

RISCO CRIADO OU RISCO PROVEITO? – ANÁLISE PERSPECTIVA E PROSPECTIVA DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL

CREATED RISK OR PROFITABLE RISK? – PERSPECTIVE AND PROSPECTIVE ANALYSIS OF THE ARTICLE 927 FROM BRAZILIAN CIVIL CODE

João Paulo Capelotti*

Sumário: Introdução 1 Responsabilidade civil e risco: teorias 1.1 Breves apontamentos em torno da responsabilidade objetiva. 1.2 Teoria do risco proveito e teoria do risco criado. 2 Análise perspectiva e prospectiva do problema. 2.1 Panorama jurisprudencial. 2.2 Tendências doutrinárias. Considerações finais. Referências.

Resumo: A adoção de cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo Código Civil de 2002 oportunizou o debate sobre a teoria subjacente ao texto legal: deve responder pelo risco quem de alguma forma se beneficia com ele ou simplesmente quem o cria? O artigo analisa a jurisprudência construída a respeito e aponta tendências doutrinárias, assentadas sobre a priorização do ressarcimento da vítima como decorrência do princípio constitucional da dignidade humana.

Palavras-chave: Responsabilidade objetiva. Risco criado. Risco proveito. Exposição ao perigo.

Abstract: The adoption of the general clause of liability without guilt by Brazilian's 2002 Civil Code has brought the debate about which theory is below the legal text. The responsible must have obtained some benefit or his liability is explained simply by the created risk itself? The article analyses the courts' precedents and points the doctrinal tendencies about it, built upon the established priority to compensate the victim, considering the human dignity constitutional principle.

Key words: Liability without guilt. Created risk. Profitable risk. Endangering.

INTRODUÇÃO

A dicção do art. 927, parágrafo único, do Código Civil é clara ao prever a responsabilidade objetiva por danos causados pelos riscos inerentes a determinada atividade. Não tão claro, porém, é o debate sobre a natureza dessa atividade: deve ela render proveito econômico ao causador do dano ou isso é indiferente para a responsabilização? Noutras palavras: o Código Civil de 2002 adotou a teoria do risco proveito ou a do risco criado?

Atendendo à teoria do risco proveito, cria-se à vítima a necessidade de provar não só dano e nexo de causalidade, mas também o proveito econômico obtido com a atividade. Ou, ao menos, surge como argumento de defesa a inexistência de benesse econômica auferida pelo pretense responsável.

Optando-se pela teoria do risco criado, supera-se o brocardo latino *ubi commoda, ibi incommoda*, pois não haverá comodidade a justificar a reparação, cujos fundamentos passam a residir apenas no dano em si e em seu nexo de causalidade com a atividade de risco. É, inequivocamente, uma perspectiva mais favorável à vítima, mas de consequências bastante mais gravosas ao objetivamente responsável, que passa a ter restritíssima matéria de defesa.

Ciente do debate doutrinário a respeito, este artigo pretende fazer uma pequena revisão do tema, para, ao final, externar posição sobre qual das duas teorias da responsabilidade objetiva, tem-se, predominantemente, como adotada pelo texto legal em vigor, a despeito da pouca atenção dada pela jurisprudência a essa discussão.

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), advogado.

Ao fim, põem-se, como contornos mais atuais do problema, as teses sobre exposição ao perigo. São elas, de certo modo, desdobramentos da teoria do risco assentados sobre uma leitura do art. 3º, I, da Constituição Federal, de que a dignidade humana deve iluminar todo o sistema responsabilidade civil para a priorização do ressarcimento a vítima.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL E RISCO: TEORIAS

1.1 BREVES APONTAMENTOS EM TORNO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

É consagrado na doutrina brasileira um esquema mais ou menos uniforme de “evolução da responsabilidade civil”. De uma perspectiva eminentemente liberal e subjetivista, trazida sobretudo pelo Código Civil francês de 1804, o século XIX viu recrudescerem os efeitos da Revolução Industrial que se ensaiava desde meados do século XVIII na Inglaterra. Com a ampliação dos infortúnios de trabalho com máquinas e dos acidentes com os meios de transporte que se desenvolviam a passos largos, a jurisprudência foi admitindo com cada vez mais frequência qualquer mínima falha como comportamento indevido e culposos. Era a fase do “pó da culpa” (HIRONAKA, 2007: 35).

