



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO

ARLEY DIEMINGER RODRIGUES

**ENTRE O RISCO CRIADO E O RISCO-PROVEITO:** uma discussão acerca da cláusula geral de responsabilidade objetiva do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002

BELÉM  
2019

ARLEY DIEMINGER RODRIGUES

**ENTRE O RISCO CRADO E O RISCO-PROVEITO:** uma discussão acerca da cláusula geral de responsabilidade objetiva do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Pará.

Orientador: Prof. Dr. João Daniel Macedo Sá.

BELÉM

2019

ARLEY DIEMINGER RODRIGUES

**ENTRE O RISCO CRADO E O RISCO-PROVEITO:** uma discussão acerca da cláusula geral de responsabilidade objetiva do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Pará.

Data de aprovação: \_\_/\_\_/\_\_\_\_

**Banca Examinadora:**

---

Prof. Dr. João Daniel Macedo Sá  
Orientador - UFPA

---

Prof. Dr. Ricardo Araújo Dib Taxi  
Examinador Interno - UFPA

---

Prof. Me. Daniel Silva Fampa  
Examinador Externo – ESAMAZ/ESMAC

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, pela orientação, apoio e suporte durante toda a minha vida, especialmente no curso da graduação. Sem eles, o presente trabalho jamais teria chegado ao fim, posto que sequer teria começado.

Ao meu orientador, Prof. Dr. João Daniel Macedo de Sá, por toda ajuda e direcionamento na elaboração da presente monografia. Graças ao seu cuidado, experiência e minuciosa análise, a monografia em vista tornou-se mais completa e abrangente.

Ao meu grupo de trabalho e seus componentes, Anamaria Ferreguete Crispino Cunha, Erica Pinheiro De Albuquerque Leal, Fellipe De Sousa Pantoja e Paula Martyres Gueiros. Mais que um grupo de trabalho, no decorrer da graduação vocês se revelaram verdadeiros amigos, sempre compreensivos e dispostos a auxiliar aqueles que necessitassem.

Aos amigos Maria Eduarda Dias Fonseca, Thalys Augusto Nunes De Melo e Fabricio Gomes Mendes, por todo apoio e contribuição no desenvolvimento do trabalho. Sem a sua ajuda, este trabalho jamais seria possível.

## RESUMO

A presente monografia teve por objetivo analisar, a partir de uma visão civil-constitucional, as subteorias da teoria do risco, a fim de identificar qual delas melhor se aplicaria ao Código Civil de 2002 em sua cláusula geral de responsabilidade objetiva, constante do parágrafo único do artigo 927. Para tanto, utilizamos o método analítico-crítico, por intermédio da leitura de artigos científicos, dispositivos legais, decisões judiciais, livros doutrinários e revistas eletrônicas. Nesse sentido, observamos a indefinição, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca de qual subteoria do risco melhor se aplicaria à cláusula geral de responsabilidade objetiva do Código Civil de 2002. Constatou-se que a controvérsia pareceu residir entre as subteorias do risco profissional, do risco-proveito e do risco criado, sendo as duas últimas consideradas o maior alvo de divergências. Foi possível concluir que a subteoria do risco-proveito seria a que mais se coadunaria com as demandas do ordenamento jurídico, considerando que ela mostrou-se ser a subteoria que melhor conciliaria as demandas do princípio da solidariedade com as do princípio da liberdade.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Objetiva. Teoria do Risco. Risco Proveito. Risco Criado. Risco Profissional. Cláusula Geral de Responsabilidade Objetiva. Código Civil de 2002. Parágrafo Único do Artigo 927.

## ABSTRACT

The purpose of this study was to analyze, from a civil-constitutional perspective, the sub-theories of the risk theory, in order to identify which would best apply to the 2002 Civil Code in its general objective liability clause, contained in the sole section. For this goal, we use the analytical-critical method, through the reading of scientific articles, legal provisions, court decisions, doctrinal books and electronic journals. In this regard, we note the uncertainty, both regarding doctrine and case law, as to which sub-theory of risk would best apply to the general objective liability clause of the 2002 Civil Code. It was found that the controversy appeared to lie among the sub-theories of occupational risk, benefit risk and the risk created, the last two being considered the major target of divergences. Thus, we conclude that the risk-benefit sub-theory would be the most in line with the demands of the legal system, since we believe it to be the sub-theory that best reconciles the demands of the principle of solidarity with those of the principle of freedom.

**Key-words:** Civil right, Civil responsibility, Objective responsibility, Risk theory, Benefit risk, Risk created, Occupational risk, General objective liability clause, 2002 Civil Code, Sole section of article 927.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 BASES DOUTRINÁRIAS NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO DO DEBATE .....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Os Princípios Constitucionais Envolvidos na Discussão .....</b>	<b>9</b>
<b>2.2 A Construção Geral Da Teoria Do Risco E Suas Subteorias .....</b>	<b>16</b>
2.2.1 A Construção Geral Da Teoria Do Risco .....	16
2.2.2 Subteorias Do Risco .....	19
<b>3 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....</b>	<b>23</b>
<b>3.1 Ponderações Introdutórias Sobre O Parágrafo Único do Artigo 927.....</b>	<b>23</b>
<b>3.2 A Cláusula Geral De Responsabilidade Objetiva.....</b>	<b>28</b>
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>37</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>39</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002 estabelece a chamada cláusula geral da responsabilidade objetiva. Ela é um dos signos da grande mudança de paradigma trazida pelo atual Código Civil no ordenamento jurídico civilista, ao fazer penetrar novos valores nesta *seara* do Direito.

Entretanto, a responsabilidade objetiva não era estranha ao nosso ordenamento, existindo em uma série de leis esparsas, como no Código de Defesa do Consumidor e na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Contudo, sua alçada ao Código Civil como uma das cláusulas gerais de responsabilidade trouxe centralidade ao tema e, como tal, uma série de problemáticas acerca da sua aplicação e interpretação, bem como o seu papel e posicionamento no ordenamento jurídico civilista.

Especificamente quanto a este trabalho, será explorada a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à interpretação dessa cláusula geral de responsabilidade objetiva, mais especificamente, qual das subteorias da teoria do risco melhor se aplicaria ao Código Civil de 2002.

Esta discussão, apesar de ter as aparências de questão essencialmente teórica, tem relevância prática, haja vista influenciar na abrangência dos casos submetidos à responsabilidade objetiva, facilitando ou dificultando a reparação da vítima de um dano.

A fim de se comprovar o supramencionado, nos serviremos de três julgados, ilustrativos tanto da divergência jurisprudencial acerca da interpretação do mencionado dispositivo, quanto dos impactos práticos que essa indefinição ocasiona.

Dessa forma, inicialmente analisaremos o princípio da solidariedade, diretriz adotada pelo Código Civil de 2002 que possibilitou a inserção da teoria objetiva nos confins da responsabilidade civil.

Após, será analisado o princípio da livre-iniciativa, valor constitucional que frequentemente deve ser ponderado com o princípio da solidariedade para fins de melhor compreensão do instituto consagrado na parte final do parágrafo único do artigo 927.

Posteriormente, será explicada a teoria do risco e suas subteorias, a fim de se construir a base necessária à exposição da divergência doutrinária acerca da cláusula geral de responsabilidade objetiva consagrada pelo Código Civil de 2002.

Por fim, será abordada a divergência doutrinária e jurisprudencial existente no que concerne a definição de qual das subteorias do risco melhor se aplicaria à cláusula geral do

parágrafo único do artigo 927, buscando demonstrar qual delas seria a mais adequada de acordo com uma análise civil-constitucional do dispositivo em comento.

## 2 BASES DOUTRINÁRIAS NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO DO DEBATE

### 2.1 Os Princípios Constitucionais Envolvidos na Discussão

Antes de adentrarmos na discussão acerca de qual subteoria do risco que melhor se aplicaria à cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, faz-se importante tratar acerca dos princípios da solidariedade e da liberdade.

Dessa forma, iniciaremos o tópico tecendo algumas considerações acerca do princípio cuja inserção nos ordenamentos jurídicos foi o maior responsável pela adoção da teoria do risco, o princípio da solidariedade.

O chamado princípio da solidariedade é fruto da chamada 3ª dimensão dos direitos humanos. Acerca da chamada teoria das dimensões de direitos, assim dispõe Ramos (2015, p. 125):

A afirmação histórica dos direitos humanos é marcada pela *mutação* e constante *renovação*, desde a Antiguidade aos dias de hoje. Por isso, a abordagem tradicional do conteúdo dos direitos humanos é a da chamada “*geração de direitos*”.

Tal teoria foi lançada pelo jurista francês de origem checa, KAREN VASAK, que, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos no ano de 1979, classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características próprias. Assim, a teoria geracional dos direitos humanos divide os direitos protegidos em três (para alguns, quatro) gerações.

Dessa forma, de acordo com o doutrinador, há uma teoria, chamada teoria das dimensões de direitos humanos, que data de 1979, e classifica os direitos humanos, de acordo com suas características, em 3 dimensões.

Nesse momento, cabe fazer uma ressalva terminológica acerca do porquê da utilização do termo “dimensões de direitos humanos” ao invés de “gerações de direitos humanos”, tal qual é utilizado pelo autor citado.

Apesar do termo “gerações de direitos humanos” ser muito utilizado entre os doutrinadores pátrios, os estudiosos da área dos direitos humanos criticam veementemente a utilização desse termo, haja vista transmitir uma ideia equivocada acerca dos direitos humanos. Nesse sentido, assevera Tavares (2016, p. 353):

É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”.

