

A Teoria do Risco e a Responsabilidade Civil Objetiva do Empreendedor

ALEXANDER PORTO MARINHO WOLKOFF

Graduando em Letras - UERJ

Pós-graduado em Direito Civil - UVA ;

Pós-graduado em Direito da Propriedade Intelectual - PUC/RJ;

Graduado em Direito - UNIRIO.

Sumário: 1. Introdução. 2. Risco do Empreendimento: conceito base. 2.1. Espécies de risco. 2.2. Conceito doutrinário acerca do risco do desenvolvimento. 2.3. Conceito proposto de risco do empreendimento; 2.4. Diferenciação necessária entre risco do desenvolvimento e risco do empreendimento. 3. Análise do Risco Criado no Sistema de Responsabilidade Objetiva no Código Civil de 2002. 3.1. Considerações iniciais. 3.2. O risco como informador da responsabilidade civil objetiva. 4. Uma Teoria Conglobante Acerca da Doutrina do Risco Criado. 5. O Código de Defesa do Consumidor e a Responsabilidade Civil Objetiva do Empreendedor. 5.1. Breves considerações. 5.2. A responsabilidade objetiva do fornecedor/empreendedor. 5.3. Diferenciação entre fato do produto ou do serviço e vício do produto ou do serviço. 5.4. Excludentes de responsabilidade civil do fornecedor. 6. Conclusão. 7. Referências

1. INTRODUÇÃO.

O trabalho, ora proposto, enfoca a temática da objetivação da responsabilidade civil pelo risco do empreendimento, vale dizer, aquelas questões relacionadas aos danos causados pelos empreendedores, que no decorrer da evolução tecnológica, desde o advento da Revolução Industrial, até os dias de hoje, vêm aumentando drasticamente. Verifica-se o que se chama vulnerabilidade dos consumidores que desconhecem os riscos, por ventura, apresentados pelos produtos, pois passam a adquiri-los de determinados produtores desconhecendo totalmente os meios empregados em sua produção. Vale lembrar os numerosos casos de danos provocados por bens de consumo considerados seguros no momento de sua introdução no mercado cujos riscos só foram descobertos após anos.

Pode-se creditar o crescente aumento dos riscos inerentes ao consumo à extraordinária expansão do processo de industrialização que se iniciou na Inglaterra no alvorecer do século XVIII, e, hoje, ganha maior amplitude com o processo de globalização, seguidas das medidas neoliberais que o acompanham. Nesse processo, as práticas comerciais e de intercâmbio internacionais não admitem fronteiras entre os diversos países do globo. Perante esta nova ordem mundial, percebe-se a necessidade do estabelecimento de contornos mais eficientes na área da responsabilidade civil que respondam de forma mais equânime à solução dos conflitos nesta seara.

Nesse diapasão, procura-se focar a questão da objetivação da responsabilidade pelo risco do empreendimento, no que concerne em sua inteligência pelos doutrinadores, tendo em vista a falta de uma base doutrinária sólida que traga uma definição não oscilante para o instituto jurídico em questão. Assim, tentar-se-á pacificar o tema, bem como eliminar a insegurança jurídica que a controvérsia de entendimentos traz à sociedade.

Busca-se, assim, propor uma sugestão que alcance uma adequada conceituação doutrinária acerca da responsabilidade civil pelo risco do empreendimento.

Ao longo deste artigo, serão analisados os seguintes tópicos: se a conceituação risco do empreendimento é um *tertium genus* ou pode ser enquadrada

dentro da conceituação da teoria dos riscos já disseminado na doutrina pátria, propondo-se uma conceituação adequada a essa modalidade de risco.

Se é possível estabelecer uma diferenciação na conceituação do risco do desenvolvimento e risco do empreendimento. A metodologia será pautada pelo método qualitativo e bibliográfico.

Restam, portanto, identificar duas questões que foram assim propostas: buscar-se-á uma conceituação adequada ao risco do empreendimento que, ora oscila no mundo jurídico, como risco-proveito, ora como risco-criado e até como sinônimo de risco integral, ou mesmo, detectar se a conceituação engloba essas diversas modalidades, sendo espécie do gênero risco-criado. Verificar-se-á se existe uma diferenciação entre o conceito de risco do empreendimento e o conceito de risco do desenvolvimento.

2. RISCO DO EMPREENDIMENTO: CONCEITO-BASE.

2.1. Espécies de Risco.

A teoria do risco é o embasamento jurídico que os juristas elaboraram ao final do século XIX para justificar a responsabilidade objetiva. Risco nessa acepção jurídica significa perigo, potencialidade de dano, previsibilidade de perda ou de responsabilidade pelo dano, compreendidos os eventos incertos e futuros inesperados, mas, temidos ou receados que possa trazer perdas ou danos.

Por essa teoria, evidencia-se que todo prejuízo é imputado ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de se cogitar da idéia de culpa. Pode o agente estar sujeito a reparar o prejuízo independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dentro dessa teoria, diversas concepções de risco foram elaboradas para se enquadrarem às modalidades potenciais de danos, que por sua vez, resultam das mais variadas atividades humanas. Tais como a teoria do risco integral que é a espécie mais extremada das teorias do risco, pois, para seus defensores, abolindo-se a idéia de culpa, proclama-se que qualquer fato, culposo ou não, deve impor ao agente a reparação, desde que cause um dano, sendo-lhe suficiente, até mesmo quando se dê o rompimento do nexu causal. Assim, esta espécie afasta qualquer hipótese de trabalho com as excludentes de responsabilidade civil.

A modalidade de risco-profissional é a probabilidade da ocorrência de fato lesivo que pode vir a ocorrer no exercício de uma atividade profissional, ou seja, a responsabilidade civil é oriunda da atividade ou profissão exercida pelo lesado, trazendo-lhe diminuição da capacidade produtiva ou privando-o dessa capacidade. Surge obrigação legal de reparar os danos ou perdas resultantes dos acidentes de trabalho que se comete ao empregador, independentemente da existência da culpa por parte deste.

A concepção da modalidade de risco-proveito funda-se no princípio do *ubi emolumentum ibi onus* – do lucro nasce o encargo. Considera como responsável aquele

que tira vantagem econômica do fato. O proveito é avaliado pelo lucro ou vantagem econômica auferida pelos causadores do dano cabendo à vítima tal prova.

