

# Responsabilidade Civil no Novo Código Civil

**SERGIO CAVALIERI FILHO**

*Desembargador do TJ/RJ, Diretor-Geral da EMERJ e Professor da Universidade Estácio de Sá*

## 1. Evolução da Responsabilidade Civil

Tenho repetido que o novo Código Civil não fez e não fará nenhuma revolução na disciplina da responsabilidade civil, porque esta revolução, na realidade, ocorreu ao longo do século XX. Partimos da responsabilidade subjetiva com culpa provada, tal como estava prevista no art. 159 do Código de 1916, e chegamos à responsabilidade objetiva, em alguns casos, até, fundada no risco integral, na qual o próprio nexos causal fica profundamente diluído. Essa grande revolução ocorreu ao largo do Código de 1916, porque ele era um código subjetivista uma vez que a cláusula geral de responsabilidade civil prevista no seu art. 159 era fundada na culpa provada; tão hermética que, a rigor, não abria espaço para responsabilidade outra que não fosse subjetiva.

O Código de 1916 apenas admitia, na parte especial, no seu art. 1.521, responsabilidade com culpa presumida - do patrão em relação ao empregado, dos pais em relação aos filhos, do tutor em relação ao pupilo, do curador em relação ao curatelado - e topicamente responsabilidade objetiva em alguns casos, como: nos artigos 1.528 (dano causado pela ruína de prédio), 1.529 (dano causado por coisa caída de prédio), 1.527 (dano causado por animal), e 1.208 (o locatário respondia pelos danos causados ao imóvel decorrentes de incêndio). Então, o Código de 1916 era subjetivista, porque todo o sistema de responsabilidade civil nele previsto estava amarrado à cláusula geral do art. 159. Por isso, à medida que aquele sistema começou a vazar água, revelou-se insuficiente, em razão do progresso tecnológico, do desenvolvimento científico, da explosão demográfica, foi necessário admitir outras hipóteses de responsabilidade civil não fundada na culpa, e isto foi acontecendo, repito, fora do Código Civil, por meio de leis especiais.

A grande revolução em sede de responsabilidade civil, no meu entender, ocorreu com a Constituição de 1988, na medida em que ela estendeu, no seu art. 37, parágrafo 6º, aos prestadores de serviços públicos responsabilidade objetiva tal qual a do Estado. Este foi, realmente, um grande passo na extensão da responsabilidade objetiva porque a expressão “prestadores de serviços públicos” envolve uma área enorme da atividade comercial no mercado

de consumo: luz, gás, telefone, transporte etc. Todos esses prestadores de serviços públicos, até a Constituição de 1988, tinham responsabilidade subjetiva, fundada na culpa – art. 159; a Constituição, como já disse, estendeu a eles a responsabilidade objetiva. Isto foi feito em razão de um reclamo, que já vinha de algumas décadas, principalmente dos grandes publicistas, entre os quais Hely Lopes Meirelles: se o Estado, quando prestava serviço diretamente, respondia objetivamente, desde a Constituição de 1946, por que o particular, quando prestava serviços públicos, tal como o Estado, tinha os bônus e respondia subjetivamente? Quem tem os bônus, há de ter os ônus. Então, os prestadores de serviços públicos, que tinham responsabilidade subjetiva até a Constituição de 1988, passaram a ter responsabilidade objetiva. Equivale a dizer que toda essa área dos serviços públicos saiu da incidência do art. 159 do Código Civil de 1916, e passou a ser disciplinada diretamente pela norma constitucional do art. 37, parágrafo 6º. A responsabilidade objetiva alcançou, assim, uma extensão enorme, talvez até maior do que a da responsabilidade subjetiva. Outro grande passo da Constituição de 1988 foi pacificar a questão da indenização pelo dano moral ao dispor a esse respeito no seu art. 5º, incisos V e X.

O restante dessa grande revolução, o golpe fatal na responsabilidade subjetiva veio com o Código do Consumidor que, nos seus artigos 12 e 14, estabeleceu responsabilidade objetiva para todos os fornecedores de produtos e serviços. Ora, tudo ou quase tudo o que ocorre na sociedade envolve relação de consumo: luz, gás, telefone, transporte - tudo é consumo, ou de produtos ou de serviços. Logo, a partir do Código do Consumidor, o campo de incidência do art. 159 do Código Civil passou a ser mínimo, insignificante em comparação à amplitude que passou a ter a responsabilidade objetiva. Até o Código do Consumidor, todos os riscos do consumo corriam por conta do consumidor, e o fornecedor só respondia se tivesse culpa; por isso **Pizzarro** dizia que a culpa era uma espécie de couraça que protegia o fornecedor - quer de produtos, quer de serviços - tornando-o praticamente irresponsável, porque a complexidade do consumo, da produção, da distribuição em massa, tornou impossível a prova da culpa. Os fornecedores estavam, verdadeiramente, no paraíso: eram irresponsáveis.

O Código do Consumidor deu uma guinada de 180 graus: retirou dos ombros do consumidor os riscos do consumo, e os transferiu para o fornecedor, atribuindo a este, responsabilidade objetiva. Assim, tudo que era da abrangência do art. 159 do Código Civil de 1916 passou, agora, a ser da abrangência do Código do Consumidor - o art. 159 ficou reduzido à sua real insignificância. Costumo dizer que, após o Código do Consumidor, nós não mais deveríamos fazer a divisão da responsabilidade civil em contratual e

extracontratual, como classicamente se faz (essa divisão ainda persiste, mas perdeu a sua relevância, porque o Código do Consumidor suplantou esta dicotomia), mas sim em responsabilidade tradicional e responsabilidade nas relações de consumo, tão extensa é a sua área de incidência.