A razão para tanto é também esclarecida pelo autor:

A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos. De qualquer forma, em sua totalidade, esses direitos “encarnam la dinidad del hombre”. E, mais do que isso, há uma mútua implicação inegável entre os diversos direitos, especialmente entre direitos pertencentes a dimensões supostamente separadas. (TAVARES, 2016, pp. 352-353).

Dessa forma, a nomenclatura “gerações de direitos humanos” não é bem vista entre os estudiosos da área em razão do termo “geração” passar a ideia de substituição dos direitos humanos, como se uma dimensão substituísse a outra. Na verdade, o que ocorre é uma interação entre as dimensões, de forma que uma geração interage com a outra, redefinindo-a, sem jamais apagá-la.

Isso ocorre em razão da natureza humana, mais precisamente, da inesgotabilidade das necessidades humanas, por estarem em constante redefinição e recriação. Tal quadro acarreta as várias dimensões em que se projeta a dignidade humana e, conseqüentemente, as várias dimensões em que se projetam os direitos humanos, com o intuito de proteger as referidas dimensões da dignidade.

Compreendida a ressalva terminológica feita acima, passaremos agora à análise da história do instituto, ou seja, passaremos à pesquisa do conjunto fático que deu ensejo a essa nova dimensão da dignidade, representada pela 3ª dimensão dos direitos humanos.

Acerca dos motivos que ensejaram a percepção desta nova vertente em que se projetava a dignidade humana, assim dispõe Ramos (2015, p. 128):

São os chamados *direitos de solidariedade*. São frutos da descoberta do homem vinculado ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana.

Desse modo, a 3ª dimensão dos direitos humanos, também chamados de direitos de solidariedade, são frutos da percepção da relação de necessidade entre o homem e o planeta Terra, planeta esse entendido como astro com recursos finitos, da divisão desigual de riquezas, e das constantes ameaças à sobrevivência da espécie humana.

Sobre o objeto da referida dimensão de direitos humanos, asseveram de modo preciso Araújo e Nunes Júnior (2015, p. 158):

Depois de preocupações em torno da liberdade e das necessidades humanas, surge uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada. A essência desses direitos encontra-se em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, constituindo mais uma conquista da humanidade no sentido de ampliar os horizontes de proteção e emancipação dos cidadãos.

Enfoca-se o ser humano relacional, em conjunção com o próximo, sem fronteiras físicas ou econômicas. O direito à paz no mundo, ao desenvolvimento econômico dos países, à preservação do ambiente, do patrimônio comum à humanidade e à comunicação integram o rol desses novos direitos. Se a tecnologia e as novas formas de relacionamento social e econômico criaram outras formas de submissão do ser humano, cabe ao direito constituir meios para sua alforria.

Assim, os chamados direitos de solidariedade têm por objeto a essência do ser humano, sua razão de existir, o destino da humanidade. A lógica dos referidos direitos opera por meio do pensamento do ser humano enquanto gênero, e não como indivíduo ou simples coletividade determinada, ao contrário das dimensões anteriores.

Desta feita, a essência dos direitos de 3ª dimensão centra-se na ideia de solidariedade e fraternidade, e na compreensão do ser humano como ser relacional, que depende e necessita do outro – este outro em sentido amplo, para incluir, inclusive, o planeta Terra – para o pleno desenvolvimento de sua dignidade.

Em nossa Constituição, o princípio da solidariedade foi albergado no artigo 3º, inciso I, ao dispor que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
 I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
 II - garantir o desenvolvimento nacional;  
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

Desse modo, o princípio da solidariedade encontra-se albergado de maneira explícita na Constituição da República Federativa do Brasil no inciso I do seu art. 3º, ao dispor que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade solidária”.

Sobre o processo que permitiu a previsão nas constituições do princípio da solidariedade, assim dispõem Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 43):

A partir da segunda metade do século XX, as Constituições deixaram de ser meras cartas de intenções políticas, abrangendo a partir de então um extenso rol de direitos fundamentais, traduzindo um novo vetor axiológico: desloca-se o eixo valorativo do ordenamento, transferindo-se o indivíduo hipervalorizado dos códigos para o ser humano concreto que lhe é subjacente, portador de especial dignidade. Rompe-se a lógica patrimonial assentada na premissa da vontade, a partir de uma diferente metodologia que aprecia a pessoa a partir de sua inserção no meio social.

Desse modo, a inclusão do princípio da solidariedade na Constituição de 1988 coincide com um processo maior que se operava no Direito Constitucional, no plano internacional, na segunda metade do século XX, pelo qual as constituições deixam de ser meras cartas de intenção para adquirir força normativa concreta no ordenamento jurídico, contendo, ademais, uma série de direitos fundamentais.

Por meio deste movimento, chamado de Neoconstitucionalismo, houve um deslocamento no eixo valorativo do ordenamento: passa-se do indivíduo abstrato ao ser humano concreto, possuidor de dignidade.

Acerca da importância do princípio da solidariedade, ressaltam Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 44):

A Constituição Federal de 1988 consagrou um Estado Democrático de Direito funcionalizado à efetivação de direitos fundamentais e, entre os objetivos fundamentais da República, priorizou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, CF). Em seguida, concretizou a convocação à fraternidade com a meta de erradicação da pobreza e marginalização, além da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Não há dúvida de que a diretriz da solidariedade se converteu em finalidade primordial, além de vetor interpretativo para qualquer ato normativo. Essa atuação promocional, vazada na procura pela justiça distributiva e igualdade substancial, objetiva superar uma visão míope e egoística do direito.

Desse modo, a solidariedade é finalidade primordial e vetor interpretativo para qualquer ato normativo, residindo aí a sua importância. Por meio dele, há a superação de uma visão egoística do direito em prol de uma solidária, calcada na mútua cooperação nas relações privadas. Nesse sentido expõe Carnacchioni (2012, p. 71):

A solidariedade social pode ser extraída da Constituição Federal. Segundo o disposto no artigo 3º, inciso I, da CF, constitui objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre justa e solidária. A solidariedade implica em mútua cooperação nas relações privadas. Não se trata de uma ideia romântica, mas sim de um princípio base, valor fundamental a ser buscado, com força jurídica.

Apesar de, como visto, o princípio da solidariedade já estar previsto desde 1988 explicitamente no ordenamento pátrio, foi só com o advento do Código Civil de 2002 que ele adquiriu o devido status dentro do direito privado. Nesse sentido, Gonçalves assevera o seguinte acerca do Código Civil de 2002:

O Código Civil de 2002 tem, como princípios básicos, os da socialidade, eticidade e operabilidade.  
O princípio da *socialidade* reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.  
Com efeito, o sentido social é uma das características mais marcantes do novo diploma, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Beviláqua. (GONÇALVES, 2012, pp. 41-42).

Dessa forma, com o advento do Código Civil de 2002, o princípio da solidariedade adentra definitivamente no Direito Civil para ocupar uma posição de centralidade, tornando-se, inclusive, princípio básico aplicável a todo o Direito Privado.

Essa posição de centralidade ocupada pelo princípio da solidariedade no novo Código Civil o coloca em claro contraste com o Código Civil de 1916, que era pautado pelo individualismo, no mais claro tom dado pela Revolução Francesa. Nesse sentido, Tartuce, ao dispor acerca do princípio da solidariedade, pontua que “Por esse princípio, o Código Civil de 2002 procura superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra *nós*, em detrimento da palavra *eu*” (TARTUCE, 2016, p. 81).

Especificamente quanto ao que nos interessa, ou seja, na órbita da Responsabilidade Civil, o princípio da solidariedade foi inserido causando diversas repercussões. Quanto aos impactos causados na seara da responsabilidade civil pelo princípio da solidariedade, cumpre destacar as considerações feitas por Farias, Rosenvald e Netto (2017, p. 45):

O princípio da solidariedade penetra decisivamente no direito de danos para promover um giro copernicano na matéria. Talvez o mais significativo em termos de solidariedade seja a passagem de um estado de responsabilidade para outro de *corresponsabilidade*, no qual todos atuam conjuntamente para a obtenção de certo resultado, estipulando consensos mínimos para rechaçar aquilo que é intolerável. Assim, o foco da responsabilidade civil é deslocado da sanção ao ofensor para a tutela do ofendido. Ao invés de buscar um culpado pela prática de um ilícito danoso – avaliando-se a moral de sua conduta –, quer-se encontrar um responsável pela reparação de danos injustos, mesmo que este não tenha violado um dever de conduta (teoria objetiva), mas simplesmente pela potencialidade de risco inerente à sua atividade ou por outras necessidades de se lhe imputar a obrigação de indenizar (v.g. preposição, titularidade de direitos, confiança etc.). A solidariedade determinará ainda a edificação de um conceito de causalidade normativo, no qual, independentemente da capacidade do ofendido de provar o liame natural entre o fato do agente e a lesão, a responsabilidade surgirá pelo apelo à necessidade de se conceder uma reparação.

Dessarte, a inserção do princípio da solidariedade promoveu diversas alterações na seara da Responsabilidade Civil. Inicialmente, promoveu a passagem do que os referidos autores chamam de um “estado de responsabilidade” para um “estado de corresponsabilidade”, onde todos atuam conjuntamente para a obtenção de certo resultado, de modo a rechaçar aquilo que é intolerável.

