

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO RISCO DA ATIVIDADE E O NEXO DE IMPUTAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR: REFLEXÕES PARA UM COLÓQUIO BRASIL-PORTUGAL

Claudio Luiz Bueno de Godoy*

Sumário: 1. Introdução. 2. A disposição da matéria no direito português. 3. Uma interpretação evolutiva dos sistemas subjetivos: da presunção de culpa ao risco. 4. A disposição da matéria no Código Civil brasileiro e o seu confronto com o sistema português. 5. O nexo de imputação da responsabilidade objetiva do art. 927, par. único, do CC brasileiro. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO



parece convir afinal a um colóquio Brasil-Portugal que, a tratar do tema da responsabilidade civil pelo risco da atividade, se estabeleça um paralelo entre os sistemas dos dois Países e mesmo um confronto entre o tratamento legal que ambos os Códigos Civis reservam à matéria, o do artigo 927, parágrafo único, no caso brasileiro, e o do artigo 493º/2, no português. Impende sejam definidos pontos de contato, mas, ao revés, também de separação da disciplina normativa do tema, especialmente a respeito do próprio nexo de imputação da obrigação de ressarcir imposta ao agente. Tal o que permite, inclusive,

* Professor Livre Docente do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

encontrar eixos de interpretação ou, antes, de compreensão de previsão positiva que, no direito brasileiro, ainda é nova e reclama, bem por isso, longo tempo de maturação, a fim de que se construa um conteúdo para a cláusula geral em que, a rigor, se constitui. Insista-se, isto quer a partir das semelhanças, mas também a partir das diferenças entre os dois sistemas.

Ademais, nem cabe olvidar a maior ancianidade da experiência portuguesa – tanto quanto da italiana, igualmente influente à atual codificação brasileira – no trato das hipóteses de responsabilidade civil pelo exercício de atividade que, na disposição do Código lusitano de 1966, seja perigosa (tal como no artigo 2050 do CC italiano de 1942), campo fértil a que dele se retirem matizes de possível penetração no trabalho ainda a desenvolver acerca do exato elastério do artigo 927, parágrafo único, do CC/02 e da cláusula geral de responsabilidade pelo risco da atividade nele consubstanciada.

2. A DISPOSIÇÃO DA MATÉRIA NO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS

Segundo a previsão do artigo 493º/2, do CC português, *“quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los”*, ressalvando, porém, que *“exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.”*

Esta ressalva final traduz real prova liberatória facultada ao agente e coloca a responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa no âmbito, ainda, da responsabilidade subjetiva, posto que mediante presunção, mas relativa, de culpa. Não por outro motivo o preceito citado, note-se, se põe em meio à Subseção I da Seção V, contida no Capítulo II (Fontes) do Livro do Direito das Obrigações (o segundo). É dizer que o dispositivo está inserido entre os casos de responsabilidade civil

por *atos ilícitos*, portanto não entre os casos de responsabilidade civil pelo *risco*, a que se destinam os artigos 499º/510º, que dão conteúdo à Subseção II e cuidam da situação dos comitentes, do Estado e outras pessoas coletivas públicas, de quem se utiliza de animais ou tem veículo de circulação terrestre sob sua direção, bem assim de quem tem a direção efetiva de instalação destinada à condução ou entrega de energia elétrica ou gás. Portanto, casos de responsabilidade, aí sim, objetiva, pelos danos resultantes de atos do comissário, do desempenho de atividade estatal, de fato do animal, de acidentes de veículos ou causados por instalações de energia elétrica ou gás.

A lógica própria da organização desta matéria no sistema civil português atendeu à regra geral que se manteve a da culpa enquanto nexa de imputação da obrigação de indenizar e reservou à responsabilidade objetiva, pelo risco, apenas um campo exceptivo, dependente de previsão expressa¹. A propósito, de se ter presente a disposição do artigo 483º, que remete a um explicitado *princípio geral* segundo o qual “*aquele que, com dolo ou culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.*” (483º/1). Mais, cuidou-se ainda de ressaltar que “*só existe obrigação de indenizar independentemente de culpa nos casos especificados em lei.*” (483º/2). Pois neste contexto subjetivo se disciplinou o exercício de atividades perigosas e a responsabilidade pelos danos daí decorrentes.

Calvão da Silva, tratando do assunto, depois de reiterar, para o direito posto português, o princípio geral da responsabilidade subjetiva, na sua visão calcado na concepção de homem livre e responsável, que não deve causar danos a outrem, menciona como que escapes aos quais se conforma, justamente, e

¹ Por todos: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 7ª ed. Reimp. Coimbra: Almedina, 1999. p. 460; ANTUNES VARELLA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1. p. 635-636.

dentre outros, o caso da responsabilidade civil pelo exercício de atividades perigosas. Para o autor, tem-se hipótese que não é ainda de responsabilidade sem culpa, mas por culpa presumida, de modo relativo, do agente. De qualquer maneira, salienta que o direito português não conheceu, em seu Código, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo “*risco especial*” ou pelo “*alto risco*”². Bem ao revés, precisamente, do que dispôs o CC brasileiro, como se verá.

