

Expansão da Responsabilidade Civil Objetiva: Análise da (In)Adequação da Inserção no Ordenamento Jurídico de uma Cláusula Geral de Responsabilidade Objetiva

Leandro Navega*

Sumário

1. Introdução. 2. Expansão da Responsabilidade Civil Moderna. 2.1. Dimensões da Expansão. 2.2. Evolução da Responsabilidade Civil Subjetiva (Fundamentada na Culpa) para Responsabilidade Civil Objetiva (Fundamentada no Risco). 2.3. Sistematização da Responsabilidade Civil Objetiva com Fundamento no Risco no Direito Português. 2.4. Sistematização da Responsabilidade Civil Objetiva com Fundamento no Risco no Direito Brasileiro. 3. Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva. 3.1. Apresentação da Problemática. 3.2. Noções sobre o Conceito de Cláusula Geral e Sua Adoção nos Ordenamentos Jurídicos Modernos. 3.3. Análise da Inadequação da Utilização da Cláusula Geral na Hipótese da Responsabilidade Civil Objetiva. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar em pormenores o instituto da responsabilidade civil objetiva com enfoque na teoria do risco, no Direito Português e no Brasileiro, notadamente no tocante à forma que o legislador sistematizou as hipóteses de incidência desse instituto.

Antes de ingressar no polêmico tema proposto, será investigada a evolução da responsabilidade civil, do sistema subjetivo – com culpa – para o objetivo – sem culpa. Em seguida, identificar-se-ão as características de cada sistema (brasileiro e português), em conformidade com a perspectiva da teoria do risco. Estudar-se-ão, ainda, as cláusulas gerais de responsabilidade civil subjetiva nas legislações portuguesa e brasileira, bem como em outros ordenamentos jurídicos.

Proceder-se-á, também, à análise do sistema da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva e sua interpretação pela doutrina. Por fim, será enfrentada a questão do âmbito de aplicabilidade do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, e da incorreção da adoção da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva, comparando-a com o sistema português.

* Doutorando em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Membro do MPRJ. Professor de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes.

2. Expansão da Responsabilidade Civil Moderna

2.1. Dimensões da Expansão

Um dos temas do direito privado que mais evoluiu, certamente em razão do aumento do número de ações e de mudanças na sociedade moderna, foi a responsabilidade civil. Hoje é possível afirmar que se está diante de verdadeira expansão desse ramo do direito privado, o qual tanto influencia as relações sociais atuais.

A doutrina visualiza algumas dimensões da expansão da responsabilidade civil, notadamente o aumento do potencial lesivo da sociedade, a ampliação do conceito jurídico de danos e de suas funções, a utilização da responsabilidade civil em campos que lhe eram estranhos – como, por exemplo, no direito de família – e o afã de proteção da vítima com a erosão dos filtros tradicionais da culpa, nexos causal e dano¹.

O aumento da incidência do seguro de responsabilidade civil em diversas situações, inclusive com hipóteses de sua celebração obrigatória, demonstra que o crescimento das situações de responsabilidade civil objetiva pela teoria do risco vem produzindo efeitos nas relações sociais.

2.2. Evolução da Responsabilidade Civil Subjetiva (Fundamentada na Culpa) para Responsabilidade Civil Objetiva (Fundamentada no Risco)

A responsabilidade civil subjetiva, fundada na culpa, sempre foi o fundamento basilar de todos os ordenamentos jurídicos. A culpa exprime um juízo de reprovabilidade pessoal do agente² e, por isso, a sociedade, que clama por segurança jurídica, tendência a entender que somente poderia uma pessoa ser compelida a reparar o dano que causou na hipótese de ter agido de maneira reprovável, ao menos de modo culposos.

A ideia da responsabilidade fundada na culpa tem uma forte ligação com o respeito pela liberdade da ação humana e econômica, fundamentos dos princípios basilares da Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. Assim sendo, o Código Civil Francês, conhecido por Código Napoleônico, editado em 1804 sob fortes influências da Revolução, preconizou como fundamento basilar do dever de reparar os danos causados a existência da culpa. É fato incontroverso que o Código Civil Francês influenciou outras legislações que preconizaram o mesmo sistema.

A doutrina discutiu muito acerca da definição do exato momento do início do desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil objetiva. É fato incontroverso a importância da doutrina francesa no desenvolvimento da teoria.

¹ SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil, um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea* – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.717/730.

² VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. I, p.566.

Aguiar Dias³, profundo conhecedor do tema, admite a primazia reclamada por Marton para a doutrina germânica, notadamente para Thomassius e Heinecius, ao sustentarem a possibilidade de responsabilização dos incapazes, independentemente de culpa; entretanto, aponta o trabalho de sistematização da doutrina francesa como propulsor da responsabilidade civil objetiva nos ordenamentos jurídicos. Segundo o Aguiar Dias, foram Salleiles e Josseland os precursores da teoria do risco. Diverge, ainda, dos irmãos Mazeud que sustentavam a existência de uma forte influência do positivismo penal em alguns partidários da teoria do risco. O principal fundamento da existência dessa teoria não é a influência do positivismo penal, mas sim o sentimento de solidariedade.

A revolução industrial, responsável pelo crescimento tecnológico e industrial, surge em um momento similar com a concretização da culpa como ponto central da existência do dever de reparar os danos. A revolução trouxe um novo tipo de acidente, agora anômalo e impessoal⁴. Ao mesmo tempo em que ela – a culpa – confere segurança jurídica às pessoas, em outras situações, cria uma imensa dificuldade para alguns lesados verem seus danos reparados. A prova da culpa do lesante, considerando a complexidade das etapas da produção industrial e das evoluções tecnológicas, transformou o elemento propulsor de uma segurança jurídica em obstáculo para a concretização da justiça.

