Código Civil brasileiro acolhe essa distância entre responsabilidade e culpa, nomeadamente ao se referir à atividade perigosa. Sem afastar-se de certos elementos da concepção subjetiva da culpa, o estado da arte no direito civil brasileiro apreende, no plano legislativo, transição entre a culpa e o risco. Há uma objetivação da culpa como também, em numerosas hipóteses, há responsabilidade sem culpa.²⁵

O código civil previu várias hipóteses de incidência da responsabilidade objetiva, hipóteses legais típicas ou fechadas.

Impende altear a passagem da responsabilidade civil ao direito de danos, mais focado na vítima e menos no causador ou na reprovação de sua conduta.

De maneira geral, a inspiração constitucional fez com que princípios normalmente alheios ao surgimento da obrigação de indenizar fossem incorporados ao definir o regime de reparação

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 690-691.

²⁵ FACHIN, disponível em: <<http://www.fachinadvogados.com.br/artigos/Responsabilidade.pdf>>. Acesso em: janeiro de 2017.

civil. Se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a justiça distributiva influenciam profundamente toda a sistemática do dever de ressarcir.²⁶

3 DAS CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS ACERCA DA CONTEMPORÂNEA ANÁLISE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927

Como se sabe, o sistema tradicional da responsabilização foi construído a partir do conceito de ato ilícito, isto é, da conduta reprovável daquele que, por negligência, imprudência e imperícia, viola direito e causa dano a outrem. Tradicionalmente, ilicitude sempre foi sinônimo de culpa, o que gera muita contrariedade no caso concreto.

A começar, cumpre dizer que o sistema de reparação calcado na culpa exige em muitas hipóteses a constituição de prova diabólica e a não reparação da vítima.²⁷

O giro conceitual do ato ilícito para abarcar também o dano injusto é importante para entendermos que a ideia de ato ilícito ou ato antijurídico não traz inevitavelmente intrínseco a ideia de culpa. Dano injusto nos remete tanto à ideia de atos lícitos como ilícitos que igualmente causam danos a outrem.²⁸

Ocorre que para parcela da doutrina que considera a ilicitude como um pressuposto indissolúvel da responsabilidade civil, é necessário compreender o conceito de ilicitude de forma ampla, a abarcar a ilicitude em sentido estrito, fundada na culpa, e a ilicitude em sentido lato, fundada na antijuridicidade, e que enseja um dano injusto. Assim, a antijuridicidade seria gênero do qual o ato ilícito fundado na culpa e o ato ilícito gerador de dano injusto seriam espécies.²⁹

²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 330.

²⁷ *Ibidem*, p. 334-335.

²⁸ LIMA NETO, 2006, p. 256-261.

²⁹ *Ibidem*, p. 258-260.

A expressão dano injusto tem por base o art. 2.043 do código civil italiano, de 1942. Pode-se entender que o dano injusto traduz a noção de lesão a um interesse juridicamente protegido, expressão que se torna mais própria modernamente, abarcando bens, direitos imateriais e da personalidade, enfim, toda uma gama de situações que antes restavam indenés.

Dano injusto, em suma, é o evento causador de desequilíbrio social sanável pelo balanceamento da responsabilidade civil. A ideia de justiça não é aquela ordinária, no sentido de bom e valoroso. Injusto é quando o ordenamento toma a lesão por intolerável.

Destarte, no âmbito do sistema objetivo de responsabilidade civil, a vítima não deve suportar os danos injustamente gerados por outrem. A responsabilidade civil objetiva, para parcela da doutrina que não considera a ilicitude como pressuposto indissolúvel do sistema da responsabilização civil, não se importa com o ato ilícito ou antijurídico, mas com o ato injusto, embora lícito.

Assim sendo, a complexificação das relações sociais e a industrialização provocaram um aumento natural dos eventos, gerando danos injustos, o que, progressivamente, veio a dar lugar a assunção da noção do risco.

A inovação constante no parágrafo é significativa e representa, indubitavelmente, um avanço sobre o instituto. A admissão da responsabilidade sem culpa pelo exercício da atividade que, por sua natureza, representa risco para os direitos de outrem, da forma genérica como consta no texto, possibilita ao Judiciário uma ampliação dos casos de dano indenizável. Poder-se-á entender, exemplificadamente, que, se houver dano, tal ocorreu porque não foram empregadas as medidas preventivas tecnicamente adequadas.³⁰

Se compreendido em toda a sua extensão, fora de uma interpretação cômoda e simplista, o parágrafo pode ser apontado como uma das alterações mais ousadas do código civil. Esse dispositivo do código civil, portanto, transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto.

³⁰ GONÇALVES, 2015, p. 59-62.