A responsabilidade tradicional é aquela que vimos estudando há séculos, e a responsabilidade nas relações de consumo, aquela cujo sistema está previsto no Código do Consumidor. Pois foi isso o que ocorreu ao longo do século XX e, como disse, em certas hipóteses, evoluiu-se até para uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, como é o caso do acidente de trabalho, do seguro obrigatório, de danos nucleares etc. São hipóteses de responsabilidade objetiva fundada em risco integral, em que haverá o dever de indenizar mesmo que estejam presentes uma daquelas causas que normalmente excluem o nexo causal: a força maior, o fortuito etc.

## **2. O novo Código Civil é objetivista**

Por isso, como já ficou dito, o novo Código Civil não fez e nem fará nenhuma revolução em sede de responsabilidade civil, porque esta revolução já havia ocorrido antes dele. Mas, enfatizo, o novo Código fez uma mudança profunda na disciplina, no sistema de responsabilidade civil que estava previsto no Código de 1916. E se o novo Código não a fizesse, entraria em vigor absolutamente defasado, desatualizado porque, como vimos, o sistema de responsabilidade civil do Código de 1916 ficou ultrapassado, reduzido a um mínimo, em razão dessas alterações que ocorreram por meio de leis especiais. É por isso que podemos dizer que o novo Código é objetivista, diferentemente do Código de 1916, que era subjetivista. É um Código que procurou incluir no seu texto, no seu sistema, tudo aquilo que já havia sido alcançado pela evolução que foi sendo feita, aos poucos, por meio de leis especiais.

## **3. Título dedicado à responsabilidade civil**

Antes de examinarmos a nova disciplina da responsabilidade civil, merecem destaque duas peculiaridades do novo Código. Tem ele agora, à semelhança dos Códigos mais modernos (português, italiano etc.), um título especificamente dedicado à responsabilidade civil. É o Título IX do Primeiro Livro da Parte Especial, que começa no art. 927 e vai até o art. 954. Mas não vamos encontrar ali, como era de se esperar, uma disciplina concentrada e exaustiva da responsabilidade civil. E isso não foi feito porque é praticamente impossível reunir num só título todas as normas relacionadas com a responsabilidade civil, por mais competente que seja o legislador. A responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde deságuam todos os rios do Direito: público e privado, material e processual; é uma abóbada que enfeixa todas

as áreas jurídicas, uma vez que tudo acaba em responsabilidade. As pessoas só procuram a Justiça quando estão em conflito. Enquanto o vendedor e o comprador estão se entendendo, um vendendo e o outro comprando; enquanto cada um está respeitando o direito do outro – na família, na vizinhança, no trabalho, nas relações com o Estado –, ninguém procura o Judiciário. As questões só chegam à Justiça quando alguém viola um dever jurídico, e é por isso que tudo acaba em responsabilidade. Nisso reside a impossibilidade de se concentrar todas as regras da responsabilidade civil em um só título, em uma só parte do Código. Embora grande parte da matéria esteja agora disciplinada num título específico, o que representa um avanço, muitas regras importantíssimas da responsabilidade civil continuam espalhadas por todo o Código.

Da Parte Geral, vamos examinar duas normas (arts. 186 e 187) de extrema relevância; na Parte Especial encontramos outras igualmente importantes, principalmente no título que trata do inadimplemento das obrigações (arts. 389-405). Tudo que diz respeito à responsabilidade contratual, e que tem aplicação na responsabilidade extracontratual, está no referido título. Ali trata das perdas e danos, do caso fortuito e da força maior – causas gerais de exclusão da responsabilidade civil –, da mora, da cláusula penal, dos juros legais etc.

Vamos encontrar também a disciplina específica de determinadas responsabilidades junto a certos contratos. Assim, por exemplo, a responsabilidade do transportador está agora disciplinada na seção que trata do contrato de transporte (arts. 734, 735, 738); a do segurador, no contrato de seguro (arts. 730 e seguintes); a do construtor-empreiteiro, no contrato de empreitada (art. 618) e assim por diante.

Foi um avanço, sem dúvida, ter o Código dedicado um título todo à responsabilidade civil, mas nele não encontramos uma disciplina concentrada. Vamos ter que continuar garimpando as normas aplicáveis à responsabilidade civil, espalhadas por todo o Código e em leis especiais.

#### **4. A obrigação de indenizar**

Outra inovação do Código que merece destaque é a inclusão da obrigação de indenizar como modalidade autônoma de obrigação, com a extensão que lhe foi dada nos artigos 927 e seguintes. Sempre se disse que o ato ilícito é uma das fontes da obrigação, mas nunca a lei indicou qual seria essa obrigação. Agora o Código diz – aquele que comete ato ilícito fica obrigado a indenizar. A responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito com o nascimento da obrigação de indenizar, que tem por finalidade tornar *indemne* o lesado, colocar a vítima na situação que estaria sem a ocorrência do fato danoso.