Com isso, o referido princípio mudou o foco da responsabilidade civil da sanção do ofensor para a tutela do ofendido, ou seja, alguém passa a ser responsável não por ser “culpado” de algo, mas simplesmente por não ser tolerável que a vítima reste indene.

Especificamente acerca dos impactos do princípio da solidariedade na responsabilidade objetiva, asseveram Nery e Nery Júnior que:

Evidentemente, o princípio da socialização dos riscos é uma decorrência lógica do princípio constitucional da solidariedade social, principalmente por causa do risco da vida.

O princípio da solidariedade tem a ver com isso: com o risco enorme da vida e da morte que a todos compromete; com o risco da vida na sociedade, sociedade marcada pelo cada vez mais intrincado complexo risco de viver. (NERY; NERY JÚNIOR, 2014, p. 554).

Dessa forma, o princípio da solidariedade adentrou no campo da responsabilidade civil premindo pela necessidade da socialização dos riscos, e foi dessa necessidade que adveio a adoção da teoria do risco, por meio da previsão de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002.

Pelo exposto, podemos concluir que o princípio da solidariedade, correspondente à 3ª dimensão de direitos humanos, apesar de figurar como princípio desde 1988 em nossa Constituição, só foi plenamente incorporado ao ordenamento jurídico privado a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Além disso, foi constatado que, no novo Código Civil, o princípio da solidariedade encontra grande destaque, figurando como uma das diretrizes principais.

Por fim, foi destacado, especificamente quanto à Responsabilidade Civil, que o referido princípio promoveu alterações de grande impacto no tratamento da matéria, acarretando, inclusive, a adoção da teoria do risco por meio de uma cláusula geral de responsabilidade civil, contida no parágrafo único do artigo 927.

Ultrapassada a análise do princípio da solidariedade, cumpre tratar, nesse momento, sobre o princípio que antes reinava absoluto na área cível, e que agora deve ser ponderado com o princípio da solidariedade, especialmente no âmbito da Responsabilidade Civil, o princípio da liberdade.

Inicialmente, cumpre abordar o papel do princípio da liberdade na teoria das dimensões dos direitos humanos. Sobre o tema, destaca-se a contribuição de Ramos (2015, pp. 126-127):

A primeira geração engloba os chamados direitos de liberdade, que são direitos às chamadas prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. [...]

Por isso, são conhecidos como direitos ou liberdades individuais, que têm como marco as revoluções liberais do século XVIII na Europa e Estados Unidos, que visavam restringir o poder absoluto do monarca, impingindo limites à ação estatal. São, entre outros, o direito à liberdade, igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança, traduzindo o valor de liberdade. Saliente-se que o papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel passivo (abstenção em violar os direitos humanos, ou seja, as famosas prestações negativas) quanto ativo, pois há de se exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça, entre outras.

Assim, o direito de liberdade está incluso na chamada primeira dimensão dos direitos humanos, que engloba, ainda, o direito à igualdade perante a lei, à propriedade, à intimidade e à segurança.

Ainda quanto ao trecho transcrito, nota-se que a primeira dimensão apresenta como marco as revoluções liberais do século XVIII na Europa e Estados Unidos, bem como que o papel do Estado na defesa de tais direitos não é apenas passivo, abstendo-se em violá-los, também é ativo, posto que ele tem o dever de promovê-los ativamente.

Cabe ainda pontuar que a primeira dimensão dos direitos humanos foi o primeiro patamar de alforria do ser humano reconhecido por uma Constituição, surgindo com a ideia de Estado de Direito, submisso a uma Constituição, no qual a hegemonia de um soberano é afastada em prol de um Estado no qual as funções do poder fossem atribuídas a órgãos distintos, de forma a impedir a concentração de poderes e o arbítrio de um ou um grupo de pessoas, visando defender o indivíduo perante o Estado e definir uma área de domínio do Poder Público e outra de domínio individual (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2015, p. 157).

Nesse contexto, saliente-se o conceito de direito de liberdade exposto por Cunha Júnior, para quem “o direito de liberdade consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se conforme a sua própria consciência” (2017, p. 603).

Dessa forma, o direito à liberdade é aqui entendido como um direito de autodeterminação, ou seja, como o direito que assiste à pessoa de escolher seus projetos existenciais e de se determinar segundo esse entendimento, bem como de ver esse direito assegurado por parte do Estado.

No ordenamento pátrio, o princípio da liberdade, na construção geral aqui trabalhada, tem sua previsão no caput art. 5º da Constituição (BRASIL, 1988), ao dispor que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Especificamente no que concerne ao tema explorado no presente trabalho, saliente-se que, na seara da Responsabilidade Civil, o princípio da liberdade se encontra como um dos fundamentos da obrigação de reparar, visto que, de acordo com Coelho (2014, p. 269), um dos fundamentos para a responsabilidade é justamente o mau uso da liberdade.

Desse modo, para fins de interpretar adequadamente os institutos da Responsabilidade Civil, é importante ter em vista o princípio da liberdade, em ponderação com o princípio da solidariedade.

Isto posto, conclui-se que o princípio da liberdade integra a chamada primeira dimensão de direitos humanos, apresentando tanto uma dimensão positiva quanto negativa, e que, em sua construção geral, implica o direito de livre desenvolvimento da personalidade, bem como que tal princípio apresenta grande importância na seara da Responsabilidade Civil, por representar um de seus fundamentos.

## **2.2 A Construção Geral Da Teoria Do Risco E Suas Subteorias**

### **2.2.1 A Construção Geral Da Teoria Do Risco**

No curso da presente monografia, analisamos o princípio da solidariedade e da liberdade, bem como a sua importância para a seara da Responsabilidade Civil. Cumpre, agora, perquirir acerca do que se trata a teoria do risco.

Quando abordamos a teoria do risco, falamos, em verdade, acerca do nexo de imputação. Nesse sentido, Rosenvald, Farias e Netto dispõem (2017, p. 152):

Não pretendemos inserir o nexo de imputação como quinto pressuposto da responsabilidade civil. O nexo de imputação é o fundamento ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio alheio ou a outra pessoa. Em regra, o fundamento de tal imputação é o ato ilícito, excepcionalmente poderá haver imputação pelo risco.

Isso significa que o nexo de imputação deve ser tomado em consideração para fins de definição das modalidades de responsabilidade civil, mas não de seus pressupostos. Quer dizer, o fundamento jurídico da imputação da obrigação de indenizar, que variará entre o ilícito e o risco da atividade, definirá se estaremos na seara da responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Desse modo, os juristas entendem o nexo de imputação como a razão fundante para a imposição da obrigação de indenizar a outrem pelos danos cometidos à esfera patrimonial ou existencial alheia.

Nesse contexto, destacam os autores a existência de duas modalidades de nexo imputação, a que se funda no ato ilícito e a que se funda no risco da atividade, de modo que a opção por um ou outro definirá em qual modalidade de responsabilidade civil nos encontramos.

Assim, no primeiro caso, quando o nexo de imputação se fundar no ato ilícito, nos encontraremos na seara da responsabilidade subjetiva. A seu tempo, quando o nexo de imputação se fundar no risco da atividade, nos encontramos na seara da responsabilidade objetiva.

Isto posto, cumpre tratar agora acerca da lógica ínsita à opção por uma ou outra teoria, visto que por trás da escolha de cada um dos nexos de imputação há um fundamento de política legislativa.

Desta feita, quanto à teoria da culpa, Fábio Ulhoa Coelho aponta que seu fundamento reside na ideia da vontade como fonte última das obrigações, senão vejamos (COELHO, 2014, p. 273):

Esse valor é o fundamento da responsabilidade civil subjetiva. Ao imputar a quem incorre em ilícito a obrigação de indenizar os prejuízos decorrentes, a lei prestigia a noção de que a vontade é a fonte de todas as obrigações. Não o faz apenas pelo mecanismo geral que vincula qualquer lei à vontade dos seus destinatários na organização democrática. Se assim fosse, não haveria diferença entre os fundamentos das duas espécies de responsabilidade civil, visto que ambas se assentam em dispositivos legais. A imputação da responsabilidade civil subjetiva funda-se no valor da vontade como fonte última de qualquer obrigação principalmente por uma relação argumentativa (ideológica) específica.

Assim, a responsabilidade subjetiva, que tem por base o ato ilícito, encontraria seu fundamento na ideia de que a vontade é a fonte das obrigações, de modo que seria responsável pela reparação aquele que, tendo a oportunidade de se comportar de modo devido, fez mal-uso de sua liberdade.

Nesse sentido, Caio Mário assevera que a responsabilidade fundada no ato ilícito consistiria num juízo de reprovação moral direcionado àquele que infringiu um dever preexistente, senão vejamos (PEREIRA, 2017, pp. 523-524):

Nesta análise cabe toda espécie de ilícito, seja civil, seja penal. Não se aponta, em verdade, uma diferença ontológica entre um e outro. Há em ambos o mesmo fundamento ético: a infração de um dever preexistente e a imputação do resultado à consciência do agente. Assinala-se, porém, uma diversificação que se reflete no tratamento deste, quer em função da natureza do bem jurídico ofendido, quer em razão dos efeitos do ato.

Dessa forma, ao tratar da responsabilidade baseada no ato ilícito, o autor assevera que ela se funda em um juízo de reprovação incidente sobre a consciência do agente que infringe um dever preexistente, pois poderia ter agido conforme o ordenamento jurídico, mas decidiu comportar-se de modo contrário às suas disposições.