De qualquer maneira, colhe-se da disposição da matéria no sistema português que a periculosidade não sustenta, *de per se*, a obrigação indenizatória do agente. A clara topografia do artigo 493º/2 e a ressalva final à prova liberatória evidenciam uma opção diversa, ainda atrelada à culpa, posto que presumida. Na justa lembrança de Fernando Pessoa Jorge, a periculosidade pode até, no direito lusitano, ser fundamento da obrigação de indenizar, objetivamente tomada, pelo risco, porém tão somente quando a lei o diga expressamente, tal como, no seu exemplo, se levou ao texto dos artigos 502º e seguintes do CC³. Ainda segundo o autor, fora desses casos, e mesmo nas hipóteses de danos resultantes do exercício de atividades perigosas, torna-se à regra geral da culpa, se bem que, para a específica situação do artigo 493º/2, presumida, e de modo relativo porque ao agente se faculta a prova liberatória, na sua visão a prova de que agiu com diligência, empregando as providências exigidas pelas circunstâncias para o fim de prevenir os danos⁴.

Nada obstante, ainda assim é sintomática a preocupação do legislador português em erigir hipótese agravada, malgrado subjetiva, de responsabilidade civil. E, cabe acrescentar, o que se revela não apenas pela previsão já de uma culpa presumida do agente. Com efeito, outro fator importante, cuja menção

² SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1999. p. 359-376.

³ PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 88.

⁴ *Idem. Ibidem*.

importa inclusive ao desenvolvimento do item seguinte, porque diz precisamente com a extensão das matérias defensivas articuláveis pelo ofensor, foco potencial do afastamento da sua obrigação de indenizar, traduz sinal indicativo de como se deve compreender – de modo mais rigoroso – a responsabilidade civil pelo exercício de atividades perigosas. Quer-se referir o problema da ocasional *relevância negativa da causa virtual*.

Veja-se que, no CC português, antes do caso das atividades perigosas, outras hipóteses de presunção de culpa são disciplinadas, assim a partir do artigo 491º. E, em todas elas, evidencia-se a relevância negativa da causa também chamada hipotética, a causa virtual. Assim que a responsabilidade das “*pessoas obrigadas à vigilância de outrem*” se exclui “*se mostrarem que cumpriram seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido*”; a responsabilidade do proprietário ou possuidor do edifício que ruir se elide “*se provar que não houve culpa de sua parte ou que, mesmo com a diligência devida, se não teriam evitado os danos*”; a responsabilidade de quem tiver em seu poder coisas ou animais a que se liguem os danos causados se afasta “*se provar que nenhuma culpa houve de sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua.*”

Pois nada semelhante se previu no artigo 493º/2. A despeito da prova liberatória, isto é, da eximente que está na demonstração do emprego, pelo agente, de todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de prevenir os danos, não se acrescentou que a responsabilidade se afastaria mediante a prova de que, mesmo empreendidas estas medidas acautelatórias, de qualquer maneira eles, os danos, se produziram, assim que por outra causa, justamente a *causa virtual*. Dito em diversos termos, para as atividades perigosas, no sistema português, não há *relevância negativa da causa virtual ou hipotética*⁵.

⁵ V., a respeito: ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*.

A constatação, como se disse, releva para se ter a exata noção do tratamento diferenciado, e mais rigoroso, da presunção de culpa de quem exerce atividade perigosa, no Código português, tanto quanto não deixa de concorrer à interpretação da justa extensão da excludente desta responsabilidade e da própria evolução da sua compreensão. Tal como se verá, agora, no ítem que segue.

3. UMA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DOS SISTEMAS SUBJETIVOS: DA PRESUNÇÃO DE CULPA AO RISCO

Certo, consoante se vem de examinar, que, por si, sistemas como o português e, igualmente, o italiano, quando estabelecem uma presunção de culpa afeta a quem exerce uma atividade, na dicção de sua lei, perigosa, já agravam a responsabilidade do agente, no mínimo por dispensar a vítima de comprovar a culpa do ofensor, insista-se, porque presumida, posto que de modo relativo. Contudo, possível identificar uma interpretação que se pode dizer evolutiva da disciplina e que, sem dúvida, acaba aproximando estes sistemas de outros, adiante-se, como o brasileiro, nos quais a responsabilidade, em hipóteses análogas, é desenganadamente objetiva, portanto independente de culpa, de tal sorte a afastar, pois, a possibilidade da prova liberatória.

A constatação básica a este respeito, de um lado, está em que, conforme a atividade desenvolvida, a periculosidade a ela inerente não se afasta por medidas preventivas que sejam possíveis; de outro, mesmo tomadas todas as providências

cit. v. I. p. 617. Ainda em passagem anterior, categórica a asserção do autor, quando comenta os artigos 493º/2 do CC: “*afasta-se indirecta, mas concludentemente, a possibilidade de o responsável se eximir à obrigação de indemnizar, com a alegação de que os danos se teriam verificado por uma outra causa, mesmo que ele tivesse adoptado todas aquelas providências.*” (Op. cit., p. 595). No mesmo sentido: FARIA, Jorge Leite Areais Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990. v. 1, p. 480.

acautelatórias, se afinal o dano ainda assim se produz, e não deriva de causa outra estranha e de rompimento do nexu causal, então se evidencia a insuficiência daquelas mesmas providências.