O risco-excepcional é uma outra acepção desta teoria, na qual o dever de indenizar surge em consequência de uma situação excepcional que foge à atividade comum do agente, mesmo que estranha ao trabalho que normalmente exerça.

Finalmente, para o ilustre doutrinador Caio Mário da Silva Pereira¹, a modalidade de risco-criado, independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do fato danoso implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Esta acepção compreende a reparação de todos os fatos prejudiciais decorrentes de uma atividade exercida em proveito do causador do dano, isento apenas por ocasião da prova de que este tomou todas as medidas prudentes para evitá-lo. Esta concepção é considerada por alguns autores como de maior abrangência que a do risco-proveito. Serpa Lopes² elucida que pelo fato de o homem fruir todas as vantagens de sua atividade, resulta-lhe o justo ônus dos encargos pelos riscos e prejuízos que criou.

Esta teoria vem inserida no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, enunciando o dever ressarcitório, fundado em conceito objetivo, a dizer que independentemente de culpa e, dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o ato lesivo quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor dos danos implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Esta espécie de risco difere do risco-proveito, pois, nela não se cogita especificamente do fato de ser o dano correlativo de um proveito ou vantagem para o agente³.

2.2. Conceito Doutrinário Acerca do Risco do Desenvolvimento.

A expressão risco do desenvolvimento tem sido usada em diferentes idiomas como *developmente risk* – inglês, *risques due développement* – francês, *entwickungsgefahren* – alemão e *rischi di sviluppo* – italiano.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001; p.280.

² SERPA LOPRES, Miguel Maria de. Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995. v.5, p. 171, nº 155.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001; p.285.

Marcelo Junqueira Calixto⁴ conceitua o risco do desenvolvimento como:

Aqueles riscos não cognoscíveis pelos mais avançados estados da ciência e da técnica no momento da introdução do produto no mercado de consumo e que só vêm a ser descobertos após um período de uso do produto em decorrência do avanço dos estudos científicos.

O Eminentíssimo Ministro e doutrinador Antônio Herman V. Benjamin salienta que:

Risco do desenvolvimento é aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido ao momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um certo período e uso do produto e do serviço.

Para James Marins⁵:

Risco do desenvolvimento é a possibilidade de que um determinado produto venha a ser introduzido no mercado sem que possua defeito cognoscível, ainda que exaustivamente testado, ante o grau de conhecimento científico disponível à época de sua introdução, ocorrendo, todavia que, posteriormente, decorrido determinado período do início de sua circulação no mercado de consumo venha a se detectar defeito, somente identificável ante a evolução dos meios técnicos e científicos, capaz de causar danos aos consumidores.

Em nossa acepção, o risco do desenvolvimento estaria ligado à idéia do perigo do desconhecido na aplicação de uma técnica nova ao mercado, seja na área de produtos ou na de serviços, que por sua natureza podem trazer defeitos nocivos, ainda não cognoscíveis perante o estado da técnica, que o mais avançado patamar da ciência ainda não está apto a nos evidenciar.

Exemplificando, podemos pensar na área de produtos e serviços de estética que muito tem se expandido nos últimos anos, trazendo aos seus consumidores a sorte das consequências do uso indiscriminado dessas técnicas que, por vezes, entram em conflito com a própria lei da natureza, tentando prolongar *ad infinitum* a juventude das pessoas.

O aumento da capacidade e das possibilidades da utilização de determinadas tecnologias a outros campos de conhecimento, a invenção ou mesmo descobertas de

⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; p.176.

⁵ MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.128

novas tecnologias, faz-nos deparar com riscos inerentes a essas novas utilizações na vida cotidiana. Os danos provenientes da sua utilização não podem ficar sem a respectiva reparação pelo simples fato da impossibilidade material de aferição da culpa pelas vítimas, como querem os adeptos da teoria subjetiva, as quais se mostram hipossuficientes nesta relação jurídica. Está é, pois, a verdadeira essência da causa do surgimento das teorias que embasam as diversas espécies de riscos que nos ocupamos ao longo deste capítulo.

2.3. Conceito Proposto de Risco do Empreendimento.

Nosso conceito de risco do empreendimento está ligado à idéia de responsabilidade ou encargo acerca da perda ou dano por situação de risco, no ato de uma pessoa - física ou jurídica -, que assume uma tarefa ao empreender uma atividade econômica, na qual está ínsita a probabilidade de insucesso, em função de acontecimento eventual, incerto, cuja ocorrência não dependa exclusivamente da vontade dos interessados.

Nestes termos, esta é a responsabilidade que, independentemente de culpa, assumem todos aqueles que se disponham a exercer uma atividade no mercado de consumo, atraindo para si o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos produtos ou serviços postos à disposição dos consumidores.

O professor Sérgio Cavalieri⁶ disserta que esse dever gerado pelo risco do empreendimento é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante aos bens e serviços ofertados, quer perante a quem se destinam tais ofertas. Assim, quem quer que exerça atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar serviços passa a ser garante dos mesmos, respondendo por sua qualidade e segurança.

2.4. Diferenciação Necessária entre Risco do Desenvolvimento e Risco do Empreendimento.

O risco do desenvolvimento está ligado à idéia dos perigos de possíveis causadores de danos, que nosso atual nível científico-tecnológico não nos permite que

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 162,163.

os identifiquemos. Mesmo sendo desconhecidos, os riscos do desenvolvimento não são escusáveis, pois o fornecedor responde por eles independentemente de culpa.

Essa categoria de risco tem por substrato o defeito de concepção que dá causa a um acidente de consumo por falta de um sistema de segurança adequado. Por isso, analisamos esses riscos como uma espécie do gênero defeito de concepção, decorridos da carência de informações científicas no tocante à utilização de determinada tecnologia à época de sua gênese. Portanto, devem ser classificados como um fortuito interno, não exonerando a responsabilidade do fornecedor, posto que, fazem parte integrante de sua atividade.

Comparando nossa concepção de risco do empreendimento proposta no item 2.3, com a análise dos parágrafos precedentes, percebemos que o risco do desenvolvimento seria um dos riscos que o fornecedor estaria adstrito ao empreender uma atividade econômica. Concluimos, assim, que o risco do desenvolvimento nada mais seria que uma subespécie do risco inerente ao negócio por emprego de tecnologia, no desenvolvimento de produtos ou serviços, gerando riscos que não estão nas possibilidades de previsibilidade do conhecer humano, em vista das limitações do nosso saber.

