



Estudos contemporâneos sobre a

RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

DIEGO BIANCHI DE OLIVEIRA
CARLOS EDUARDO MALINOWSKI
Organizadores

**ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS SOBRE A
RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL**



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL

Reitor Laércio Alves de Carvalho

Vice-reitora Celi Corrêa Neres

*Pró-reitora de Extensão,
Cultura e Assuntos
Comunitários* Márcia Regina Martins Alvarenga



DIVISÃO DE PUBLICAÇÕES – EDITORA UEMS

*Chefe da Divisão de
Publicações* Neurivaldo Campos Pedrosa Junior □

Designer Gráfico Everson Umada Monteiro

Editora Eliane Souza de Carvalho

Revisora Islene França de Assunção

CONSELHO EDITORIAL

Presidente Edilson Costa

Conselheiros(as) Adriana Rochas de Carvalho Fruguli Moreira

Ailton de Souza

Alberto Adriano Cavalheiro

Cristiane Marques Reis

Estela Natalina Mantovani Bertolotti

Everson Umada Monteiro

Márcia Regina Martins Alvarenga

Marcos Antonio Nunes de Araujo

Marianne Pereira de Souza

Vanessa Maciel Franco Magalhães

DIEGO BIANCHI DE OLIVEIRA
CARLOS EDUARDO MALINOWSKI
(Organizadores)

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS
SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL
NO BRASIL



© 2021 by Diego Bianchi de Oliveira e Carlos Eduardo Malinowski.

DIAGRAMAÇÃO
Diego Bianchi de Oliveira

CAPA
Everson Umada Monteiro
Imagens: manuscrito original de Copérnico e Macrovector.

REVISÃO FINAL
Islene França de Assunção

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da UEMS.

E85

Estudos contemporâneos sobre a responsabilidade civil no Brasil
/ Diego Bianchi de Oliveira, Carlos Eduardo Malinowski
(organizadores). – Dourados, MS: Editora UEMS, 2021.
283p.

ISBN: ISBN: 978-65-89374-12-1 (Digital).

1. Direito Civil 2. Civil-constitucional 3. Responsabilidade
I. Oliveira, Diego Bianchi II. Malinowski, Carlos Eduardo
III. UEMS IV. Título

CDD 23. ed. – 347.81

Todos os direitos reservados, protegidos pela lei 9.610/98. Nenhuma parte desta
edição pode ser utilizada ou reproduzida, em qualquer meio ou forma, nem
apropriada e estocada sem a expressa autorização do autor.

Direitos reservados a
Editora UEMS
Bloco A – Cidade Universitária
Caixa Postal 351 – CEP: 79804-970 – Dourados/MS
Tel.: (67) 3902-2698 – e-mail: editorauems@uems.br
<http://www.uems.br/editora>

*Dedicamos esta obra ao saudoso e querido amigo **Décio Gava Junior** (in memoriam).*

Você, que de forma paternal, sempre nos ajudou, enfrentando todos os obstáculos, acreditando em nós e em nossos ideais.

Testemunhamos a sua luta e sempre lembraremos com ternura de sua amizade.

SOBRE OS AUTORES

COORDENADORES E ORGANIZADORES

Diego Bianchi de Oliveira | Doutorando em Direito pela UNIMAR. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Especialista em Direito Imobiliário pela UCAM. Graduado em Direito pela UEMS e em Administração pela UNIDERP-Anhanguera. Professor de Direito, Administração e Metodologia Científica. Advogado.

Carlos Eduardo Malinowski | Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela USP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Especialista em Comunicação pela FECEA. Graduado em Direito pela UEMS e em Engenharia Agrônômica pela UFPR. Professor efetivo da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e do curso de Pós-Graduação Direito e Vulnerabilidade.

AUTORES CONVIDADOS

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira | Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEL. Bacharel em Direito pela UEL. Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado da UNIMAR e do programa de Mestrado da UNIPAR. Docente Colaboradora do Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Advogada.

Valéria Bononi Gonçalves de Souza | Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Bacharel em Ciências Jurídicas pela UNIPAR. Docente Permanente da graduação em Direito da UNIPAR. Advogada.

Ana Paula Martins Amaral | Pós-Doutora em Direito pela UFSC. Doutora e Mestre em Direito pela PUC-SP. Graduação em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Professora Associada da UFMS e professora permanente do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da UFMS.

AUTORES DISCENTES

Acadêmicos da IX Turma de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), unidade universitária de Naviraí:

Camila Daiane de Carvalho Coutinho

Camila Ribeiro de Carvalho

Cristiane Aguilera de Melo Gasoto

Elizeu Toral Castilho Júnior

Gabriela Candido Salatin

Girlene Pereira de Matos Santos

Jacksonn Thadeus Coelho

Jair Henrique Kley Dutra

Joan Carlos Xavier Biserra

José Augusto de Souza Júnior

Leonardo Oliveira Pereira

Lucas Félix Wanderley

Milena Cristina Freuser

Oscar Willian Rodrigues Leite

Ricardo Alex Ribeiro Ananias

Rodrigo Angelo Zanin

Sérgio dos Santos

Sérgio Macedo de Oliveira

Sinval Nunes de Paula

Tarcísio Jorge de Paula Gonçalves

Tháise Moessa Alves

SUMÁRIO

	Apresentação.....	10
I	Introdução à Responsabilidade Civil em perspectiva Civil-Constitucional..... <i>Diego Bianchi de Oliveira e Carlos Eduardo Malinowski</i>	12
II	Da responsabilidade subjetiva à responsabilidade objetiva: saltos evolutivos da Responsabilidade Civil e a Responsabilidade Pressuposta..... <i>Camila Ribeiro de Carvalho e Girlene Pereira de Matos Santos</i>	41
III	As funções da Responsabilidade Civil e o papel social do ato indenizatório..... <i>Jackson Thadeus Coelho</i>	61
IV	Discussões acerca dos pressupostos da Responsabilidade Civil..... <i>Tarcísio Jorge de Paula Gonçalves e Joan Carlos Xavier Biserra</i>	78
V	Reflexão sobre o sentido da culpa na Responsabilidade Civil..... <i>Sinval Nunes de Paula e Sérgio dos Santos</i>	99
VI	Honorários Advocatícios Contratuais: reflexões sobre a natureza jurídica do dano emergente..... <i>Gabriela Candido Salatin e Camila Daiane de Carvalho Coutinho</i>	114
VII	A aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no Brasil..... <i>Milena Cristina Freuser e Cristiane Aguilera de Melo Gasoto</i>	130
VIII	Da superação dicotômica entre o dano material e moral ao dano existencial..... <i>Sérgio Macedo de Oliveira e Leonardo Oliveira Pereira</i>	150
IX	A Responsabilidade Indireta: da presunção de culpa à responsabilidade independente de culpa..... <i>Ricardo Alex Ribeiro Ananias e Lucas Félix Wanderley</i>	167

X	Os Danos Sociais: nova vertente da Responsabilidade Civil contemporânea.....	181
	<i>Oscar Willian Rodrigues Leite e Rodrigo Angelo Zanin</i>	
XI	A Responsabilidade Civil do Estado e a judicialização das Políticas Públicas.....	199
	<i>Jair Henrique Kley Dutra e Tháise Moessa Alves</i>	
XII	A Responsabilidade Civil dos provedores de serviços de Internet frente ao Marco Civil	220
	<i>José Augusto de Souza Júnior e Elizeu Toral Castilho Júnior</i>	
XIII	Reflexões acerca das causas excludentes da Responsabilidade Civil.....	237
	<i>Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e Valéria Bononi Gonçalves de Souza</i>	
XIV	Responsabilidade Civil e Abandono Afetivo: a relevância do afeto na garantia dos direitos humanos da criança e do adolescente	260
	<i>Carlos Eduardo Malinowski, Diego Bianchi de Oliveira e Ana Paula Martins Amaral</i>	

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos esta obra, produto que reflete as atividades desenvolvidas na disciplina “Teoria Geral da Responsabilidade Civil” ministrada no ano de 2015 no âmbito da graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) Unidade Naviraí.

A disciplina – ofertada na quinta série do curso de graduação em Direito – apresenta conhecimentos teóricos fundamentais acerca das consequências da prática de atos ilícitos, do abuso de direito e da inexecução das obrigações, proporcionando a capacidade de compreender os aspectos jurídicos envolvidos na Responsabilidade Civil.

A obra ora compartilhada ao grande público teve origem em debates travados em sala de aula e por meio da reunião de pesquisas elaboradas pelos discentes desta instituição. Trata-se, portanto, de publicação que reflete a atual preocupação do nosso curso de Direito Civil: estruturar as pesquisas desenvolvidas para possibilitar seu compartilhamento com a comunidade acadêmica, dentro de um projeto específico de construção do conhecimento, preocupado com a efetividade dos direitos fundamentais nas relações interpessoais.

Agradecemos a colaboração dos autores no preparo cuidadoso dos estudos aqui organizados.

Aos alunos da IX Turma de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) Unidade de Naviraí, obrigado pela dedicação e esmero na confecção dos trabalhos.

À Profa. Dra. Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira e à Profa. Ma. Valéria Bononi Gonçalves de Souza, ambas docentes da Universidade Paranaense (UNIPAR), que aceitaram nosso convite e muito contribuíram para o enriquecimento científico deste trabalho.