Tratei do assunto em outra sede e, na ocasião, tive oportunidade de descrever processo de interpretação evolutiva própria de sistemas em que a responsabilidade pelo exercício de atividades perigosas foi disciplinada na lei sob a perspectiva da presunção de culpa⁶. Isto a partir, primeiro, de uma tendência em avaliar a própria prova liberatória de maneira mais rigorosa, assim que apreciada objetivamente, destarte não vinculada à situação específica do ofensor⁷ e à luz do que se veio a considerar ser uma *diligência profissional qualificada*, portanto mais aguda⁸.

Contudo, indo além, chegou-se mesmo a equiparar a prova liberatória à verdadeira ocorrência de um fortuito, malgrado não sem discussão⁹, mas o que, convenha-se, acaba retirando a discussão do plano tão somente da *não-culpa* e, verdadeiramente, tornando objetiva a responsabilidade de que se agita.

Depois, também retomado, para a hipótese em exame, raciocínio semelhante àquele desenvolvido para outras situações de presunção de culpa, particularmente a do dono ou detentor do animal por danos que ele tenha provocado. De resto o que representou mesmo uma tendência no próprio direito brasileiro, quando ainda vigente o artigo 1.527 do Código de 1.916.

⁶ *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 60-62.

⁷ Por todos: TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961. p. 48-49 e 270.

⁸ Vale conferir, a respeito, a remissão jurisprudencial a que, na Itália, procede: BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994. v. 5. p. 709-710. O autor refere o que considera ser “*un impegno professionale qualificato*”.

⁹ Para um esboço a propósito da discussão, ver: COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Napoli: Morano, 1965. p. 266.

Com efeito, consoante lá se estabelecia, o dono ou detentor do animal deveria ressarcir o dano por este causado se não provasse, entre outras causas verdadeiramente de rompimento do nexo causal, “*que o guardava e vigiava com cuidado preciso.*” Ora, se o nexo de imputação estava na culpa, posto que presumida, assim na guarda e vigilância do animal, então se tratava, ainda ali, de facultar prova liberatória, a prova da *não-culpa*. Exatamente como no caso em estudo, do direito luso.

Todavia, bem certo que a interpretação do preceito evoluiu para nele se entrever uma responsabilidade somente elidível pelas excludentes comuns de quebra do nexo, ao pressuposto de que, se o dano ocorreu, e não por fortuito ou culpa da vítima, então foi decerto porque o dono ou detentor não guardava ou vigiava o animal com o *cuidado preciso*¹⁰. Aliás, interpretação que se veio a consolidar na atual redação do artigo 936 do atual Código brasileiro, de 2002, alusiva a uma responsabilidade objetiva, afastada por culpa da vítima ou força maior; e, cabe o acréscimo, que se deverá ainda desenvolver para aplicação do artigo 937, contemplativo da responsabilidade por dano infecto e persistente na previsão – ainda que *a contrario* – de prova liberatória, consubstanciada na demonstração, pelo dono da construção, de que os danos provieram da falta de reparos cuja necessidade não era manifesta. Ou seja, será admitir que se os danos ocorreram, e não por fortuito ou culpa da vítima, foi porque havia necessidade manifesta de reparos. A rigor, de novo uma hipótese que se há de compreender como objetiva.

¹⁰ Para um esboço deste processo evolutivo no direito brasileiro, ver: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª e. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.107-110. No sentido exposto no texto, colhe-se, ainda, da jurisprudência precedente ao atual CC: “*O ‘cuidado preciso’ referido no inciso I do artigo 1.527 do CC não é o cuidado normal, mas o necessário para que não ocorra o dano. Se há o dano é porque o dono do animal não o vigiou com o cuidado preciso, tornando inócuo e supérfluo o aludido inciso, sendo, portanto, despicienda a oitiva de testemunhas para demonstrar o mencionado cuidado.*” (1º TAC-SP, Ap civ., 6ª Cam., rel. Carlos Roberto Gonçalves, in RT 641/182)

Mas, a bem dizer, igual construção a respeito da responsabilidade do dono do animal, já muito antes, se havia laborado, por exemplo, na França, sistema, como é sabido, pródigo na instituição de casos de presunção de culpa. Conforme noticiam Geneviève Viney, Patrice Jourdain e Suzanne Carval, já em 1885 a Corte de Cassação francesa, embora aludindo a uma presunção de culpa, a rigor deliberou-a absoluta, porquanto impediu o dono de, a escusar-se de responsabilidade, alegar sua não culpa, destarte somente isento da obrigação de indenizar uma vez provado caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima, assim, na realidade, superando a ideia de presunção de culpa e erigindo uma *presunção de responsabilidade*, de *pleno direito*, nas suas palavras¹¹. Lembram os autores, inclusive, que foi justamente a partir de uma interpretação evolutiva e extensiva do fato do animal (art. 1.385 do CC francês) que a responsabilidade, chamada de *pleno direito*, se estendeu para as coisas inanimadas em geral, ampliando-se a regra do artigo 1.384-1 do *Code* e contemplando-se os casos de acidentes derivados do *maquinismo* que então se estabelecia¹², muito próprio do período pós Revolução Industrial.