Assim, o nexo de imputação estruturado no ato ilícito possui um fundamento moral, consistente num juízo de reprovação direcionado à consciência do agente que infringiu um dever jurídico preexistente, fazendo mal-uso de sua vontade.

A seu tempo, o nexo de imputação pelo risco parte de uma lógica distinta, a da socialização dos riscos, segundo o qual a responsabilidade deve ter por base uma análise acerca da alocação dos riscos sociais, senão vejamos (COELHO, 2012, pp. 529-531):

O fundamento da responsabilidade objetiva, isto é, da imputação da obrigação de indenizar danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido, é a socialização de custos. Todo sujeito de direito que se encontra numa posição econômica que lhe permita socializar os custos de sua atividade entre os que são atendidos por ela podem e devem ser objetivamente responsabilizados.

Dessarte, a base do nexo de imputação pelo risco não tem fundamento de ordem moral. Em verdade, o seu fundamento consiste em um juízo voltado a valores da justiça social, visando à distribuição equânime dos riscos sociais em uma sociedade pós-moderna, na qual há a massificação dos danos, e onde muitas vezes os danos são anônimos.

Em tal sociedade, justifica-se, portanto, a imputação com base na socialização dos custos, de forma que o sujeito seria responsável não mais pelo mau uso de sua vontade, mas por se encontrar em uma posição econômica que lhe permite socializar os custos de sua atividade.

Desta feita, visto a lógica que estrutura a imputação pelo risco, qual seja, a socialização dos riscos sociais, cumpre agora perquirir acerca do critério segundo o qual a distribuição dos riscos sociais será procedida.

Nesse ínterim, cumpre ressaltar a contribuição de Farias, Rosenvald e Netto, que resumem o critério adotado pela teoria do risco para distribuição dos riscos sociais da seguinte maneira:

De acordo com a teoria objetiva, qualquer pessoa pode deliberar pela realização de uma atividade econômica. Empreender é próprio da sociedade capitalista e do instinto humano. O termo risco é oriundo do italiano *risicare*, que significa “ousar” ou “aventurar”. Pois bem, aquele que delibera por assumir o risco inerente a uma atividade deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrentes, independentemente da existência de culpa. Se a opção do agente é de ousar e se aventurar, necessariamente arcará com os custos relacionados à trasladação dos danos sofridos pela vítima, sem se considerar a licitude ou ilicitude da conduta. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 456).

Assim, partindo da premissa de que, em nossa sociedade, as pessoas são livres para optar exercer determinada atividade, e que quem opta por exercer determinada atividade deve assumir também os riscos a ela inerentes, a doutrina do risco adota como fundamento de imputação um critério baseado na distribuição dos riscos sociais, segundo o qual aquele que desenvolve determinada atividade deve responder pelos danos decorrentes dos riscos à ela inerentes, independente de qualquer deliberação acerca da ilicitude de sua conduta.

Por oportuno, cumpre ressaltar o préstimo de Sérgio Cavalieri Filho ao tema, que resume a doutrina do risco da seguinte maneira:

Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela

decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 181)

Dessa forma, nos termos do disposto pelo jurista, a doutrina do risco impõe àquele que deliberou por exercer uma atividade de risco responder pelos danos decorrentes dos riscos inerentes à atividade, independente de qualquer deliberação acerca da culpa na conduta do agente.

Ante ao exposto, conclui-se que a teoria do risco trata acerca do nexo de imputação, de modo que o agente será responsável pela reparação independente de qualquer deliberação acerca da ilicitude ou culpa na conduta do agente, visto que parte de uma lógica de distribuição dos riscos sociais, segundo a qual aquele que opta por exercer uma atividade deve assumir os riscos à ela inerentes, em especial, os riscos de danos que ela pode ocasionar.

### 2.2.2 Subteorias Do Risco

No tópico anterior, foi visto o significado e os fundamentos da teoria do risco. Ocorre que, ao longo do tempo e do desenvolvimento dessa teoria, foram sendo desenvolvidas subteorias dentro dessa construção maior, as quais serão exploradas e discutidas no presente tópico.

Com efeito, a construção primária acerca da teoria do risco se subdivide em inúmeras teorias, dentre as quais abordaremos as teorias do risco proveito, criado, profissional, excepcional e integral.

Contudo, ressalte-se que as teorias ora abordadas não exaurem o tema, existindo ainda outras teorias que não serão abordadas no presente trabalho. Nesse sentido, Rui Stoco, ao tratar das subdivisões da teoria do risco, menciona ainda a existência das subteorias do risco administrativo e do risco do desenvolvimento (STOCO, 2014, pp. 242-244).

Inicialmente, cumpre tratar da teoria do risco-proveito. Por oportuno, ressalte-se que essa teoria tem suas bases na doutrina de Saleilles, um dos precursores da teoria do risco (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 459). Os fundamentos dessa teoria são expostos por Sérgio Cavalieri Filho, nos seguintes termos:

Pela teoria do risco proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde esta o ganho, aí reside o encargo - *ubi emolumentum, ibi onus*.

O suporte dessa teoria, como se vê, é a ideia de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito ou vantagem do fato lesivo. Quem colhe os frutos

da utilização de coisas ou atividades perigosas deve experimentar as consequências jurídicas prejudiciais que dela decorre. A sua grande dificuldade, todavia, está na conceituação do proveito. Quando se pode dizer que uma pessoa tira proveito de uma atividade? Será necessário obter um proveito econômico, lucro, ou bastará qualquer tipo de proveito? Se proveito tem o sentido de lucro, vantagem econômica, a responsabilidade fundada no risco proveito ficara restrita aos comerciantes e industriais, não sendo aplicável aos casos em que a coisa causadora do dano não é fonte de ganho. Ademais, a vítima teria o ônus de provar a obtenção desse proveito, o que importaria o retorno ao complexo problema da prova. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 182).

Desse modo, a teoria do risco-proveito, se fundamentando na máxima de que quem auferir o bônus deve suportar o ônus, imputa a obrigação de reparar independentemente de culpa àquele que retira algum proveito ou vantagem do ato lesivo. Ou seja, por ela, a pessoa é responsável objetivamente pelos riscos de danos criados por sua atividade em razão do proveito que dela obtém.

Outrossim, ressalte-se que a prova de que o autor do dano obteria proveito de sua atividade, requisito essencial para que fosse aplicada a responsabilidade objetiva ao caso, incumbiria ao lesado.

Nesse aspecto, e em conformidade com o explicitado pelo jurista, essa subteoria enfrentaria certa dificuldade no que concerne à definição do que seria o proveito ou vantagem que desencadearia o dever de indenizar, que pode ser entendida de forma ampla, para englobar qualquer proveito de ordem patrimonial ou moral, ou de forma mais restrita, a englobar apenas proveitos de ordem econômica, ocasião na qual a responsabilidade ficaria restrita aos comerciantes e industriais.

Frise-se que a doutrina costuma identificar a subteoria com o entendimento mais restrito de proveito, englobando apenas o proveito econômico, conforme é possível depreender das lições de Flávio Tartuce (2017, pp. 583-584) e Assis Neto, Jesus e Melo (2017, p. 844).

Outra subteoria que encontra suas raízes junto aos primórdios da teoria do risco é a do risco criado. Essa subteoria teve seus fundamentos lançados no trabalho de Josserand, que, em conjunto com Saleilles, é apontado por Farias, Rosenvald e Chaves (2017, pp. 459) como um dos precursores da teoria do risco.

Dessa maneira, partindo da ideia de que somos responsáveis não somente pelos nossos atos culposos, mas por nossos atos pura e simplesmente, desde que tenham causado um dano injusto, a teoria do risco criado amplia os limites da teoria do risco-proveito, para entender que sempre que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outrem, deve responder independente de culpa por suas consequências danosas (FARIAS; ROSENVALD; CHAVES, 2017, pp. 460-461).

Assim, a teoria do risco criado se fundamenta na lógica de que, se optamos livremente por exercer determinada atividade, devemos assumir também os encargos representados pelos danos que essa atividade pode gerar, motivo pelo qual deve o sujeito responder independentemente de culpa pelos danos criados por sua atividade.

Cumprido, nesse momento, tratar sobre a subteoria do risco profissional. Por ela, tem-se que “a responsabilidade objetiva surge quando a atividade de risco decorre da atividade profissional desenvolvida pelo agente” (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017, p. 845).

Dito de outro modo, pelo risco profissional, a pessoa será objetivamente responsável pelo dano quando ele estiver compreendido entre os riscos da atividade que essa mesma pessoa exerce em caráter profissional.

Portanto, para que se configure a responsabilidade nessa espécie, é necessário que o dano decorra da atividade exercida pelo sujeito em caráter profissional, bem como que o dano sofrido esteja compreendido entre as hipóteses dos riscos da atividade desempenhada pelo causador do dano.

Passamos, agora, a tratar da subteoria do risco excepcional. Sobre o tema, Cavalieri Filho faz as seguintes considerações:

Para os adeptos da teoria do risco excepcional, a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa a atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. A título de exemplo podem ser lembrados os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear, materiais radioativos etc. em razão dos riscos excepcionais a que essas atividades submetem os membros da coletividade de modo geral, resulta para aqueles que as exploram o dever de indenizar, independentemente de indagação de culpa (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 183).