Dessa análise, decorre que precisaremos cada vez mais de pesquisas científicas para conhecermos os riscos aos quais estamos mergulhados pelo uso de novas tecnologias. E cada avanço científico que nos traga uma nova tecnologia, nos trará, por sua vez, inúmeros outros riscos desconhecidos, que só poderiam ser detectados, se já estivéssemos em um grau de desenvolvimento mais avançado. Por isso, Maria Angeles Parra Lucan prefere usar a expressão segundo a qual os riscos do desenvolvimento correspondem ao uso abreviado de riscos que o desenvolvimento técnico e científico permite descobrir.

3. ANÁLISE DO RISCO CRIADO NO SISTEMA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

3.1. Considerações Iniciais.

Ao longo do último século, quando a responsabilidade civil tomou vulto em nosso ordenamento jurídico, percebemos que a teoria objetiva desenvolveu-se, em um primeiro momento, incipiente, tomando ares inovadores através de legislação especial, em confronto com a essência subjetivista do ab-rogado Código Civil de 1916. Insculpida na cláusula geral do famigerado art. 159, que impunha uma doutrina unitarista em matéria de responsabilidade civil, pois a doutrina subjetiva era a regra e a objetiva a exceção.

O sistema de responsabilidade subjetiva do Código Civil de 1916 exigia a comprovação de culpa para viabilizar a pretensão de ressarcimento de danos, mostrando-se absolutamente injusto e inadequado, especialmente para os economicamente desfavorecidos. Representava evidente obstáculo ao êxito da demanda, posto se tratar de prova de difícil produção e de complexa análise, o que contribuía, ao lado de diversos outros fatores, para comprometer, ainda mais, o acesso à prestação jurisdicional, gerando séria iniquidade, especialmente para as pessoas necessitadas.

Com o advento do Código Civil de 2002, essa situação muda de quadro, fazendo profunda modificação nesse campo do direito, ajustando-se à evolução ocorrida ao longo do século passado, institui-se ao lado da responsabilidade civil subjetiva (arts. 186, 187 e 927, *caput*) a responsabilidade civil objetiva genérica, baseada no risco-criado, pela qual o autor da conduta que produziu o dano fica obrigado a ressarcir a vítima independentemente de comprovação de culpa.

Não há dúvida que o legislador pátrio adotou uma posição que já deveria ter sido empregada por ocasião do Código de 1916, pois, naquela época, os fatos sociais solicitavam a redução da responsabilidade civil subjetiva com exclusão do encargo da vítima de demonstrar o elemento culpa.

3.2. O Risco Como Informador da Responsabilidade Civil Objetiva.

O professor Caio Mário⁷ aponta que a doutrina do risco penetrou em nosso direito positivo em incidências específicas, como exceções à regra da responsabilidade subjetiva. Não há dúvidas que a evolução da responsabilidade civil, tanto no Brasil como no direito alienígena, tem-se encaminhado para a ampliação da responsabilidade sem culpa e redução das hipóteses de responsabilidade subjetiva, cada vez mais ultrapassada e desapropriada para a solução dos conflitos do mundo contemporâneo de reparação de danos.

Devemos a Caio Mário o legado das disposições do atual Código Civil referentes à matéria em exame, pois, foi ele o redator do projeto do Código das Obrigações de 1965, bem como do projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B). Talvez, sua maior contribuição nesse trabalho tenha sido as disposições referentes ao art. 927, e seu parágrafo único, pois inseriram em nosso ordenamento jurídico um princípio genérico de responsabilidade civil objetiva. O que retirou essa espécie de responsabilidade independente de comprovação de culpa da sombra da responsabilidade subjetiva, colocando-as em par de igualdade.

Observamos que o novo Código Civil optou pela adoção de um sistema misto, com previsão genérica das duas espécies de responsabilidade, sem prevalência da responsabilidade subjetiva. Sérgio Cavalieri⁸ relata que após o exame das hipóteses de responsabilidade civil objetiva previstas pelo atual código, chega à conclusão que muito pouco espaço sobrou para a responsabilidade subjetiva.

Não resta dúvida que a grande novidade trazida pelo atual código, em relação à responsabilidade civil, foi a inclusão da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco, em dispositivo legal genérico. O parágrafo único do art. 927 adota a teoria do

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 23, n. 24.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 158.

risco-criado⁹, não em casos específicos, mas em linhas genéricas, sem deixar de lado a responsabilidade subjetiva consagrada em seu *caput*. Relembrando Raymond Saleilles¹⁰ e Louis Josserand¹¹, precursores da responsabilidade civil sem culpa, baseada na teoria da responsabilidade objetiva, observamos finalmente, no Direito Pátrio, um sistema mais adequado para a solução de conflitos relacionados à responsabilidade civil, na realidade de uma sociedade moderna, especialmente com a intensificação da globalização.

Assim escreveu o Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes¹², a respeito do art. 927 do Código Civil, *in verbis*:

Inequivocadamente, filiou-se o legislador aqui ao conceito de risco criado. Nas palavras do inolvidável Mestre, Prof. e Des. Serpa Lopes (Curso de direito civil. Vol. V, p. 155) “pelo próprio fato de agir, o homem frui todas as vantagens de sua atividade, criando riscos de prejuízos para os outros, de que resulta o justo ônus dos encargos”. Segundo o Prof. Caio Mário da Silva Pereira (Responsabilidade civil. Forense, 1989. p. 300) ela tem lugar “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. É mais vantajosa do que a concepção do risco-proveito, porquanto não impõe ao prejudicado o ônus de demonstrá-lo em favor do autor do dano, menos ainda questiona sobre sua natureza, se de ordem econômica, ou não. “O que se encara é a atividade em si mesma, independentemente do resultado bom ou mau que dela advenha para o agente (...)”. “A idéia fundamental da teoria do risco pode ser simplificada, ao dizer-se que, cada vez que uma pessoa, por sua atividade, cria um risco para outrem, deveria responder por suas conseqüências danosas”. Vai nisso um problema de causalidade. No Direito Italiano, Massimo Bianca (*Responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1994. p. 686 e SS.*) explana que a responsabilidade objetiva se inclui na noção e disciplina do ilícito e revela idêntico fundamento: a violação do dever de respeito a outrem. Corresponde à exigência prevalente de tutelar terceiros também contra fatos não culpáveis daqueles que, mediante atividades ou coisas, expõem os outros a um perigo não completamente evitável, embora com emprego da diligência adequada à natureza das atividades ou da coisa. Está conforme o princípio de justiça social, segundo o qual o risco de danos a terceiros inevitavelmente conexos a uma atividade ou coisa deve ser suportado por quem a exerce ou usa a coisa.