Enfim, um processo evolutivo que, sem dúvida, parece indicar uma aproximação dos sistemas de presunção relativa de culpa, mesmo aos casos de exercício de atividades perigosas, ao que, afinal, se veio a dispor, para o que se considerou ser uma responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, no atual Código Civil brasileiro. E a seu exame se destina o item seguinte.

¹¹ *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. Dir.: GHESTIN, Jacques. 4^a ed. Paris: LGDJ, 2013. p. 781. Em termos textuais: “Ainsi, dès 1885, en ce qui concerne la responsabilité du fait des animaux, la jurisprudence avait dépassé le stade de la présomption de faute en créant ce qu’on a appelé ensuite une ‘présomption de responsabilité’ et qui est en réalité une ‘responsabilité de plein droit’ ne pouvant être écartée que par la preuve de la ‘causa étrangère’.”

¹² *Les conditions de la responsabilité*. cit. p. 782-783.

4. A DISPOSIÇÃO DA MATÉRIA NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E SEU CONFRONTO COM O SISTEMA PORTUGUÊS

O Código Civil brasileiro de 2002, inovando, porquanto ausente preceito análogo no Código de 1916, no seu artigo 927, parágrafo único, dispôs haver obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, “*quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*” Portanto, diga-se de pronto, à semelhança da legislação codificada portuguesa, estabeleceu uma responsabilidade agravada e afeta a quem desenvolva uma *atividade*, assim não a quem pratique um ato ou um negócio qualquer, por maior risco ou perigo que provoque. Tanto cá, como lá, não se deve olvidar a exata compreensão do que seja uma atividade: um conjunto de atos coordenados entre si e voltados a um fim, a um objetivo último, a *um escopo comum*¹³.

Não basta, destarte, que um ato ou mesmo uma sequência de atos se consumem, ademais a que inerente um risco ou perigo próprio e, afinal, causando dano a terceiro, para atrair quer a incidência do art. 927, par. único, do CC brasileiro, quer do art. 493º/2 do CC português. Bem lembra Fernando Noronha que a atividade se toma qualitativamente, no seu todo, de modo unitário e não se confunde, por isso, com a mera sequência ou repetição de atos, exemplificando com o mandatário que pratica vários atos de venda e com o mandatário que administra o patrimônio do mandante, ao que, aí sim, praticando vários e diferenciados atos, mas coordenados e funcionalizados a um fim último, exerce uma atividade¹⁴.

Mais ainda, explicitou-se no CC brasileiro que a atividade deva ser normalmente desenvolvida pelo agente, o que, de

¹³ COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 125.

¹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 339.

um lado, pressupõe habitualidade, portanto *atividade ordinária* e, de outro, indica, conforme se entende, a sua própria licitude. É dizer que a responsabilidade pelo risco da atividade, no direito brasileiro, de resto como próprio deste *título de imputação*¹⁵ – aqui, diferentemente da opção original referente à própria alocação do art. 493º/2 do CC português, conforme se viu no item 2 –, se desprende da noção clássica de ilícito aquiliano, traduzido por conduta despida da prudência exigida. Assiste-se a um deslocamento e a uma multiplicação dos critérios de atribuição da obrigação de indenizar, que deixam de estar ligados exclusivamente ao ilícito e se podem amparar no exercício, justamente, de uma atividade de cria risco aos direitos de outrem¹⁶.

De qualquer maneira, se se explicitou na lei brasileira que o agente responde independentemente de culpa e, senão pelo perigo – ao que se tornará no item seguinte e derradeiro –, mas pelo risco da atividade, então marcada uma distinta opção, quando confrontada com a lei portuguesa, ao menos na sua originária interpretação (agora cabendo remeter ao item 3). Tem-se um caso de desenganada responsabilidade objetiva e, assim, desprendida do cometimento de um ilícito comum e da ideia de culpa, posto que presumida. E se não se trata de presunção relativa de culpa, não cabe, portanto, a prova liberató-

¹⁵ A expressão é utilizada por Menezes Cordeiro que assenta, no caso do risco, um diverso título de imputação, justamente, dissociado do fato ilícito. Nas suas palavras, “a imputação pelo risco tem lugar quando o Direito faça correr por determinada esfera a eventualidade de danos registrados em esferas diferentes; independentemente de qualquer facto ilícito”, ainda ressalve que, no CC português, “tal só sucederá em situações previstas na lei com este efeito – cf. artigo 483º/2.” (*Tratado de direito civil português*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, t. 1, p. 275-276).