Trata-se de obrigação legal porque é a própria lei que determina quando a obrigação de indenizar surge e a sua precisa conformação. Como bem coloca o insigne Humberto Theodoro Júnior, é “uma obrigação-sanção que a lei impõe como resultado necessário do comportamento infringente de seus preceitos. Ao contrário do *ato jurídico lícito*, em que o efeito alcançado, para o direito, é o mesmo procurado pelo agente, no *ato jurídico ilícito*, o resultado é o surgimento de uma obrigação que independe da vontade do agente e que, até pode, como de regra acontece, atuar contra a sua intenção”. (**Comentários ao Novo Código**, Ed.Forense, 2003, Vol.III, Tomo II, p.18). Outra característica da obrigação de indenizar é ser *sucessiva*, porque sempre decorre da violação de uma obrigação anterior (dever originário), estabelecida na lei, no contrato ou na própria ordem jurídica. Autores há que, para distinguirem essas duas obrigações, chamam a primeira de obrigação originária e a segunda de responsabilidade, com o que estamos de pleno acordo.

## 5. Cláusula geral de responsabilidade subjetiva

Embora o novo Código seja objetivista, como já assinalado, não quer isso dizer que a partir dele não mais temos responsabilidade subjetiva. Estou dizendo que temos agora um sistema de responsabilidade civil prevalentemente objetivo, porque esse, repito, é o sistema que foi sendo montado ao longo do século XX por meio de leis especiais. Mais isso não significa que a responsabilidade subjetiva tenha sido inteiramente afastada. Responsabilidade subjetiva teremos sempre, até o juízo final, mesmo não havendo lei prevendo-a, porque essa responsabilidade faz parte da ética, da moral, do sentimento natural de justiça. Decorre daquele princípio superior de direito, de que ninguém deve causar dano a outrem. Então, vale ressaltar, sempre que não tivermos disposição legal expressa consagrando a responsabilidade objetiva, persiste a responsabilidade subjetiva, como sistema subsidiário, como princípio universal de direito; posso não responder objetivamente por falta de previsão legal, mas, subjetivamente, se causar dano a outrem, vou ter sempre que responder.

Por isso, o Código não poderia deixar de prever uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva. E esta é encontrada conjugando o art. 927 com o art. 186. Dispõe o art. 927: “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*” Em outras palavras, aquele que praticar ato ilícito, fica obrigado a indenizar. O Código colocou aqui muito bem que o fato gerador da responsabilidade civil, da obrigação de indenizar é o ato ilícito, quer na responsabilidade subjetiva, quer na responsabilidade objetiva. Quem praticar ato ilícito, causando dano a alguém, vai ter que reparar, vai ter que indenizar. E aí vem a questão: mas quando é que alguém pratica

ato ilícito? Nesse mesmo dispositivo, o Código faz remissão aos arts. 186 e 187. Temos, então, que conjugar esses dois artigos. O art. 927 contém uma norma incompleta, que vai ter que ser completada através da conjugação com o art. 186. Vamos ter que ler os dois artigos juntos – um completando o outro.

No art. 186 temos praticamente aquilo que estava no art. 159 do Código de 1916, com uma significativa variação. Na sua parte final ocorreu a grande mudança - “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência...*”: em lugar de “*...fica obrigado a reparar o dano...*”, o Código agora diz: “*...comete ato ilícito.*” Temos aqui um conceito de ato ilícito, o que não havia no Código anterior. Esse conceito de ato ilícito é subjetivo, porque tem como elemento integrante a culpa. E onde está a culpa? Na parte em que o Código expressamente se refere à negligência e à imprudência. Esse é um conceito, diria, de ato ilícito *estricto senso*; ato ilícito típico, cheio, com todos os seus requisitos, não só objetivos, mas também subjetivos. Esse é o ato ilícito tradicional, que a doutrina sempre conceituou como sendo o fato gerador da responsabilidade civil. Conjugando o art. 927 com o art. 186, temos a cláusula geral da responsabilidade subjetiva. “*Art. 927. Aquele que, por ato ilícito...*” – ato ilícito tal como previsto no art. 186, que importe em ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito e cause dano a outrem. Esse ato ilícito subjetivo gera o dever de indenizar, responsabilidade fundada na culpa, a cláusula geral da responsabilidade subjetiva do novo Código. Não vamos falar sobre ela porque é por todos conhecida. Tudo aquilo que sabemos sobre responsabilidade civil está aí. Essa responsabilidade só vai se configurar quando houver conduta culposa, nexos causal e dano, com aquela complexidade toda de ficar provada a culpa, como violação ao dever de cuidado. Cláusula geral, aberta, que sempre exigirá um juízo de valor, porque em cada caso teremos que ver se houve previsibilidade, se houve um comportamento adequado etc.

## **6. O abuso do direito**

Contrapondo à cláusula geral de responsabilidade subjetiva, o Código consagrou três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, o que reforça a afirmação de que ele é objetivista.

A primeira cláusula de responsabilidade objetiva, vamos encontrá-la ainda conjugando o art. 927 com o art. 187, ao qual o primeiro também se refere expressamente. O art. 187, que conceitua o abuso de direito, é também uma inovação do Código. Mas isso não é novo, diria alguém, já existia no Código anterior. Existia por uma interpretação *a contrario sensu*. O Código anterior não tratou expressamente do abuso do direito, não o conceituou; a doutrina

e a jurisprudência é que construíram sólida disciplina para o abuso do direito, mas por uma interpretação, como já disse, *a contrario sensu*. O art. 160, I, do Código de 1916, dizia que o exercício regular do direito não constituía ato ilícito. Ora, se quem exerce normalmente o seu direito não pratica ato ilícito, *a contrario sensu*, aquele que exerce o direito fora dos limites, irregularmente, pratica ato ilícito. E aí, então, a nossa doutrina e a jurisprudência, seguindo a doutrina de outros países, construíram a teoria do abuso do direito que era, assim, aceita e admitida, entre nós, por essa interpretação *a contrario sensu*. Mas, agora, vem o Código e expressamente define, conceitua o abuso do direito, e com uma amplitude fantástica.