À Profa. Dra. Ana Paula Martins Amaral, docente da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), por também ter contribuído para o livro.

Trabalhamos muito para a conclusão desta obra, pois entendemos que é compartilhando responsabilidades e conhecimentos que conseguimos alcançar a excelência.

Finalizados os agradecimentos e esta breve apresentação, convidamos você, prezado leitor, a conferir o que aqui se produziu no campo da Responsabilidade Civil contemporânea.

Boa leitura!

Naviraí, 2021.

Prof. Me. Diego Bianchi de Oliveira
Prof. Me. Carlos Eduardo Malinowski

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO À RESPONSABILIDADE CIVIL EM PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

*Diego Bianchi de Oliveira
Carlos Eduardo Malinowski*

INTRODUÇÃO

Em virtude de seu caráter interdisciplinar, não é tarefa fácil abrir debates acerca da Responsabilidade Civil, uma vez que as discussões não se mantêm apenas no âmbito do Direito Civil, alastrando-se por quase todas as áreas do Direito. Essa é a razão pela qual a doutrina é praticamente uníssona em apregoar que toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade, de tal modo que qualquer atividade que provoque prejuízo enseja a obrigação de reparação. Esse fenômeno não é exclusivo da vida jurídica, mas de todos os eventos da vida social.

Atualmente, para tais estudos, faz-se necessário aventar acerca do Direito Privado sob uma nova perspectiva, ou uma moderna via metodológica, designada pela maioria dos autores como “Direito Civil Constitucional”, que visa examinar os principais institutos do Direito Civil sob a ótica dos preceitos fundamentais instituídos na Constituição Federal de 1988, e não apenas sob o prisma do Código Civil.

A evolução da sociedade é capaz de proporcionar diversas mudanças nos paradigmas sociais, na forma como os indivíduos vivem e se relacionam. O Direito não pode estar alheio a essas mudanças e deve adaptar-se às exigências da sociedade atual, caracterizada pela insegurança e instabilidade, afastando-se da inflexibilidade.

Diante dessas mudanças, este trabalho tem por objetivo revelar uma Responsabilidade Civil adaptada aos tempos atuais. No momento jurídico hodierno, marcado pelo constitucionalismo contemporâneo, vislumbra-se a capacidade de se promover mudanças significativas na interpretação dos institutos do Direito Privado.

Será desenvolvida uma pesquisa bibliográfica e documental, tendo como aporte metodológico o método de abordagem indutivo, “[...] que privilegia a observação como processo para chegar-se ao conhecimento”¹, além do método de procedimento hermenêutico, propondo “[...] que todo conhecimento é necessariamente uma interpretação que o sujeito faz a partir das expressões simbólicas das produções humanas, dos signos culturais”².

Assim, será possível reconhecer a possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas, o que marca a denominada constitucionalização do Direito Civil. Esse é um fator necessário à mencionada nova

¹ ANDRADE, M. M. de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 117.

² SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. 24. ed. São Paulo: Cortez, 2017, p. 84.

interpretação dos institutos civilistas, cujos efeitos refletem, por consequência, em uma Responsabilidade Civil contemporânea, pautada pela valorização da pessoa em detrimento do patrimônio.

Enfim, poder-se-á observar que o foco da responsabilidade civil contemporânea passa dos danos causados para os danos sofridos, com a finalidade de proteção da vítima. Essa releitura dos institutos privados, tais quais propriedade, família e contrato, proporcionada pela Constituição não busca ofender a liberdade do indivíduo nas relações interprivadas, mas sim impedir os seus excessos, no escopo de que o exercício do direito não se torne abusivo e prejudicial à construção da sociedade, com o entendimento claro de que a ofensa a princípios constitucionais impede a concretização dos direitos fundamentais, ainda que em relações de Direito Privado.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Em um período não muito distante, a Constituição não possuía a força normativa e transformadora que tem atualmente. O texto constitucional visava apenas à organização política do Estado, e não passava de um mero conjunto de declarações políticas. Como bem aponta o ministro Barroso, “[...] o núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí

abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado”³.

A sociedade do século XVIII pode ser definida como “o mundo da segurança”, que caracterizou a famosa era das codificações e das constituições liberais, cuja ideologia jurídica era a dos três C’s, visto que a legislação deveria ser: Completa, isto é, (supostamente) sem lacunas; Clara, ou seja, sem ambiguidades, e; Coerente, pois era necessário que, na legislação, não houvesse conflitos de ideias⁴.

Nesse contexto, Eduardo Cambi afirma que essa segurança tratava-se de

[...] uma segurança objetiva que nascia da estrutura da sociedade, na qual os Códigos, captando e fixando os valores dominantes, forneciam um quadro de referência certo e seguro, com base no qual cada indivíduo sabia o que deveria esperar dos outros indivíduos e dos poderes públicos.⁵

Entretanto, a sociedade moderna, que vive em ininterrupta transformação, sempre dividida em grupos com interesses diversos, caracterizada pela insegurança e instabilidade, não deve exprimir um direito uniforme e seguro⁶. Certamente, o

³ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

⁴ FACHINI NETO, E. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, I. W. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 22.

⁵ CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

⁶ *Ibid.*

modelo anterior já não era capaz de atender aos interesses da sociedade, sendo, após a Segunda Guerra, substituído por um novo paradigma: Estado Social e Democrático de Direito, pois, como bem aponta Barroso, a

[...] construção do Estado Constitucional de Direito ou Estado Constitucional Democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia.⁷

Nesse diapasão, surge o movimento constitucionalista, que apregoa que todos os Estados deveriam possuir constituições escritas, as quais funcionariam como instrumentos assecuratórios dos direitos e garantias fundamentais, e cujo marco do apogeu foi o fim do século XVIII⁸.

O constitucionalismo é uma *técnica jurídica de tutela das liberdades*, porquanto engloba um conjunto de normas, instituições e princípios constitucionais positivos, depositados em constituições escritas, a exemplo do direito à vida, à igualdade, à dignidade, ao devido processo legal, e tantos outros vetores relacionados à mecânica dos direitos humanos fundamentais.⁹

Com fundamento nas considerações de Barroso, entende-se que a noção de direitos fundamentais passa a ter eficácia plena e irradiadora em todo o ordenamento jurídico, de modo a

⁷ BARROSO, op. cit., n.p.

⁸ BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

⁹ BULOS, op. cit., p. 66.

considerar a superioridade da Constituição não apenas num sentido hierárquico, mas também no sentido material e valorativo. O Poder Judiciário passa a ter apenas a competência de dar a palavra final sobre a própria interpretação constitucional, contexto no qual se consolida a ideia de supremacia da Constituição¹⁰.

Pode-se ilustrar essa irradiação dos direitos fundamentais em todo o ordenamento jurídico por meio do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Nesse sentido, Fachin e Ruzyk¹¹ observam que:

O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações interprivadas é, talvez, o cerne da denominada constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser reputada simplesmente uma carta política, para assumir uma feição de elemento integrador de todo ordenamento jurídico – inclusive do Direito Privado. [...] A eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas se torna inegável, diante da diluição de fronteiras entre o público e o privado.

Embora a ideia de direitos fundamentais tenha, a princípio, raiz na garantia de liberdades do indivíduo frente ao Estado, com o movimento de constitucionalização, a eficácia dos direitos fundamentais se amplia tanto de modo vertical como

¹⁰ BARROSO, op. cit., n.p.

¹¹ FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E.P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, I. W. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 100.

horizontal, abrangendo as relações entre o particular e o Estado e as relações entre particulares.

Isso ocorre, pois, hoje, é possível encontrar certos princípios e institutos fundamentais do Direito Privado dentro da Constituição: é o caso da família, da propriedade e da atividade econômica (contrato). Assim, não se encontra solução para o caso concreto levando em conta o artigo de lei que parece contê-lo e resolvê-lo, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, em especial, seus princípios fundamentais¹².

Acredita-se que o momento jurídico atual, do constitucionalismo contemporâneo, marcado pela existência de documentos constitucionais amplos, analíticos, extensos, como é a Constituição brasileira de 1988, são capazes de promover mudanças significativas na interpretação dos institutos do Direito Privado. Essas constituições possuem, como já afirmado, um papel transformador que enseja uma análise crítica quanto à segurança objetiva. Esta, que fora tanto prezada em outro momento, depara-se, inegavelmente, com institutos como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, alocados em último plano ante os novos moldes da interpretação conforme a Constituição.

2 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO PRIVADO

No Estado Liberal, as relações entre o Estado e os particulares eram regidas pela Constituição, ao passo que as

¹² FACHINI NETO, op. cit., p. 41.

relações privadas eram disciplinadas pelo Código Civil. Dessa forma, os direitos fundamentais eram considerados apenas limites ao legislador, isto é, a aplicabilidade desses direitos era a regulação da atuação dos governantes em favor dos governados.

Paulatinamente, surgiu uma nova forma de entender o Direito Privado, pois, devido à sua evolução e complexidade, o modelo liberal já não atende às necessidades da sociedade, deslocando parte do interesse dos particulares para dar espaço ao interesse geral. Abandona-se a trilogia do velho paradigma expresso pelo liberalismo-individualismo-normativismo para adquirir cunho social, reorientado pelas transformações e mudanças sociais, culturais, econômicas e jurídicas que legitimam a eleição de um novo paradigma, designado, nesta investigação, como democrático-plurindividual-principiológico¹³.