Nos ensinamentos de Antunes Varela, “Torna-se necessário, quando assim seja, temperar o pensamento clássico da culpa com certos ingredientes sociais de caráter objetivo”⁵. A responsabilidade objetiva pelo risco está ligada à ideia de justiça distributiva segundo a qual quem tira o lucro ou de certa forma se beneficia da atividade perigosa criada, causando prejuízos a terceiros, deve suportar os correspondentes encargos⁶. Assim sendo, o direito claramente modifica o seu enfoque; deixa de olhar para o lesante, passando a dar mais atenção à figura do lesado e do próprio dano.

A visualização dessa dicotomia é de extrema importância para a evolução da responsabilidade civil. Ao se verificar que a análise estática da culpa em todos os casos geraria uma grande injustiça, passa-se a aferir conjuntamente o dano. Nessa análise verifica-se a necessidade de aprimoramento do sistema, visto que em algumas situações exigir do lesado a prova da culpa do lesante é conferir a este um ônus tão difícil, que geraria uma grande injustiça no sistema. Segundo Larenz, a ilicitude é o pressuposto fundamental da responsabilidade civil subjetiva, ao passo que a teoria do risco prescinde da ilicitude⁷.

As injustiças geradas pela dificuldade da comprovação da culpa pelo suposto lesante não ensejou o surgimento automático da previsão da responsabilidade civil objetiva. É possível visualizar que a doutrina e a jurisprudência percorreram um longo caminho até o aumento das hipóteses legais da previsão do dever de reparar o dano, independentemente da culpa.

³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. I, p.41-90.

⁴ MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1983. p.11.

⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, p.631.

⁶ MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*, p.11.

⁷ *Ibidem*, p.13/20.

Diante desses fatos, as legislações começaram a preconizar, inicialmente, a possibilidade da inversão do ônus da prova em algumas situações. Cuida-se da chamada responsabilidade civil subjetiva com culpa presumida. Nesse caso, não cabe mais ao lesado comprovar a conduta inadequada do suposto autor do dano. O ônus da prova passa a recair contra esse último, e, em face dessa inversão, transfere-se ao suposto causador do dano o dever de comprovar a atuação em conformidade com os deveres objetivos de cuidado, ou seja, sem culpa, sob pena de ser compelido a reparar o dano causado. No presente caso, a culpa ainda pode ser discutida, diferente do que acontece na responsabilidade objetiva.

Outra forma de diminuir as injustiças geradas pelo rigor da prova da culpa encontra-se em um alargamento da adequação de alguns fatos às hipóteses de responsabilidade civil contratual. Alguns doutrinadores passaram a defender que em certas situações, como por exemplo, no transporte de passageiros, a ocorrência de danos em razão de acidentes gerava o descumprimento do contrato de transporte. Em tal negócio jurídico existia um núcleo essencial – a obrigação de levar o passageiro incólume ao seu destino –, e seu descumprimento, por si só, já fazia nascer o incumprimento contratual e o dever de reparar o dano. O raciocínio ora exposto também era aplicado nos danos ocorridos durante o trabalho, no qual também vigorava um contrato entre empregado e empregador⁸.

A teoria da culpa presumida e a ampliação da incidência das regras da responsabilidade civil contratual foram incontestáveis avanços à mitigação do rigor da teoria subjetivista, que, como já dito, gerava várias injustiças na aplicação das regras de reparação do dano.

Nesse ponto, é inegável a importância dos estudos da Responsabilidade Civil no Direito Francês, no qual a grande batalha entre as teorias subjetiva e objetiva era travada. Discutia-se, inicialmente, qual delas deveria preponderar e ser aplicada; depois, começou-se a verificar a possibilidade da conjugação dos dois sistemas de forma conjunta. A convivência harmônica entre os dois sistemas é atualmente adotada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos; no entanto, é de vital importância tecer alguns comentários sobre os fundamentos doutrinários e históricos de tais divergências⁹.

Raymond Saleilles foi o grande propulsor da teoria objetivista fundada no risco ao interpretar, no ano de 1897, os artigos 1.382 e 1.384 do Código Civil Francês. Na verdade foi reconhecido por toda a doutrina à época, e pelo próprio autor posteriormente, o grande esforço realizado para tentar vislumbrar na legislação francesa uma regra objetiva. A conclusão de Saleilles é totalmente oposta a toda a doutrina que enxergava na expressão *faute* o elemento subjetivo anímico (culpa), fundamento basilar da teoria da responsabilidade civil subjetiva. O enfrentamento do tema é de muita importância para o desenvolvimento da teoria do risco, visto que o autor demonstrava de maneira indiscutível as injustiças causadas pelo sistema legal.

⁸ Nesse sentido: MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*, p.11/40.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.18/21.

A maioria dos autores franceses da época sustentava de maneira ferrenha a interpretação literal do Código Civil Francês de 1804 que possuía uma regra geral de responsabilidade civil subjetiva e, em razão disso, rechaçava por completo a adoção da teoria objetiva. A doutrina não extraía da expressão *faute* nenhuma conotação de objetivação da responsabilidade civil, mas sim a existência de uma cláusula geral da responsabilidade subjetiva¹⁰.

Posteriormente, a própria jurisprudência francesa passou a interpretar as regras do Código Civil de maneira extensiva, conferindo eficácia à teoria da responsabilidade objetiva fundada no risco. A exegese francesa não excluía a responsabilidade subjetiva. Realizou-se um processo interpretativo de disposições do Código Civil, mantendo o princípio da culpa como regra basilar do sistema, e se admitiu a possibilidade de convivência no ordenamento jurídico dos dois sistemas, quais sejam, uma regra geral fundamentada na culpa e a incidência, excepcionalmente, de hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em que o autor do dano responde independentemente da culpa¹¹.

O alargamento feito pela jurisprudência francesa, que acolheu a interpretação extensiva do preconizado no artigo 1.384, nº I, do Código Civil, não ensejou o abandono da teoria subjetiva, mas sim o nascimento de um novo princípio objetivista que acompanhava a evolução da sociedade, principalmente no campo tecnológico e industrial, por intermédio da teoria do risco¹².