Desta feita, segundo o autor, a subteoria do risco excepcional parte do fundamento de que a reparação é devida sempre que a atividade desenvolvida pelo sujeito provoque um risco excepcional à coletividade, para impor a obrigação de indenizar independente de culpa àqueles que exercem atividades que imponham riscos excepcionais à coletividade.

Como última das subteorias da teoria do risco neste tópico exploradas, cumpre agora tecer considerações acerca da subteoria do risco integral. Nesse sentido, dispõe Rui Stoco que:

7) A teoria do risco integral constitui modalidade extremada da teoria do risco, justificando o dever de indenizar até nos casos de ausência do nexo de causalidade. [...]  
Esse entendimento de imputação exacerbada, sem os pressupostos mínimos, encontra justificção excepcional, pois embora, ordinariamente, a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro e o chamado fortuito externo tenham o poder de romper o nexo de causalidade e afastar a responsabilidade do agente, preferiu-se conceder maior proteção às vítimas quando a atividade exercida apresente um risco que ultrapassa o razoável. (STOCO, 2014, pp. 243-244)

Dessarte, a teoria do risco integral representa uma das modalidades em que a teoria do risco é levada aos seus extremos. Por ela, em razão da atividade exercida pelo sujeito ultrapassar os limites do razoável em relação aos riscos que apresenta, há uma flexibilização dos fundamentos do dever de indenizar, para admitir a responsabilização mesmo quando ausente um dos pressupostos mínimos da responsabilidade, o nexo causal.

Em conclusão, pontue-se que vimos no presente tópico cinco ramificações da teoria do risco, o risco-proveito, o risco criado, o risco profissional, o risco excepcional e o risco integral, que tiveram por objetivo complementar a construção dogmática ofertada pela teoria do risco. A escolha por uma dessas subteorias não exclui as demais, de modo que, em um mesmo sistema, várias dessas subteorias podem conviver mutuamente, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

### **3 O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

#### **3.1 Ponderações Introdutórias Sobre O Parágrafo Único do Artigo 927**

O Código Civil apresentou grandes novidades ao ordenamento jurídico brasileiro, muitas destas relacionadas à diretriz da socialidade, que representa a abertura definitiva do Direito Privado à incidência do princípio da solidariedade.

Na seara da responsabilidade civil, essa diretriz tem, como uma de suas manifestações, o parágrafo único do artigo 927, que dispõe: “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”.

Cumpre, então, analisar de forma mais detalhada o dispositivo. Com o intuito de facilitar a compreensão, repartiremos o texto do dispositivo em dois.

Inicialmente, da frase “Haverá a obrigação de reparar o dano, independente de culpa”, nota-se que o dispositivo buscar denotar que tem por fito tratar sobre a responsabilidade objetiva. Acerca da intenção do legislador ao redigir essa parte inicial do dispositivo, Farias, Rossenvald e Netto assim dispõem:

Ao mencionar que esta reparação se efetiva “independentemente de culpa”, faz-se um contraponto ao caput do art. 927. O legislador se antecipa ao anúncio das situações em que teoria objetiva prevalecerá para peremptoriamente excluir da investigação judicial qualquer relevância sobre a licitude ou ilicitude do fato jurídico danoso. Vale dizer, nas hipóteses em que prevalece a obrigação objetiva de indenizar, o processo não será palco de controvérsias quanto a antijuridicidade do evento ou a reprovabilidade do comportamento do agente, seja pela via da culpa ou do abuso do direito. (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 471)

Desse modo, o legislador teve por intuito transparecer que, em contraposição ao caput do artigo, o qual versa sobre a responsabilidade subjetiva, seu parágrafo único teria por objeto a responsabilidade objetiva, para excluir de sua incidência qualquer debate sobre a antijuridicidade do evento ou reprovabilidade do comportamento do agente.

Outrossim, o trecho em comento pode ainda ser utilizado para fins de estabelecer distinções com institutos que frequentemente são confundidos com a responsabilidade objetiva, como é o caso da culpa presumida e do ilícito objetivo.

Assim, quanto ao instituo da culpa presumida, insta ressaltar a contribuição de Gonçalves (2013, p. 491):

Outro processo técnico utilizado foi o estabelecimento de casos de presunção de culpa, como a dos pais, dos patrões, das estradas de ferro, dos que colidem contra a traseira do veículo que lhe vai à frente etc., com inversão do ônus da prova e favorecendo em muito a situação da vítima. Esta, nesses casos, não tem de provar a culpa subjetiva do agente, que é presumida. Basta a prova da relação de causa e efeito entre o ato do agente e o dano experimentado. Para livrar-se da presunção de culpa, o causador da lesão, patrimonial ou moral, é que terá de produzir prova de inexistência de culpa ou de caso fortuito.

Das lições do doutrinador, é possível depreender que a culpa presumida se trata de uma técnica processual de inversão do ônus da prova da culpa. Uma vez aplicada ao caso concreto, incumbirá ao réu provar o nexo causal e o dano, enquanto que ao autor caberá provar a inexistência de culpa em sua conduta ou uma circunstância que exclua o nexo causal.

Portanto, ao tratar da culpa presumida, nos encontramos ainda na seara da responsabilidade subjetiva, com a única diferença da teoria clássica residindo na inversão do ônus da prova de um dos pressupostos da responsabilização, qual seja, a culpa, que passará a ser ônus do autor do dano.

Desta feita, a culpa presumida se diferencia da responsabilidade objetiva em razão da primeira ainda se encontrar albergada na seara da teoria subjetiva, ou seja, na discussão acerca da culpa, senão vejamos:

[...] Não se confunde a presunção de culpa, em que a culpa deve existir, apenas se invertendo os ônus da prova, com a responsabilidade sem culpa ou objetiva, na qual se dispensa a culpa para o dever de indenizar. De qualquer forma, as presunções de culpa foram importante degrau para se chegar a responsabilidade objetiva em inúmeras situações. (VENOSA, 2010, pp. 14-15)

Assim, a diferença entre os dois institutos reside no fato de que, enquanto na presunção de culpa há a inversão da prova da culpa, na responsabilidade objetiva sequer se discute a culpa, por ser uma modalidade de responsabilidade que independente da existência de culpa na conduta do ofensor.

Outrossim, e neste ponto se fundamenta a razão da existência de frequentes confusões entre os institutos, a presunção de culpa constitui importante passo rumo à responsabilidade objetiva, por facilitar a reparação da vítima, encontrando-se em degrau intermediário entre a teoria subjetiva clássica e a teoria objetiva.

Por sua vez, cumpre tratar de outro instituto frequentemente confundido com a responsabilidade independente de culpa, a responsabilidade sem culpa, também chamada de ilícito objetivo. Ao seu trato se destina o artigo 187 do Código Civil, ao dispor que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Trata-se, o ilícito objetivo, portanto, do instituto mais conhecido como abuso de direito, consistente no exercício abusivo de um direito, ou seja, um ato lícito em seu conteúdo, mas ilícito em suas consequências (TARTUCE, p. 326, 2017).

Na oportunidade, cumpre ressaltar o Enunciado nº 37 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual a “responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (BRASIL, 2002).

Dessa forma, pelo enunciado retro transcrito, é possível incorrer em erro, haja vista que passa a impressão de que o ilícito objetivo é hipótese de responsabilidade objetiva. Entretanto, os mencionados institutos não se confundem, conforme depreende-se da lição de Farias, Rosenvald e Netto (2017, pp. 462-463):

A responsabilidade pelo exercício abusivo de uma situação jurídica (seja ela um direito subjetivo ou potestativo) será uma “responsabilidade sem culpa”, mas não deixa de ser uma conduta antijurídica, posto quem contradição com o ordenamento jurídico. O abuso do direito é um ilícito objetivo, pois o comportamento do agente é lícito na origem, mas ilícito no resultado, ou em sua finalidade. [...] Pelo abuso do direito ainda estamos situados no interno da teoria subjetiva.

Assim, tem-se que responsabilidade objetiva e ilícito objetivo não se confundem, posto que o último ainda exige uma conduta antijurídica para sua configuração, de modo que ainda se encontra no interior da teoria subjetiva.

Para responsabilização com fundamento na teoria objetiva, contudo, não há qualquer requisito quanto à licitude ou ilicitude da conduta, bastando para tanto a prova do nexo causal e do dano, motivo pelo qual se difere do abuso de direito.

O segundo trecho do parágrafo único do artigo 927 a ser analisado consiste no seguinte: “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” (BRASIL, 2002).

Para melhor compreensão, cumpre novamente segmentar o dispositivo. Dessa forma, Assis Neto, Jesus e Melo, ao analisar o segmento, o seccionam sob duas nomenclaturas, a primeira corresponderia ao dever de indenizar independente de culpa nos casos especificados em lei, por eles chamada de responsabilidade objetiva por determinação legal, e a segunda versaria sobre o dever de indenizar quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, por eles nomeada de responsabilidade objetiva por cláusula aberta (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2017, p. 842).

Quanto à responsabilidade objetiva por determinação legal, serve ela ao propósito de indicar que a nova codificação civil teria mantido, naquilo que com ela não for incompatível, toda a legislação especial que já reconhecia a responsabilidade sem culpa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 952).

Além disso, tem ela por intuito demonstrar que o primeiro local de irrupção da imputação objetiva de danos consistirá em diplomas legislativos especiais ou em dispositivos localizados no interior do próprio Código Civil (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017, p. 471).