Como já explicado anteriormente, a atividade de risco é cláusula geral e como tal precisa dialogar com as realidades sociais que a dinamizam.

O sistema jurídico é aberto e dinâmico; está em constante simbiose os fatos, os valores e as normas. Numa visão unitária do sistema, muitas vezes a norma não seria suficiente.³¹

Nesse ínterim, analisando-se semanticamente o parágrafo único, a primeira parte do texto não demanda maiores divagações e encerra afirmação até mesmo redundante (“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”), porém a interpretação do próximo período da sentença ainda causa muitas divergências doutrinárias.

Como o risco é a probabilidade de dano em função de um acontecimento incerto, inicialmente a responsabilidade objetiva foi circunscrita a situações específicas, nas quais o risco era evidente e certo, e não simplesmente possível. Todavia, por força da necessidade, a objetivação da responsabilidade passou a ter aplicação a situações menos óbvias, ou seja, a atividades não perigosas, atividades apenas arriscadas, remanescendo um alargamento interessante da incidência da responsabilidade possibilidade de causar danos (“ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”).

A segunda parte do parágrafo único do art. 927 foi a grande novidade do código civil de 2002. A norma enuncia que haverá o dever de reparação, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desempenhada pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco aos direitos de outrem.

Trata-se da consagração da chamada *cláusula geral da responsabilidade objetiva*, consubstanciada pela soma das expressões “atividade”, como a soma de atos humanos que mantêm entre si uma correlação temporal, lógica e coordenada – não é, pois, uma atuação isolada, e “risco”, como a probabilidade concreta de *perigo* que deriva da própria atividade.³² Risco é a previsibilidade da ocorrência de dano, conseqüentemente falamos em probabilidade

³¹ TARTUCE, 2016, p. 43-47.

³² TARTUCE, 2011, p. 182-196.

e não em mera possibilidade de que algo errado possa acontecer, dado que o fato se repete reiteradamente.³³

Em primeiro lugar, é de se indagar qual a teoria do risco adotada pelo código civil de 2002 no comando da responsabilidade civil objetiva.

O risco é conceito menor que perigo. É um conceito mínimo de excepcionalidade, que abarca também o conceito maior de *perigo*. Para Caio Mário, “risco é o perigo a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica de perecer ou deteriorar-se”.³⁴

Há no dispositivo em voga um risco excepcional, acima da situação de normalidade, mas que não chega a ser um perigo. Todavia, havendo perigo, o dispositivo pode ser subsumido. Está presente no dispositivo um conceito mutante ou variável, que pode se enquadrar em qualquer das categorias de risco:

Parece-nos que o legislador não convencionou o risco a uma atividade lucrativa ou a uma prestação de serviço (risco profissional). Também não há relação com o risco-proveito, mas, sim, com o risco que decorre da atividade por si só, havendo ou não lucro ou benefício ao agente. (...) é mais correto concluir que a construção da segunda parte do art. 927, parágrafo único, do Código é um conceito mutante ou variável, o qual pode se enquadrar nas mais diversas modalidades de risco. As suas molduras práticas pela doutrina e jurisprudência nacional demonstram essa conclusão até o presente momento. O futuro também parece reservar tal variação.³⁵

Sem dúvidas, fora a teoria do risco criado que fixou as bases da responsabilidade sem culpa, que funda a responsabilidade extracontratual no risco advindo das múltiplas atividades humanas, que é fundamento da responsabilização genérica prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do código civil.³⁶

Na medida em que danos anônimos são algo esperado pelo próprio desempenho da atividade, a imposição do dever de reparar ocorre da mera assunção desse risco. A objetivação da

³³ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 109-110.

³⁴ PEREIRA, 2002, p. 279.

³⁵ TARTUCE, *op. cit.*, p. 220.

³⁶ SOUZA, 2010, p. 50-51.

responsabilidade é uma releitura do direito civil em virtude da incidência dos princípios constitucionais.

A teoria do risco criado é a postulado de maior amplitude e benefício à vítima e por isso deve ser aplicada de igual forma à relação jurídica processual.³⁷

Roger Silva Aguiar, numa postura expansiva, ao defender a maior amplitude possível à segunda parte do parágrafo único do art. 927, ensina que a noção de risco no texto se bifurca em risco-possibilidade e risco-probabilidade para quantificar a expectativa de dano ou o grau de suscetibilidade de sua ocorrência. O primeiro retrata a simples possibilidade concreta de dano em razão de uma conduta praticada e o segundo apresenta maior perspectiva para a vítima pelo exercício de uma atividade arriscada. A não-aceitação deste raciocínio, para o autor, conduziria a considerar todas as práticas humanas perigosas, banalizando a interpretação do risco, ou a só considerar atividades perigosas como pressuposto da responsabilidade, entrando em choque até mesmo com as situações de responsabilidade objetiva estabelecidas na lei.³⁸