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos conjugam as duas teorias, logrando conferir a devida segurança jurídica no estabelecimento da regra geral da responsabilidade civil subjetiva, bem como acompanha a evolução da sociedade ao preconizar hipóteses legais de responsabilidade civil objetiva, a maioria, notadamente, com fundamento no risco.

A sedimentação da responsabilidade civil objetiva nos ordenamentos jurídicos, com fundamento na teoria do risco, tem ensejado uma nova discussão acerca da forma de previsão desse instituto. Por tratar-se de uma situação excepcional, visto que todos os sistemas ainda preconizam a responsabilidade civil subjetiva como regra, as hipóteses de responsabilidade sem culpa são aquelas previstas em lei. Essa conclusão sempre se coadunou com a segurança jurídica exigida pelo sistema. A ideia da culpa como cláusula geral reflete a necessidade do descumprimento de um dever objetivo de cuidado, que tendencia uma segurança nas relações sociais. As pessoas sabem que somente terão o dever de indenizar, em regra, caso atuem com culpa.

2.3. Sistematização da Responsabilidade Civil Objetiva com Fundamento no Risco no Direito Português

O artigo 483¹³ do Código Civil Português identifica o fundamento basilar da responsabilidade civil no sistema jurídico. Não existem dúvidas de que o citado

¹⁰ PREREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p.19.

¹¹ *Ibidem*, p.18.

¹² *Ibidem*, p.19.

¹³ "Aquele que, com dolo ou mera 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."

dispositivo preconiza a cláusula geral fundamentada na culpa. A análise da própria regra demonstra que, para configuração da responsabilidade civil, com o surgimento do dever de indenizar, faz-se necessária a incidência de alguns pressupostos.

Os pressupostos, segundo a doutrina majoritária, são os seguintes: a) a existência de um fato voluntário do agente; b) a ilicitude desse fato; c) a imputação do fato ao lesante; d) a ocorrência de um dano; e) a existência de nexo de causalidade entre o fato e o dano¹⁴.

Na responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, o elemento culpa não é utilizado na aferição do dever de indenizar. A diferença para a responsabilidade subjetiva é exatamente essa. Além desse fato, questão discutida na doutrina portuguesa é se a responsabilidade civil objetiva prescinde da ilicitude.

Interessante verificar se no momento da graduação do dano, ou seja, na quantificação da indenização, é possível analisar a gravidade da culpa. A conclusão é extraída da interpretação das regras dos artigos 494 e 499 do Código Civil Português, que admite expressamente a graduação no caso de mera culpa do lesante. A aplicação do disposto no artigo 494 decorre de uma extensão do tratamento prevista no artigo 499, que determina a aplicação dos preceitos reguladores da responsabilidade civil por atos ilícitos às hipóteses de responsabilidade civil fundamentadas no risco.

No Direito Brasileiro não existe uma regra similar ao disposto no artigo 499 da legislação portuguesa a determinar a aplicação extensiva das regras da responsabilidade civil por atos ilícitos. A inexistência dessa norma não impede a possibilidade da análise da graduação da culpa no momento da fixação do *quantum* a ser indenizado. O artigo 944, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro permite que o magistrado reduza equitativamente a indenização, na hipótese de desproporção entre o dano e a gravidade da culpa. A regra citada encontra-se no capítulo referente à indenização, e não existe nenhuma vedação para sua aplicação nas hipóteses da responsabilidade civil objetiva.

Saliente-se que não existe nenhuma incompatibilidade das regras constantes nas legislações brasileira e portuguesa com o conceito clássico da responsabilidade civil objetiva, em que o elemento culpa não é analisado para aferição da existência do dever de indenizar. A culpa continua sendo desnecessária para verificar se existirá ou não o dever de indenizar. O julgador somente a utilizará, juntamente com a extensão do dano, no momento de quantificar a indenização.

No Direito Português, Antunes Varela¹⁵ afirma que a doutrina já visualizava a necessidade do abrandamento do rigor da teoria clássica subjetivista fundamentada na culpa. E foi nas relações de trabalho que primeiro eclodiu a necessidade de socialização do risco, transferindo para os empregadores a responsabilidade da reparação dos danos sofridos pelos empregados. A evolução industrial e a tecnológica aumentaram os riscos dos empregados, que no início trabalhavam essencialmente de forma artesanal. O maquinário surgido com a revolução industrial e tecnológica aumentou os acidentes de trabalho e a exigência da prova da culpa para reparação do dano que ensejava, em

¹⁴ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.557.

¹⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, p.632/633.

rigor, uma grande injustiça. A complexidade dos equipamentos utilizados e a dificuldade de apontar a culpa do empregador ensejavam sempre o prejuízo ao trabalhador.

Diante desses fatos, começou-se a verificar a necessidade do redimensionamento do risco. “Quem utiliza em seu proveito coisas perigosas, quem introduz na empresa elementos cujo aproveitamento tem os seus riscos; numa palavra, quem cria ou mantém o risco em proveito próprio, deve suportar as consequências prejudiciais do seu emprego, já que deles colhe o principal benefício”¹⁶.

Sinde Monteiro aduz que foi nos acidentes de trabalho que a teoria do risco teve a sua primazia. Posteriormente houve um alargamento para os acidentes de circulação ferroviária, rodoviária e, por fim, aérea¹⁷.

Prima facie, transferiram-se para a seara da responsabilidade contratual os acidentes decorrentes das relações apontadas. A dificuldade de aplicação das regras da responsabilidade extracontratual subjetiva, em que caberia ao suposto lesado comprovar a culpa do autor do dano, tornava totalmente ineficaz a proteção. Já com a aplicação das regras da responsabilidade contratual, presumia-se que o acidente ocorrido gerava o descumprimento do contrato de trabalho pelo empregador, o que facilitava a reparação do dano e, por consequência, diminuía a grande injustiça do sistema¹⁸.