Mais tarde, mesmo o trabalho de pinçar uma determinada conduta culposa e ampliá-la com lente de aumento foi dispensado. Não se esmiuçava a culpa, ela era presumida. De tal maneira que a vítima do acidente estava dispensada de provar o ânimo doloso do causador do dano, ou sua imprudência ou algum comportamento negligente. O ônus da prova invertia-se, e agora seria o patrão ou o transportador o incumbido de provar a melhor das diligências no desenvolver de sua atividade.

A situação foi, aos poucos, ganhando contornos legislativos, uma vez confirmados os acenos jurisprudenciais e seus ecos doutrinários. Aprovavam-se na França e na Alemanha leis específicas sobre acidentes de trabalho, dispensando prova de culpa do patrão. No Brasil, em 1912, publicava-se decreto reconhecendo responsabilidade independentemente de culpa àqueles que exploravam transporte em estradas de ferro.

Não obstante o debate significativo gerado pela perspectiva então inovadora da responsabilidade civil, o Código de 1916, elaborado com os olhos voltados à experiência do século XIX (FACHIN, 2000: 9), consagrou em primeiro plano, ainda, a responsabilidade amparada na culpa provada, admitindo, em solitárias e esparsas hipóteses, o ressarcimento objetivo.

Como resultado, avaliou mais tarde a doutrina, ampliou-se o universo de leis esparsas, que orbitavam longe do modelo subjetivista do Código. A responsabilidade sem culpa floresceu nas leis especiais sobre aeronáutica, mineração, meio ambiente e relações de consumo. Um desencontro entre o avanço da industrialização e do transporte e a previsão de culpa no Código então em vigor foi, sem dúvida, um dos motivos para se aderir, no Brasil, aos brados doutrinários que apontavam uma “idade da descodificação”, a partir do decréscimo de importância do *codex* que, outrora, fora concebido com pretensões totalizantes para o direito civil (ANDRADE, 2000: 134-135).

O Código Civil em vigor, após longa tramitação no Congresso, veio a lume com cláusulas gerais de responsabilidade subjetiva e objetiva, respectivamente no *caput* e no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, bem compreendendo que ambas possuem significativo âmbito de aplicação. Particulares nas relações entre si, em regra, ainda precisam ser negligentes, imprudentes ou imperitos para serem responsabilizados.

Empresas em regular funcionamento que prestam serviços a outras pessoas físicas e jurídicas, no geral, respondem mesmo sem o preenchimento dos requisitos de conduta culposa.

Mesmo superada a controvérsia doutrinária instalada com o início da vigência do novo Código (seria ele subjetivista ou objetivista?), compreendendo que ambas estavam preservadas como partes necessárias de um sistema de responsabilidade civil amplo e consentâneo com as necessidades da sociedade moderna, Sérgio Cavalieri Filho (2010: xxi) insiste em defender que, embora seja claro que as duas modalidades de responsabilidade estão preservadas, o novo diploma legal é predominantemente objetivista.

Explica ele que as situações da vida contemporânea são hoje tão englobadas pelas relações de consumo e pelas hipóteses de risco traçadas pelo parágrafo único do art. 927 que sobrou pouco espaço para a incidência de culpa. Talvez acidentes de trânsito entre particulares sejam os resquícios mais comuns em que ainda se investiga a culpa em juízo.

Por óbvio que, além disso, alterações significativas na compreensão de culpa também ocorreram. De uma perspectiva psicologizada, de um querer negligente ou imprudente, passou-se a uma compreensão, por assim dizer, objetivada de culpa, como um comportamento desalinhado com um *standard* de conduta desejável (SCHREIBER, 2005: 52). A culpa, com isso, muitas vezes surge da simples análise do fato em si. O motorista tem-se como imprudente apenas porque não respeitou o sinal vermelho, dado objetivamente verificável que contraria o padrão esperado para cidadãos na mesma situação.