Trata-se do período do Constitucionalismo Social, em que se busca a sujeição de todos os poderes públicos e privados, e na sua limitação e funcionalização à tutela dos direitos fundamentais. Fachin e Ruzyk afirmam que os três pilares de base do Direito Privado – família, propriedade e contrato – recebem uma nova leitura que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e

¹³ FERREIRA, J. S. A. N. B.; HOFFMANN, G. A. Relações negociais: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Niterói. **Publica direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f647cadf56541fb>. Acesso em: 05 out. 2019.

na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa¹⁴.

Essa despatrimonialização do Direito Civil, em que a propriedade dá lugar à pessoa humana como centro, ou seja, os valores da pessoa humana prevalecem sobre os interesses econômicos nas relações privadas, deixa claro que não é possível mais entender o Direito Privado sem o suporte do Direito Constitucional. A constitucionalização do Direito Civil é um fenômeno inquestionável, e para Gustavo Tepedino¹⁵,

[...] em uma palavra, não é apenas um adjetivo a colorir a dogmática forjada pela Escola da Exegese, que pode ser a cada momento, purificada e atualizada, mas uma alteração profunda da ordem pública, a partir da substituição dos valores que permeiam o Direito Civil, no âmbito do qual a pessoa humana passa a ter prioridade absoluta.

Esse fenômeno se dá em razão das mudanças sociais do último século e das transformações das sociedades ocidentais. O Direito Civil Constitucional indica pontos de harmonização e equilíbrio entre o Direito Público e o Direito Privado, mediante a adequação de institutos que são, em sua essência, elementos de Direito Privado, mas que estão na Constituição¹⁶.

Logo, supera-se a dicotomia “público X privado” visando uma interação racional, interpretando os institutos civis em

¹⁴ FACHIN; RUZYK, op. cit., p. 101.

¹⁵ TEPEDINO, G. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 127.

¹⁶ TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 327.

harmonia com a Constituição, trabalhando ambos – Direito Civil e Direito Constitucional – para melhor atender às necessidades do Estado enquanto sociedade. Assim sendo, pretende-se um aprimoramento das relações privadas, favorecendo a coletividade contra o abuso individual.

2.1 Princípios do Direito Civil-Constitucional

Atualmente, para Gustavo Tepedino, a interpretação do Direito Civil, em conformidade com os princípios e valores constitucionais, reafirma o caráter hierárquico superior da Constituição. Indo além: a interpretação civil-constitucional consente que institutos clássicos do Direito Civil sejam repensados em uma ótica que suplanta os valores e princípios constitucionais, e faz, portanto, com que o Direito Civil seja “[...] efetivamente transformado pela normativa constitucional”¹⁷. Ainda de acordo com o referido autor, três são os princípios básicos, considerados baluartes do Direito Civil-Constitucional acerca da ligação com a Responsabilidade Civil: proteção da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e isonomia¹⁸.

O princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, amparado no art. 1º, III, da Constituição Federal, propõe, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a valorização da pessoa. Nesse sentido, Flávio Tartuce aponta que a Responsabilidade Civil deve ser encarada de maneira que haja

¹⁷ TEPEDINO, G. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 281.

¹⁸ TEPEDINO, op. cit., p. 233.

a valorização da pessoa em detrimento do patrimônio (despatrimonialização), de modo que nenhuma previsão em sentido contrário, seja ela legal ou contratual, poderá trazer lesão a esse preceito máximo¹⁹.

A dignidade possui uma dimensão dúplice, afirma Ingo Wolfgang Sarlet, ressaltando que a dignidade da pessoa humana se manifesta, ao mesmo tempo, como expressão da autonomia da pessoa humana, vinculada à ideia de autodeterminação, perfazendo as decisões essenciais a respeito da própria existência. Sarlet destaca, também, a necessidade de sua proteção, isto é, assistência por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando a pessoa está fragilizada ou, até mesmo – e principalmente –, quando ausente a sua capacidade de autodeterminação²⁰.

Nesse sentido, acredita-se que a dignidade seja protetiva e promocional.

É protetiva no sentido de garantir a todo ser humano um tratamento respeitável, não degradante, tutelando a sua integridade psicofísica. É promocional, no sentido de viabilizar as condições de vida para que uma pessoa adquira a sua liberdade e possa projetar a direção que queira conceder a sua existência.²¹

¹⁹ TARTUCE, op. cit., p. 328.

²⁰ SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, [s. l.], n. 09, jan./jun. 2007. p. 376.

²¹ FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; BRAGA NETTO, F. P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 12.

Na seara da Responsabilidade Civil, a dignidade da pessoa humana, em consonância com o Estado Democrático de Direito, deve buscar instrumentos efetivos de reparação da pessoa humana. E a título de exemplo, ressalta-se a súmula 385 do STJ, dispondo que a “[...] anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.” Entende-se que tal previsão é equivocada, haja vista que recusa de reparação pelo dano moral em razão do comportamento pretérito do ofendido viola profundamente a dignidade da pessoa.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, intimamente ligado a ele, encontra-se o princípio da solidariedade social, que se apresenta como outro objetivo fundamental da República, expresso no art. 3º, I da Constituição Federal. Revela-se, simultaneamente, tratar-se de um objetivo e de um princípio constitucional.

Nota-se que, quando a Constituição Federal de 1988 estabeleceu como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, não buscava tão somente emitir uma diretriz política sem nenhuma eficácia normativa. Entende-se que ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que

pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo²².

Elucida-se que o referido princípio

[...] identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.²³

O direito de solidariedade se desvincula então, de uma mera referência a valores éticos transcendentais, adquirindo fundamentação e a legitimidade política nas relações sociais concretas, nas quais se articula uma convivência entre o individual e o coletivo, à procura do bem comum.²⁴

No campo dos danos, a solidariedade proporcionou um giro conceitual ao tratar da possibilidade de responsabilização independente de culpa (responsabilidade objetiva), ou seja, “[...] independentemente da capacidade do ofendido de provar o liame natural entre o fato do agente e a lesão, a responsabilidade surgirá pelo apelo à necessidade de se conceder uma reparação”²⁵.

A consequência desse princípio no âmbito da Responsabilidade Civil é a mudança de seu enfoque, que se preocupa menos com a sanção daquele que pratica o ato ilícito e

²² SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 295.

²³ MORAES, M. C. B. Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. In: MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 114.

²⁴ FARIAS *et al.*, op. cit., p. 17.

²⁵ *Ibid.*, p. 18.

se atenta mais para a tutela daquele que foi ofendido. Portanto, aplicando o princípio da solidariedade social, proporciona-se também, por conseguinte, a valorização da dignidade humana.

Em suma, o princípio da solidariedade social é entendido como um mecanismo para efetivação dos direitos fundamentais²⁶, tendo em vista que a existência de direitos fundamentais sugere o juízo de que, se possuo direitos, é sensato propor solidariedade àqueles que se apresentam em posição mais frágil, inferior ou desigual.

É nesse contexto que se ressalta a importância do princípio da igualdade ou da isonomia. Ele se acha interligado aos conceitos de solidariedade social, uma vez que, se todos os indivíduos são, ao menos em direitos, iguais, não se pode vislumbrar uma sociedade solidária de fato sem que haja igualdade.

Tal princípio é expresso no famigerado art. 5.º, caput, na disposição de que

[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

No tocante a esse princípio, é praxe dizer que seu real sentido indica que a lei deve tratar de maneira igual os iguais, e

²⁶ Entende dessa forma o ilustre autor Daniel Sarmiento em sua obra *Direitos fundamentais e relações privadas* acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

de maneira desigual os desiguais, na tentativa de estabelecer um equilíbrio.

A aplicação desse princípio em sede de Responsabilidade Civil é bem ilustrada por Flávio Tartuce, que discute a impossibilidade de tarifar o dano moral mediante uma tabela ou um modelo, já que os desiguais merecem tratamento desigual²⁷. Nesse sentido, o referido autor cita a súmula 281 do STJ, que dispõe: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.” E destaca que, com objetivo de reforçar a premissa de afastamento da tarifação, na VI Jornada de Direito Civil / 2013, aprovou-se o Enunciado n. 550: “[...] a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos.”

Deve-se levar em conta a individualidade de cada sujeito, buscando uma igualdade recíproca de direitos mesmo com todas as diferenças existentes entre os seres humanos, sejam elas de ordem cultural, econômica, racial ou religiosa.

2.2 Relações privadas e a eficácia dos direitos fundamentais

Quando se fala da incidência das normas fundamentais às relações privadas, discute-se se tal eficácia seria mediata ou imediata. Para proporcionar melhor entendimento, é preciso discorrer acerca das duas teorias: a) teoria da eficácia indireta ou mediata e; b) teoria da eficácia direta ou imediata.

²⁷ TARTUCE, op. cit., p. 334.

Na teoria da eficácia indireta ou mediata, os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa. Adeptos dessa vertente entendem que as leis infraconstitucionais já estão impregnadas por valores contidos nos direitos fundamentais, tendo em vista os efeitos de irradiação das normas objetivas inseridas na Constituição. Acredita-se, então, que os princípios e regras de Direito Privado são suficientes para afirmar preceitos constitucionais²⁸. Portanto, a

[...] teoria da eficácia mediata nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional.²⁹

A partir da referida teoria, a interpretação do Código Civil e das cláusulas gerais se utilizaria dos princípios constitucionais como suporte para concretização dos direitos fundamentais dentro do viés do Direito Privado.