¹⁶ Ver, a respeito: JANNARELLI, Antonio. La responsabilità civile. In: BESSONE, Mario (Dir.). *Lineamenti di diritto privato*. 5ª ed. Torino: Giappichelli, 2004. p. 600 e 619. No mesmo sentido e, ainda mais, citando como exemplo da multiplicidade atual dos critérios de atribuição da obrigação de indenizar, portanto não adstrita ao ilícito, justamente o exercício de atividades perigosas, numa interpretação evolutiva, tal como analisada no item 3, do art. 2050 do CC, conferir: RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 144 e 176-177.

ria, isto é, a prova pelo agente, uma vez consumado o dano, de que tomou todas as cautelas para preveni-lo.

Porém, diga-se, nem sempre foi assim na tramitação do projeto do atual Código Civil. Pelo contrário, expressamente se previa, no que era o projetado artigo 963, que seria sim possível ao agente, a eximir-se de sua responsabilidade pelo risco da atividade, comprovar o “*emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas*”, o que somente foi retirado do texto por emenda supressiva apresentada na Câmara dos Deputados (*Emenda n. 526*). Aliás, a se demonstrar o que foi, verdadeiramente, a consagração, na lei, de um processo evolutivo de estudo do tema, veja-se que, além do Projeto de CC, já no Projeto de Código das Obrigações de 1.965, de Caio Mário, igualmente (ademais de referir-se o perigo da atividade) se erigia ressalva à prova liberatória, no artigo 872¹⁷. Portanto, a supressão no texto atual e, de resto, compatível com a previsão de uma responsabilidade independente de culpa, não apenas presumida, de modo relativo, representa um real giro no eixo causal da obrigação de indenizar em razão de danos decorrentes do desempenho de uma atividade de cria risco aos direitos de outrem.

Todavia, omitiu-se o Código brasileiro na explicitação de que o risco da atividade pode estar na sua *própria natureza* ou, também, *na natureza dos meios utilizados* para seu desempenho. Ou seja, deixou de expressar a mesma ressalva do artigo 493º/2 do CC português, que estabeleceu a responsabilidade pelo exercício de uma atividade “*perigosa por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados*”. Pois aqui cabe a interpretação extensiva, valendo para o direito brasileiro – posto que com referência ao risco – a mesma lição e exemplificação, para o direito português, de Antunes Varela: o caráter perigoso da atividade pode resultar ou da própria natureza da atividade, tal

¹⁷ Art. 872: “*Aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evita-lo.*”

como o fabrico de explosivos ou a confecção de peças pirotécnicas, ou da natureza dos meios utilizados, e os exemplos do autor são, entre outros, do corte de papel com guilhotina mecânica, dos transportes de combustíveis ou do comércio de produtos que contém material inflamável¹⁸. Se os meios utilizados a rigor condicionam ou são inerentes ao exercício da atividade e se, por isso, de todo modo se cria risco aos direitos de outrem, não há motivo bastante a que, também no direito brasileiro, em que se procura assegurar a indenidade da vítima na situação de maior exposição, não se os considerem para incidência do parágrafo único do art. 927 do CC.

5. O NEXO DE IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ART. 927, PAR. ÚNICO, DO CC BRASILEIRO

Cabe perquirir, por fim, qual exatamente o nexo da imputação da obrigação de indenizar, independentemente de culpa, que se estabeleceu no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil brasileiro. Referiu-se no preceito o desempenho de uma atividade que traga risco, por sua natureza, aos direitos de outrem, mas sem se definir, exatamente, o que significa este critério de atribuição ou, se se preferir, o que significa este *risco da atividade*.

Pois comum, a respeito, justamente a remissão à ideia das *atividades perigosas*, como está no CC português e se vem de examinar, no item 2, acima. É também o que se previu, igualmente tal qual se mencionou antes, no artigo 2050 do CC italiano. Mas, ao que se entende, cabe ponderar se, a despeito da coincidência semântica, da real sinonímia que se queira afirmar entre as expressões¹⁹, ou mesmo de igual indiferença

¹⁸ *Das obrigações em geral*. cit. p. 595.

¹⁹ Interessante notar que, em seu dicionário, Antônio Houaiss, ao tratar do verbete *perigo*, identifica possível sinonímia com *risco*; mas, no verbete destinado ao significado de *risco*, menciona a *probabilidade* do perigo (*Dicionário Houaiss da língua*

conceitual que em outros campos do direito já se quis assentar²⁰, para fins de responsabilidade civil o significado é o mesmo.