Porém, se no que resta de responsabilidade subjetiva é fácil identificar a razão de imputar a responsabilidade de reparar o dano – a infração a um dever legal de conduta –, o mesmo não ocorre na responsabilidade objetiva, na qual nem sempre há nitidamente um proceder contra o direito. Fabio Uilhoa Coelho (2005: 255) formula o exemplo hipotético de um fabricante de refrigerantes que injeta gás demais em uma garrafa, que vem a explodir. O procedimento de fabricação é em si lícito, mas, verificado o dano ao consumidor, há obrigação de indenizar mesmo assim.

O que justifica a realocação do prejuízo (numa perspectiva econômica do direito, a redistribuição da externalidade negativa) é, em síntese, o risco oriundo da atividade econômica desempenhada pela fabricante de refrigerantes. Obviamente, há uma escolha: fabricar bebida, e ganhar dinheiro com isso, implica a adoção de técnicas de produção que devem ser monitoradas para que o produto final não cause danos além dos esperados pelo consumidor.

Analisada mais de perto, a situação pode ser complicada. Para que haja responsabilidade sem culpa o causador do dano deve ter obtido alguma espécie de vantagem com a situação? Isto é, aplica-se a expressão *ubi commoda, ibi incommoda* – quem aufer os benefícios que arque também com os prejuízos? Ou basta comprovar o nexos de causalidade entre a atividade normalmente desempenhada e o dano? É o que debatem, em síntese, as duas grandes teorias criadas para justificar a responsabilidade civil objetiva, apresentadas a seguir.

1.2 TEORIA DO RISCO PROVEITO E TEORIA DO RISCO CRIADO

A compreensão adequada do problema pressupõe um exame mais detido da dicção do próprio art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que centra a responsabilidade objetiva não em *ato ou omissão*, mas em *atividade* normalmente exercida que crie risco a outrem.

Interpretando tal dispositivo legal, o já mencionado Sérgio Cavalieri Filho (2003: 78-80) sustenta que seu centro de gravidade é mesmo a palavra “atividade”, que deve ser aqui entendida num sentido próximo ao do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que trata da responsabilidade do fornecedor de serviços. Quer-se dizer, com isso, que o dispositivo deve considerar uma noção de organização, habitual e com fins econômicos, e afastar de seu âmbito de incidência condutas individuais, ainda que reiteradas, como a do particular que dirige seu carro para ir ao trabalho.

Numa interpretação sistemática, o conceito de atividade defendido pelo autor é o mesmo daquele constante no art. 966 do mesmo Código, segundo o qual empresário é quem exerce habitualmente atividade econômica organizada para a exploração de bens ou serviços.

Como essa exploração econômica organizada é feita em prol de lucro do próprio empresário, tem-se que a responsabilização é o outro lado das benesses econômicas advindas da atividade empresarial: quem retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo deve repará-lo.

A necessidade de proveito econômico é questionada pelos adeptos da teoria do risco criado. Para estes, a teoria é insuficiente para abranger todo o rol de situações previstas pela lei, que não condiciona a obtenção de qualquer vantagem – econômica, moral, ou de outra natureza – para a caracterização da responsabilidade objetiva. Com isso, a reparação de danos ficaria a exclusivo encargo de industriais e comerciantes (CAVALIERI FILHO, 2010: 143).

Além do mais, argumentam, a adoção da teoria faz surgir para a vítima um novo ônus probatório: comprovar qual seria a vantagem obtida pelo causador do dano para justificar o dispêndio do ressarcimento mesmo sem atuação culposa (CAVALIERI FILHO, 2010: 143). Ora, se o abandono da culpa se deu em grande medida para abrandar as dificuldades da vítima para ser indenizada, não é lógico que, em uma interpretação histórica e teleológica da lei, esta tenha acrescentado mais um óbice à vítima ou mais uma matéria de defesa ao indigitado responsável.

O simples fato de se colocar em funcionamento uma dada atividade faz com que surja o dever de reparar os danos causados por ela. A obtenção de proveito, econômico ou não, é um pressuposto – pois, em tese, não haveria atividade se ela não fosse de algum modo vantajosa. No entanto, os adeptos da teoria contentam-se com esse pressuposto, não o subordinando ao dever de reparar o dano.