É por isso que a grande maioria da doutrina informa que a segunda parte do parágrafo único do art. 927 instituiu a responsabilidade baseada na teoria do risco criado por não fazer referência ao aspecto econômico ou profissional da conduta, colocada em termos genéricos, ligando-se a qualquer ato do homem que seja potencialmente danoso à esfera jurídica de seus semelhantes.³⁹

O que se denota é que a responsabilidade objetiva se funda, acima de tudo, num princípio de equidade e solidariedade, sob o prisma da ampliação do acesso à justiça, como medida de cunho democrático, visto que uma pessoa pode ser responsabilizada sem que tenha atuado com culpa, mas que tenha exercido qualquer atividade arriscada para os direitos de outrem.

³⁷ SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 133.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 3, p.146.

³⁸ AGUIAR, 2007, p. 46-52.

³⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre: RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13298/2010_revista_tst_v76_n1.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jan. 2017.

Trata-se de “dois inocentes”: o que sofre e o que comete o dano, sendo que a lesão não fora injustamente causada, porém injustamente sofrida.⁴⁰

Convém salientar, assim, que, para uma correta percepção do dispositivo estudado, torna-se necessário compreender os termos empregados no texto legal.

O conceito de “atividade” não traduz a ideia desta ser apenas circunscrita ao exercício profissional ou a uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, como boa parte da doutrina defende. O termo não aponta para uma área específica da vivência humana, mas apenas a um comportamento simples do agente, mesmo porque aproximar o vocábulo “atividade” do conceito de serviço do código de defesa do consumidor tornaria o dispositivo em voga inútil e redundante.

Para boa parte da doutrina, o termo *atividade* está intimamente ligado ao direito empresarial. Esta conclusão, ao nosso ver, levanta um sério problema: a *atividade* própria da responsabilidade objetiva genérica e a prática empresarial não adotam da mesma teoria de risco, pois àquela é influenciada pelo risco-criado e não pelo risco-proveito. Haveria, assim, certa contradição entre a interpretação da palavra atividade como fornecimento de bens e serviços com o escopo lucrativo e a aceitação de que a responsabilidade objetiva genérica teria deitado suas raízes na teoria do risco-criado.⁴¹

A atividade em referência se trata, na verdade, de um conjunto encadeado de atos voltados para determinado fim, baseado em uma linha evolutiva de desenvolvimento do agente. Coadunamos, assim, com a posição dos professores Fernando Noronha, Gisela Hironaka e Caio Mário da Silva Pereira, não obstante ser posição vencida.⁴²

A expressão “normalmente desenvolvida pelo autor do dano” significa que, a partir de seu conhecimento prévio e domínio intelectual, o comportamento não é esporádico, momentâneo ou isolado. Tal atividade deve ser regular, mas não necessariamente exercida de forma

⁴⁰ SOUZA, 2010, p. 59-62.

⁴¹ SOUZA, 2010, p. 97-98.

⁴² NORONHA, 2003, p. 339; HIRONAKA, 2005, p. 393; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 285.

reiterada, e desenvolvida de forma tranquila e usual, sem sobressaltos pelo agente. Indica-se uma normalidade média de conduta para uma notável potencialidade danosa:

Daí a significação do termo normalmente, enunciando a necessidade de alguma relação entre a conduta danosa do fornecedor de produtos e serviços e a atividade rotineira desenvolvida pela pessoa jurídica ou física. Por exclusão, destarte, se uma agente realiza uma conduta que foge completamente ao âmbito de suas corriqueiras atividades e causa prejuízo a outrem, não haverá a obrigação indenizatória advinda da responsabilidade civil objetiva genérica. (...) Conclui-se que a atividade *normalmente* desenvolvida é aquela que não se apresenta extraordinária ou inesperada, havendo necessidade de um mínimo de ligação entre a conduta danosa e o que frequentemente se verifica nas práticas rotineiras de determinada pessoa.⁴³

A atividade “normalmente desenvolvida”, como se deduz, é o ato lícito, normal, regulamentado e permitido pelo ordenamento jurídico que não visem ou não o lucro. Desse modo, constata-se uma hipótese de responsabilização civil por atos que podem se revelar, em um primeiro momento, legais e válidos, como é o caso da atividade processual do autor na demanda.

Já a locução “por sua natureza” invoca a ideia de atividade, embora lícita, essencialmente ousada dentro dos padrões normais, isto porque ela deve ser inerente não à forma de exercício, aliado ou não a meios empregados críticos, mas à própria atividade.