A legislação portuguesa, em consonância com outros ordenamentos jurídicos europeus e pautada nesse ideal de evolução, também visualizou a necessidade de aprimoramento da responsabilidade civil objetiva, o que foi densificado com a edição do Código Civil de 1966, que nos artigos 499 a 510 regulamentam a responsabilidade objetiva fundamentada na teoria do risco, nomeadamente na responsabilidade do comitente, do Estado, em razão de danos causados por animais, por acidente de viação, e por instalações de energia nuclear ou gás.

Ressalte-se que no Direito Português as hipóteses de responsabilidade civil objetiva não estão incluídas somente no Código Civil. A legislação extravagante preconiza outras hipóteses de adoção da teoria do risco, conforme se verifica na responsabilidade civil do produtor, em face de danos ambientais, entre outros.

Na responsabilidade civil do produtor, em razão do grande progresso científico e tecnológico, verificou-se a imperiosa necessidade de uma evolução do sistema clássico da culpa para a teoria objetiva, fundamentada no risco.

A automação do processo produtivo, a produção em série e a distribuição em cadeia são demonstrações claras da dificuldade de se imputar a responsabilidade civil subjetiva ao produtor. O emprego de máquinas cada vez mais complexas e sofisticadas, a fabricação de produtos em massa e a existência de diversos atores na cadeia de produção e distribuição denotam a necessidade de se relativizar o elemento culpa, conforme se verifica no Decreto-lei nº 383/1989¹⁹.

¹⁶ *Ibidem*, p.633.

¹⁷ MONTEIRO, Jorge Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*, p.10/13.

¹⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, p.631.

¹⁹ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p.17/19.

A despeito de preconizar diversas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, especialmente fundamentada na ideia do risco, continua vigorando no ordenamento jurídico português a cláusula da responsabilidade civil subjetiva. A regra é a necessidade da comprovação da culpa para se obter o ressarcimento do dano causado. As hipóteses da responsabilidade objetiva, em que o agente responde independentemente da comprovação da culpa, são excepcionais e estão previstas de forma expressa na lei, conforme regra preconizada no artigo 483.

A legislação portuguesa não adotou, como existe atualmente na legislação brasileira, uma cláusula geral aberta da responsabilidade civil objetiva. As hipóteses de sua incidência estão previstas em lei, conferindo, por consequência, caráter de generalidade somente à responsabilidade subjetiva (nº 2 do artigo 483).

Almeida Costa imputa a razões de certeza e segurança jurídica o fato do legislador português preferir especificar na lei as atividades perigosas constituidoras de fontes de responsabilidade civil objetiva²⁰.

A opção do legislador português, em total consonância com a maioria dos ordenamentos estrangeiros, confere maior segurança jurídica ao indivíduo e demonstra, de maneira irrefutável, a excepcionalidade das hipóteses de objetivação da responsabilidade civil.

A afirmação do parágrafo anterior é corroborada por Antunes Varela, quando diz:

Assim o entendeu o novo Código Civil, proclamando a responsabilidade baseada na culpa como regime geral e limitando a responsabilidade objectiva (fundada no risco) aos casos de danos causados pelos comissários, pelos órgãos, agentes ou representantes do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas, por animais, por veículos e por instalações de energia elétrica ou de gás²¹.

A regra do nº 2 do artigo 493²² do Código Civil Português não preconiza uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. A exegese do dispositivo é clara ao admitir a exclusão do dever de indenizar quando comprovado que o suposto autor “empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias” com o fim de evitar a ocorrência do dano. Trata-se de verdadeira análise da culpabilidade do agente, incompatível com a ideia da objetivação da teoria do risco.

O parágrafo único do artigo 927 do Estatuto do Direito Civil Brasileiro possui uma regra que tendencia uma similitude com a existente na legislação portuguesa, entretanto, há uma diferença que torna os dois sistemas totalmente diferentes.

²⁰ COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p.614/615.

²¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*, p.636.

²² “483 - 2 – Quem causar dano a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizadas, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.”

Enquanto o ordenamento luso permite a discussão da culpa nos casos de incidência do nº 2 do artigo 493, o Código Civil Brasileiro, de maneira inovadora, criou uma cláusula geral aberta de responsabilidade objetiva, não permitindo, conseqüentemente, a discussão da culpa.

A inovação da legislação brasileira, que não encontra paradigma no Direito Comparado, constitui um grande equívoco do legislador, conferindo uma enorme insegurança jurídica às relações sociais com efeitos potencialmente lesivos, conforme será demonstrado no decorrer deste estudo.

2.4. Sistematização da Responsabilidade Civil Objetiva com Fundamento no Risco no Direito Brasileiro

A análise da responsabilidade civil no Direito Brasileiro necessita do estudo do Código Civil de 1916 e sua evolução até o advento do Código atualmente em vigor, que com a nova regra do artigo 927, parágrafo único, inova ao criar uma verdadeira cláusula geral aberta de responsabilidade civil objetiva.

O Código Civil de 1916, editado sob a influência do Código Civil e Napoleônico de 1804, inspirado nos ideais de responsabilidade civil subjetiva, estipulou no artigo 159 uma regra geral fundada na culpa, não prevendo nenhum tipo de normatização das espécies da responsabilidade objetiva. Assim sendo, as hipóteses da responsabilidade objetiva eram somente aquelas preconizadas expressamente em lei e, no caso brasileiro, notadamente nas legislações esparsas.

O Brasil, seguindo o fenômeno da estatutização do direito privado, criou diversos microsistemas legislativos e neles existiam regras expressas admitindo a responsabilidade civil objetiva, como por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Além disso, a Constituição Federal também preconizava hipótese da responsabilidade civil do Estado e dos seus prestadores de serviço, em razão de suas condutas comissivas.

O fato incontroverso é que o sistema anterior não previa uma regra geral de responsabilidade objetiva. As hipóteses eram aquelas expressamente preconizadas em lei, como ocorre em outros ordenamentos jurídicos.