Por óbvio, a adoção da teoria do risco criado aumenta os encargos do agente. Contudo, doutrina e jurisprudência têm encarado essa contrapartida como decorrência da opção da Constituição de 1988 (art. 3º, I) em priorizar a dignidade humana, material, estética ou moralmente violada com o dano. A diretriz constitucional somou-se a outros vetores no mesmo sentido que apontavam para a necessidade de colocar em primeiro plano a reparação da vítima, e não a pesquisa da culpabilidade do autor. Esse giro paradigmático na responsabilidade civil tem-se hoje como plenamente consolidado. Não seria exagero ver na predominante adoção da teoria do risco criado uma reafirmação dessa priorização da vítima na equação de responsabilidade civil.

2 ANÁLISE PERSPECTIVA E PROSPECTIVA DO PROBLEMA

2.1 PANORAMA JURISPRUDENCIAL

Não se pode dizer que a jurisprudência seja uniforme no tratamento da teoria do risco.

Na verdade, a grande maioria das decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito de responsabilidade objetiva não se preocupa em lançar fundamentos em prol da teoria do risco criado ou do risco proveito. Mesmo porque a maior parte dos acórdãos envolvendo responsabilidade objetiva diz respeito a situações albergadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Sendo a responsabilidade sem culpa indiscutivelmente a regra no CDC, e considerando que os fundamentos da responsabilização são baseados no *fato* do produto ou do serviço, não se abre muito espaço para tergiversações doutrinárias. Com efeito, as maiores discussões envolvendo o CDC no STJ são, precisamente, o âmbito subjetivo de sua aplicação, isto é, quem pode ser considerado fornecedor e quem pode ser considerado consumidor em cada caso concreto.

Diante disso, pode-se afirmar que a discussão risco criado *versus* risco proveito interessa muito mais à doutrina do que à jurisprudência.

Nesses quadrantes, a menção ao conhecido brocardo *ubi commoda, ibi incommoda*, ou variações análogas, para justificar a obrigação de ressarcir não significa propriamente uma adoção da teoria do risco proveito.

Ainda assim, as decisões que correlacionam risco e proveito são mais recorrentes, tanto entre a jurisprudência tradicional como a mais recente. Exemplar, nesse sentido, é a responsabilização de estabelecimento comercial pela segurança dos veículos estacionados como contrapartida ao lucro auferido com a “facilidade” oferecida à clientela (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 74.422/SP. Rel. Min. Sidnei Beneti, julg. 13 dez.2011).

Não obstante, há julgados reconhecendo a responsabilidade objetiva de instituições de caridade por trás de hospitais beneficentes, ainda que, a rigor, estas não *lucrem* com sua manutenção (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso especial n. 519310/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 20 abr.2004).

Ainda, vale observar que tem aplicação cada vez mais comum a teoria do risco criado, especialmente quando a atividade desenvolvida é cercada de grandes riscos, como o aluguel de cofres e o fornecimento de energia elétrica. Vejam-se, a respeito, os seguintes precedentes:

(...) Cinge-se a controvérsia a verificar se, nas hipóteses de locação de cofre bancário, há responsabilidade da instituição financeira pelos bens alegadamente depositados (dinheiro e joias), mesmo na hipótese de roubo.

(...) Ocorre que, conforme a jurisprudência desta Corte Superior, no caso de assalto de cofres bancários, o banco tem responsabilidade objetiva, decorrente do risco empresarial, devendo indenizar o valor correspondente aos bens reclamados.

Isso porque, embora não se trate propriamente de um contrato de depósito, tendo em vista que o Banco não tem conhecimento sobre o conteúdo do cofre locado, o negócio jurídico entabulado entre as partes, nesses casos, também não se trata de um mero contrato de locação, tendo a instituição financeira o dever de zelar pelo que está no interior do cofre.

Com efeito, aquele que celebra um contrato com um Banco visando à utilização de seus cofres de segurança, para custódia de determinados bens, tem a legítima expectativa de que referidos bens, em regra de grande valor pecuniário ou sentimental, estarão em maior segurança do que se estivessem em seu próprio poder.