O art. 187 estabelece: “*Também comete ato ilícito...*” – esta expressão tem uma relevância enorme, porque anuncia um outro ato ilícito, diferente daquele que foi conceituado no art. 186. E quem cometer esse ato ilícito do art. 187, também vai ficar obrigado a indenizar pela norma do art. 927. “*Art. 187. 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*”.

Quando estudamos o abuso do direito, vimos que, em torno dele, na doutrina e até na jurisprudência de outros países, formaram-se duas correntes – a subjetivista e a objetivista. Para a corrente subjetivista, que foi a tradicional, só se configuraria o abuso do direito quando alguém, além de exceder os limites do exercício do seu direito, o fizesse com a intenção, com o propósito de causar dano a alguém, de prejudicar. E foi assim que inicialmente a doutrina do abuso do direito foi construída, principalmente na França. Um dos casos mais conhecidos é o daquele cidadão que tinha um vizinho que soltava balões da sua propriedade, numa fase em que isto estava servindo como experiência para os futuros aviões. Esse cidadão, incomodado com os balões que passavam por cima da sua casa, construiu um muro alto e botou estacas pontiagudas de ferro lá em cima para que, quando o balão passasse, fosse atingido. Esse caso foi parar nos tribunais e, pela primeira vez, pelo menos de que tenho conhecimento, reconheceu-se o abuso do direito. Aquele cidadão tinha o direito de usar, de fruir a sua propriedade, mas não ao ponto de causar um prejuízo a outrem sem nenhuma vantagem para ele, por pura emulação ou birra. O Direito não pode ser exercido assim, de forma contrária aos seus fins econômicos e com a intenção de prejudicar. Assim foi se formando a doutrina do abuso do direito, mas com uma concepção subjetiva.

Entretanto, a partir do momento em que as idéias de responsabilidade objetiva começaram a aflorar, principalmente na França, juristas, tais como **Salleille**, **Rippert** e outros, começaram também a conceber um abuso do direito objetivo, isto é, independentemente de qualquer finalidade ou intenção

de prejudicar. **Salleille** dizia que o abuso do direito se configuraria simplesmente pelo uso anormal do Direito; bastaria, portanto, para configurá-lo que o seu titular, ao exercê-lo, ultrapassasse determinados limites: o exercesse sem nenhuma finalidade econômica, contrariando sua finalidade social, os bons costumes ou a boa-fé. Essas duas correntes persistiram e persistem ainda hoje no campo da doutrina e da jurisprudência; na vigência do Código anterior, essa questão era muito discutida, porque não havia uma norma legal disciplinando o abuso do direito. Ora a jurisprudência entendia que bastaria o mero exceder os limites, ora entendia que era preciso a intenção de prejudicar.

O que fez o novo Código? Não há dúvida: adotou a teoria objetiva com relação ao abuso do direito. Não há, no art. 187, a menor referência à intencionalidade, ao fim de causar dano a alguém; basta que se exerça o direito ultrapassando os limites ali estabelecidos. Mesmo que o excesso tenha sido puramente objetivo, não haverá nenhuma influência para descaracterizar o abuso do direito. Todos os autores estão se manifestando no sentido de que temos no art. 187 um conceito objetivo de ato ilícito (ato ilícito em sentido lato), que serve de embasamento para o abuso do direito.

A primeira cláusula geral de responsabilidade objetiva, portanto, está no art. 187, combinado com o art. 927. Aquele que, no exercício de um direito subjetivo, ultrapassar os limites que estão ali previstos e causar dano a outrem, terá que indenizar independentemente de culpa. E esta é uma cláusula de tal amplitude, que chega a assustar alguns juristas em face do enorme poder que dá ao juiz. Realmente, todo e qualquer direito subjetivo, de qualquer área do direito, público, privado, família, terá agora que ser exercido nos limites definidos nos dispositivos em exame: fim econômico (não se pode exercer um direito sem que se tenha em vista uma finalidade econômica, algum proveito), finalidade social (principalmente nos contratos e no direito de propriedade), boa-fé (a boa-fé passou a ser o princípio cardeal do novo Código Civil).

A boa-fé está prevista no art. 113 no novo Código Civil como princípio de interpretação de todos os negócios jurídicos, no art. 422 como fonte de deveres anexos de todo e qualquer contrato, e no art. 189 como limite de exercício de todo e qualquer direito. Diria que neste último dispositivo a boa-fé tem uma abrangência que os outros dispositivos não têm. A boa-fé passou a ser uma espécie de cinto de segurança de toda a ordem jurídica: não é possível ultrapassar o limite da boa-fé, qualquer que seja o direito, por mais absoluto que ele seja. Boa-fé é ética, porque o fundamento racional e último do Direito é a ética. Esse princípio ficou afastado do Direito durante o liberalismo, baseado na autonomia da vontade, na liberdade de contratar, e na suposta

igualdade...Igualdade que nunca existiu porque o mais forte sempre devorou o mais fraco! E a ética foi para o espaço. Esse Código se propõe a resgatar determinados princípios que são fundamentais no Direito, entre eles, a ética.

## 7. Responsabilidade pelo exercício de atividade de risco

A segunda cláusula geral de responsabilidade objetiva, vamos encontrá-la no próprio art. 927, agora no seu parágrafo único. Diria inicialmente que, a rigor, este parágrafo deveria ser um artigo, dada a relevância que ele tem. Normalmente, o parágrafo é uma exceção à regra que está no *caput*, ou uma peculiaridade, uma circunstância decorrente do *caput*. Em um parágrafo, não se introduz uma nova disciplina, como se fez aqui. Nesse parágrafo único nós temos uma cláusula geral de responsabilidade até mais abrangente do que a do *caput*.