Assim, a parte inicial do parágrafo único do art. 927 veio apenas consagrar a responsabilidade objetiva nos casos em que a lei especificamente prevê ou virá a prever

⁹ Neste mesmo sentido Luiz Roldão de Freitas Gomes, in “Aspectos controvertidos do Novo Código Civil” – coordenadores: Arruda Alvim; Joaquim Portes de Cerqueira César e Roberto Rosas – escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 457.

¹⁰ Autor das obras: “Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile – essai d’une théorie objective de la responsabilité delictuelle” e “La Responsabilité du Fait des Choses devant la Cour Supérieure du Canada”.

¹¹ Autor da obra: “Evolutions et Actualités de la Responsabilité du Fait des Choses. Cours de Droit Civil Positif Français”.

¹² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. ed. cit., p. 457.

tal modalidade. Já a segunda parte do referido dispositivo legal instituiu a responsabilidade civil objetiva baseada na teoria do risco-criado, colocada em termos genéricos, o que representa uma verdadeira evolução em tema de responsabilidade civil no direito brasileiro. Dispõe o art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O parágrafo único do referido artigo, entretanto, prevê expressamente a responsabilidade civil objetiva, estabelecendo: “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”.

O ato ilícito está definido legalmente nos artigos 186 e 187 do Código Civil, referidos no caput do art. 927. O art. 186 limita-se a definir o ato ilícito, nos moldes do art. 159 do Código de 1916, sem fazer referência ao dever de reparação, incumbência essa que ficou a cargo do art. 927 do atual Código.

A redação do Artigo 186 do mesmo diploma legal preconiza: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O art. 187 identifica o abuso de direito como modalidade de ato ilícito: “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.”

Constatamos, assim, que a responsabilidade civil, no atual sistema, tem dois fundamentos genéricos: o ato ilícito, do qual a culpa é o elemento básico, e o risco, fundamento da responsabilidade objetiva. Fica claro que esse sistema manteve a linha clássica no sentido em que o ato ilícito tem como um de seus elementos a culpa e, quando se refere à responsabilidade civil objetiva, o fundamento não é o ilícito, mas sim, o risco.

Há autores, no entanto, que demonstram grande preocupação com a previsão de uma cláusula geral estabelecendo a responsabilidade civil objetiva ao lado da responsabilidade civil subjetiva. O professor Álvaro Villaça de Azevedo¹³, ao comentar o art. 186 do Código Civil, manifesta-se contra a adoção de um preceito genérico que possibilite à jurisprudência criar hipóteses de responsabilidade civil objetiva que não estejam especificadas em lei. Vejamo-lo:

¹³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Código Civil comentado. São Paulo: Atlas, 2003. v.2, p.354-355.

Como visto, foi com a evolução do conceito de responsabilidade extracontratual que esta se ampliou em seu significado, abrangendo, também, indenização de danos, sem existência de culpa, o que se constitui em verdadeiro risco aos que, em face da lei, se sujeitam a repará-los.

Por esta razão, propus a subclassificação da responsabilidade civil extracontratual objetiva em pura, decorrente do risco, indeniza-se em razão de ato ilícito ou de fato jurídico; pela segunda, impura, indeniza-se por culpa de terceiro.

A pura implica ressarcimento, ainda que inexistam culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Nesse caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Nessa hipótese, portanto, não existe direito de regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do prejuízo.

A impura tem, sempre, como substrato, a culpa de terceiro, que está vinculada à atividade do indenizador. Este indeniza, sem culpa, mas por culpa de seu subordinado, contra quem pode exercer seu direito de regresso.

Porque perigosa essa indenização sem culpa é que deve a lei especificá-la, dizendo quando e em que situações ela é devida.

O novo Código Civil parecia ter resolvido essa questão de impedir a criação de qualquer responsabilidade objetiva por meio da jurisprudência, todavia, voltou a pairar nele a incerteza sobre essa matéria.

Realmente, o art. 927, após assentar em seu *caput* que “aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, declara em seu parágrafo único que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”, e deveria o legislador ter parado nesse ponto. Todavia, prossegue esse dispositivo: “ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Nesse acréscimo, abriu-se absurda possibilidade de criação de responsabilidade objetiva, sem culpa, por interpretação de situações de risco, sem o respaldo de lei específica, ampliando o campo da insegurança de saber-se, em cada caso, o que se entende por “riscos para os direitos de outrem”.

Humberto Theodoro Junior¹⁴ demonstra, também, uma preocupação com a previsão genérica da responsabilidade objetiva, ressaltando que há um perigo de interpretação ampliativa das hipóteses de responsabilidade sem culpa:

Sem embargo, porém, de ter o ato ilícito *strito senso* como dependente da culpa do agente, o novo estatuto civil faz uma grande abertura para o incremento da aplicação da teoria do risco. Ao cuidar da obrigação de indenizar estatui que esta decorre, em regra, do ato ilícito (isto é, do ato danoso injurídico e culposo – art. 927, *caput*). Permite, contudo, que ocorra, também, “a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil. v. III, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 29.

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (art. 927, parágrafo único).

A posição do novo Código Civil corresponde a um compromisso com a responsabilidade delitual subjetiva, ou seja, com o dever de indenizar fundado na culpa, como base do sistema normativo. Ao adotar, todavia, uma abertura maior para a introdução da teoria da responsabilidade objetiva o fez em termos vagos e genéricos, deixando para a jurisprudência a tarefa de conceituar o que seja atividade de risco, caso a caso, o que pode representar o perigo de um alargamento desmensurado da responsabilidade sem culpa, contrariando a própria orientação de prestigiar como principal a responsabilidade derivada da culpa. Deve-se reafirmar que o princípio nuclear da responsabilidade civil aquiliana no novo Código é o da responsabilidade subjetiva, fundada, pois, na culpa (art. 186 e 927, *caput*).