3. Cláusula Geral de Responsabilidade Civil Objetiva

3.1. Apresentação da Problemática

O advento do Novo Código Civil Brasileiro, especialmente o previsto no artigo 927²³, parágrafo único, revolucionou e inovou a normatização da responsabilidade

²³ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

civil objetiva. O ineditismo da previsão legal não encontra respaldo em nenhum outro ordenamento jurídico. Diante disso, de maneira comparativa, o presente trabalho pretende analisar eventual correção do sistema brasileiro, comparando-o com o sistema português.

Faz-se necessário, inicialmente, salientar que o parágrafo único do artigo 927 tem dois regramentos distintos. Na primeira parte do dispositivo, refere-se à possibilidade do legislador elencar outras hipóteses de responsabilidade objetiva, como ocorre no nº 2 do artigo 483 do Código Civil Português; na segunda, traz a aludida inovação. O legislador criou verdadeira cláusula geral da responsabilidade objetiva, adotando a teoria do risco.

O legislador, em vez de elencar as hipóteses em que se aplicariam as regras da responsabilidade objetiva, preferiu transferir ao Judiciário o poder de decisão. No momento em que cria uma regra genérica e aberta com expressões “atividade normalmente desenvolvida” e “implicar, por sua natureza, riscos para o direito de outrem” se escusa de tomar uma decisão que caberia ao próprio Poder Legislativo.

3.2. Noções sobre o Conceito de Cláusula Geral e Sua Adoção nos Ordenamentos Jurídicos Modernos

A utilização de cláusulas gerais abertas e conceitos jurídicos indeterminados, características identificadas por diversos doutrinadores no Novo Código Civil Brasileiro, é uma incontestável inovação, que propicia o acompanhamento jurisprudencial das evoluções da sociedade. A inserção dessas cláusulas é uma atualização de técnica legislativa, exigindo um cuidado especial do intérprete, eis que elas, por si sós, não significam transformação qualitativa do ordenamento, conforme salientado por Gustavo Tepedino. O renomado doutrinador assevera que outros ordenamentos jurídicos, como o Código Civil Alemão de 1896 e o Código Civil Italiano de 1942, e o próprio Código Comercial Brasileiro de 1850, possuem cláusulas gerais e elas não foram capazes, instantaneamente, de modificar o panorama do sistema jurídico, ressaltando a importância dos tribunais nessa exegese²⁴.

Além da necessidade de atenção especial no momento da exegese das cláusulas gerais, conforme salientado por Gustavo Tepedino, é imprescindível que o legislador também não banalize a sua utilização, criando um sistema essencialmente aberto, que, sem sombra de dúvida, é totalmente inseguro para as relações pessoais.

A questão é saber até que ponto a utilização de referido mecanismo legislativo não cria para a sociedade uma situação de insegurança jurídica superior ao seu objetivo. No Direito Privado, principalmente, a utilização das cláusulas gerais deverá ser sempre priorizada? É essa a melhor forma de regulamentar as relações jurídicas privadas? É com essa perspectiva que se deve analisar a clara incorreção da adoção de expressões vagas no artigo 927, parágrafo único, bem como a necessidade da realização de uma exegese restritiva.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.8.

No tocante ao tema, faz-se necessário um pequeno aprofundamento no estudo das cláusulas gerais.

Saliente-se que na cláusula geral existe uma indeterminação legislativa nos dois extremos da estrutura lógico-normativa. Trata-se de uma espécie de texto normativo, em que a hipótese fática antecedente se compõe por termos vagos, e o seu efeito jurídico, por consequência, é indeterminado.

Não é pacífico na doutrina que a consequência deva ser indeterminada. Segundo entendimento esboçado da Professora Cláudia Lima Marques, é possível que as cláusulas gerais venham naquelas regras em que o legislador já estipulou uma consequência jurídica, cabendo ao julgador, aquele que irá colmatar a norma, preencher somente a indeterminação da situação fática relatada, uma vez que a consequência já se encontra prevista em lei. O exemplo acertadamente fornecido é o preconizado no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse dispositivo existe a consequência jurídica determinada, entretanto, o legislador apresenta situações fáticas abstratas que necessitam de uma complementação pelo julgador ao usar a seguinte expressão: “consequências iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada”²⁵.

As cláusulas gerais não se confundem com os conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser referentes aos valores ou à realidade fática. No tocante aos primeiros – aqueles referentes a valores –, trata-se dos que mais se assemelham com as cláusulas gerais, visto que possuem as características da vagueza semântica e reenvio a *standards*. A diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados – aqueles referentes a valores – e as cláusulas gerais reside nas consequências jurídicas advindas das normas. Naquelas que contêm uma cláusula geral, os efeitos jurídicos dependem de uma colmatação a ser realizada pelo julgador, ao passo que, nesse tipo de conceito jurídico indeterminado, as consequências jurídicas já se apresentam na norma²⁶.

Na perspectiva da técnica legislativa, a cláusula geral é uma disposição normativa que usa em seu enunciado uma linguagem intencionalmente aberta, fluida ou vaga, com ampla extensão semântica, dirigida ao julgador com o fito de lhe conferir uma atribuição (mandato) para que, de acordo com o caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, utilizando elementos cuja concretização pode estar fora do sistema. Em conformidade com os ensinamentos de Judith Martins: “estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico”²⁷.

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 43, p.228-232, 2002.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p.303-306.

²⁷ Nesse sentido: *ibidem*, p.303-306.

A atuação do julgador é utilizar os princípios e valores informadores da legislação civil para complementar a situação aventada. É muito difícil avaliar em abstrato quais seriam as situações fáticas capazes de ensejar a aplicação da cláusula geral. Esta deve, sempre, ser analisada no caso concreto.