Diz o parágrafo único: *“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa...”* – destaque: o próprio Código, para afastar qualquer dúvida, disse que a culpa está fora, razão pela qual não há a menor dúvida de que temos aqui uma cláusula de responsabilidade objetiva. E continua: *“... nos casos especificados em lei...”*. Outro ponto importante: todos os casos de responsabilidade objetiva já especificados em lei persistem. O novo Código não veio para desfazer toda aquela evolução a que nos referimos no início, mas para recepcioná-la e até ampliá-la.

Quando haverá a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa? *“...Quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*. E aqui temos a primeira dificuldade. O que significa atividade? Atividade que, por sua natureza, implicar risco. Basta exercer uma atividade perigosa para que exsurja a obrigação de indenizar objetivamente? Temos aqui uma cláusula de responsabilidade objetiva tão ampla, que se for interpretada literalmente, tal como está escrita, não vai sobrar nada para a responsabilidade subjetiva, porque hoje quase todas as atividades que exercemos são de risco. Interpretada essa cláusula tal como está redigida, todos nós, que dirigimos o nosso automóvel particular, exercemos atividade de risco e se, eventualmente, nos envolvermos num acidente de trânsito, vamos ter que indenizar, independentemente de culpa. Será que é este o sentido dessa norma?

Essas expressões que figuram no texto, “atividade”, “natureza”, já estão gerando perplexidade. Houve um encontro de juristas em Brasília - Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal – em que juristas de todo o Brasil, tentando interpretar essa cláusula, fizeram o Enunciado nº 38, que diz assim: *Haverá a responsabilidade fundada no artigo 927, parágrafo único, quando a atividade causar, a pessoa determinada, um*

*ônus maior do que aos demais membros da coletividade.* No meu entender, o enunciado também pecou pela ambigüidade. Estou convencido de que vamos ter que dar a esse dispositivo uma interpretação lógica, racional.

O que deve ser entendido por “atividade”? Essa é a palavra-chave. Em primeiro lugar, não tenho dúvida de que, aqui, o Código não se referiu à mera ação ou omissão. Relembre-se que no art. 186, quando tratou da responsabilidade subjetiva, o Código usou a expressão “ação ou omissão”. “Ação ou omissão” é comportamento voluntário, individual, pessoal, para indicar, normalmente, aquele comportamento isolado de alguém. Mas, no parágrafo único do art. 927, o Código usou a outra expressão “atividade”. E será que o fez por mera coincidência? Não. Isso deve ter relevância. Se ali diz “atividade”, é porque estava querendo se referir a uma outra modalidade de comportamento, a uma outra espécie de conduta, que não a mera “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Qual seria?

Logo a seguir, o Código usou a expressão “normalmente desenvolvida”. “Normalmente” sugere a idéia de habitualidade, de conduta reiterada, contínua, organizada, profissional. Estou, portanto, reforçado pelo próprio texto, entendendo que quando o Código fala em atividade, está falando daquela conduta que não é isolada, que não é esporádica, mas daquela conduta que é reiterada, habitual, constante, até profissional.

E encontro elementos para reforçar esse entendimento, não só na doutrina, como também na própria lei. Se formos aos livros de Direito Administrativo e procurarmos o conceito de serviço público, veremos que todos os autores, todos os administrativistas, desde Hely Lopes Meirelles, Cretella Jr. e outros, até hoje dizem: serviço público é a atividade estatal destinada a atender aos fins públicos etc. Todos se referem ao serviço como sendo atividade, porque essa é a expressão adequada. Se formos agora ao Código do Consumidor, no seu art. 3º, parágrafo 2º, ele define serviço, dizendo: “*Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...*”. Então, há no Código de Defesa do Consumidor um conceito legal de serviço no qual é utilizada a palavra “atividade”. O novo Código Civil, quando trata da empresa, no art. 966, diz assim: “*Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*” E no art. 972 diz que: “*Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil...*”. Não há dúvida, portanto, de que o próprio Código Civil, e não apenas o Código do Consumidor, utilizou em mais de um lugar a palavra “atividade”, não para indicar a ação ou omissão esporádica, isolada de alguém, mas a conduta profissional, habitual, economicamente organizada.

Encontro reforço para essa interpretação no elemento histórico. O pro-

jeto do Código Civil foi elaborado na década de 70, quando os serviços já abrangiam uma área enorme da sociedade e do mercado de consumo: luz, gás, telefone, transporte etc. Os serviços tinham um campo de ação talvez mais extenso do que o próprio campo de produtos, e os fornecedores de serviços estavam no paraíso, porque a responsabilidade deles – conforme enfatizado no início – era fundada no art. 159 do Código Civil de 1916: culpa, e culpa provada. Em qualquer ação de indenização contra os fornecedores de serviços a culpa tinha que ser provada e por isso praticamente se tornaram irresponsáveis. Havia uma responsabilidade formal, mas não uma responsabilidade substancial. Portanto, era natural que os juristas que projetaram o novo Código Civil, se preocupassem com esta realidade social. Tudo tinha evoluído em sede de responsabilidade civil, menos nessa área, porque é uma área muito forte do setor econômico, capaz de impedir a mudança da lei.