Sílvio de Salvo Venosa¹⁵ se manifesta no mesmo sentido que os autores supracitados:

Como vimos, o novo Código apresenta norma aberta para a responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único).

Essa norma da lei nova transfere para a jurisprudência a conceituação de atividade de risco no caso concreto, o que talvez signifique perigoso alargamento da responsabilidade sem culpa. É discutível a conveniência de uma norma genérica nesse sentido. Melhor seria que se mantivesse nas rédeas do legislador a definição das situações de aplicação da teoria do risco.

Reiteramos, contudo, que o princípio gravitador da responsabilidade extracontratual subjetiva, ou seja, responsabilidade com culpa, pois esta também é a regra geral traduzida no novo Código, no *caput* do art. 927. Não nos parece, como apregoam alguns, que o novo estatuto fará desaparecer a responsabilidade com culpa em nosso sistema. A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta é a regra geral no direito brasileiro. Em casos excepcionais, levando em conta os aspectos da nova lei, o juiz poderá concluir pela responsabilidade objetiva no caso que examina. No entanto, advirta-se, o dispositivo questionado explicita que somente pode ser definida como objetiva a responsabilidade do causador do dano quando este decorrer de “atividade normalmente desenvolvida” por ele.

Não concordamos com os relatos dos doutrinadores supracitados, pelos motivos até este ponto aludidos neste artigo, contrariando completamente nosso entendimento sobre o assunto. Na realidade isso representaria um grave retrocesso na linha evolutiva do nosso direito. Preferimos o alinhamento com o pensamento de Aguiar Dias¹⁶, abaixo transcrito:

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 15.

¹⁶ Em conferência pronunciada a convite da Associação dos Advogados de São Paulo – outubro de 1985.

O parágrafo único, do art. 929 do Projeto concede espaço à responsabilidade civil baseada no risco. Só merece louvores, pois baseado no princípio romano *neminem laedere*. As confusões que a respeito se estabelecem não levam em conta o verdadeiro sentido desse mandamento, que não estabelece a obrigação de indenizar para todo e qualquer dano, mas exige que ele seja injusto e que tenha certa relevância. Nestes limites, seria possível adotar os princípios objetivos e alargar os seus domínios, além do tímido ensaio do projeto. Banir a culpa do sistema da responsabilidade civil talvez seja uma temeridade, dadas as repercursões econômicas que acarretariam a adoção integral do princípio do risco. Mas já é tempo de consagrar a responsabilidade objetiva para atividades que resultem, só pelo seu exercício, com frequência considerável, em dano injusto para a comunidade.

O dispositivo legal em exame dispõe que a responsabilidade será objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Toda atividade desenvolvida que por sua natureza gere um risco para terceiros enseja o dever de reparar os danos dela advindos, sem que seja necessária a comprovação de culpa da parte do autor do ato. Salientamos que dessa atividade não necessariamente resulte lucro ou vantagem econômica para que haja a caracterização de sua responsabilidade objetiva. Aqui, não se trata do risco-proveito, mas sim, do risco-criado.

A palavra “atividade” é utilizada pelo parágrafo único do art. 927, no sentido de ação, ocupação, conduta, devendo ser interpretada não restritivamente, como conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para fins econômicos. Atribuir àquela expressão uma conotação de cunho profissional ou empresarial para fins econômicos é admitir que o preceito reitera em iguais condições a situação já prevista e regulamentada no Código de Defesa do Consumidor, o qual já estabelece a responsabilidade objetiva para a hipótese de fato do produto e fato do serviço. Assim, analisando os preceitos contidos no parágrafo único dos artigos 927 e 931, não seria dispiciendo concluir que as duas regras tratariam da mesma situação.

Se vincularmos a expressão atividade à finalidade econômica, consagraríamos a teoria do risco-proveito, impondo à vítima o ônus de produzir a prova de que a conduta do agente foi realizada com o intento de obtenção de lucro. Restringiríamos, pois, o que a lei pretendeu ampliar. Nos posicionamos pelo entendimento de que o parágrafo único do art. 927, adotou a teoria do risco-criado, sem restrições quanto à modalidade de atividade exercida pelo gerador do dano. Assim, toda atividade desenvolvida profissionalmente ou não, economicamente ou não, seja recreativa, desportiva ou mero lazer, desde que por sua natureza gere riscos para outrem, enseje responsabilidade objetiva.

4. UMA TEORIA CONGLOBANTE ACERCA DA DOUTRINA DO RISCO-CRIADO.

Se nos é lícito eleger uma das concepções da teoria do risco que sirva de substrato teórico para as demais espécies, nos inclinamos pela teoria do risco-criado. Pois, pela inteligência de sua concepção, faz-nos refletir que ela abrange, genericamente, as espécies de risco-profissional, proveito e excepcional, servindo-lhes de matriz teórica.

Nosso entendimento fulcra-se nas próprias explicações doutrinárias acerca do fundamento teórico que levou a responsabilidade objetiva a basear-se na doutrina do risco. Assim, a teoria do risco pode também ser designada por teoria do risco-criado em termos de sinonímia, pois, ela ao designar o perigo, a probabilidade de dano daquele que exerce uma atividade perigosa, devendo por isso assumir os riscos de reparar o dano dela decorrentes, nada mais é do que a teoria da reparação pelo dano gerado/criado pelo desenvolvimento de uma atividade que traz consigo um risco. Nesse diapasão, temos que as espécies de risco-profissional, excepcional e proveito qualificam o termo risco-criado, caracterizando-o de acordo com as circunstâncias que geraram o risco.

Por essa explicação, risco-profissional nada mais seria do que o risco-criado pelo desenvolvimento de uma atividade de um profissional gerando uma probabilidade de responsabilidade para seu empregador responder pelos danos decorrentes dessa relação. Já o risco-proveito, segundo nosso entendimento, seria o risco-criado pelo proveito da atividade desenvolvida pelo empreendedor. O risco-proveito é comumente assinalado como sinônimo de risco-criado, porém, a diferença é que, pela inteligência deste, entendemos que sua teoria engloba a daquele, pois levamos em conta que nem todo risco é gerado por atividade que vise um proveito. Temos como exemplo as sociedades civis sem fins lucrativos, que, por vezes, proveito econômico algum tiram para seus administradores ou administrados e, nem por isso, deixam de gerar uma probabilidade de perigo para a sociedade. É nesse pensamento que o risco-proveito também estaria inserido nos contornos doutrinários da teoria do risco-criado.