Tome-se, a esta reflexão, um exemplo, o da atividade de exploração de um estacionamento, que os Tribunais brasileiros em mais de uma ocasião já consideraram induzir especial risco²¹. Pois será adequado dizer que a responsabilidade se erige porque a atividade é perigosa, do mesmo modo que o fabrico ou comercialização de explosivos, fornecimento de energia ou transporte de material inflamável? Não parece, com efeito, que, para fins de incidência do artigo 927, parágrafo único, se deva associar o *risco* ao *perigo* da atividade. Parafrazeando Antônio Junqueira de Azevedo, o CC brasileiro cuidou do *risco da atividade* e não da *atividade de risco*. Exigiu, portanto, menos que o perigo, ainda que a periculosidade da atividade, à evidência, com maior razão atraia a incidência da norma. E, ao assim fazer, permitiu uma maior expansão da previsão, portanto a casos que não são de perigo, propriamente, mas nos quais a atividade desenvolvida induz maior risco aos direitos de outrem.

Seja dado, em abono à tese, retornar à exemplificação. Alguns serviços bancários não podem ser considerados exatamente perigosos. Todavia, nem por isso deixam, inclusive pelo modo como se exercem (no caso, a forma da contratação), de induzir especial risco. Ocorrência muito comum, no Brasil, têm sido as fraudes na abertura de contas, com utilização de dados

portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001. p. 2189 e 2.463.

²⁰ Por exemplo, nos contratos de seguro, foi muito comum definir o *risco* como, justamente, o perigo que provoca um dano, ou a que são expostas as coisas que constituem o interesse segurado (ver, a respeito: ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 214/215). Se bem que ressalva o autor mais se conformar a definição aos casos de seguro de dano, eis que, nas demais hipóteses, o evento segurável, a seu ver, não é necessariamente danoso, exemplificando com o seguro para educação dos filhos, por isso conceituando o risco “*como o acontecimento possível, futuro e incerto, ou de data incerta, que não depende somente da vontade das partes.*” (*Idem, ibidem*)

²¹ V.g: STJ, Resp. n. 131.662/SP, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 17.08.2000, DJU 16.10.2000.

de terceiros, cujos nomes são levados ao cadastro de proteção ao crédito quando os cheques sacados, evidentemente, não são pagos, tanto quanto produtos de crédito ligados à conta, como o cheque especial, não são honrados. Pois sumulado, pelo Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que os bancos são responsáveis pelos prejuízos daí decorrentes²². Mas há de se indagar: sob que fundamento? Qual o nexo de imputação?

O exemplo vem a calhar porque permite desfazer-se uma outra associação comum empreendida na tentativa de identificar o nexo de imputação da obrigação de indenizar prevista no artigo 927, parágrafo único, do CC brasileiro: com o defeito da atividade. E, ao que se crê, também não é disso que se trata. Não só o Código Civil não estabeleceu semelhante restrição à obrigação indenizatória derivada do exercício de atividade indutiva de especial risco, como, ao revés, parece tê-la afastado quando aludiu à atividade *normalmente* desenvolvida, isto é, justamente sem defeito. Ou seja, não se cuida de uma atividade dotada de periculosidade anormal e adquirida, o que configuraria o *defeito de segurança*²³. Não se tem forçosamente uma quebra da expectativa legítima em relação à atividade, portanto tisonada por uma periculosidade acima do que seria normal e previsível ao destinatário. Ao revés, há um risco inerente e conhecido à atividade.

Portanto, respondendo à indagação que antes se formulou: a responsabilidade das instituições bancárias, no exemplo dado, nem se define pelo perigo, nem pelo defeito da atividade. No primeiro caso, não há, tal como na atividade de exploração do estacionamento, um perigo, propriamente dito. Ao menos não há necessidade, em nosso sistema, de semelhante esforço

²² Súmula n. 479, STJ: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito das operações bancárias.”

²³ Ver, a propósito: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 49-51.

de subsunção. Não é preciso artificial equiparação a atividades, já citadas (fornecimento de energia, fabrico de explosivos, manipulação de material combustível), de evidente perigo. De outra parte, também inexistente defeito porque todas as medidas de segurança razoavelmente esperadas podem ter sido adotadas. Não se deslembre de que o defeito se afere em função da segurança legitimamente esperada (arts. 12, par. 1º, e 14, par. 1º, do CDC). E não são razoavelmente esperadas providências extremas na abertura de contas ou mesmo na proteção ao estacionamento, que possam conter ou fraudes muito bem produzidas ou ataques de grande porte praticado por assaltantes. A responsabilidade, num ou noutro caso, se dá pelo risco da atividade.

Todavia, mesmo superada a ideia do que se poderia chamar de *risco-perigo* ou de *risco-defeito*, ainda não se completa ou se alcança a identificação do nexos de imputação da obrigação de indenizar que se levou ao artigo 927, parágrafo único, do CC brasileiro. E isto por não se considerar seja bastante qualquer risco inerente à atividade para atrair a incidência da norma referida. Ora, se se admitir que toda a atividade – mesmo por traduzir a prática de atos em série, como se viu no item anterior – induz algum risco, maior ou menor, posto que inerente²⁴, então se reputa ser imperativo distinguir, justamente, a extensão do risco provocado.

Dois são as ordens de reflexão que, segundo se considera, aqui se impõem. A primeira delas diz com a própria origem do preceito normativo de que se cuida. Se, como se colhe da advertência de Miguel Reale²⁵, se pretendeu responsabilizar mais gravemente, de modo objetivo, aquele que desencadeia uma *estrutura social*²⁶ capaz de por em risco os interesses e

²⁴ A propósito: COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. cit. p. 173. No direito brasileiro: BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas atividades nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 84 e 87-89.