O legislador de 1970 procurou, sem dúvida, inserir no Código uma nova regra que mudasse a sistemática do artigo 159 do Código Civil de 1916, criou uma norma de responsabilidade objetiva para atender esta área enorme do mercado de consumo, a responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço. Só que, lamentavelmente, o Código Civil ficou hibernado no Congresso Nacional por quase trinta anos, e, enquanto isso, as águas continuavam a rolar; foi necessário, quase que “a toque de caixa”, editar um Código do Consumidor. Assim, estou convencido de que o Código usou a expressão “atividade normalmente desenvolvida”, não no sentido de simples ação ou omissão, mas sim no sentido de habitualidade, de conduta reiterada, profissional e, podemos dizer, na sua grande área, para abranger a atividade que importa em serviço de qualquer natureza.

Temos a seguir uma outra dificuldade. O Código diz que haverá responsabilidade objetiva quando a atividade, por sua natureza, implicar risco para os direitos de outrem. E o que devemos entender por “atividade que por sua natureza implique risco”? Risco é perigo, risco é probabilidade de dano. Quer isso dizer, por acaso, que pelo mero fato de alguém exercer uma atividade perigosa, só por isto, vai ter que indenizar? Aqui, não há dúvida, foi acolhida a Teoria do Risco Criado, tão defendida pelo nosso grande jurista e civilista Caio Mário. Mas, a questão é outra: alguém vai ter que indenizar objetivamente, simplesmente por que criou o risco, simplesmente por que a sua atividade é, por natureza, de perigo? Há determinadas atividades ou serviços que são essencialmente perigosos, não podem ser prestados sem perigo, sem risco – é o chamado risco inerente – mas são atividades necessárias, indispensáveis na sociedade. Aí está, por exemplo, a atividade médica. Alguém pode pensar numa sociedade sem médico, sem hospital? Mas a atividade médica é essencialmente perigosa, implica risco inerente. Não há uma cirurgia, por

mais singela que seja, que não importe risco. Imaginemos uma cirurgia num cidadão com mais de oitenta anos, que não é bem sucedida, vindo o paciente a falecer. Só por ter exercido essa atividade de altíssimo risco terá o médico ou hospital necessariamente que indenizar? Convém então lembrar que o risco é apenas a teoria que justifica a responsabilidade objetiva, mas não é o seu fato gerador. Muitas pessoas exercem atividade de risco a vida toda e nem por isso têm que indenizar nada a ninguém. A obrigação de indenizar só surge quando alguém viola dever jurídico e causa dano a outrem. Não é o risco, portanto, que por si só gera o dever de indenizar, mas sim o dano causado pela violação de dever jurídico, e isso em qualquer tipo de responsabilidade. Sem violação de dever jurídico não há que se falar em responsabilidade, porque esta é um dever sucessivo que decorre da violação daquele.

## 8. O dever de segurança

O que na realidade ocorre é isto: quando alguém exerce uma atividade de risco, a lei cria para ele um dever jurídico específico, que se for violado gera a obrigação de indenizar independentemente de culpa. Que dever é esse? É fácil de se chegar a ele. Se risco é perigo, se risco é probabilidade de dano, então o dever que se contrapõe ao risco é a segurança. Em outras palavras, para aquele que exerce uma atividade perigosa a lei impõe o dever de exercê-la com segurança tal que não cause dano a ninguém.

Feitas estas considerações, podemos agora ler o dispositivo em exame com olhos de ver. Quem exercer atividade de risco terá o dever de indenizar se o fizer de forma insegura, prestando serviço sem a segurança que deve ter. E assim é porque a lei criou esse dever de segurança em contraposição ao risco da atividade, tornando aquele que a exerce em garante da sua segurança.

Essa disciplina, que está implícita no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, foi expressamente consagrada no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, elaborado com técnica legislativa mais aprimorada.

Com efeito, no art. 14 do Código do Consumidor encontramos a disciplina da responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço, e serviço é atividade, assim conceituado no seu art. 3º, parágrafo 2º. Mas quando é que o fornecedor de serviço responde objetivamente? Simplesmente por que a atividade exercida é de risco? Não, o Código do Consumidor, no seu art. 14, é muito claro ao estabelecer que o fornecedor de serviços responde pelos danos causados pelo *defeito do serviço*. Se o serviço, embora perigoso, não tem defeito, não haverá problema. O fornecedor só vai responder objetivamente pelo dano causado pelo defeito do seu serviço.

Vê-se, então, que a lei não pune a ninguém simplesmente por exercer

uma atividade de risco, ainda que inerente. O que a lei exige é que essa atividade seja exercida sem defeito. Se houver a relação de causa e efeito entre dano e defeito, vai haver o dever de indenizar independentemente de culpa. E como podemos saber se houve defeito? O parágrafo 1º do art. 14 do CDC responde a indagação com precisão. O serviço é defeituoso quando não oferece a *segurança* legitimamente esperada. Eis aí o *Princípio da Segurança*. Em contrapartida ao serviço perigoso, a lei criou o dever de segurança. O serviço não terá defeito se for prestado com segurança; terá defeito se for prestado sem a segurança legitimamente esperada. É óbvio que essa noção de segurança é relativa, exigindo do juiz um juízo de valor em cada caso. Por isso o Código de Defesa do Consumidor diz: a segurança legitimamente esperável ou esperada. O que deve ser entendido por legitimamente esperada? Depende do caso concreto. A norma terá que ser estabelecida em face da realidade. Se alguém, por exemplo, compra um carro popular não pode esperar dele a mesma segurança de um Mercedes, ou de um BMW. Claro que esses veículos têm um melhor sistema de segurança e, por isso, são preferidos por aqueles que podem adquiri-los. Entretanto, por mais popular que seja um veículo, haverá sempre uma segurança legitimamente esperável. Terá um sistema de segurança, como freios confiáveis etc. Se isso não funcionar, eis aí o defeito.