É ínsita a esse tipo de contrato, portanto, a obrigação do Banco, que cobra por esse serviço de locação de cofres, proporcionar segurança e incolumidade do conteúdo do cofre. Trata-se do risco da atividade empresarial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso especial n. 1286180/BA. Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 03 nov. 2011)

(...) Cinge-se a controvérsia a verificar se há responsabilidade objetiva da concessionária de energia elétrica pelo acidente fatal ocorrido com o marido e pai dos autores. (...) Ou seja, é fato que, após a reforma realizada no imóvel pelos recorridos MARLY SOARES DE ANDRADE HIDALGO E OUTROS, a rede elétrica deixou de respeitar a distância mínima do imóvel exigida pela legislação. Contudo, o Tribunal de origem entendeu que a ELETROPAULO não pode ser responsabilizada pelo acidente se não foi avisada sobre a reforma no imóvel, fato que excluiria sua culpa pelo ocorrido. Entretanto, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, já se reconhecia a responsabilidade objetiva da empresa concessionária de energia elétrica, em virtude do risco da atividade, com fundamento no art. 37, §6º, da CF/88. (...) O risco da atividade de fornecimento de energia elétrica é altíssimo sendo necessária a manutenção e fiscalização rotineira das instalações, exatamente para que os acidentes, como aquele que vitimou o marido e pai dos recorrentes, sejam evitados (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. REsp 1095575/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 03 nov. 2011)

Quando o STJ se debruça mais explicitamente sobre o alcance do parágrafo único do art. 927 – isto é, quando deixa de lado um raciocínio calcado no direito do consumidor para amparar-se somente na responsabilidade civil objetiva prevista no Código Civil –, a Corte normalmente o faz justamente para decidir qual é a dimensão desse risco que enseja a responsabilização objetiva.

A interpretação do Tribunal Superior tem considerado que o dispositivo legal tem em vista não o risco *normal* da atividade, mas apenas aquele *extraordinário*.

Alguns acórdãos são exemplares nesse sentido.

No caso concreto examinado abaixo, a 3ª Turma considerou que a postagem de mensagens ofensivas em *site* de relacionamento, apesar de poder ser correlacionada à prestação do serviço pela empresa Google, que disponibiliza os meios para a criação de perfis em redes sociais, não pode ser tida como “normal” da atividade, mas como situação excepcional. Não haveria, primeiramente, o dever jurídico de avaliar o conteúdo inserido pelos usuários. Deve-se, além disso, presumir que a maioria dos internautas utiliza o espaço para a finalidade esperada, que é a simples comunicação civilizada. Entendendo que a censura prévia das mensagens é medida inexigível do prestador de serviços, o STJ consignou que o parágrafo único do art. 927 deve receber interpretação cautelosa para abarcar apenas os riscos excepcionais da atividade, não se aplicando à situação concreta enfrentada no julgamento. Os trechos mais relevantes do acórdão seguem abaixo:

De acordo com a GOOGLE, tendo o próprio TJ/MG reconhecido que o site não teve participação na criação do perfil onde foram veiculadas as mensagens ofensivas, era incabível a sua condenação, vez que “as normas constantes nos arts. 186 e 927 do CC impõem o dever de indenizar ao causador do ato ilícito” (fl. 345, e-STJ). O TJ/MG, por sua vez, fundamenta o dever de indenizar da GOOGLE na falha do serviço prestado pelo site, “advinda da inexistência de mecanismo de controle efetivo e eficaz do conteúdo das mensagens postadas pelos usuários” (fl. 320, e-STJ).

(...) Tampouco se pode falar em risco da atividade como meio transversal para a responsabilização do provedor por danos decorrentes do conteúdo de mensagens inseridas em seu site por usuários. Há de se ter cautela na interpretação do art. 927, parágrafo único, do CC/02.

No julgamento do REsp 1.067.738/GO, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, minha relatoria p/ acórdão, DJe de 25.06.2009, tive a oportunidade de

enfrentar o tema, tendo me manifestado no sentido de que “a natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo”. Transpondo a regra para o universo virtual, não se pode considerar o dano moral um risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo. A esse respeito Erica Brandini Barbagalo anota que as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na internet não são “de risco por sua própria natureza, não implicam riscos para direitos de terceiros maior que os riscos de qualquer atividade comercial” (Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços da internet. In Ronaldo Lemos e Ivo Waisberg, *Conflitos sobre nomes de domínio*. São Paulo: RT, 2003, p. 361).

Ademais, o controle editorial prévio do conteúdo das informações se equipara à quebra do sigilo da correspondência e das comunicações, vedada pelo art. 5º, XII, da CF/88. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso especial REsp 1186616/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 23 ago. 2011).