As normas de Direito Privado que repetem a lei constitucional e que se atentam às cláusulas gerais são a porta de entrada do Direito Constitucional nas relações entre os particulares, cujo objetivo é garantir a aplicação e a eficácia de direitos fundamentais às relações privadas. Muda-se o foco do direito privado, que deixa de proteger apenas bens patrimoniais

²⁸ SARMENTO, D. **Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 200.

²⁹ SARMENTO, op. cit., p. 121.

dos indivíduos, para buscar a proteção do cidadão, isto é, do indivíduo em si. Ressalta-se que

*[...] la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de La Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones e supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.*³⁰

Por sua vez, a teoria da eficácia direta ou imediata sugere que os direitos fundamentais devem ser aplicados às relações privadas sem intermédio de legislação infraconstitucional. Nossa Constituição Federal é clara no § 1º do artigo 5º que “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Nesse sentido,

[...] todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos

³⁰ QUADRA-SALCEDO, T. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981. p. 70.

esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.³¹

Aos adeptos dessa corrente, o Estado tem obrigação de ampliar a eficácia dos direitos fundamentais, máxime em casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça, por exemplo. Entende-se o fato de que um direito fundamental não poderá ter a sua proteção e fruição negada pura e simplesmente por conta do argumento de que se trata de direito positivado como norma programática e de eficácia meramente limitada. Quer dizer, não se pode deixar de proteger direitos fundamentais com base na premissa de que estes se encontram na completa dependência de uma interposição legislativa³². O Estado deve exercer sua função protetora em caso de perigos aos direitos fundamentais, de acordo com Pieroth e Schlink³³:

O conceito de obrigação de proteção ganha contornos se for reconduzido à função clássica dos direitos fundamentais de prevenção de violações. Esta função exige do Estado que, com medidas protetoras, faça frente aos perigos para os direitos fundamentais quando:

- é irreparável a violação de direitos fundamentais que ameaça desenvolver-se a partir do perigo para os direitos fundamentais;
- é incontrolável o desenvolvimento que, a partir do perigo para os direitos fundamentais, ameaça desencadear a violação dos direitos fundamentais; ou

³¹ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*.

³² SARLET, I. W. *et al.* **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 316.

³³ PIEROTH, B.; SCHLINK, B. **Direitos fundamentais**. Tradução: António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

– não é autonomamente regulável pelos atingidos a interação cheia de conflitos e de colisões dos particulares, na qual podem ocorrer violações jurídico-fundamentais.

Dada a importância da intervenção estatal para assegurar à parte supostamente lesada o cumprimento das garantias constitucionais, busca-se encontrar um justo meio, o qual é indispensável para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais. Como explanam Pieroth e Schlink,

Os diferentes direitos fundamentais aplicam-se a diferentes domínios da vida. Nestes, ora limitados ora amplos, os direitos fundamentais, ao imporem ao Estado o ônus de justificação jurídica das ingerências, protegem o particular contra ingerências do Estado, ora na sua conduta em geral, ora também apenas em modos de conduta determinados.³⁴

Pondera-se que o Estado deve encontrar um meio adequado para intervir nas relações privadas; deve ligar-se a valores coletivos de justiça social e solidariedade, pautando-se na máxima efetividade e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

Como já explanado, durante o século XX, houve o fortalecimento do modelo de Estado Constitucional de Direito; no topo de seu ordenamento jurídico, encontra-se a

³⁴ Ibid.

Constituição. Tendo em vista as profundas transformações tecnológicas e científicas sofridas, a sociedade contemporânea se alinha a uma nova vertente jurídica que, à luz do constitucionalismo social, vê a realidade de outra forma.

De tal modo, pondera-se como ultrapassada a discussão sobre se há influência da Constituição no Direito Civil, mas é hodierna a discussão de qual é a amplitude e o modo como se dá essa incidência. Realçando a potencial invalidade dos negócios jurídicos de ofensa a princípios constitucionais, aduz José Carlos Vieira de Andrade:

Os particulares poderão, assim, de acordo com a natureza específica, a razão de ser e a intensidade do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos atos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indenização dos danos causados.³⁵

Nota-se que a influência de preceitos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a igualdade e a justiça distributiva, acabam por alterar os aspectos liberais, individualistas e exclusivamente patrimoniais da Responsabilidade Civil. Desse modo, muda-se o foco da Responsabilidade Civil dos danos causados para os danos

³⁵ ANDRADE, J. C. V. Os direitos, liberdade e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, I. W. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 288.

sofridos, e com a finalidade de proteção da vítima, ocorre uma flexibilização dos pressupostos tradicionais da reparação, como o elemento culpa e o nexo causal.

Ao invés de buscar um culpado pela prática de um ilícito danoso – avaliando-se a moral de sua conduta –, quer-se encontrar um responsável pela reparação de danos injustos, mesmo que este não tenha violado um dever de conduta (teoria objetiva), mas simplesmente pela potencialidade de risco inerente à sua atividade ou por outras necessidades de se lhe imputar a obrigação de indenizar.³⁶

De acordo com Gustavo Tepedino, verificada a insuficiência da dogmática subjetivista, surge a responsabilidade objetiva ligada ao juízo de que não seria apenas o dano injusto capaz de causar a necessidade de reparação, uma vez que as crescentes demandas sociais advindas com a industrialização criam novas possibilidades³⁷.

Essa tendência objetivista já era encontrada na Constituição Federal de 1988, ao prever, em seu art. 37, §6º, que tanto as pessoas de direito público quanto as de Direito Privado prestadoras de serviço responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, consolidando a teoria do risco administrativo.

Embora a Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002 continue, em regra, sendo subjetiva, excepcionam-se, entre outras³⁸, a hipótese da atividade exercida normalmente pelo

³⁶ FARIAS *et al.*, op. cit., p. 18.

³⁷ TEPEDINO, op. cit., p. 201.

³⁸ “Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

autor do dano com risco para os direitos de outrem, quando, então, a obrigação de reparar ocorrerá independentemente de culpa (parágrafo único do art. 927 do Código Civil) – responsabilidade objetiva com fundamento na teoria do risco.

Por certo, a Responsabilidade Civil lida com transformações drásticas em face da própria interpretação constitucional, reequilibrando as relações desproporcionais, como aquelas entre o cidadão e o Estado, entre o consumidor e o fornecedor, relações de direitos transindividuais etc. Flávio Tartuce observa que

Abordagem interessante no ponto de vista civil-constitucional é aquela que se faz em relação ao conceito de Bem Ambiental, construção importante tendo em vista o estudo da

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522);

IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia.

[...]

Art. 1.527. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

I – que o guardava e vigiava com cuidado preciso;

II – que o animal foi provocado por outro;

III – que houve imprudência do ofendido;

IV – que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.

Art. 1.528. O dono do edificio ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier da falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 1.529. Aquêle que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.”

Responsabilidade Civil ambiental. [...] Surge o conceito de bem difuso, sendo seu exemplo típico o meio ambiente, protegido pelo art. 225 da CF e pela Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), visando a proteção da coletividade, de entes públicos e privados. O Bem Ambiental, nesse contexto, constitui um bem difuso, material ou imaterial, cuja proteção visa assegurar a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações – direitos transgeracionais ou intergeracionais.³⁹

Como explica Gustavo Tepedino, não se trata do fim da responsabilidade subjetiva; esse não é o objetivo da Constituição, mas sim proteger interesses maiores, como nos casos em que a parte lesada é notoriamente mais frágil. Além disso, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil trata-se de uma verdadeira cláusula geral, demandando, ainda, muito que se estudar e evoluir acerca desses conceitos⁴⁰.

Ao analisar a Responsabilidade Civil por essa perspectiva civil-constitucional, é possível concordar com Farias, Rosenvald e Braga Netto quando afirmam que

[...] em casos excepcionais, a alguém será transferido o dano sofrido pelo lesado, mesmo que as circunstâncias eliminem onexo causal entre a sua atividade e o dano (risco agravado), ou, ao extremo, pelo simples fato de que ao agente cabe a função de segurador universal por todos os danos consumados em certo setor da vida social (coletivização da responsabilidade).⁴¹

³⁹ TARTUCE, op. cit., p. 327.

⁴⁰ TEPEDINO, op. cit., p. 02.

⁴¹ FARIAS *et al.*, op. cit., p. 18.

Essa releitura dos institutos privados proporcionada pela Constituição (propriedade, família, contrato etc.) não tem por fim descaracterizá-los ou ofender a liberdade do indivíduo nas relações interprivadas, mas impedir os seus excessos, buscando fazer com que o exercício do direito não se torne abusivo e prejudicial à construção da sociedade, o que, justamente, a Constituição pretende.

Por fim, faz-se necessária a realização de

[...] uma sociedade fundada sobre o direito privado que não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Maior.⁴²

Desse modo, a Responsabilidade Civil contemporânea, para se adequar à complexidade da vida social, transformou o sistema da culpa, marcadamente individualista, para um sistema solidarista de reparação dos danos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo, impulsionado pelos novos ideais do Estado Social e Democrático de Direito, estabelecia que as constituições deveriam apresentar um poder de transformação social capaz de garantir que os direitos fundamentais irradiassem por todo o ordenamento jurídico.