Em conclusão, tenho para mim que devemos visualizar no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil a mesma disciplina jurídica do art. 14 do CDC. Quem exercer atividade normalmente perigosa – entenda-se, atividade habitual, reiterada, profissional – responderá objetivamente se o fizer com defeito, considerada como tal a atividade exercida sem a segurança legalmente exigida, sem a segurança legitimamente esperada.

## **9. A responsabilidade dos profissionais liberais**

Uma última observação. Há pessoas que exercem atividade perigosa profissionalmente, habitualmente, atividade de risco, mas não estão submetidas à responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. O sistema de responsabilidade civil estabelecido no Código do Consumidor é objetivo, mas no parágrafo 4º do seu art. 14, estabeleceu uma exceção em relação à responsabilidade pessoal dos profissionais liberais. Profissional liberal é aquele que exerce suas atividades por conta própria. É o médico que cuida dos seus pacientes no seu consultório, ou os interna em determinados hospitais; é o advogado que atende seus clientes em seu escritório etc. A responsabilidade dos profissionais liberais, conforme prevista no art. 14, parágrafo 4º, do Código do Consumidor, é apurada mediante culpa, vale dizer, a responsabilidade dos profissionais liberais, não

obstante prestadores de serviços perigosos, não é objetiva, é subjetiva. É uma regra especial prevista no Código do Consumidor, e que, como norma especial, continuará vigendo. Logo, médico, profissional liberal ou quem mais exercer uma atividade profissional de risco, não vai responder objetivamente, mas sim subjetivamente, pela regra do artigo 14, parágrafo 4º do CDC.

A mesma exceção pode ser encontrada no artigo 951 do novo Código Civil. Ao se referir à responsabilidade médica, aquele artigo faz expressa menção à negligência, à imprudência e à imperícia, que são elementos da culpa. Logo, a atividade médica, embora por sua natureza implique risco para os direitos de outrem, não gera responsabilidade objetiva.

## 10. *Bis in idem*?

O intérprete menos avisado poderia visualizar um *bis in idem* entre o parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil e o art. 14 do Código do Consumidor, mas, na realidade, isso não ocorre. As duas normas disciplinam matéria idêntica, não há dúvida, mas cada qual em sua área. Antes do novo Código Civil não poderíamos aplicar a responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do CDC para um fornecedor de serviço em situação em que não ocorresse relação de consumo. O fornecedor de serviços só responderia objetivamente se estivesse em face de uma relação de consumo. Se tal não ocorresse, a responsabilidade era subjetiva – art. 159 do Código Civil. O novo Código Civil generalizou: criou para qualquer um que presta serviço perigoso – salvo a exceção já ressaltada - responsabilidade objetiva. Portanto, a partir do novo Código Civil poderemos ter uma dessas situações. Se estivermos em face de uma relação de consumo, vamos continuar aplicando o art. 14 do CDC, porque é a lei específica, própria, especial. Não havendo relação de consumo, poderemos e deveremos aplicar, agora, a regra do art. 927, parágrafo único, norma esta mais abrangente do que a norma do art. 14 do Código do Consumidor.

## 11. Responsabilidade pelo fato do produto

A terceira cláusula geral de responsabilidade objetiva está no art. 931: “*Ressalvados outros casos previstos em lei especial...*” – mais uma vez ficou ressaltada lei especial, exemplo: Código do Consumidor – “*...os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa...*” - cláusula geral de responsabilidade objetiva – “*...pelos danos causados pelos produtos postos em circulação*”. Aplicada essa cláusula tal como escrita, todo e qualquer empresário, individual ou empresa, que colocar um produto em circulação vai ter que responder pelos danos que ele causar. Aqui o Código nem falou em perigo. Essa interpretação literal pode levar ao absurdo, como

neste caso real, noticiado pelo O GLOBO de 1º de março de 2003. Vítor Dodói, o nome já é sugestivo, brigou com a namorada, tomou um porre e resolveu suicidar-se. Comprou uma corda, passou no pescoço, amarrou-a numa árvore e pulou. A corda arrebentou e Dodói levou um enorme tombo. Foi para o hospital, mas quando saiu procurou o Juizado Especial para pedir indenização contra o fabricante da corda. Dano causado pelo produto? É o que diz o art. 931. Os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação. Como se vê, esta cláusula é também ambígua. Vamos ter que interpretá-la, valendo-nos dos mesmos princípios utilizados na interpretação do parágrafo único do art. 927.

Esse dispositivo não estava previsto no projeto original do Código Civil. Foi introduzido na Câmara dos Deputados por emenda do deputado Emanuel Waismam, com o objetivo de proteger o consumidor. Estávamos na década de 70, quando ainda não existia o Código do Consumidor. O fornecedor só respondia por culpa cuja prova era praticamente impossível, de sorte que o consumidor estava entregue à própria sorte. Enquanto o projeto do Código Civil hibernava no Congresso Nacional, foi editado o Código do Consumidor contendo disposição sobre a mesma matéria, mas com técnica legislativa mais aprimorada.