Noutro julgado mais antigo, a Ministra Nancy Andrighi fundamentou de modo mais detalhado seu posicionamento de que a natureza dos riscos (normais ou excepcionais) é que determina a incidência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. No caso, o STJ considerou que os direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores comportam extensão, e que o dispositivo do Código Civil de 2002 representa conquista benéfica que deve ser incorporada aos direitos trabalhistas. Com isso, o art. 927 pode determinar a responsabilidade objetiva do empregador, desde que exponha seu funcionário a um risco maior do que aos demais membros da coletividade, ou, numa perspectiva mais concreta, do que à maioria dos trabalhadores. Veja-se a fundamentação do acórdão:

Admitida, pois, a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho.

Tal entendimento, inclusive, era compartilhado por Miguel Reale, supervisor da comissão elaboradora do próprio CC/02, para quem “quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico como o de transporte ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa” (História do novo código civil. São Paulo: RT, 2005, p. 235) (grifei).

(...) No mesmo sentido, ainda, a conclusão alcançada na IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF, resultando na edição do Enunciado 377, segundo o qual “o art. 7º, 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”.

(...) Note-se, no entanto, que a responsabilidade objetiva não se aplica a todo e qualquer acidente de trabalho, mas apenas àqueles oriundos de “atividades de risco”. Roger Silva Aguiar bem observa que “o princípio geral firmado no art. 927, parágrafo único, inicia-se com a conjunção quando, denotando que o legislador acolheu o entendimento de que nem toda atividade humana importa em 'perigo' para terceiros com o caráter que lhe foi dado na terceira parte do parágrafo” (Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007, p. 50).

Ocorre que o conceito de “atividade de risco” não possui definição legal, ficando sujeito à construção doutrinária e jurisprudencial.

A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo, como é o caso da fabricação e transporte de explosivos.

No âmbito laboral, algumas atividades são legalmente consideradas de risco, como as insalubres (art. 189, CLT) e as perigosas (art. 193, CLT), o que não exclui a identificação de outras, com base no senso comum.

Embora todos nós, pelo simples fato de estarmos vivos, fiquemos sujeitos a riscos, existem ocupações que colocam o trabalhador num patamar de maior probabilidade de sofrer acidentes, conforme a natureza intrínseca da atividade desenvolvida pelo empregador.

Com base nesse entendimento, a I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do CJF, aprovou o Enunciado 38, que aponta interessante critério para definição dos riscos que dariam margem à responsabilidade objetiva, afirmando que esta fica configurada “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

Transpondo a regra para o universo restrito dos trabalhadores, pode-se considerar atividade de risco, para efeitos de configuração da responsabilidade objetiva nos acidentes laborais, aquela que expõe o empregado a uma maior chance de sofrer acidentes, se comparada com a média dos demais trabalhadores. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso especial n. 1067738/GO. Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, julg. 26 maio.2009).

Vê-se, portanto, que a jurisprudência do STJ não consagra simplesmente a responsabilidade pelo risco habitual de qualquer atividade, sim aqueles extraordinários, maiores para as vítimas do que para os demais membros da sociedade.

2.2 TENDÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Foi frisado anteriormente que uma palavra-chave para interpretar o parágrafo único do art. 927 do Código Civil é “atividade”, que denota uma atuação protraída no tempo, habitual, com contornos empresariais.

O STJ, no entanto, restringe o espectro de aplicação dessa atividade às aquelas perigosas, não considerando todos os resultados habituais ou de algum modo conectados à atividade como ensejadores da responsabilização objetiva.

Poder-se-ia dizer, portanto, que o STJ aplica o parágrafo único do art. 927 de maneira bastante cautelosa, extraíndo do texto legal uma ideia de excepcionalidade do risco criado como justificadora de sua incidência no caso concreto.

Parcela expressiva da doutrina, contudo, têm defendido interpretação mais ousada e expansiva ao dispositivo do Código Civil.

Dois teses recentes militam pela presunção de responsabilidade a partir dos resultados normalmente verificados em determinadas atividades consideradas de risco. A relação de causalidade entre a conduta típica e o dano, também típico, dessa atividade, ficaria presumida. Subjacente a tudo isso, está a teoria do risco criado: quem criou o dano deve responder por ele. Tanto mais quando todos os indícios apontam que esse dano é normalmente decorrente dessa determinada atividade. Cuida-se, por assim dizer, de uma dilatação do modo como a jurisprudência aplica a teoria do risco criado.