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro tem várias disposições que consagram a responsabilidade objetiva. Como exemplos, cumpre destacar: o §6º do artigo 37 da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito privado e público prestadoras de serviços públicos; o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 –, que reconhece a responsabilidade objetiva dos fornecedores em face dos consumidores; e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabelece a responsabilidade objetiva em matéria ambiental.

Outrossim, cumpre destacar que o próprio Código Civil, em inúmeros dispositivos específicos, consagrou a responsabilidade objetiva. Exemplo de tal afirmação é o artigo 931, que consagra a responsabilidade objetiva das empresas e empresários individuais pelos danos causados pelos produtos postos em circulação; o art. 933, que trata da responsabilidade objetiva pelo fato de terceiro; e o art. 937, que versa sobre a responsabilidade objetiva pela queda de prédio.

Dessa forma, nota-se que não houve grande inovação quanto à primeira parte do parágrafo único do artigo 927, servindo-a mais ao propósito de indicar que as hipóteses previamente estabelecidas de responsabilidade objetiva consagradas em legislações especiais não haviam sido revogadas com o novo Código Civil.

A grande polêmica, contudo, reside na segunda parte do parágrafo único do artigo 927, que consagra a responsabilidade objetiva por cláusula aberta, também chamada de cláusula geral de responsabilidade objetiva.

Isso porque, em contraposição ao caput do artigo 927, seu parágrafo único é fruto da adoção de uma técnica legislativa chamada cláusula geral, a qual iniciaremos a tratar neste momento.

Nesse aspecto, Martins-Costa (1998, p. 8) define cláusula geral, do ponto de vista da técnica legislativa, como uma disposição normativa que utiliza, em seu enunciado, uma

linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico.

Ainda de acordo com a autora, essa técnica legislativa surgiu em contraposição à técnica casuística, ou de regulamentação por *fattispecie*, caracterizada pela tentativa do legislador de fixar, do modo mais completo possível, os critérios para aplicar uma certa qualificação aos fatos normatizados (MARTINS-COSTA, 1998, p. 7).

Isto porque a técnica casuística, em razão de seu caráter rígido e fechado, provocaria o engessamento do Direito, o que não se coaduna com as exigências impostas pelas relações jurídicas vividas pelos membros da sociedade humana, haja vista a complexidade que as envolvem e as constantes mutações a que se submetem durante o curso da produção dos seus efeitos (DUARTE, 2009, p. 47).

Desse modo, em contraposição à técnica casuística, e de forma mais consoante com as demandas da sociedade atual, as cláusulas gerais se prestam à função de conferir mobilidade e flexibilidade ao sistema, de modo a lhe proporcionar adaptabilidade à diversidade das situações fáticas, sem a necessidade de alteração legislativa, impedindo o envelhecimento dos códigos em que são utilizadas (DUARTE, 2009, p. 137).

De maneira mais específica, sobre a cláusula aberta prevista no parágrafo único do artigo 927, assim dispõem Gagliano e Pamplona Filho (2017, pp. 952-953):

A segunda situação, entretanto, não restou bem definida.

[...]

Trata-se, portanto, de um dos dispositivos mais polêmicos do Código Civil vigente, que, pela sua característica de conceito jurídico indeterminado, ampliará consideravelmente os poderes do magistrado. Isso porque o conceito de atividade de risco – fora da previsão legal específica – somente poderá ser balizado jurisprudencialmente, com a análise dos casos concretos submetidos à apreciação judicial.

Observe-se, inclusive, que a expressão utilizada pelo texto legal não é propriamente “atividade de risco”, mas, sim, o de uma “atividade” que normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os “direitos de outrem”, ou seja, a ideia de “risco da atividade” pode ser ainda mais semanticamente aberta do que “atividade de risco”.

Pelo disposto, tem-se que grande polêmica envolve o parágrafo único do artigo 927, visto que se serve de conceito jurídico indeterminado para estabelecer nova hipótese de responsabilidade objetiva, a qual abrange inúmeras situações previamente não abarcadas pelas demais hipóteses de responsabilidade objetiva consagradas em nosso ordenamento jurídico.

### 3.2 A Cláusula Geral De Responsabilidade Objetiva

No tópico anterior, vimos que o parágrafo único do artigo 927 estabelece uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, cujas hipóteses de incidência devem ser definidas caso a caso pelo magistrado, mediante a análise da situação fática posta à apreciação.

Ocorre que não há consenso entre os doutos acerca do critério a orientar o estabelecimento da responsabilização pela cláusula geral da responsabilidade objetiva. Em especial, há uma grande indefinição no que concerne à qual subteoria da teoria do risco melhor se aplicaria à codificação civil.

Nesse sentido, Godoy (2016, p. 881) deixa clara a sua opção pela teoria do risco criado quando, ao dispor sobre a inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 927 comenta que “A novidade está numa previsão genérica ou numa cláusula geral da responsabilidade sem culpa, baseada na ideia do risco criado, e mitigado, não integral”.

Outrossim, Gonçalves (2016, p. 209) também entende ter o Código Civil adotado a teoria do risco criado, conforme depreende-se da seguinte passagem: “tendo sido acolhida, no dispositivo em tela, a teoria do risco criado, e não do risco-proveito, como entende a melhor doutrina, não se pode atribuir à vítima o ônus de demonstrar que o causador do dano exercia atividade lucrativa”.

Stoco denota também entender que o Código Civil de 2002 adotou a teoria do risco criado, senão vejamos:

[...] por força da adoção da teoria do risco criado, nas hipóteses em que a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco especial e permanente para os direitos de outrem, o CC curvou-se ao entendimento pacífico da doutrina e dos precedentes reiterados de nossos tribunais, que já vinham abraçando esse entendimento. (STOCO, 2014, p. 258).

Em contraposição à posição adotada pelos doutrinadores supramencionados há a concepção de Nader (2014, p. 108), segundo a qual o Código Civil teria adotado a subteoria do risco profissional.

Cumprе ressaltar que esse entendimento é também esposado por Tartuce (2017, p. 583), para quem o parágrafo único do art. 927 também teria adotado a subteoria do risco profissional.

Ressalte-se, ainda, a existência de autores que entendem ter o Código Civil adotado a subteoria do risco-proveito, como é o caso de Galiano e Pamplona Filho, quando dispõem que, “em nosso entendimento, o exercício dessa atividade de risco pressupõe ainda a busca de

determinado proveito, em geral de natureza econômica, que surge como decorrência da própria atividade potencialmente danosa (risco-proveito)” (2017, p. 954).

Outrossim, parece-nos que Cavalieri Filho adotou a supra exposta concepção pois, em que pese ter afirmado sobre o parágrafo único do art. 927 que “de uma coisa não se tem dúvida: aqui foi adotada a teoria do risco criado” (2014, p. 217), logo após, ao tratar sobre qual seria a atividade normalmente desenvolvida requerida para fins de responsabilidade objetiva, assevera que “aqui não se tem em conta a conduta individual, isolada, mas sim atividade como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos” (2014, p. 218).

Assim, exige o doutrinador que a atividade desenvolvida pelo autor do dano tenha fim econômico, o que indica que ele entende ter a cláusula geral de responsabilidade objetiva adotado a subteoria do risco-proveito, apesar de ter dito expressamente que ela teria esposado a teoria do risco criado.

Ora, a indefinição acerca de qual subteoria do risco melhor se aplicaria ao Código Civil gera um quadro onde a segurança jurídica do lesado é afetada, visto que a definição acerca de uma subteoria ou outra da teoria do risco apresenta diversos impactos, que vão desde a abrangência do instituto, até o âmbito do processo judicial, em especial, na distribuição do ônus da prova.

Nesse sentido, caso compreenda-se que a teoria do risco criado é a que melhor se aplica à cláusula geral de responsabilidade objetiva, o âmbito de abrangência do dispositivo será muito maior, atingindo qualquer um cuja atividade normalmente desenvolvida implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A seu turno, caso se entenda pela adoção do risco-proveito, aos requisitos supra expostos será necessário a responsabilização civil que o autor do dano obtenha proveito econômico da atividade causadora do dano, motivo pelo qual abrangerá um número mais reduzido de pessoas.

Outrossim, caso se entenda que a subteoria do risco mais adequada ao ordenamento civilista seja a do risco criado, incumbirá ao lesado apenas a prova de que a atividade desenvolvida pelo lesante implica, por sua natureza, risco aos direitos de outrem.

Isto porque, de acordo com o artigo 373 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o Código de Processo Civil, incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu incumbe a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Dessa forma, se o autor alega estar seu direito à indenização fundado na responsabilidade objetiva com base no risco criado, cumpre a ele demonstrar que seus requisitos estão presentes no caso concreto, quais sejam, dano, nexo causal e que a atividade normalmente desenvolvida pelo causador do dano implica, por sua natureza, risco aos direitos de outrem.

O entendimento ora exposto é corroborado por Farias, Rosendal e Netto (2017, p. 152), os quais, após tratar dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, dispõem que “na teoria objetiva [...] sobejam banidos da obrigação de indenizar os pressupostos do ato ilícito e da culpa, concentrando-se a atenção do civilista nos pressupostos do risco da atividade, nexo causal e dano”.

A seu tempo, caso se entenda que o ordenamento optou pela teoria do risco-proveito, incumbirá ao lesado demonstrar, além do requisito supra exposto, que a atividade desenvolvida pelo causador do dano tem em vista proveito econômico.