⁴² RAISER.L. **La costituzione e il diritto privato**. Trad.it. Il compito del diritto privato. Milano: Giuffrè, 1990. p. 64.

Alinhada aos ideais de construção de uma sociedade igualitária, justa e fraterna, a Constituição Federal de 1988 promoveu uma releitura dos institutos do Direito Privado, norteados pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade, proporcionando o surgimento de um novo Direito Civil.

Esse novo Direito Civil deixou de encontrar suas fontes formais apenas no Código Civil e na legislação ordinária, tendo em vista que a Constituição é norma jurídica hierarquicamente superior a todas as demais. O Direito Constitucional e o Direito Civil devem ser interpretados dentro de um todo, de modo sistemático e não isoladamente. Contudo, não se deve entender como uma fusão de conceitos; estabelecidas regras e princípios acerca dos mais importantes institutos do Direito Civil dentro da Constituição, nada mais justo do que exigir que a interpretação da norma infraconstitucional seja feita em harmonia com a Lei Maior.

Se não é possível discutir o Direito Privado atual sem o necessário suporte Constitucional, a Responsabilidade Civil contemporânea precisou adequar-se, mudando o foco da punição do ofensor para assegurar a reparação do ofendido. Essa incidência constitucional aumenta ao passo que a abrangência do dano atinge interesses transindividuais, de modo que os valores coletivos sobrepõem-se aos valores individuais como forma de ampliação da proteção da dignidade da pessoa humana.

Acredita-se que um dos papéis fundamentais do Direito Civil-Constitucional seja a proteção da dignidade da pessoa humana. E para isso, a interpretação civil-constitucional acerca da Responsabilidade Civil deve ser feita à luz do princípio da solidariedade social e da igualdade; não se colocam os aspectos econômicos possíveis de se extrair do dano em primeiro plano, mas sim a necessidade de as condutas individuais e coletivas, durante as interações sociais, tornarem-se mais humanas e solidárias.

Por essa perspectiva, busca-se, em um primeiro momento, a reparação do dano, o que significa que, além de situações em que é necessário ignorar o elemento da culpa, pode haver outras situações excepcionais em que alguém será responsabilizado pelo dano sofrido pelo lesado, mesmo que as circunstâncias eliminem onexo causal entre a sua atividade e o dano, ou pela simples relação de segurador universal por certo setor da vida social.

Ante o exposto, é importante que o lesado não permaneça por longo período arcando com o peso do prejuízo, pois a Responsabilidade Civil contemporânea busca instituir uma história de solidariedade, justiça e respeito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. C. V. Os direitos, liberdade e garantias no âmbito das relações entre particulares. *In*: SARLET, I. W. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ANDRADE, M. M. de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. *E-book*.

FERREIRA, J. S. A. N. B.; HOFFMANN, G. A. **Relações negociais: autonomia privada e a eficácia dos direitos fundamentais**. XXI Congresso Nacional do CONPEDI; 31 out. a 03 nov. 2012; Niterói. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f647cadf56541fb>. Acesso em: 05 out. 2019.

BRASIL. Constituição Federal. **Vade Mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACHIN, L. E.; RUZYK, C. E.P. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In*: SARLET, I. W. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHINI NETO, E. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, I. W. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; BRAGA NETTO, F. P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, M. C. B. Dignidade humana e dano moral: duas faces de uma moeda. *In*: MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIEROTH, B.; SCHLINK, B. **Direitos fundamentais**. Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

QUADRA-SALCEDO, T. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981.

RAISER, L. **La costituzione e il diritto privato**. Trad.it. Il compito del diritto privato. Milano: Giuffrè, 1990.

SARLET, I. W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, [s. l.], n. 09, jan./jun. 2007.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. *E-book*.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARMENTO, D. **Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2007.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. 24. ed. São Paulo: Cortez, 2017.

TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, G. **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CAPÍTULO II

DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA À RESPONSABILIDADE OBJETIVA: SALTOS EVOLUTIVOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA

*Camila Ribeiro de Carvalho
Girleene Pereira de Matos Santos*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo discorrer acerca da evolução da responsabilidade civil. Sabe-se que o Código Civil de 1916 previa tão somente a responsabilidade subjetiva, vindo apenas em 2002, com a promulgação do novo *códex*, adotar, também, a responsabilidade objetiva.

Contudo, devido ao desenvolvimento da sociedade, houve a necessidade de nova evolução acerca da responsabilidade civil que buscasse reparar efetivamente a vítima. Para chegar a essa conclusão, faz-se necessária uma breve explanação sobre as teorias citadas, demonstrando a evolução que a responsabilidade pressuposta vem conquistando.

Para a realização da pesquisa que deu origem a esse capítulo, dispôs-se de levantamento bibliográfico e documental específico. Ademais, foi preciso fazer uma análise comparativa entre as sistemáticas de responsabilidade – subjetiva, objetiva e

pressuposta –, buscando “[...] identificar e privilegiar as semelhanças, considerando as diferenças”¹, optando-se pelo método comparativo.

O trabalho inicia-se com um breve histórico da evolução da responsabilidade civil; em seguida, traz a diferença entre responsabilidade subjetiva e objetiva e, logo após, retrata a evolução que a responsabilidade objetiva conquistou por meio da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, finalizando com a mais recente e inovadora teoria da responsabilidade pressuposta.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos primórdios, prevalecia a vingança privada, coletiva ou não, pelo exercício da autotutela, predominando, originariamente, o sentimento da própria razão, motivo pelo qual a força privada e preponderante era o fundamento do direito. Desse modo, o direito nada mais era do que a força. Não necessariamente a força física tão somente, como se pode imaginar. O que se destacava era a força do mais apto, ou seja, o grupo social melhor organizado possuía melhores condições de sobreviver e de se desenvolver².

Posteriormente, o uso consagra a regra jurídica do Talião, que limitava a represália da vítima sobre o agressor à

¹ PASOLD, C. L. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. Florianópolis: EMais, 2018. p. 95.

² AMORIM, F. B. S. Código Civil de 2002: responsabilidade subjetiva ou objetiva? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3397, 19 out. 2012. p. 1.

proporcionalidade do dano causado; todavia, a vingança ainda era o fim almejado por aquele que fora, inicialmente, prejudicado (olho por olho, dente por dente). Nessa fase, o legislador já chama para si o poder de dizer em que circunstâncias a vítima tem o direito à reparação (Lei das XII Tábuas)³.

Em seguida, nasce a noção, ainda primitiva, de responsabilidade. Foi nesse momento que o Estado assumiu para si a função exclusiva de punir, como já o fizera com a responsabilidade penal. Surge a responsabilidade civil *aquiliana*, cuja lei esboça um princípio geral regulador da reparação do dano⁴.

O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente.⁵

A partir de então, o Código de Napoleão definiu a responsabilidade civil pela ideia da culpa, tendo o seu artigo 1.382 sido redigido da seguinte maneira: “Qualquer fato do homem que cause a outrem um dano, obriga aquele pela falta cometida a repará-lo”⁶.

Considera-se tal dispositivo a fonte legislativa da teoria da responsabilidade civil. Ora, se alguém é responsável por fatos

³ Idem.

⁴ AMORIM, op. cit., p. 2.

⁵ VENOSA, S. de S. **Direito civil**: obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 401.

⁶ AMORIM, op. cit., p. 2.

personais, é porque tal conduta constitui “uma culpa” e, conseqüentemente, exige uma reparação.

Pelo sistema introduzido a partir do referido dispositivo do Código de Napoleão, o dano causado por uma conduta não culposa não interessa à teoria da responsabilidade civil. Assim, aquele que agiu irrepreensivelmente e, mesmo assim, causou dano não deve ser condenado a repará-lo. Nesse caso, a vítima é tida como uma “eleita do destino”⁷.

Para que o Direito não fique alheio à realidade social, deve-se travar uma constante luta pelo aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos. Conforme afirma Venosa⁸, “[...] as soluções indenizatórias, dentro ou fora do processo judicial, devem ser constantemente renovadas para estarem adequadas às necessidades práticas do homem contemporâneo.”

Em síntese, a evolução histórica da responsabilidade civil é marcada pela noção de reparabilidade por um mal causado a alguém. Essa ideia parte, inicialmente, da confusão entre responsabilidade civil e criminal, com a vingança privada, até o conceito atual, subjetivo, de reparação fundada na culpa, juntamente com a tendência contemporânea à objetivação do instituto na teoria do risco.

⁷ Idem.

⁸ VENOSA, op. cit., p. 402.

2 DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA À OBJETIVA

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida.

Destarte, há o ilícito extracontratual, em que o agente descumpra dever jurídico imposto pela ordem jurídica, e o ilícito contratual, que emana do inadimplemento de obrigação originária de negócio jurídico.⁹

Nesse sentido, fala-se, respectivamente, em responsabilidade civil contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da *Lex Aquilia de Damno*, do final do século III a. C. e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual ao conferir à vítima de um dano injusto o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro do seu causador (e não mais a retribuição do mesmo mal causado), independentemente de relação obrigacional preexistente¹⁰.

Observa-se que, na Responsabilidade Civil, existe uma dicotomia entre a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva que pode ser desdobrada em razão da evolução da ciência jurídica e do avanço tecnológico. Por isso, pode-se afirmar que

⁹ NADER, P. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 47.