Significa que o risco para os direitos de outrem advém da própria atividade do agente causador do dano ou dos meios pelos quais a atividade é executada. Diversamente, porém, daquelas atividades pelas quais o risco faz parte de sua própria natureza, que já são objeto de legislação própria e específica. Desta feita, não basta que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano crie risco a terceiros, sendo imprescindível que, na natureza da atividade, ou seja, na sua essência, exista uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais.

Ademais, é preciso deixar claro que o dispositivo legal em referência não trata de atividades perigosas, das quais são objetos de leis específicas ou de referências intrassistemática ao código civil, mas atividades genéricas de risco. Contudo, não é qualquer modalidade simples

⁴³ SOUZA, 2010, p. 100-104.

de comportamento que enseja a probabilidade de dano. Exige-se que o risco embutido na atividade seja relevante, isto é, especial e anormal.⁴⁴

Ratificando, não é qualquer tipo de risco abarcado na teoria. A atividade, mesmo que não defeituosa, deve ser especialmente indutiva de risco anormal.

Tanto é assim que Giselda Hironaka defende a responsabilidade pressuposta daqueles que, ao exercerem atividade de risco, expõem outros a perigo, bastando somente a explicitação do nexos quando da ocorrência do dano, como forma de diminuir as hipóteses de danos não reparados. O pano de fundo para o posicionamento da autora é o entendimento que todo dano à pessoa humana constitui violação de sua dignidade constitucionalmente assegurada.

Desse modo, o âmbito de incidência da responsabilidade objetiva genérica pelo exercício da atividade de risco (segunda parte do parágrafo único do art. 927) é verificado por exclusão, em virtude da incidência de outros sistemas de responsabilização que são específicos para aquela determinada situação, conforme lição de Wendell L. B. Souza:

Assim, em primeiro plano, quando o evento danoso resulte de uma conduta culposa (*lato sensu*, incluindo a dolosa ou aquela praticada por imprudência ou negligência), haverá incidência do *caput* do art. 927 do Código Civil, aplicando-se a teoria clássica subjetiva, com exclusão da responsabilidade objetiva genérica pela atividade de risco. Também não haverá necessidade de se recorrer à responsabilidade objetiva genérica pelo exercício de atividade arriscada quando a situação em apreço se subsumir a uma das hipóteses legais de responsabilidade objetiva típica ou fechada, como, repita-se, nos acidentes ocasionados em linhas férreas, etc. (...). Ainda, nas relações de consumo não haverá lugar para a aplicação da responsabilidade objetiva genérica pela atividade arriscada, dado que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) rege a situação. (...) A responsabilidade civil do Estado, por seu turno, também não deriva da mencionada atividade de risco como prevista no Código Civil, mas na teoria do risco administrativo mitigado, encampada pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal, de forma que as relações indenizatórias entre administração (como devedora) e administrado (como credor) são apuradas com base na responsabilidade objetiva ou fechada.⁴⁵

⁴⁴ O Enunciado n. 38 da I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal tem uma redação não muito clara e é encarado por diversos autores como inócuo e teratológico. Já o Enunciado n. 448 da V Jornada de Direito Civil da Justiça Federal aduz que a regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do código civil aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

⁴⁵ SOUZA, 2010, p. 68-70.

A importância da nova roupagem ao parágrafo único do art. 927 é não restringir o rol das atividades que realmente implicam risco para os direitos de outra pessoa. Desta feita, basta que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano crie risco a terceiros, sendo imprescindível, porém, que, na essência desta atividade exista uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais.

Dai ser importante dar efetividade e operabilidade máxima ao dispositivo, a fim de que ele realmente tenha relevância na realidade privada e na relação jurídica processual, seja se utilizando das máximas de experiência ou da análise do contexto social.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e uma parcela expressiva da doutrina civilista tradicional aplica o parágrafo único do art. 927 de maneira bastante cautelosa, extraindo do texto legal uma ideia de excepcionalidade do risco criado como justificadora de sua incidência no caso concreto. Contudo, defende-se uma interpretação mais moderna, garantista e expansiva do dispositivo.

4 DAS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR; Eduardo Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, José Aguiar. *Cláusula de não-indenizar: chamada cláusula de irresponsabilidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. <<http://www.fachinadvogados.com.br/artigos/Responsabilidade.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre: RS, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/13298/2010_revista_tst_v76_n1.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 29 jan. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LIMA NETO, Francisco Vieira. Ato antijurídico e responsabilidade civil aquiliana – crítica à luz do novo código civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução a responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. In: NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais: responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: artigos 185 a 232*.
TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2003.