Ao concretizar as cláusulas gerais o aplicador não pode ignorar eventual consenso social já estabelecido em razão de circunstâncias que necessitam ser examinadas por ele²⁸. As cláusulas gerais são verdadeiros pontos de erupção da equidade²⁹.

Não existe sistema jurídico estruturado apenas com cláusulas gerais. O sistema das regras casuísticas se contrapõe à técnica legislativa das cláusulas gerais³⁰. Esta última, apesar de necessária, gera uma insegurança jurídica maior. Algumas situações, principalmente aquelas destinadas às exceções, não deveriam ser regulamentadas dessa maneira; ao contrário, da mesma forma, um sistema puramente casuístico o tornaria excessivamente rígido, engessando a atuação da jurisprudência e não permitindo um acompanhamento da evolução da sociedade. Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies³¹.

Assim sendo, é indiscutível a necessidade da utilização da técnica legislativa das cláusulas gerais. O clássico método da subsunção do fato à norma, cuja aplicação existe na análise de normas fechadas, não pode ser aplicado nas cláusulas gerais. Nesses casos, o órgão julgador deve utilizar o método da concretização em vez da subsunção³².

Sobre o tema, faz-se mister colacionar os ensinamentos de Larenz, quando este diz que:

Na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de “generalizar” o caso; tem também de “individualizar” até certo ponto o critério; e precisamente por isso, a sua actividade não se esgota na “subsunção”. Quanto “mais complexos” são os aspectos peculiares do caso a decidir, tanto mais difícil e mais livre se torna a actividade do juiz, tanto mais se afasta da aparência da mera subsunção³³.

A doutrina portuguesa vem enfrentando de maneira bastante profunda a questão atinente às cláusulas gerais. Pedro Pais de Vasconcelos afirma que elas exigem

²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.150.

²⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.142.

³⁰ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p.228-229.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.7.

³² Nesse sentido: ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2005. p.597.

³³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p.150.

muito do intérprete, devendo este se debruçar sobre a situação fática concreta e ponderar a consequência da concretização. Afirma, ainda, de maneira peremptória, que esse juízo de valor não pode ser feito de modo arbitrário e, para isso, devem estar explicitados os fundamentos conducentes à decisão, bem como a sua ponderação³⁴.

Alguns doutrinadores trabalham com o conceito do sistema jurídico norte-americano dos *standards* como o instrumento metodológico adequado ao tratamento jurídico e à concretização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. A ideia de *standards* se amolda a um padrão ou tipo médio de conduta aceitável; eles são eminentemente evolutivos e mutantes, e o seu conteúdo deve ser determinado em conformidade com uma ligação com a realidade social em que vigoram e na qual são utilizados³⁵.

3.3. Análise da Inadequação da Utilização da Cláusula Geral na Hipótese da Responsabilidade Civil Objetiva

As hipóteses da responsabilidade civil objetiva, conforme demonstrado de maneira exaustiva no Direito Português, estão especificadas em lei, criando maior segurança jurídica para a sociedade. A sua configuração é verdadeira exceção no ordenamento jurídico luso, logo são interpretadas restritivamente e exigem previsão legal. A regra continua sendo a da responsabilidade civil subjetiva, fundada no elemento culpa.

O ineditismo da criação de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva da legislação brasileira, além de se vista com surpresa por vários doutrinadores, não encontra nenhuma semelhança em outra legislação.

No Direito Comparado, os ordenamentos jurídicos, seguindo a linha hoje adotada em Portugal, mantêm em seus sistemas a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, fundamentada na culpa, e, excepcionalmente, com situações previstas de maneira detalhada na lei, preconizam a incidência do dever de indenizar independentemente da culpa, ou seja, a responsabilidade civil objetiva.

O Código Civil Francês, no artigo 1.382³⁶, prevê a hipótese da responsabilidade civil subjetiva como regra e não faz nenhuma menção expressa à responsabilidade objetiva, inexistindo cláusula geral nesse sentido.

O artigo 2.043 do Código Civil Italiano³⁷ preconiza também uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva. Na mesma forma da legislação francesa, não houve previsão geral de admissibilidade da responsabilidade civil objetiva fundamentada na teoria do risco.

³⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.397/398.

³⁵ *Ibidem*, p.399.

³⁶ “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par faute duquel il est arrivé, à le réparer.*” (Tradução livre para este estudo: “Todo ato cometido por qualquer pessoa, que cause a outro um prejuízo, obriga aquele que o praticou a repará-lo.”)

³⁷ “*Risarcimento per fatto illecito – Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*” (Tradução livre para este estudo: “Indenização por ato ilícito – Qualquer ato doloso ou culposo, que ocasione a outrem um prejuízo injusto, obriga aquele que praticou o ato a indenizar o prejuízo.”)

O Código Civil Espanhol, no artigo 1.902³⁸ e o Código Federal Suíço das Obrigações no artigo 41 acompanham todos os ordenamentos acima citados estipulando como regra geral a responsabilidade civil fundamentada na culpa.

O Direito Alemão, no parágrafo 823, confere um valor de extrema importância à culpa como elemento essencial à responsabilidade civil, conforme se observa no texto colacionado a seguir:

Quem, por dolo ou negligência, lesar, antijuridicamente, a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer um outro direito de uma pessoa, estará obrigado, para com essa pessoa à indenização do dano aí resultante. Igual obrigação incumbe àquele que infringiu uma lei destinada à proteção de um outro. Se, de acordo com o conteúdo da lei, for possível, mesmo sem culpa, uma infração desta, só caberá a obrigação de indenização no caso de culpa.³⁹

A doutrina alemã visualiza uma grande fraqueza da responsabilidade extracontratual e uma generosidade da contratual. Existe, assim, uma grande dificuldade da vítima fundamentar sua demanda em regras atinentes ao cometimento do ato ilícito extracontratual. O ordenamento germânico não dispõe de uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva, conforme preconizado no sistema francês. Apesar da tentativa de trazer o sistema francês para o ordenamento jurídico germânico, aquele foi rechaçado na elaboração do projeto do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, o Código Civil Alemão. O parágrafo 704 do primeiro anteprojeto possuía uma cláusula geral fundada na culpa, que foi posteriormente suprimida⁴⁰.