²⁵ REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 8.

²⁶ Ainda sobre o tema das *estruturas sociais* e em diversa obra, vale conferir: REA-

direitos alheios, não parece seja adequado, ao próprio desiderato manifestado, que toda e qualquer *estrutura social* acabe equiparada. E isto, em segundo lugar, também porque, se fosse assim, bastaria ao Código ter previsto que quem desenvolve uma atividade responde objetivamente pelos prejuízos deste mesmo exercício decorrentes. Uma real hipótese de risco integral ou de causalidade pura que, ao que se entende, nem se quis prever, nem se previu.

Dito de outro modo, se de toda atividade se colhe um risco e se todo risco fosse suficiente a determinar a objetiva responsabilização do agente, então seria bastante à lei que estabelecesse a responsabilidade pelo exercício de uma atividade. Tem-se, porém, que a norma, ao referir o risco da atividade, não só a particularizou, como, ainda, determinou a qualificação do risco. Exigiu que fator especial se agregasse à causalidade, não a deixando pura, mitigando o risco (risco mitigado). Aí o nexó de imputação a identificar. Algo símile ao papel que a culpa desempenha na responsabilidade subjetiva ou que o defeito cumpre na responsabilidade objetiva do CDC.

No caso do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, este nexó de imputação ou o especial elemento de qualificação e que se agrega à causalidade entre o dano e o desempenho da atividade é que se precisa assentar, insista-se, mas ao que insuficiente somente dizer que a atividade induz risco aos direitos de outrem, porque, como se viu, esta aptidão é própria de toda e qualquer atividade. Daí supor-se devido reavivar o que, a rigor, estava na própria redação original do artigo, o 963, do Projeto de Código Civil. Era bem uma adjetivação do risco. Mencionava-se a existência de um “*grande risco*” que a atividade desenvolvida, por natureza, implicava aos direitos de outrem. Pois, ainda suprimida a menção a um risco diferenciado, porque *grande*, com a subemenda n. 28 da Câmara dos Deputados, tem-se ser bem o caso de ripristiná-la, como forma de

dar sentido adequado à previsão legal.

E nem isto se dá de maneira inédita, cabendo socorro, de novo aqui, ao direito comparado. De se lembrar da referência inicial (item 2) de Calvão da Silva à tese do “*risco especial*” ou pelo “*alto risco*”²⁷. No direito italiano, ainda que tratando do perigo, entende-se, igualmente, deva ser ele *destacado*²⁸, *relevante* ou *apreciável*²⁹. É ainda o que Ennecerus considera ser um *risco considerável*³⁰ e Santos Briz um *risco específico*³¹.

Mas, isto assentado, impõe-se ainda perquirir de que forma se identifica esta particularidade, esta especificidade do risco que constitui o critério de atribuição da obrigação de indenizar na hipótese do artigo 927, parágrafo único, do CC. Pois, a propósito, lembre-se de pronto que a própria lei, não raro, expressa o risco especial de determinada atividade, por exemplo quando a considera, mesmo que a fins específicos, até mesmo de caráter laboral, de alta periculosidade. Porém, e seja como for, cabe em mais esta passagem colher a experiência de sistemas que já há muito possuem norma sobre “atividades de risco”, se assim se quer, de qualquer maneira cuja incidência longeva permitiu a identificação de critérios comuns de identificação de um risco (ou perigo, nessas legislações) especial. Com efeito, a tanto será sempre possível o recurso a uma constatação estatística (verdadeiramente um estudo de sinistralidade), à ciência e aos meios técnicos de demonstração que ela propicia; e, nada disso sendo viável, ainda às máximas de expe-

²⁷ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. cit. p. 359-376.

²⁸ FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*. Padova: CEDAM, 1995. v. 2 (I Grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale, 3, 27. Direção de Francesco Galgano). p. 143. O autor menciona o que reputa deva ser uma “*spiccata potenzialità offensiva*”.

²⁹ TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. cit. p. 44-50.

³⁰ ENNECERUS, Ludwig. *Derecho civil*. Trad.: Blas Pérez Gonzáles e Jose Alguer. Barcelona; Bosch, 1935. v. 2. t. 1. p. 440.

³¹ SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo e derecho procesal*. Madrid: Montecorvo, 1970. p. 376-377.

riência, à experiência comum ou ao que ordinariamente ocorre³².