¹⁰ TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 224.

dois são os sistemas de responsabilidade: responsabilidade subjetiva (fato ou conduta, dano, nexos causal e culpa), em que a culpa é um elemento essencial; e responsabilidade objetiva (fato, dano e nexos causal), sendo a culpa um elemento estranho.

A responsabilidade subjetiva tem por fundamento a teoria da culpabilidade, e é apurada mediante a demonstração da culpa do agente causador do dano. O ônus da prova é de quem alega; a culpa deve ser provada pela vítima. De acordo com as lições de Cavalieri Filho¹¹, a ideia de culpa está diretamente ligada à responsabilidade; por isso, em regra, ninguém pode sofrer punição legal sem que tenha faltado, no mínimo, com o dever de cautela em seu agir.

A partir dessa concepção tradicional, a vítima só obtém reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna:

O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinarismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.¹²

Não sendo sempre possível a demonstração da culpa exigida pela teoria subjetiva, a evolução jurisprudencial e legal estabeleceu, ao lado da responsabilidade subjetiva com culpa provada, a chamada responsabilidade subjetiva com culpa presumida. São situações de mitigação “[...] no rigor da

¹¹ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 16.

¹² Idem.

apreciação da culpa em si. Os tribunais foram percebendo que a noção estrita de culpa, se aplicada rigorosamente, deixaria inúmeras situações de prejuízo sem ressarcimento”¹³.

Responsabilidade subjetiva com presunção de culpa é aquela apurada mediante a presunção relativa da lei de existência da culpa do agente causador do dano.

O fundamento da responsabilidade, entretanto, continuou o mesmo – a culpa; a diferença reside num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova. Enquanto no sistema clássico (de culpa provada) cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, no de inversão do ônus probatório atribui-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa (presunção *juris tantum*).¹⁴

A presunção de culpa constitui uma etapa do aprimoramento da ciência jurídica para a facilitação da condenação do agente à reparação do dano, pois são situações em que se dispensa a demonstração de culpa do agente, o que dificultava em muito a percepção da indenização da vítima decorrente de acidentes ferroviários e de acidentes de trabalho no século XIX¹⁵.

Adiante, Nader¹⁶ explica que

A responsabilidade subjetiva não satisfaz plenamente ao anseio de justiça nas relações sociais. Há atividades no mundo dos negócios

¹³ VENOSA, op. cit., p. 398.

¹⁴ WALD, A.; GIANCOLI, B. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 127.

¹⁵ LISBOA, R. S. **Manual de direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 235.

¹⁶ NADER, op. cit., p. 57.

que implicam riscos para a incolumidade física e patrimonial das pessoas. Com base na culpa, tais danos ficariam sem qualquer reparação; daí o pensamento jurídico haver concebido a teoria do risco ou responsabilidade objetiva, para a salvaguarda das vítimas.

Nesse contexto é que surge o sistema de responsabilidade objetiva ou sem culpa, que é apurada independentemente de culpa do agente causador do dano, pela atividade perigosa por ele desempenhada. A noção de atividade perigosa evoluiu ante o reconhecimento de que há atividades cujo risco é bem mais acentuado que o das indústrias comuns e o do transporte coletivo. Surgiu, assim, a teoria do risco exacerbado. Risco exacerbado é aquele apurado independentemente de culpa do agente causador do dano, pela gravidade ou risco exacerbado da atividade perigosa por ele desempenhada¹⁷.

2.1 O desenvolvimento da responsabilidade civil objetiva

O sistema jurídico de 1916 foi fiel à orientação geral, adotando como regra a responsabilidade subjetiva, tornando-se a culpa ou o dolo elementos integrantes do tipo aberto, salvo quando: a lei estabelecer a presunção de culpa, sobre a qual se admite prova em sentido contrário; a lei previr a responsabilidade independentemente da existência ou não de culpa, hipótese em que se adota a sua objetivação, por força do risco da atividade desenvolvida pelo causador do prejuízo¹⁸.

¹⁷ LISBOA, op. cit., p. 236.

¹⁸ LISBOA, op. cit., p. 237.

A responsabilidade objetiva funda-se na “teoria do risco”, que Rodrigues¹⁹ conceitua muito bem ao afirmar que “[...] segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e comportamento sejam isentos de culpa.”

Nesse sentido, dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos, porém, presumia a culpa do lesante (arts. 1.527, 1.528, 1.529, dentre outros). Nos últimos tempos ganhou terreno a chamada teoria do risco, que, sem substituir a teoria da culpa, cobre muitas hipóteses em que o apelo às concepções tradicionais se revela insuficiente para a proteção da vítima. A responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente do trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas porque é o dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocaram o infortúnio.²⁰

E continua sua lição dizendo que

Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta, assim, que haja relação de causalidade entre a ação e o dano. Uma das teorias que procuram justificar

¹⁹ RODRIGUES, S. **Direito civil**: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 11.

²⁰ GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24.

a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo. Primitivamente, a responsabilidade era objetiva, como acentuam os autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano, mas sem que por isso se fundasse no risco, tal como o concebemos hoje. Mais tarde, e representando essa mudança uma verdadeira evolução ou progresso, abandonou-se a ideia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano. Atualmente, volta ela ao objetivismo. Não por abraçar, de novo, a ideia de vingança, mas por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade.²¹

Na teoria do risco, subsume-se a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade.

O Código Civil de 2002 contempla o sistema da responsabilidade civil subjetiva e o sistema da responsabilidade civil objetiva, mesmo que timidamente, mas está presente em

²¹ GONÇALVES, op. cit., p. 43.

nosso ordenamento jurídico. Na responsabilidade objetiva, tem-se uma simplificação: a culpa é um elemento estranho, e já não se discute a culpabilidade do agente, mas sim se a sua conduta possui nexos causal com o dano causado.

A responsabilidade subjetiva continua sendo a regra mais ampla de acordo com o art. 186 do Código Civil de 2002. Contudo, foram conquistados grandes avanços legislativos em casos especificados em Lei, tal como o art. 927 do Código Civil (CC) e seu parágrafo único, que retrata a cláusula de responsabilidade objetiva. Verifica-se, ainda, o art. 87 do CC, que prevê a responsabilidade civil por abuso do direito; o art. 931 do CC, que trata da responsabilidade pelo fato do produto (responsabilidade objetiva); o art. 932 do CC, que traz um rol de hipóteses de responsabilidade objetiva, como, por exemplo, a responsabilidade dos pais em relação aos danos causados pelos filhos, a responsabilidade do patrão pelos danos causados pelos empregados, entre outros.

Assim, a noção de responsabilidade constitui um corolário do princípio de que o homem, sendo livre, deve responder pelos seus atos. Portanto, a condição essencial da responsabilidade civil, nessa ótica, não incide na culpa, que pode traduzir-se num fato intencional, ou em simples imprudência ou negligência. No mundo contemporâneo, deverá haver a reparação de todo e qualquer dano ao lesado, independentemente do caráter culposos ou ilícito do ato que o produziu.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB O PRISMA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA

O estudo da reparação pelo dano causado foi concebido pelo modelo liberal clássico sob uma ótica estritamente econômica, voltada para a proteção do patrimônio, inicialmente, fixado na história como o conjunto de bens e direitos de um sujeito²². Vale dizer que as “[...] normas estatais protetoras do indivíduo buscavam assegurar tão-somente seu espaço de liberdade econômica, protegendo o cidadão contra o próprio Estado”²³.

Com a evolução, houve profundas modificações, numa busca de valorização da pessoa e do resgate da sua eficaz proteção. E as diretrizes civis constitucionais, de índole pós-modernista, influenciaram as normas civis ordinárias numa orientação mais arrojada e menos patrimonialista²⁴.

O pós-modernismo estabelece uma série de críticas aos postulados patrimonialistas, e objetiva a desconstrução do modelo anteriormente propugnado e a edificação de outro, mediante um aperfeiçoamento da convivência intersocial a dignificar a pessoa, e não mais banalizá-la como vinha sendo

²² LISBOA, op. cit., p. 232.

²³FACHINI NETO, E. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, I. W. (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 39.

²⁴ LISBOA, op. cit., p. 233.

feito, e tal posicionamento se espraia por toda a ciência jurídica²⁵.

O pensamento contemporâneo acarretou profundas modificações, numa busca de valorização da pessoa e do resgate da sua eficaz proteção. E as diretrizes constitucionais influenciaram as normas civis ordinárias numa orientação mais arrojada e menos patrimonialista. Trata-se da constitucionalização do direito civil, fenômeno “[...] ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, à distinção entre princípios e regras, à interpretação conforma à Constituição”²⁶.

O direito civil-constitucional fundado nos pilares da Constituição Federal de 1988 e do Novo Código Civil de 2002 deixa de enaltecer o patrimônio e volta suas atenções à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República.

A proteção constitucional da dignidade da pessoa humana recai sobre a segurança, a vida e a integridade biopsíquica da vítima, não se limitando, como preconizam a orientação clássica ou a moderna, ao aspecto econômico ou patrimonial. Humanizou-se a teoria da responsabilidade civil, valorizando-se a pessoa e coibindo-se o dano contra ela perpetrado. Valorizou-se, ademais, a reparação por danos morais em sentido amplo,

²⁵ LISBOA, op. cit., p. 234.