A regra básica da responsabilidade civil fundamentada na culpa encontra-se no parágrafo 823, I, do *BGB*, que apresenta um rol de bens jurídicos merecedores de proteção: “propriedade, integridade física, liberdade pessoal e demais bens jurídicos”. Repita-se, inexistente cláusula geral de responsabilidade subjetiva. O uso da expressão *bens jurídicos* poderia denotar uma tentativa de abrir o conceito permitindo uma liberdade maior para os julgadores. Sucede que a jurisprudência não interpretou dessa maneira, salientando os perigos da adoção de uma cláusula geral⁴¹.

É evidente que os ordenamentos elencados adotam, excepcionalmente, a teoria do risco, entretanto, não o fazem com uma cláusula geral aberta, na mesma forma da normatização existente no Direito Português.

³⁸ “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. (Tradução livre para este estudo: “Aquele que por ação ou omissão causa dano a outro, havendo culpa ou negligência, está obrigado a reparar o dano causado”).

³⁹ DINIZ, Souza. *Código Civil alemão traduzido*. Rio de Janeiro: Record, 1960, parágrafo 823.

⁴⁰ SCHIMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea* – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa, p.730/739.

⁴¹ *Ibidem*, p.731.

É indiscutível o aumento, com o decorrer do tempo, da aplicação da teoria do risco. A sociedade evolui. A complexidade das relações jurídicas vem aumentando de maneira avassaladora. As etapas dos processos industrial e tecnológico dificultam a aplicação da regra clássica da culpa. O legislador brasileiro e a jurisprudência vêm acompanhando essas modificações, como por exemplo, na responsabilidade civil atinente às relações de consumo e ambiental.

Apesar disso, a doutrina vislumbra excesso de adoção da teoria do risco, já visualizando uma possível previsão de cláusulas gerais. A propósito do tema, Almeida Costa assim leciona: “Perante um crescimento desordenado da teoria do risco, que se verifica em certos países, não surpreende que chegue a pensar-se na introdução de uma cláusula geral relativa a essa matéria.”⁴²

A questão posta é o excesso cometido ao se inserir uma cláusula geral aberta em uma situação excepcional. Resta saber, por fim, como serão interpretados pela doutrina os citados regramentos. Desde já, é salutar esclarecer que a situação elencada na segunda parte do parágrafo único – por ser excepcional, uma vez que a regra continua sendo a responsabilidade subjetiva – deve ser interpretada de forma restritiva.

Humberto Theodoro Júnior aduz que o Novo Código Civil manteve o compromisso com a responsabilidade delitual subjetiva, entretanto, ao adotar a cláusula geral de responsabilidade objetiva, conferiu uma abertura maior do sistema em termos vagos e genéricos, transferindo para o juiz a tarefa de conceituar o que seja atividade de risco, caso a caso. Isso representa claro perigo de alargamento desmesurado da responsabilidade sem culpa, contrariando a própria orientação de prestigiar como principal a responsabilidade fundamentada na culpa⁴³.

Silvio de Salvo Venosa, concordando com a preocupação de Humberto Theodoro Júnior, esclarece que o parágrafo único do artigo 927 transferiu para a jurisprudência a obrigação de conceituar atividade de risco casuisticamente. O renomado doutrinador entende discutível a conveniência de uma norma genérica nesse sentido. Na sua concepção seria mais adequado manter nas rédeas do legislador a definição das situações da aplicação da teoria do risco⁴⁴.

Parte da doutrina sustenta que é inadmissível a interpretação restritiva do disposto na cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil por se tratar de retrocesso inaceitável. Para essa parcela, é necessário que a doutrina e a jurisprudência deixem de lado a ideia da culpa, visto que esta vem fundamentando uma iniquidade sem dimensões⁴⁵.

A tese sustentada não merece ser acolhida. A necessidade de um alargamento das hipóteses da responsabilidade objetiva é um elemento que não pode ser

⁴² COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p.529/530.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III, t. II, p.29.

⁴⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, .2003. Vol. IV, p.15.

⁴⁵ GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.82/84.

fundamento para a criação de uma cláusula geral, que irá gerar uma insegurança jurídica muito grande. O casuísmo, efeito lógico da adoção da cláusula geral, demonstra os efeitos nefastos que pode gerar a interpretação extensiva da regra em comento.

A tentativa de alargamento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva ao simples argumento da despatrimonialização do direito civil, da necessidade da aplicação do princípio da dignidade humana ou da ideia da mudança completa do enfoque do risco para a solidariedade não merece ser acolhida, pois essas hipóteses são fundamentos vagos e incompatíveis com a segurança necessária nas relações sociais.

Fernando José Bronze identifica a vaguidade predicativa das cláusulas gerais que ensejam a imprecisão dos critérios de aplicação, devendo ser usadas, com maior frequência, em relação a questões técnica e de difícil enumeração. O renomado doutrinador salienta que o princípio da segurança jurídica se relaciona com a transparência da situação jurídica, devendo ela se revelar facilmente cognoscível, com total confiança, por qualquer pessoa interessada, que não pode, de maneira alguma, ser arbitrariamente subvertida. A estabilidade e a paz jurídicas são fundamentos de uma sociedade que propugna pela clareza do direito⁴⁶.

A resposta a como o julgador deve colmatar a cláusula geral da responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro não é simples e nem deve ser analisada sem aferir a evolução histórica e os fundamentos basilares de um sistema onde vigora a regra geral da responsabilidade civil subjetiva.

A sustentação, em abstrato, de que a ideia da cláusula geral da responsabilidade civil objetiva se coaduna com o novo direito civil-constitucional e o princípio da dignidade da pessoa humana não se coaduna com a melhor interpretação do direito privado.