Neste art. 931 do novo Código Civil, portanto, temos responsabilidade pelo fato do produto, tal como prevista no art. 12 do Código do Consumidor. E o que dispõe aquele artigo? Diz que o fornecedor responde pelo dano causado pelo defeito do produto e não pelo mero risco de tê-lo colocado em circulação. Esse, em meu entender, é também o sentido do art. 931 do novo Código Civil. O empresário, individual ou empresa, responde pelo dano causado pelo defeito do seu produto, e não pelo mero fato de ter lançado no mercado um produto perigoso. Tal como o serviço, há produtos que são também essencialmente perigosos, que não podem ser fabricados sem um risco inerente. Exemplo disso são alguns medicamentos que produzem inevitavelmente efeitos colaterais. Se o fabricante tivesse que responder por tais efeitos, esses produtos não poderiam ser fabricados. Não responde, porque esses medicamentos não são tidos como defeituosos.

O produto só pode ser considerado defeituoso, consoante o parágrafo 1º do art. 12 do CDC, quando não oferecer a segurança legitimamente esperada. Eis aí, uma vez mais, o princípio da segurança. Produto sem defeito é produto seguro; produto com defeito é aquele que não tem segurança. O empresário, individual ou empresa, portanto, tem agora o dever legal de colocar em circulação produto seguro, e produto seguro é produto sem defeito. É o garante da segurança do seu produto. Haverá defeito quando o produto não

oferecer a segurança legitimamente esperada.

Também em relação aos produtos teremos a questão da relatividade da segurança. Produtos essencialmente perigosos – risco inerente – não são considerados defeituosos porque o usuário os conhece e sabe os cuidados que deve ter ao utilizá-los, salvo se não foi devidamente informado; produtos que não são aparentemente perigosos, só causarão dano se tiverem defeito, o chamado risco adquirido.

Em conclusão, estou convencido de que na interpretação e aplicação do art. 931 do novo Código Civil devemos também nos valer da mesma disciplina do art. 12 do Código do Consumidor. O empresário, individual ou empresa, só responderá objetivamente pelo dano causado pelo defeito do produto, considerado como tal o produto que não oferece a segurança legitimamente esperada. Não sendo assim, não poderá haver a aplicação desse dispositivo, sob pena de se criar uma responsabilidade objetiva fundada no risco integral, transformando o empresário em segurador universal. Aí não haverá indenização que baste, nem fornecedor que agüente esse tipo de responsabilidade.

São estas as três cláusulas gerais de responsabilidade objetiva consagradas no novo Código Civil, que nos permitem concluir ser ele um código objetivista. Não obstante a cláusula geral de responsabilidade subjetiva, as cláusulas de responsabilidade objetiva são tão amplas e tão abrangentes que, se não forem interpretadas com moderação, nada sobrar para a responsabilidade subjetiva.

## 12. Outras hipóteses de responsabilidade objetiva

Se não bastasse, o Código consagrou a responsabilidade objetiva em vários casos que, no Código de 1916, a responsabilidade era subjetiva. Assim, por exemplo: a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores, que estava prevista lá no artigo 1.521, era subjetiva, embora com culpa presumida; a responsabilidade do patrão em relação a empregado, era também subjetiva, embora com culpa presumida. Havia até uma súmula do STF dizendo que provada a culpa do empregado, presumia-se a culpa do patrão; a mesma disciplina com relação à responsabilidade do tutor e do curador em relação ao pupilo e ao curatelado. O art. 933 do novo Código diz claramente que a responsabilidade, nesses casos, passou a ser objetiva. Não há mais que se falar, conseqüentemente, em **culpa in eligendo**, **culpa in custodiendo**, **culpa in vigilando**, criações da doutrina para justificar uma culpa que realmente não era culpa, uma culpa que era responsabilidade objetiva.

O novo Código, em seu art. 928, criou responsabilidade até para o incapaz, não só para o menor de dezesseis anos, mas também para o amental. Essa responsabilidade é subsidiária, porque o incapaz só vai responder se o

seu responsável – pai, curador, tutor – não puder responder e mesmo assim se tiver patrimônio suficiente para indenizar a vítima sem prejuízo do sustento próprio e daqueles que dele dependem. O fundamento desta responsabilidade é a equidade. Se o incapaz tem patrimônio que possa arcar com a indenização, não é justo que a vítima fique sem reparação. O parágrafo único do art. 928 dispõe: “A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa...” – equitativo vem de equidade e a equidade é fundada no justo; não na ilicitude, mas no justo. É aquilo que deve ser feito porque é justo, e a justiça está exatamente nisso: se o incapaz tem patrimônio, deve indenizar independentemente de ter ou não violado algum dever jurídico.

### **13. Desafio aos operadores do direito**

O novo Código Civil está diante de nós, um Código que é obra humana, contendo coisas extraordinárias e outras que vão precisar ser trabalhadas, principalmente na área da responsabilidade civil. Contudo, nenhuma lei nasce perfeita e acabada. Toda lei, todo grande monumento jurídico, é obra da criação, da construção, principalmente dos operadores do Direito. Gosto sempre de citar uma frase genial de Mário Moacyr Porto, um grande jurista do Rio Grande do Norte - de tudo o que ele falou, talvez esta frase tenha sido a mais feliz: “A lei não esgota o Direito, assim como a partitura não esgota a música”. A partitura, ainda que tenha sido escrita pelo gênio de Mozart, pelo gênio de Verdi, se não tiver um bom intérprete, ficará apequenada. “A lei não esgota o Direito, assim como a partitura não esgota a música”. O novo Código Civil tem por propósito a construção de uma sociedade ética e solidária, e por isso consagrou valores éticos e sociais. Mas isso só será possível se essa lei for devidamente interpretada e aplicada, e isso vai depender da nossa genialidade, principalmente dos jovens operadores do direito, que ainda estão com a carreira pela frente. ◆