Giselda Hironaka (2005: 350-352) defende a responsabilidade pressuposta daqueles que, ao exercerem atividade de risco, expõem outrem a perigo (*mise en danger*), bastando apenas a explicitação do laço quando da ocorrência do dano, como forma de diminuir as hipóteses de danos irreparados. 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.

De modo semelhante, Caitlin Sampaio Mulholland (2010: 280, 289, 393) advoga a presunção denexo causal com base no que normalmente acontece com atividades perigosas, ensejadoras de responsabilidade objetiva, em que o dano figura como resultado provável (ou abstratamente adequado) de determinada atividade de risco. Defende a autora, explicitamente, um “giro paradigmático no direito de danos: da certeza para a probabilidade causal”, de modo que esta passe a ser investigada segundo sua “função teleológica”, com o objetivo de concretizar os novos princípios da responsabilidade civil (MULHOLLAND, 2010: 345 e 348).

As duas teses parecem complementar-se, na medida em que a presunção de causalidade só pode realmente ser utilizada nos casos de responsabilidade pressuposta, em que o dano indenizável pode ser reconhecido como típico de uma determinada atividade.

A pressuposição da causalidade, portanto, tem um espectro de aplicação razoavelmente delimitado à responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, mas não quando o dano não puder ser qualificado como típico ou decorrente de alguma conduta mais ou menos reiterada.

Considerando, porém, que é considerável a quantidade de situações que reclamam aplicação da responsabilidade objetiva, a presunção de causalidade e a pressuposição da responsabilidade merecem o devido destaque, principalmente no que diz respeito às implicações para o nexo causal e o ônus de sua prova.

Aparentemente, a relação de causalidade passa hoje por um processo semelhante ao sofrido pela culpa ao longo dos séculos XIX e XX. Isso porque, com o ocaso da culpa, cabia mais do que nunca ao nexo de causalidade a identificação do responsável.

Primeiramente, houve e tem-se admitido cada vez mais a inversão do ônus probatório – que é o efeito prático da presunção: o réu passa a ter o encargo de provar que não deu causa ao evento danoso. Ou seja: o autor traz indícios suficientes que permitam a presunção de causalidade, apresentando elementos que apontam o dano como consequência típica de determinada atividade; de sorte que a defesa passa a ter o ônus de provar que não se está diante do “esquema típico” invocado pelo autor.

São pertinentes a respeito as palavras de Michele Taruffo (1992: 738):

O fato vem hipotizado como consequência, na verdade pensada *a priori*, da tipicidade do suporte fático; caberá à outra parte provar o contrário, mas neste caso utilizando verdadeiras e efetivas provas, não podendo se valer de indícios típicos. Trata-se, portanto, de demonstrar com provas que o suporte fático não corresponde ao esquema típico invocado pelo autor: mas que fique claro que cabe ao réu, e não ao autor, provar a real evolução dos fatos. (...) Em substância, o mecanismo que aqui se examina não produzi a prova do fato, mas uma modificação no ônus da prova do fato. (...) o juiz, no momento em que considera suficiente que uma parte invoque um esquema indiciário típico sem produzir uma verdadeira prova do fato, deixa à outra parte o ônus de provar o contrário¹.

¹ Tradução livre. No original: “*Il fatto viene invece ipotizzato come conseguenza in realtà scontata a priori, della tipicità della fattispecie; spetterà all'altra parte provare il contrario, ma in questo caso dovrà trattarsi di vere e proprie prove, poiché l'altra parte non potrà avvalersi di alcun indizio tipico. Si tratta anzi di dimostrare con prove che la fattispecie concreta non corrisponde allo schema tipico invocato dall'attore: ma è chiaro allora che è solo il convenuto, non l'attore, a dover provare davvero il reale svolgimento dei fatti. (...) il meccanismo che qui si esamina non produce la prova del fatto, ma una modificazione dell'onere della prova sul fatto. (...) il giudice, nel momento in cui considera sufficiente*”

A pergunta que fica é se chegaremos a ponto de dispensar a comprovação do nexa causal, do mesmo modo que a responsabilidade objetiva dispensa a culpa.