A cláusula geral existente, como já dito, apesar da discordância da sua previsão, não padece de nenhuma inconstitucionalidade, devendo a doutrina enfrentar a melhor forma de interpretá-la, em consonância com os ditames do direito privado.

A demonstração da correta forma de especificação das hipóteses de incidência da teoria do risco no Direito Português, bem como em outras legislações, indica, desde já, a necessidade de uma interpretação restritiva da cláusula geral prevista no Direito Brasileiro.

Além disso, conforme já explanado, a doutrina estrangeira, conforme posicionamento de Almeida Costa já esposado, sustenta que a ideia de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, *de lege ferenda*, no direito poderia ensejar uma grande insegurança jurídica nas relações, nomeadamente em face da grande dificuldade da sua delimitação⁴⁷.

Diante desse cenário, deve a doutrina brasileira acompanhar o escopo da doutrina portuguesa, mantendo a responsabilidade civil subjetiva, fundamentada na culpa, como regra geral do sistema; e a responsabilidade objetiva, por sua vez, continuaria sendo exceção, apesar da necessidade de seu alargamento acompanhando a evolução, mediante previsão legal.

⁴⁶ BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p.487.

⁴⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*, p.614.

A interpretação da citada regra necessita de uma análise de suas expressões de forma individualizada. O que significa “atividade normalmente desenvolvida”? O que se deve entender “por sua natureza implicar risco”? A análise dessas expressões é muito importante para evitar uma transformação completa no sistema, a gerar um alto grau de insegurança jurídica.

A expressão “nos casos previstos em lei” denota que as hipóteses de responsabilidade objetiva previstas na legislação extravagante continuam em vigor. Na verdade, a cláusula geral foi somente uma ampliação genérica e não uma revogação total do sistema anterior.

Sérgio Cavalieri Filho vislumbra na expressão “atividade normalmente desenvolvida” a palavra-chave para saber o real alcance da norma. Inicialmente, o doutrinador elenca diversos sentidos conferidos à palavra atividade, demonstrando, desse modo, o equívoco do legislador em conferir tamanha subjetividade ao julgador, competente para colmatar a cláusula geral⁴⁸.

Ao discorrer sobre o sentido da palavra atividade, de maneira acertada, Cavalieri Filho defende que o objetivo do legislador foi estabelecer uma cláusula geral que abarcasse toda a vasta área de serviços. Outro fundamento apresentado, que é o elemento histórico, de grande importância para a definição do real sentido da regra, demonstra que o objetivo não era conferir uma interpretação extensiva ao termo “atividade”.

O projeto do atual Código Civil foi elaborado em 1970, época em que a legislação extravagante, notadamente o Código de Defesa do Consumidor, principal ato normativo que alargou as hipóteses de responsabilidade objetiva no ordenamento, ainda não estava em vigor. Logo, verifica-se com facilidade que o objetivo do projeto era alcançar as situações posteriormente regulamentadas pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

A interpretação literal do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil pode transformar a responsabilidade civil subjetiva em verdadeira exceção, principalmente pelo fato de quase todas as atividades da sociedade moderna implicarem algum risco.

O termo atividade, como bem salienta Cavalieri Filho, não pode ser interpretado no sentido de qualquer ação ou omissão, sob pena de se conferir a mesma interpretação do artigo 186 que preconiza os requisitos da responsabilidade subjetiva, no qual são usadas as mesmas expressões, ou seja, ação ou omissão. Nessa perspectiva, o uso da palavra atividade, em conformidade com os ensinamentos do renomado doutrinador, significa: “a conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma empresarial para realizar fins econômicos”⁴⁹.

Além disso, no tocante à expressão “por sua natureza e risco”, é necessário restringir o seu campo de aplicação, sob pena de se aplicar a responsabilidade objetiva em situações nas quais classicamente o elemento culpa é imprescindível, como na

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. XIII, p.148.

⁴⁹ FILHO, Sérgio Cavalieri; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*, p.147/148.

hipótese da responsabilidade civil médica. A doutrina utiliza a clássica divisão de obrigação de meio e de resultado, admitindo-se a incidência do parágrafo único do artigo 927 somente nas obrigações de resultado. Nesse diapasão, seria necessário também comprovar o descumprimento do dever de vigilância exigível para possibilitar a aplicação da cláusula geral⁵⁰.

Saliente-se que é prudente, como está normatizado no Direito Português, que o legislador crie regras específicas para as hipóteses da responsabilidade civil objetiva. Assim, será possível uma previsão casuística sobre a situação concreta, obstando a criação de uma insegurança jurídica indesejável. O exemplo clássico desse efeito reside na responsabilidade civil decorrente de acidente de trânsito. O Direito Português possui regramento específico e detalhado sobre a responsabilidade civil decorrente de acidente de viação, notadamente nos artigos 503 e seguintes, que é objetiva. O legislador português, considerando o rigor adotado, normatizou de maneira detalhada e criou um sistema rigoroso do seguro obrigatório de responsabilidade civil para automóveis.

A transmutação para o Direito Brasileiro da responsabilidade objetiva em face de acidentes de trânsito, utilizando-se para isso a cláusula geral, é perigosa e irá gerar uma insegurança indesejada. O aumento do rigor na responsabilidade civil no trânsito é imprescindível, e uma evolução para a responsabilidade sem culpa é clara nos ordenamentos jurídicos europeus. Cabe ao legislador brasileiro definir regras claras e detalhadas desse tipo de responsabilidade.

Referências

- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. Vol. XIII.
- COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. I.
- DINIZ, Souza. *Código Civil alemão traduzido*. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9ª ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

⁵⁰ FILHO, Sérgio Cavaliéri; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*, p.149/151.

GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, nº 43, p.228-232, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”*: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Estudos sobre a responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1983.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHIMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil, um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. III, t. II.

VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. Vol. I.

VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. Vol. IV.