²⁶ FACHINI NETO, op. cit., p. 39.

que compreende os danos extrapatrimoniais outros e os danos morais de personalidade²⁷.

Atualmente, juntamente com as conquistas constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil encontra uma nova dimensão, surgindo novas teses dissociadas da discussão ou não da culpa. E mais, vislumbra-se que “[...] não se indenizará unicamente porque há um risco, mas porque há um dano e, neste último aspecto, em muitas ocasiões dispensa-se o exame do risco”²⁸.

Entende-se, assim como Barbosa²⁹, que está cada vez mais evidente que

[...] as noções de culpa ou de risco não mais se concebem como **fundamentos** da responsabilidade civil, devendo, portanto, ocuparem outro patamar, o patamar de **fontes** da responsabilidade civil.

Vive-se um momento de transição quanto à própria concepção da responsabilidade civil. Isso foi muito bem captado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka em sua tese de livre-docência, defendida na Faculdade de Direito da USP, em que sugeriu uma nova modalidade de responsabilização: a Responsabilidade Pressuposta³⁰.

²⁷ LISBOA, op. cit., p. 234.

²⁸ VENOSA, op. cit., p. 399.

²⁹ BARBOSA, A. L. A responsabilidade pressuposta à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da aplicação do *mise en danger*. **Âmbito Jurídico**, [s. l.], 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-pressuposta-a-luz-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-da-aplicacao-do-mise-en-danger/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

³⁰ TARTUCE, op. cit., p. 227.

Assim dispõe Hironaka³¹ a respeito dos principais traços que possui a responsabilidade pressuposta, que tem por objetivo uma maior reparação à vítima:

[...] poderiam ser descritos assim os traços principais que ela contém: 1) risco caracterizado (fator qualitativo): é a potencialidade, contida na atividade, de se realizar um dano de grave intensidade, potencialidade essa que não pode ser inteiramente eliminada, não obstante toda a diligência que tenha sido razoavelmente levada a cabo, nesse sentido; 2) atividade especificamente perigosa (fator quantitativo): subdivide-se em: a) probabilidade elevada: corresponde ao caráter inevitável do risco (não da ocorrência danosa em si, mas do risco da ocorrência). A impossibilidade de evitar a ocorrência nefasta acentua a periculosidade, fazendo-a superior a qualquer hipótese que pudesse ter sido evitada pela diligência razoável; b) intensidade elevada: corresponde ao elevado índice de ocorrências danosas advindas de uma certa atividade (as subespécies deste segundo elemento podem, ou não, aparecerem juntas; não obrigatoriamente). Portanto, e a partir desta súmula do que se idealiza quanto a uma *mise en danger*, provavelmente seria possível retratar o critério buscado para lhe conferir o status de uma *règle de valeur*, da seguinte maneira: 1) este critério deve descrever a potencialidade perigosa das atividades que podem ensejar a responsabilização pelo *viês da mise en danger*; 2) não deve ser taxativo ou enumerativo, para não fechar as portas para futuros danos, ainda não conhecidos; 3) não deve ser tão elástico que acabe por suportar (ou por deixar entrar)

³¹ HIRONAKA, G. M. F. N. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas de responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 31, n. 1, p. 56-57, 2007.

variáveis que não se encaixem na verdadeira potencialidade perigosa de uma atividade; 4) estabelecido o nexos causal (dano x atividade perigosa), o executor da atividade é considerado o responsável pela reparação (tout court); 5) essa responsabilidade civil deve ter como finalidade exclusivamente a reparação da vítima, sem qualquer abertura à exoneração dos responsáveis, à face de provas liberatórias (assemelhadas às contra-provas, nas presunções *juris tantum*); 6) não deve admitir excludente de responsabilidade; 7) pode, eventualmente, admitir o regresso (ação de regresso), mas que se dará pelas provas que o demandado possa fazer nessa outra ação, e que demonstrariam a culpa de outrem, contra o qual regressaria.

A autora propõe em seu trabalho, diante da mutabilidade social e do aparecimento de novos tipos de danos, a evolução para essa nova forma de responsabilidade – pressuposta –, do mesmo modo que se teve, no passado, uma evolução da responsabilidade mediante culpa subjetiva para a responsabilidade objetiva. A sua importância em face do direito é agigantada e impressionante em decorrência dessa evolução, dessa mutabilidade constante, dessa movimentação eterna no sentido de ser alcançado seu desiderato maior, que é exatamente o pronto-atendimento às vítimas de danos pela atribuição a alguém do dever de indenizá-los³².

Refere-se, nesse início de um tempo novo, à necessidade de se definir, de modo consentâneo, eficaz e ágil, um sistema de responsabilização civil que tenha por objetivo precípuo, fundamental e essencial a convicção de que é urgente que

³² TARTUCE, op. cit., p. 227.

deixemos hoje, mais do que ontem, um número cada vez mais reduzido de vítimas irressarcidas. Mais que isso, o momento atual dessa trilha evolutiva, isto é, a realidade dos dias contemporâneos, detecta uma preocupação que, a cada dia, ganha mais destaque no sentido de ser garantido o direito de alguém de não mais ser vítima de danos³³.

O principal motivo da necessidade da teoria da responsabilidade pressuposta se assenta no desejo de “[...] que o número de vítimas de danos que permanecem irressarcidas seja um número a cada vez – e sempre – significativamente menor”³⁴.

Esse caráter de prevenção da ocorrência de danos busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela reparação de danos já existente. Esse novo sistema a ser construído é justamente o que a autora denomina responsabilidade pressuposta, que visa atender a casos antes não ressarcíveis, novas situações existenciais de danos, independentemente da discussão da culpa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil tem uma extensa e morosa evolução histórica. Em tempos primórdios, a responsabilidade civil se preocupava com bens patrimoniais. Após importantes evoluções, as sistemáticas de responsabilidade já não priorizavam o patrimônio, mas o ser humano. Contudo, os

³³ Idem, p. 228.

³⁴ HIRONAKA, op. cit., p. 41.

modelos de responsabilidade não garantiam efetivamente a reparação dos danos. Se comprovada culpa, por exemplo, os pais seriam condenados a reparar o dano provocado pelo filho menor que pegou o carro sem permissão e provocou um acidente; na culpa presumida, se porventura os pais comprovassem perante o juízo que a chave estava escondida, fora do alcance do menor, que, ao perceberem que o filho havia apanhado o carro, correram para a rua para procurar o menor, enfim, se ficasse comprovada a prudência, o zelo, os pais poderiam ser absolvidos, e a vítima, inocente, arcaria com dano sem ressarcimento.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, acompanhada do novo Código Civil de 2002, obteve-se a valoração do ser humano, a dignificação da pessoa, e a culpa deixa de ser pressuposto essencial em determinadas hipóteses.

Inaugurou-se, então, a sistemática objetiva, bastando à vítima comprovar a existência de um dano e o nexo causal entre o resultado e a conduta do agente. Aqui, não há de se falar em culpa ou culpa presumida; voltando ao exemplo anterior, os pais são responsáveis, objetivamente, pelos filhos, independentemente de culpa, observando-se os preceitos constitucionais de solidariedade social e de proteção da dignidade da pessoa.

Para finalizar, verificou-se que a teoria geral da responsabilidade civil continua em constante evolução, dando início às inovadoras discussões acerca da construção de uma

responsabilidade civil ainda menos patrimonialista – a responsabilidade pressuposta –, que traz a percepção, num primeiro plano, de que se deve, antes de tudo, buscar a reparação da vítima, para, depois, verificar de quem foi a culpa ou quem assumiu o risco. Com isso, o dano assume o papel principal no estudo da responsabilidade civil, deixando de lado a culpa.

REFERÊNCIAS

AMORIM, F. B. S. Código Civil de 2002: responsabilidade subjetiva ou objetiva? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3397, 19 out. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22841>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BARBOSA, A. L. A responsabilidade pressuposta à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e da aplicação do *mise en danger*. **Âmbito Jurídico**, n. 86, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-responsabilidade-pressuposta-a-luz-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-da-aplicacao-do-mise-en-danger/>. Acesso em: 21 nov. 2020.

FACHINI NETO, E. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In*: SARLET, I. W. (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HINOROKA, G. M. F. N. Responsabilidade pressuposta evolução de fundamentos e de paradigmas de responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [s. l.], v. 31, n. 1, 2007, p. 33-59.

LISBOA, R. S. **Manual de direito civil:** direito das obrigações e responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, P. **Curso de direito civil:** responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PASOLD, C. L. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 14. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

RODRIGUES, S. **Direito civil:** responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003

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

VENOSA, S. de S. **Direito civil:** obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WALD, A.; GIANCOLI, B. **Direito civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPÍTULO III

AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O PAPEL SOCIAL DO ATO INDENIZATÓRIO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Jacksonn Thadeus Coelho

INTRODUÇÃO

A figura da responsabilidade tem sua gênese atrelada à consolidação da civilização, tendo em vista que as codificações mais antigas da humanidade já esboçavam e demonstravam a sua existência; por exemplo, o código de Manu e o código de Hamurabi – “Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”¹.