De modo similar ao ocaso da culpa, as tentativas de superação do dogma de certeza na apuração do nexa causal não despontam na via legislativa, mas por meio da doutrina e da jurisprudência. Talvez, como diria Jossierand, estejamos novamente assistindo à evolução da responsabilidade com o mínimo de intervenção legislativa (1941: 559).

Não se pode esquecer, porém, que são essas algumas tendências observadas em um *modelo* jurídico de responsabilidade civil. A responsabilidade pressuposta e a presunção de causalidade se amoldam bem às hipóteses de responsabilidade objetiva, mas ainda subsiste a cláusula geral de responsabilidade subjetiva, especialmente para pessoas físicas que não desenvolvem atividade de risco.

Subsistem, ainda, de modo mais acentuado, posições clássicas (ou conservadoras) de direito e processo civil, apegadas à necessidade de prova e de certeza do vínculo causal. A flexibilização desse modelo para diminuição da exigência de certeza e necessidade da relação de causalidade, em benefício das vítimas de eventos danosos, ainda é incipiente. Sem contar que, como também pontuado, os tribunais ainda aplicam de forma cautelosa o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, atribuindo-lhe efeitos amplos apenas quando se trata de atividades perigosas que desencadeiam perigo excepcional e, sempre que possível, correlacionando a obrigação de reparar aos proveitos resultantes da atividade, quando existem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos debates em torno da teoria do risco, ainda que haja um relativo desinteresse jurisprudencial e a discussão doutrinária não seja uniforme em seus termos, observa-se uma tendência que aponta para a consagração da teoria do risco criado.

O tema tem servido de mote à criação de sofisticadas construções doutrinárias que investigam o próprio fundamento da responsabilidade civil.

Invocando a doutrina francesa contemporânea, Giselda Hironaka fala em exposição ao risco (*mise en danger*) como fundamento para a responsabilidade sem culpa. O agravamento de uma situação perigosa é motivo bastante para reparar o dano. Logicamente isso não é analisado numa relação entre particulares, mas, repita-se, por quem normalmente desenvolve uma atividade econômica de modo organizado.

Havendo parâmetros mais ou menos delimitados para o conceito de atividade de risco normalmente desenvolvida, a doutrina avança pressupondo a responsabilidade a partir da delimitação do que são os efeitos normais dessa atividade desenvolvida.

Na verdade, a responsabilidade civil (ou direito de danos, nomenclatura que vem se consagrando com a nova leitura que prioriza o dano, e não a culpa, como elemento essencial do dever de reparar), ao mesmo tempo em que se sofisticava, por meio da ampliação dos danos indenizáveis e até do modo como se estabelece a relação de causalidade, por outro lado assiste a um movimento de considerável simplificação na perspectiva da vítima. Na realidade, a sofisticação ocorre, em grande medida, como resposta ao esforço de simplificação para o exercício da reparação de danos pela vítima,

che una parte invochi uno schema indiziario tipico senza produrre una vera prova del fatto, a rovesciare sull'altra parte l'onere di provare il contrario".

cuja ampliação diastólica parece ainda não ter encontrado limites ou indícios de retração.

Nesse sentido, todos os obstáculos postos à reclamação da indenização pela vítima parecem ser paulatinamente retirados. Primeiramente, em um grande número de situações não se cogita de provar a culpa do responsável. Em segundo lugar, também não há necessidade de se provar o proveito obtido. A caminho, observam-se ampliadas na doutrina as defesas de presunção de causalidade, que, a partir da teoria do risco criado, presumem a origem de um dano por meio de sua origem típica, de uma atividade normalmente desenvolvida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da codificação**: crônica de um conceito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed., rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Responsabilidade civil no novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 12, n. 48, p. 69-84, out./dez 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 9.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). **Arte jurídica**: biblioteca científica de direito civil e processo civil. Curitiba: Juruá, 2007. v. 2. p. 29-39.

_____. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. Trad. Raul Lima. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 38, v. 86, p. 548-559, abr.1941.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 6, vol. 22, p. 45-69, abr./jun. 2005.

TARUFFO, Michele. Presunzione, inversioni, prova del fatto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, anno 46, n. 3, p. 733-756, sett.1992.