As atividades geradoras de riscos excepcionais, como as atividades nucleares, exploração de matérias radioativas e rede elétrica de alta tensão, por sua vez, também se enquadram nos parâmetros do pensamento aqui desenvolvido. Nesses exemplos, temos um grupo de riscos criados/gerados por atividades consideradas excepcionais que

escapam a atividade comum de suposta vítima. Elas fazem parte do grupo risco-criado por gerarem perigo pelo desenvolvimento de atividades extremamente perigosas, individualizando-se pelos graus de periculosidade que a atividade representa.

Sendo o empreendedor aquele que exerce atividade visando o lucro, o risco gerado pelos empreendedores – risco do empreendimento – seria sinônimo de risco proveito, pois ao exercer atividade que gere possibilidades de danos, esse a gerou visando um proveito, o lucro. Assim, o risco do empreendimento seria subespécie de risco-criado por via do risco-proveito, pois o lucro é uma das modalidades pela qual o proveito ocorre.

Entendemos ser o risco-integral uma espécie autônoma, paralela à teoria do risco-criado, diferenciando-se desta por prescindir do liame causa-efeito entre a conduta lesiva e o dano, sem possibilidade de arguir-se a incidência de excludentes de responsabilidade civil. Então, teríamos dentro da doutrina do risco, aquela corrente que preceitua ser indispensável a definição do nexos causal para caracterizar-se a responsabilidade objetiva – teoria do risco-criado e, paralelamente, uma outra corrente que afirma ser possível a caracterização da responsabilidade, até mesmo nos casos de inexistência do nexos causal – teoria do risco-integral. Esta última concepção não firmou bases em nosso ordenamento jurídico na área do direito privado, pois, mesmo na responsabilidade objetiva, a doutrina pátria e alienígena mostra-se unânime na indispensabilidade da relação de causalidade.

Contudo, essa última teoria subsiste no direito público, mais precisamente na responsabilidade civil do Estado. A Constituição Federal de 1988 ao estabelecer em seu art. 37, §6º, que o Estado responde pelos danos causados ao particular com direito de regresso contra o servidor, em caso de procedimento culposos, adotou a doutrina do risco integral.

5. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO EMPREENDEDOR.

5.1. Breves Considerações.

O Código de Defesa do Consumidor foi elaborado por determinação constitucional, que estabeleceu o prazo de 120 dias, a contar da promulgação da Constituição, para que o Congresso Nacional o elaborasse. Objetiva a implantação de uma política nacional de relações de consumo destinada a tutela os interesses patrimoniais e morais dos consumidores.

A Constituição de 1988 inseriu pela primeira vez a defesa do consumidor entre os direitos e garantias fundamentais¹⁷. Incluiu seus comandos entre os princípios gerais da ordem econômica¹⁸, estabelecendo-os no mesmo *status* dos princípios da soberania nacional, da propriedade e da livre concorrência.

O Código de Defesa do Consumidor traz regras e princípios que visam restabelecer o equilíbrio e a igualdade nas relações de consumo diante do descompasso entre a realidade social e jurídica vivenciada por seus atores – consumidor e fornecedor/empreendedor¹⁹. Este último é um litigante habitual, está acostumado e organizado para o litígio. Por outro lado, o consumidor é um litigante ocasional, inexperiente e encontra-se isolado em uma demanda, por isso ser considerado vulnerável.

¹⁷ Art. 5º (CRFB/88) “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, nos termos seguintes:

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

¹⁸ Art. 170 (CRFB/88) “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;
II – propriedade privada;
III – função social da propriedade;
IV – livre concorrência;
V – defesa do consumidor”.

¹⁹ O CDC assim define os sujeitos da relação de consumo:

Art. 3º (CDC) “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Art. 2º (CDC) “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

O CDC veio corrigir essas distorções, atribuindo ao consumidor uma igualdade jurídica destinada a compensar a sua desigualdade frente ao fornecedor. Neste sentido, foi permitido ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedades empresárias, nulificar de ofício as cláusulas abusivas, presumir a responsabilidade do fornecedor, até prova em contrário, entre outras inovações.

Seu campo de atuação verifica-se sempre que estivermos em face de uma relação de consumo, qualquer que seja a área do direito a qual ela vier a ocorrer.

Para Sérgio Cavalieri²⁰, o CDC criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar aplicável em toda e qualquer área do direito onde ocorra relação de consumo. Em suas próprias palavras:

(...) o código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica, levantou o seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do Direito – público e privado, contratual e extracontratual, material e processual.

O CDC é considerado lei específica em matéria de consumo, suas inovações devem prevalecer perante leis gerais, pois sua incumbência é estabelecer disciplina única e uniforme diante de tais relações. As leis anteriores incompatíveis com seus preceitos foram derogadas, subsistindo somente nos termos considerados compatíveis.

5.2. A Responsabilidade Objetiva do Fornecedor/Empreendedor.

Dentre as inúmeras novidades que o advento do Código de Defesa do Consumidor trouxe a lume, a principal e, a que é mais pertinente ao nosso trabalho, foi a objetivação da responsabilidade do fornecedor/empreendedor inserida nos artigos 12 a 14, para todos casos de acidente de consumo pertinentes ao fato do produto ou do serviço.

Antes da vigência do CDC, os riscos inerentes ao consumo eram suportados pela parte mais fraca. O fornecedor só respondia nos casos de dolo e culpa do art. 159 do Código Civil de 1916, cuja prova cabia ao consumidor. Por isso, os riscos inerentes a esta relação serem denominados riscos do consumo, pois a totalidade da

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ªed.São Paulo: Atlas, 2007. p. 451.

responsabilidade recaía sobre o consumidor, assumindo os riscos inerentes á atividade do fornecedor/empreendedor.

A objetivação da responsabilidade inaugurada pelo CDC fez com que a balança entre as partes fornecedor *versus* consumidor entrasse em equilíbrio, transferindo a responsabilidade dos riscos deste sujeito para aquele. Além de instituir a responsabilidade solidária²¹ entre os representantes das várias cadeias produtivas²².

Assim, o CDC adotou em sua sistemática a **teoria do risco do empreendimento**, contraposta à teoria do risco do consumo outrora vigente. Atualmente, para caracterização da responsabilidade do fornecedor bastará a apresentação do nexa causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo.