Em suma, então, entende-se dispor o CC brasileiro sobre a responsabilidade objetiva pelo desempenho de uma atividade que, por sua natureza, ou pela natureza dos meios utilizados, induz risco especial aos direitos de outrem, avaliado em função da estatística, da ciência ou da experiência comum. E tal a tese que, defendida antes em outra sede³³, teve a oportunidade de expor e que acabou aprovada e levada ao Enunciado n. 448 da V Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos da Justiça Federal, segundo o qual: “*a regra do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC, aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito, e não necessariamente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial ou diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.*”

Finalmente, cumpre ainda realçar que, ao contrário do que é comum defender, mesmo no direito português³⁴, tanto quanto no italiano³⁵, não se considera que este risco diferenciado precise se ligar ao exercício de uma atividade lucrativa, assim empresarial ou profissional. Ou seja, não se reputa que o risco do artigo 927, parágrafo único, do CC brasileiro, seja necessariamente o *risco profissional* ou o *risco empresa*, portanto o *risco proveito*, mas tomado em sua acepção econômica (*ubi emolumentum, ibi onus*). É tão somente o *risco especial criado* por quem desenvolva uma atividade qualquer, mesmo não lucrativa, foco de maior potencialidade lesiva a terceiros.

Não se nega que a responsabilidade objetiva de que se

³² Por todos: COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. cit. p. 291

³³ *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. cit. p. 110-118.

³⁴ Por todos: MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 10.

³⁵ Por todos: TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. cit. p. 31-35.

trata se tenha desenvolvido sob a perspectiva da maior possibilidade de controle e diluição do risco criado por quem dele tira proveito e que, assim, por imperativo de equidade, deve por ele responder de maneira mais rigorosa. E por isso a associação comum com a atividade empresarial ou profissional. Mas, de qualquer maneira, não é menos verdade que esta distinção não se levou ao texto da lei. E não seria difícil ao legislador ter dito apenas que quem exercitasse atividade empresarial ou profissional, com isso criando risco aos direitos de outrem, responderia de modo objetivo. Ao contrário, sintomático que a lei não só não o tenha feito, como, ainda, tenha aludido a uma atividade *normalmente* desempenhada, assim não esporádica, é certo, mas também não profissional ou empresarial, porque forçosamente habitual. Quer dizer, não seria uma preocupação da lei se a remissão fosse apenas às atividades empresariais ou profissionais que, por natureza, não são mesmo ocasionais, esporádicas³⁶. Depois, ao contrário do Código português e do italiano, o brasileiro referiu o *desenvolvimento* e não o *exercício* de uma atividade, bem o que, no direito peninsular, Massimo Franzoni sustenta ter sido empecilho para a extensão da responsabilidade do artigo 2050 também às atividades não lucrativas, o que sempre reputou devido, importando, a rigor, quem organiza e dirige esta atividade³⁷, tal como no direito pátrio se afinal se erige uma responsabilidade pelo *fato da atividade* ou da *organização*.

Depois, no direito brasileiro há, ainda, um dado histórico importante, que vem realçado com tintas claras por Caio Mário. Conforme salienta o autor, a discussão remonta à própria previsão do artigo 1.522 do CC de 1916, que estendia a responsabilidade do patrão, por atos dos empregados, prevista no inciso II do artigo precedente, apenas às pessoas jurídicas

³⁶ A respeito, conferir: GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 192

³⁷ *La responsabilità oggettiva*. cit. p. 105 e 115.

que *excercessem exploração industrial*. Portanto, atividade empresarial. Mas nota o civilista que semelhante preceito nem em seu projeto de Código das Obrigações se reproduziu, como igualmente no Código Civil atual, pelo que não se autoriza a distinção³⁸.

Mas, queira-se ainda argumentar com a necessidade de diferenciação, ainda assim restará imperiosa a verificação de um risco especial, conforme já se sustentou, desde que nele se entrevê o nexó de imputação específico da obrigação de indenizar prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.



6. BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 7ª ed. Reimp. Coimbra: Almedina, 1999.
- ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- ANTUNES VARELLA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994. v. 5.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil nas ativida-*

³⁸ *Responsabilidade civil*. cit. p. 122-123, n. 99.

- des nucleares*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COMPORTI, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Napoli: Morano, 1965.
- ENNECERUS, Ludwig. *Derecho civil*. Trad.: Blas Pérez Gonzáles e Jose Alguer. Barcelona; Bosch, 1935. v. 2. t. 1.
- FARIA, Jorge Leite Areais Ribeiro de. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1990. v. 1.
- FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva: il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*. Padova: CEDAM, 1995. v. 2 (I Grandi Orientamenti della Giurisprudenza Civile e Commerciale, 3, 27. Direção de Francesco Galgano).
- GODOY, Claudio Luiz Bueno. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- JANNARELLI, Antonio. La responsabilità civile. In: BESSONE, Mario (Dir.). *Lineamenti di diritto privato*. 5ª ed. Torino: Giappichelli, 2004.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, t. 1.
- MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1983.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª e. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.
- REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 1986.

- _____. *O direito como experiência*. São Paulo: 1992.
- RODOTÀ, Stefano. *Il problema della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1964.
- SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil: derecho sustantivo e derecho procesal*. Madrid: Montecorvo, 1970.
- SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Reimpr. Coimbra: Almedina, 1999.
- TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961.
- VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. Dir.: GHESTIN, Jacques. 4^a ed. Paris: LGDJ, 2013.