A afirmação acima se fundamenta na lição de Gonçalves (2016, p. 209) que, ao tratar sobre qual subteoria do risco seria mais adequada ao Código Civil, pontua que “tendo sido acolhida, no dispositivo em tela, a teoria do risco criado, e não do risco-proveito, como entende a melhor doutrina, não se pode atribuir à vítima o ônus de demonstrar que o causador do dano exercia atividade lucrativa”.

Das considerações do autor transcritas acima, é possível depreender que, tratando-se de responsabilidade fundada na subteoria do risco-proveito, competiria ao autor a prova de que o causador do dano exerce a atividade lucrativa.

O raciocínio ora trabalhado pode ainda ser aplicado à subteoria do risco profissional, de modo que incumbirá ao lesado a prova de que o lesante desenvolve a atividade em caráter profissional.

Entretanto, cumpre ressaltar que, a critério do juiz ou por convenção das partes, o ônus da prova pode ser distribuído de forma diversa, de modo que, a depender do caso concreto, pode competir ao réu a prova do fato constitutivo, e ao autor do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do seu direito, conforme é possível notar a partir do disposto nos §§1º e 3º do artigo 373 do Código de Processo Civil:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

[...]

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Nesse momento, a fim de demonstrar a situação de indefinição em que se encontram os tribunais brasileiros, bem como de exemplificar o cenário de ausência de segurança jurídica a que são submetidos os cidadãos em razão desta indefinição, será feita a análise de três julgados.

O primeiro julgado a ser analisado é o Recurso Inominado nº 7100172790, apreciado pela Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

Trata-se de um caso de acidente de trânsito, no qual a condutora do veículo, em razão de mal súbito que a fez perder a consciência, teria subido com ele a calçada e atropelado um pedestre, causando-lhe lesões.

Desse modo, o pedestre ajuizou ação de indenização pleiteando o ressarcimento pelos danos sofridos, pleito este a que o juízo singular deu procedência.

Tendo isso em vista, a ré interpôs recurso ordinário, sob a alegação de que o mal súbito que sofreu se configuraria como caso fortuito, de forma a excluir sua responsabilidade.

Desta feita, analisando o caso, o relator ressalta que, em que pese inexistir culpa na conduta da recorrente, haja vista o mal súbito por ela sofrido, o caso não se submete à responsabilidade subjetiva, mas à responsabilidade objetiva, com fundamento no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Isto porque o acidente de trânsito seria um risco inerente à atividade de colocar em circulação um veículo, motivo pelo qual, uma vez concretizada essa potencialidade danosa, o condutor do veículo deveria responder independente de culpa pelos danos causados, salvo se demonstrada uma das causas de rompimento donexo causal, o que não teria restado configurado no caso, posto que o mal súbito seria um fortuito interno, não sendo apto a romper o nexocausal.

Seguindo esse raciocínio, a Terceira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo a condenação fixada pelo juízo de primeiro grau.

O julgado em vista trata-se, portanto, de clássico exemplo de aplicação da teoria do risco criado, no qual o agente é chamado a responder objetivamente pelos danos causados quando eles forem inerentes ao risco da atividade desenvolvida.

A outro tanto, cumpre, nesse momento, analisar de que forma um tribunal que adota a teoria do risco-proveito apreciaria um caso semelhante. Para tanto, usar-se-á o Recurso Especial nº 1.749.954 – RO, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016).

Trata-se o recurso de um acidente de trânsito, no qual o réu, ao conduzir sua motocicleta em estado de embriaguez, logo após a realização de uma curva, atropelou a autora, causando lesões corporais, motivo pelo qual ela ajuizou ação de indenização por danos morais e estéticos em face dele.

Em sede de apelação, julgado pelo Tribunal de Justiça de Roraima, foi dado provimento ao pedido da autora para condená-lo ao pagamento de indenização à demandante, sob o fundamento de que, ainda que ausente prova da culpa do demandado, presume-se sua culpa em razão de encontrar-se embriagado.

Contra essa decisão, o réu interpôs recurso especial, alegando a inexistência de provas a comprovar sua culpa, bem como que o mero ato de dirigir sob o efeito de álcool não é suficiente para que lhe seja imputada responsabilidade pelo ato.

Analisando o caso, seu relator, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, reconheceu que na hipótese deveria ser aplicado o instituto da culpa presumida, motivo pelo qual negou provimento ao recurso especial do réu, mantendo sua condenação ao pagamento de indenização.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que o julgado ora comentado se trata de precedente inovador no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a culpa presumida em casos de embriaguez na condução de veículo automotor.

Contudo, nos interessa no presente trabalho apenas o tratamento dado pela Corte ao caso, que foi enquadrado em hipótese de aplicação da teoria subjetiva, ao contrário da anterior, que submeteu caso semelhante à teoria objetiva.

Desse modo, é possível depreender que, quando o órgão julgador adota a teoria do risco-proveito, o âmbito de incidência da cláusula geral de responsabilidade objetiva é reduzido.

Assim, diferentemente do caso anterior, no qual foi aplicada a responsabilidade objetiva em acidente de trânsito, um tribunal que entende pela adoção da teoria do risco-

proveito exclui da incidência da cláusula hipóteses de acidentes de trânsito no qual o causador do dano não obtenha proveito econômico da atividade.

Nesse sentido, cumpre ressaltar hipótese na qual um tribunal que entende pela adoção do risco-proveito adotaria a cláusula geral. Para tanto, usar-se-á o Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 210.505-SP, julgado também pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2012).

Trata-se originalmente de ação de indenização por danos materiais e morais, proposta em face de sociedade empresária que desenvolve atividades de transporte remunerado de mercadorias em via pública, em razão dos danos causados no imóvel residencial dos autores pelo tráfego intenso de caminhões de propriedade do réu, que exigiram sua demolição por risco de desmoronamento.

O pedido foi julgado parcialmente procedente pelo juízo *a quo*, para condenar a demandada ao pagamento de indenização a título de danos materiais e morais. Tal entendimento foi ainda confirmado à unanimidade pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tendo isso em vista, a demandada interpôs recurso, alegando que o transporte de mercadorias por via pública, mediante autorização do Poder Público, não constitui atividade de risco, motivo pelo qual não se enquadraria o caso aos moldes da responsabilidade objetiva pela cláusula geral.

Desta feita, o relator, Ministro Sidnei Beneti, entendeu que o Tribunal estadual, a partir da análise de laudo pericial carreado aos autos, concluiu pelo nexo de causalidade entre a atividade desenvolvida pela ré e o dano causado aos autores, bem como que o dano causado decorreria do risco da própria atividade, motivo pelo qual se trataria de hipótese de incidência da responsabilidade objetiva, pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Assim, em razão de eventual revisão do julgado demandar reexame do acervo fático-probatório da causa, o que é vedado pela Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, negou-se provimento ao recurso, para manter a condenação estipulada pelo Tribunal estadual.

Dessa forma, nota-se que, pela aplicação da teoria do risco-proveito, a hipótese de incidência da cláusula geral de responsabilidade objetiva é reduzida, vindo a aplicar-se somente em casos nos quais o causador do dano obtenha proveito econômico da atividade que ensejou o dano.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça só veio a aplicar o parágrafo único do artigo 927 no presente caso em razão da sociedade empresária desempenhar atividade de

transporte remunerado de mercadorias, caso contrário, aplicaria a responsabilidade subjetiva ao caso, tal qual a aplicou na hipótese de acidente de trânsito supramencionada.

Tendo isso em vista, cumpre fazer uma análise mais exauriente acerca da temática, buscando entender por quais motivos teria o ordenamento jurídico adotado uma ou outra subteoria.

Para tanto, serão utilizadas as contribuições de Sanseverino e Farias, Rosenvald e Netto, autores que exprimem as razões para a adoção das subteorias que entendemos ser as mais relevantes para o debate, a do risco criado e a do risco-proveito.

Dessa forma, em defesa do entendimento de que o Código Civil teria adotado a teoria do risco criado Farias, Rosenvald e Netto aventam que “o acolhimento da teoria do risco proveito na hermenêutica do parágrafo único do artigo 927 provocaria uma fratura entre o Código Civil e a sua diretriz da eticidade” (2017, p. 480).

O motivo para tanto seria porque uma concepção ética de responsabilidade civil demandaria a compatibilização entre os objetivos visados pelo ordenamento jurídico com o modelo jurídico e a tutela da dignidade da pessoa humana (FARIAS, ROSENVOLD e NETTO, 2017, p. 481).

Desse modo, a teoria do risco criado seria superior à teoria do risco-proveito em termos de eticidade, visto que a primeira expande a proteção das situações existenciais da pessoa humana, deferindo a obrigação objetiva de indenizar mesmo que os danos não tenham sido produzidos no exercício de uma atividade empresarial (FARIAS, ROSENVOLD e NETTO, 2017, p. 481).

Outrossim, ressaltam os juristas que, caso o legislador desejasse a aplicação da teoria do risco-proveito, ao invés de se referir à atividade normalmente desenvolvida pelo autor, teria se servido da fórmula empregada na redação do artigo 966 do Código Civil, se utilizando do conceito de atividade econômica, bem como que não há qualquer referência à necessidade de lucratividade no dispositivo, o que evidenciaria que o legislador não quis distinguir a atividade remunerada da não remunerada (FARIAS, ROSENVOLD e NETTO, 2017, p. 481).