Essa teoria vem amparada no dever de segurança criado pelo § 1º dos artigos 12 e 14 do CDC²³. Resumindo-se no dever de não lançar no mercado produto ou prestar serviços com defeito, que possa ofender a segurança física, patrimonial, psíquica e jurídica do consumidor – garantia de idoneidade. É mister ter em vista parâmetros de normalidade e de previsibilidade, pois este dever de segurança não é absoluto, e sim, a segurança dentro de padrões da expectativa dos consumidores – art. 8º CDC²⁴.

A responsabilidade do fornecedor não se encontra mais calcada em sua conduta culposa ou na relação contratual, mas no defeito do produto ou do serviço posto em

²¹ Instituto jurídico que caracteriza a interdependência de responsabilidade de duas ou mais pessoas que ficam igualmente obrigadas a responder todas por uma e cada uma por todas pelos danos de consumo. A solidariedade é tratada no CDC em vários artigos – 7º, parágrafo único, 18, 25, §§ 1º e 2º.

²² Ressaltamos que pelas disposições do CDC (art. 13), o comerciante teve sua responsabilidade excluída da via principal, atribuindo-lhe uma responsabilidade subsidiária. Portanto, o comerciante pode ser responsabilizado em via secundária quando os fornecedores (fabricante, construtor, produtor ou importador) não puderem ser identificados, o produto for fornecido sem identificação clara do fabricante, produtor, construtor ou importador ou quando o próprio comerciante não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Podemos perceber que são hipóteses que quando não concorrem diretamente para o dano, o comerciante é responsabilizado por sua negligência em colocar produtos à venda sem a identificação necessária que identifique o fornecedor, atraindo para si a responsabilidade da reparação dos danos.

²³ § 1º (Art. 12 CDC) “O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – sua apresentação;

II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi colocado em circulação.

§1º (Art. 14 CDC) “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais,:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido”.

²⁴ Art. 8º (CDC) “Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”.

circulação ou prestado no mercado. Assim, se o produto ou serviço der causa a acidente de consumo, o fornecedor responderá objetivamente. Atualmente, para caracterização da responsabilidade do fornecedor, bastará a apresentação do nexo causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo – responsabilidade pelo empreendimento.

5.3. Diferenciação entre Fato do Produto ou do Serviço e Vício do Produto ou do Serviço.

Pelas duas espécies de responsabilidade civil reguladas pelo CDC, responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, o empreendedor responde pelos danos oriundos de sua atividade de forma objetiva. Conclusão esta extraída da simples leitura dos artigos 12, 14, 18 e 20 do Código do Consumidor.

A primeira, inserida nos artigos 12 e 14 do CDC, é derivada de danos do produto ou serviço, sendo o acontecimento externo que causa dano material ou moral ao consumidor, decorrente de um defeito de concepção, criação, projeto, fórmula de produção, fabricação, construção, montagem ou comercialização inerentes ao produto, ou ainda, podem decorrer da concepção de prestação ou de comercialização como informações insuficientes ou inadequadas sobre os riscos do serviço prestado.

Os vícios do produto ou serviço não se confundem com a responsabilidade pelo fato, pois aqueles são defeitos inerentes aos produtos ou serviço *in re ipsa* e, não de danos por eles causados. O CDC os divide em vícios de qualidade, por inadequação do bem de consumo à sua destinação, artigos 18, 20, 21 e, de quantidade, art. 19, referente ao peso e medida. Por isso tornam-se impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuem o valor. Sua natureza se aproxima dos chamados vícios redibitórios.

5.4. Excludentes de Responsabilidade Civil do Fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor traz as hipóteses de exclusão de responsabilidade civil do fabricante, produtor, construtor ou importador nos incisos I, II e III do § 3º do art. 12²⁵, e os incisos I e II do §3º, art. 14²⁶ do referido diploma legal.

²⁵ Art. 12 (CDC) “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por

Portanto, a exoneração da responsabilidade depende de prova, por parte do fornecedor, de não ter colocado o produto no mercado, ou seja, de ter sido introduzido no mercado de consumo sem seu consentimento, da inexistência do defeito ou que o dano ocorreu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Atentamos para o fato de que, mesmo com a alteração da sistemática da prescindibilidade da prova da culpa, com a adoção da teoria objetiva (art. 12, *caput*), esse fato não desobriga o lesado de provar o dano e o liame de causalidade entre o produto ou serviço e o dano.

Porém, o juiz está autorizado a inverter o ônus da prova quando for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, de acordo com o disposto no inciso VIII do art. 6º do CDC.

Uma vez provado o nexo causal entre o fato do produto, o serviço e o dano, ou estando o consumidor desobrigado por decisão judicial deste ônus (art. 6º, VIII), caberá ao fornecedor provar uma das excludentes acima mencionadas. Lembramos que a excludente inserida no inciso III do §3º do art. 12, não admite a escusativa de culpa concorrente, pois, mesmo que haja a concorrência de culpas entre vítima e fato do produto, persiste a obrigação do fornecedor em indenizar por inteiro. Este só se exonera comprovando a culpa exclusiva do consumidor ou usuário do serviço.

No caso de fornecimento de serviços, o prestador não será responsável nos casos de ter prestado o serviço e o defeito inexistir (art. 14, §3º, I); ou se provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, §3º, II).

Se a prestação de serviço se der por profissional liberal, dispõe o §4º, art. 14, que para caracterização de sua responsabilidade será necessária a prova da culpa. Aos profissionais liberais, então, cabe a arguição das excludentes de responsabilidade.

Observamos que o CDC considera como abusiva, sendo nulas de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas a fornecimento de produtos e serviços que

defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

²⁶ Art. 14 (CDC) “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza ou implique em renúncia ou disposição de direitos (art. 51, I, CDC)²⁷. Sendo assim, a cláusula de não indenizar não pode ser arguida em favor dos fornecedores, nem mesmo perante os profissionais liberais, por fatos de produtos ou serviços, vícios por inadequação ou por disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária do produto ou serviço, ou mesmo dos vícios redibitórios que tornam a coisa imprópria ao uso a que se destina, cabendo a nulidade desta cláusula, se estiver estipulada em contrato, por expressa prescrição legal.

²⁷ Art. 51 (CDC) “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos

6. CONCLUSÃO.

A objetivação da responsabilidade civil do empreendedor veio gradativamente ganhando dimensões cada vez mais amplas, de acordo com a real necessidade de estabelecer-se uma maior garantia de ressarcimento pelos danos, principalmente ocasionados pela relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor teve papel fundamental nessa questão. Em um primeiro passo, essas regras de proteção têm como preocupação a segurança do consumidor, impondo proibições ou condutas positivas como, por exemplo, a proibição da venda de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade (art. 10, CDC), ou o dever de informar de forma ostensiva (art. 9º, CDC). Essas regras, destinadas a proteger o consumidor contra os produtos e os serviços nocivos e perigosos, têm natureza preventiva, pois, proíbem ou impõem condutas para evitar danos. Outras normas, objetivando garantir as relações obrigacionais, tratam da chamada responsabilidade *in re ipsa*, dando ao consumidor várias opções no caso de *adimplemento imperfeito*; fala-se, aqui, em “responsabilidade por vício do produto e do serviço” (art. 12 e seguintes, CDC). É claro que as normas materiais de proteção do consumidor não se limitam apenas a essas. Basta lembrar os ditos “direitos básicos do consumidor” (art. 6º, CDC).

Mais recentemente, tivemos a entrada em vigência do texto do novo Código Civil que teve o condão de positivar em cláusula genérica o fundamento da responsabilidade civil objetiva tanto almejada pelos doutrinadores pátrios. Pela análise de parágrafo único do art. 927, constatamos que o fundamento do risco ali inserido, em nossa concepção, é a doutrina do risco-criado, e, que essa concepção de risco engloba, como gênero, as demais espécies – risco-profissional; risco-excepcional; risco-proveito, esta última concepção, por sua vez, abarca a teoria do risco do empreendimento que se manifesta como uma de suas vertentes, no risco pelas práticas do desenvolvimento tecnológico, gerando uma subespécie particular de risco denominada de risco do desenvolvimento.

Assim, como conclusão da primeira hipótese de pesquisa levantada neste trabalho, nos inclinamos pela concepção de risco-criado como gênero informador da doutrina da responsabilidade civil objetiva no ordenamento civil brasileiro. Observamos, entretanto, que a teoria do risco-integral, por sua característica *sui generis*, de incidência até mesmo nos casos de inexistência do nexos causal, forma uma teoria paralela à teoria do risco-criado/gerado, incidindo em casos excepcionalíssimos.

Quando da pesquisa para elaboração do conceito de risco do empreendimento, nos deparamos com a expressão risco do desenvolvimento, aventada por alguns doutrinadores, vendo-nos então, obrigados a vislumbrar o conceito doutrinário desta modalidade de risco, distinguindo-a do conceito de risco do empreendimento para que não nos descuidássemos e tomássemos uma concepção pela outra, ou mesmo, de tratá-las como expressões sinônimas.

Assim, concluímos que o risco do empreendimento está ligado à idéia de responsabilidade ou encargo acerca da perda ou dano por situação de risco no ato de uma pessoa - física ou jurídica-, que assume uma tarefa ao empreender uma atividade econômica, na qual está ínsita a probabilidade de insucesso, em função de acontecimento eventual, incerto, cuja ocorrência não dependa exclusivamente da vontade dos interessados. Já o conceito de risco de desenvolvimento depreender-se-ia da idéia do perigo do desconhecido na aplicação de uma técnica nova ao mercado, seja na área de produtos ou na de serviços, que por sua natureza podem trazer defeitos nocivos, ainda não cognoscíveis perante o estado da técnica, que o mais avançado patamar da ciência ainda não está apto a nos evidenciar.

Da questão risco do desenvolvimento, nos inclinamos pelos ensinamentos do Professor Sérgio Cavalieri²⁸, em destacar-lhe a natureza de caso de fortuito interno, pois integraria a atividade do empreendedor, não exonerativa de sua responsabilidade, representando um dos modos pelos quais a responsabilidade do empreendimento se expressa. Não nos parece justo catalogar o risco do desenvolvimento como excludente de responsabilidade, sem incorrerem na hipótese de injustiça em debitar na conta social do consumidor individual os enormes riscos do desenvolvimento, porque incompatível com a responsabilidade objetiva fundada no risco. O empreendedor tem meios suficientes de dissolver os gastos com as indenizações nos preços dos produtos que comercializa, socializando, assim, seus riscos.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 5ªed. São Paulo: Atlas, 2007. p.184.

7. REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. I e II;

AGUIAR JUNIOR. Ruy Rosado. *O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor*. Revista da EMERJ, número especial, 2004. Anais dos seminários EMERJ. Debate: O novo Código Civil. Parte II, julho de 2002 a abril de 2003, PP. 235/245;

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949;

AMARAL, Francisco. *Direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998;

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003.

BELMONTE, Alexandre Agra. *O novo Código Civil*, lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002;

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil Comentado*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1940;

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa: à luz do novo Código Civil*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.I;

CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de La responsabilidad civil. Traducción de La segunda edición italiana y estudio preliminar*. Barcelona: Bosch, 1975;

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999;

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.7;

_____. *Dicionário jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

FARIAS, Cristiano Chaves. *A proteção do consumidor na era da globalização*. Revista de direito do consumidor, v. 41, janeiro-março de 2002, PP. 81/95;

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª. ed. Totalmente revisto e ampliado. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

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

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Principais inovações no Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002;

_____. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005;

HOUAISS, Antônio e Villar, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*: elaborado no Instituto Antônio Houais de lexicografia ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001;

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª. ed. Revista e atualizada pelo profº. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960;

LYRA, Afrânio. *Responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Livraria Jurídica Vallenich, 1975;

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima. *Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos*. Revista de Direito do Consumidor, nº 35, julho-setembro de 2000.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 28ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002;

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. 2ª ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, tomo I;

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro. *Lumen Juris*, 1996;

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

_____. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001;

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direito*. 4ª ed. Anotado e atualizado por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4;

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil*. 4ª ed. Verificada e atualizada. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1995, v. 5;

SERRA VIEIRA, Patrícia Ribeiro. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974;

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 26ª ed. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994;

_____. *Responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

TAVARES BORBA, José Eduardo. *Direito societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

_____. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Aide, 1993.

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

Fonte: Revista de Direito nº 81

Disponibilizado pelo Serviço de Estruturação do Conhecimento – (DGCON/SEESC) em 21 de junho de 2010.