A seu tempo, Sanseverino adota entendimento diverso, visto que, a seu ver, a adoção da teoria do risco criado – por ele chamada de interpretação aberta da cláusula geral de responsabilidade objetiva – pode criar inúmeros problemas, uma vez que parte significativa das atividades que executamos em nossa sociedade são de risco, como a de dirigir um veículo automotor (2014, p. 359).

Desse modo, em razão de não se ter, no momento atual, maturidade para uma exegese tão abrangente da cláusula geral de responsabilidade objetiva do Código Civil, a interpretação

mais acertada seria a de ela ter esposado a subteoria do risco-proveito (SANSEVERINO, 2014, p. 359).

De nossa parte, acreditamos que, na interpretação dos dispositivos infraconstitucionais, devemos nos atentar para o sistema no qual se inserem, em especial, para os princípios constitucionais que regem a matéria.

Nesse sentido, identificados os princípios, na hipótese de aparente conflito entre eles, acreditamos ser necessário ponderar os interesses em prol da máxima efetividade de todos os princípios envolvidos.

Especificamente no que concerne à interpretação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, nos parece haver conflito aparente entre o princípio da liberdade de iniciativa e o princípio da solidariedade.

Isto porque uma interpretação da cláusula geral de responsabilidade civil sob o filtro único do princípio da solidariedade conduz à responsabilização irrazoável de qualquer um que desenvolva uma atividade, nos moldes preconizados pela subteoria do risco criado.

Nesse sentido, seguindo radicalmente a subteoria do risco criado, é possível responsabilizar com base na cláusula geral de responsabilidade objetiva inclusive aquele que rotineiramente se utiliza de seu carro para ir ao trabalho e levar seus filhos à escola.

Esse cenário acarretaria uma distribuição inadequada dos riscos sociais, pois atribui mesmo àquele que desenvolve atividade de risco sem obter qualquer proveito econômico responsabilidade objetiva pelos resultados danosos de sua atividade.

Por outro lado, lendo o dispositivo em comento apenas pelo filtro do princípio da liberdade de iniciativa, entendemos que ele ficaria inócuo, posto que a interpretação altamente restritiva que essa leitura acarretaria permitiria a responsabilização objetiva apenas em casos excepcionalíssimos.

Em tal contexto, vemos também uma alocação indevida dos riscos sociais no caso, posto que a interpretação altamente restritiva do dispositivo pode gerar cenários no qual a vítima se veja obrigada a arcar com o dano, em vista das dificuldades decorrentes da prova da culpa.

Dessa forma, nos parece ser mais razoável a interpretação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 segundo a teoria do risco-proveito, por entendermos que essa teoria proporcionaria a máxima efetividade de todos os princípios constitucionais envolvidos, além de um nível adequado de distribuição dos riscos sociais.

Isto porque, para a teoria do risco-proveito, não basta que o dano esteja incluso no risco da atividade desenvolvida pelo agente, exigindo, além dos requisitos básicos do dano,

nexo causal e do risco da atividade, que o causador do dano obtenha proveito econômico da atividade que ensejou o dano.

Portanto, no presente tópico, vimos que não há consenso na doutrina acerca de qual subteoria do risco seria mais adequada ao parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, existindo autores como Godoy, Gonçalves, Stoco, Farias, Netto e Rosenvald que entendem ser mais adequado a ele a subteoria do risco criado, enquanto outros como Nader e Tartuce entendem que melhor se aplicaria a ele a subteoria do risco profissional, havendo ainda aqueles como Gagliano, Pamplona Filho, Cavalieri e Sanseverino que se posicionam em prol da subteoria do risco-proveito.

Por fim, concluímos expondo nosso posicionamento, segundo o qual a subteoria do risco que melhor se coadunaria com as exigências de nosso ordenamento jurídico seria a do risco-proveito, por proporcionar a máxima efetividade dos princípios da liberdade e da solidariedade, além de um nível adequado de alocação dos riscos sociais.

## 4 CONCLUSÃO

No curso do presente trabalho, vimos que o princípio da solidariedade, correspondente à 3ª dimensão de direitos humanos, apesar de figurar como princípio há muito tempo em nossa Constituição, só foi plenamente incorporado ao ordenamento jurídico privado a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002, bem como que no novo Código Civil o princípio da solidariedade encontra grande destaque, figurando como uma das diretrizes principais.

Além disso, foi destacado, especificamente quanto à Responsabilidade Civil, que o referido princípio promoveu alterações de grande impacto no tratamento da matéria, acarretando, inclusive, a adoção da teoria do risco por meio de uma cláusula geral de responsabilidade civil, esta contida no parágrafo único do artigo 927.

Observamos ainda que o princípio da liberdade integra a chamada primeira dimensão de direitos humanos, apresentando tanto uma dimensão positiva quanto negativa, e que em sua construção geral implica o direito de livre desenvolvimento da personalidade, bem como que tal princípio apresenta grande importância na seara da Responsabilidade Civil, por representar um de seus fundamentos.

Por sua vez, no curso do tópico da teoria do risco, pontuamos que ela trata acerca do nexo de imputação, de modo que o agente será responsável pela reparação independente de qualquer deliberação acerca da ilicitude ou culpa na conduta do agente, visto que parte de uma lógica de distribuição dos riscos sociais, segundo a qual aquele que opta por exercer uma atividade deve assumir os riscos à ela inerentes, em especial, a sua potencialidade lesiva.

Ademais, no que concerne ao tópico das subteorias da teoria do risco, vimos cinco ramificações da teoria do risco, o risco-proveito, o risco criado, o risco profissional, o risco excepcional e o risco integral, que tiveram por objetivo complementar a construção dogmática ofertada pela teoria do risco, bem como que a escolha por uma dessas subteorias não exclui as demais, de modo que, num mesmo sistema, várias delas podem conviver mutuamente, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro.

A outro tanto, em relação ao tópico do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, fizemos uma análise textual do referido dispositivo, no qual vimos que o dispositivo pode ser seccionado em duas partes, na responsabilidade objetiva por determinação legal e na cláusula geral de responsabilidade objetiva, esta última objeto do presente trabalho.

No retromencionado tópico constatamos ainda que a responsabilidade objetiva não se confunde com a culpa presumida e o ilícito objetivo, haja vista que estes institutos pertencem à seara da responsabilidade subjetiva.

Outrossim, no tópico da cláusula geral de responsabilidade objetiva, notamos que não há consenso na doutrina acerca de qual subteoria do risco teria o Código Civil de 2002 adotado no parágrafo único de seu art. 927, havendo autores como GODOY, GONÇALVES, STOCO, FARIAS, NETTO e ROSENVALD que entendem ter ele adotado a subteoria do risco criado, enquanto outros como NADER e TARTUCE entendem ter ele adotado a subteoria do risco profissional, existindo ainda aqueles como GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, CAVALIERI e SANSEVERINO que se posicionam no sentido da subteoria do risco-proveito.

Por fim, concluímos expondo nosso posicionamento, segundo o qual a subteoria do risco que melhor se coadunaria com as exigências de nosso ordenamento jurídico seria a do risco-proveito, por proporcionar a máxima efetividade dos princípios da liberdade e da solidariedade, além de um nível adequado de alocação dos riscos sociais.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Enunciado nº 37 CJF/STF da I Jornada de Direito Civil (2002). Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Agravo em Recurso Especial nº 676.070-RS**. Relator Ministro Marco Buzzi, 25 de fevereiro de 2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/deciso/es/?num\\_registro=201500554004&dt\\_publicacao=01/03/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/deciso/es/?num_registro=201500554004&dt_publicacao=01/03/2016)>. Acesso em 9 de maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 210.505-SP**. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSPORTE DIÁRIO DE MERCADORIAS POR VIA PÚBLICA LIGADO À ATIVIDADE INDUSTRIAL DA RÉ. IMÓVEL DOS AUTORES QUE TEVE QUE SER DEMOLIDO. PROVA PERICIAL ESTABELECE O NEXO DE CAUSALIDADE. RISCO DA ATIVIDADE. TEORIA DAS CONCAUSAS. RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. Relator Ministro Sidnei Beneti, 16 de outubro de 2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201201520797&dt\\_publicacao=31/10/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201520797&dt_publicacao=31/10/2012)>. Acesso em: 9 de maio de 2019.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de direito civil: parte geral**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2: obrigações, responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 927 a 954 - Responsabilidade civil. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 10. ed. Barueri, SP: Manoel, 2016, p. 881-921.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4**: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7**: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil, volume I, tomo I**: teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. I. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Terceira Turma Recursal Cível. **Recurso Inominado nº 71001727908**. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONDUTORA QUE SOFRE MAL SÚBITO, SOBE EM CALÇADA E ATROPELA DIVERSOS PEDESTRES. SITUAÇÃO QUE NÃO CARACTERIZA CASO FORTUITO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. DEVER DE REPARAR OS DANOS CAUSADOS, INCLUSIVE OS MORAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Relator Eugênio Facchini Neto, 23 de setembro de 2008. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\* &aba=juris&entsp=a\\_\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A71001727908&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A71001727908&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 9 de maio de 2019.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Cláusula Geral De Risco E A Jurisprudência Dos Tribunais Superiores. In: Superior Tribunal de Justiça (Brasil). **Doutrina**: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p. 347-370. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Dout25anos/issue/view/30/showToC>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.