Salienta-se que, apesar das transformações ao longo do tempo, a responsabilidade, nos dias atuais, ainda possui por função primordial a reparação do dano praticado contra a vítima, assim como nas civilizações e tempos mais remotos da humanidade. Nesse sentido, leciona Sergio Cavalieri Filho²: “[...] responsabilidade é um dever jurídico sucessivo [...] se não cumprir uma obrigação, violará um dever jurídico originário,

¹ LIMA, J. B. S. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

² CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13.

surgindo daí a responsabilidade e o dever de compor o prejuízo causador pelo não cumprimento da obrigação.”

Porém, como era de se esperar, a essência de tal instituto não mudou. O mesmo não se pode falar do contexto social e econômico em que cada cidadão está inserido, que passou por grandes mudanças com o passar do tempo, vindo tal instituto a se moldar às mudanças, passando, assim, a se dividir nas mais variadas áreas do Direito e a garantir e salvaguardar condições e benefícios a fim de fomentar a indenização, retornando a vítima ao seu estado anterior ao dano, o chamado *status quo ante*.

Atualmente, a responsabilidade atua nas mais variadas relações, entre as quais estão as relações de consumo, contratuais, extracontratuais, dentre outras, ensejando a responsabilização do agente que praticar erro ou ato ilícito (dano) na consolidação ou não de determinada relação.

O principal objetivo da responsabilidade é a reparação do dano, mesmo nas relações de consumo. Isso acontece por meio da indenização, que possui elementos constitutivos correlatos para a sua fixação, sendo eles: o caráter punitivo, o caráter preventivo e a aplicabilidade do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessa forma, a indenização vem a assumir um papel social relevante frente às necessidades sociais.

O presente artigo visa demonstrar a importância do instituto da indenização e a dificuldade em fixá-la frente às demandas que tenham por escopo a responsabilização nas relações de consumo. Assim, desenvolveu-se a pesquisa “[...] mediante abordagem da literatura em geral e pela leitura de

obras clássicas e especializadas”³, valendo-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL E AS SUAS FUNÇÕES

A figura da indenização existe desde os tempos mais remotos da humanidade, como pode ser perfeitamente observado no código de Hamurabi, transformando-se, desde então, para atender aos preceitos e anseios sociais, e estando atrelada, desde o primórdio, à figura da responsabilidade.

A doutrina clássica conceitua que a indenização possui função reparatória, punitiva e educacional, formando tal conjunto o papel social da indenização. Nesse sentido, destaca Caio Mário da Silva Pereira⁴:

O fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter ressarcitório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

O instituto da responsabilização veio a complementá-la, como descreve Sergio Cavalieri Filho⁵ em sua obra, pontuando que a responsabilidade civil, em seu sentido etimológico, exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação, ou seja,

³ SERRANO, Pablo Jiménez. **Metodologia do ensino e da pesquisa jurídica**. Barueri: Manole, 2003. p. 123.

⁴ PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit, loc. cit.

o dever de reparar o prejuízo em virtude da violação de outro dever jurídico.

Como é notória, a principal função almejada pela responsabilidade civil é a **reparação** do ato ilícito, não sendo tal função diferente nas relações consumeristas; em tese, a vítima retorna ao estado anterior ao dano, servindo, assim, a indenização para fomentar tal ensejo, obrigando o causador do dano a repará-lo, como disserta Sergio Cavaliere Filho⁶:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima há uma necessidade de se restabelecer este equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante* (estado anterior). Impera neste campo o princípio da *restitutio integrum* (restituição integral), isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima a situação anterior a lesão. Isso se faz através da indenização fixada em proporção ao dano, indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto. Limitar a indenização é impor a vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.

Destaca-se que, sem dano, nunca haverá responsabilização, tampouco indenização. Nesse viés, aponta Gagliano e Pamplona Filho⁷ para a aplicação literal do art. 944 do Código Civil, cuja regra básica para a fixação da indenização

⁶ Idem, p. 14.

⁷ GAGLIANO, P. S.;, PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

não poderia ser outra, senão a de que a “[...] indenização mede-se pela extensão do dano.”

Sendo assim, a indenização apresenta-se como meio eficaz para diminuir a incidência paulatina de danos, não ficando adstrito somente ao dever de reparação, apesar de este ser o seu papel primordial, devendo ser observadas para a fixação do valor duas nuances: o caráter punitivo e preventivo da indenização. Evita-se, assim, o enriquecimento sem causa da parte em detrimento da outra.

Roberto Senise Lisboa⁸, dissertando sob a teoria do desestímulo de atos ilícitos almejada pelo instituto da indenização, afirma:

A teoria da responsabilidade civil possui uma dupla função: garantir o direito da vítima e servir como sanção civil em desfavor do responsável'. E continua afirmando ser: necessário que o ofendido tenha a garantia legal de que ocorrerá a reparação do dano, consequência da segurança jurídica que deve existir na relação de consumo (e nas demais também). Além disso, a responsabilidade civil impõe uma sanção ao causador do prejuízo, que deve ser estabelecida de modo a se desestimular a reiteração da conduta danosa.

Antes de prosseguir, é necessário trazer a lume alguns conceitos. Iniciemos pelo **conceito** de responsabilidade civil,

⁸ LISBOA, R. S. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

que, para Maria Helena Diniz⁹, é o dever de reparar ato ilícito impingido a outrem:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

O doutrinador Rui Stoco especifica o conceito de responsabilidade civil e elenca os seus **elementos constitutivos**, a saber: comportamento (ação ou omissão), culpa (culpa *lato sensu* que abarca dolo), nexos de causalidade, salvaguardando que, nos casos de responsabilidade objetiva, não se fala no instituto da culpa.

Mas essa obrigação deve ter como antecedente os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil, ou seja, os elementos formadores daquela obrigação: um comportamento (ação ou omissão) do agente, o elemento subjetivo (dolo ou culpa), o nexos de causalidade entre a conduta e o resultado e a ocorrência de um dano efetivo, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial (moral). Apenas nas hipóteses de responsabilidade objetiva é que se pode prescindir do elemento subjetivo.¹⁰

A responsabilidade é o grande gênero, cujas espécies se subdividem em várias ramificações, sendo que as mais

⁹ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40.

¹⁰ STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 164.

preponderantes mencionadas no presente artigo são a **responsabilidade subjetiva** e a **objetiva**, de fundamental importância, uma vez que, nelas, discute-se sobre a necessidade ou não de produção de provas da culpa.

Nesse campo, o Código Civil de 2002 trouxe várias inovações, tendo em vista que seu antecessor – Código de 1916 – abordava o tema de forma superficial, dedicando-lhe menor número de dispositivos. A esse respeito, leciona Jonny Maikel dos Santos¹¹:

O novo Código Civil evoluiu acolhendo em contraposição ao CC de 1.916 conceitos como a função social da propriedade e do contrato, solidarismo social, boa-fé objetiva, eticidade, dignidade da pessoa humana; e, especificamente no campo da responsabilidade, **teoria do risco, responsabilidade objetiva e aumento do rol dos responsáveis pela reparação de danos.**

O Código Civil, no *caput* do artigo 927, em consonância com o artigo 186, institui a responsabilidade subjetiva como regra, em que a vítima tem de comprovar a existência de culpa para ter direito à indenização. Portanto,

[...] ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.¹²

¹¹ SANTOS, J. M. Anotações sobre a responsabilidade no novo Código Civil. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 5, n. 58, 2004. Grifo nosso.

¹² CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 511.

O parágrafo único do aludido artigo disserta sob a responsabilidade civil objetiva, na qual a lei determina a aplicabilidade da responsabilidade objetiva, estabelece dois aspectos para a sua aplicabilidade 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.

Jonny Maikel dos Santos¹³ ressalta que, geralmente, a responsabilidade objetiva vem estampada em alguma norma legislativa extravagante, como demonstrado a seguir:

Quanto à primeira situação do parágrafo único do art. 927 do NCC basta ao interprete procurar os casos de responsabilidade objetiva na legislação extravagante infraconstitucional ou na Constituição, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei no. 8.078/90), Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, (Decreto 2.681/1912), Responsabilidade Civil por danos nucleares (Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977 e Decreto 911/19993), Responsabilidade Civil do Estado nos limites do art. 37, §6º da CF/88, etc. [...]

Por fim, salienta-se que a principal diferença entre a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva é justamente a desnecessidade na modalidade objetiva de se comprovar a culpa.

¹³ SANTOS, op. cit., n.p.

2 O PAPEL SOCIAL DO ATO INDENIZATÓRIO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Atualmente, a responsabilidade atua nas mais variadas relações, tanto nas de consumo, nas contratuais, nas extracontratuais, como em outras, ensejando, assim, a responsabilização do agente que praticar erro ou ato ilícito (dano) na consolidação ou não de determinada relação, dando à vítima o direito à indenização.

Segundo Sergio Cavalieri Filho¹⁴, as inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor engendraram um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil revelara-se insuficiente para proteger o consumidor.

O aludido doutrinador assevera, ainda, que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade passou do consumidor para o fornecedor de serviço ou produto e do fabricante, como descrito a seguir:

A responsabilidade foi deslocada da conduta do autor do dano para o fato causador do dano. Identificou-se um dever de guarda pela coisa perigosa uma cláusula de incolumidade na atividade de risco, até se chegar a um dever de segurança ou garantia de idoneidade pelo produto lançado no mercado.¹⁵

Destaca-se a incidência da responsabilidade civil sob as relações de consumo, tendo em vista as determinações específicas do Código de Defesa do Consumidor, que especifica a

¹⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 511.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 515.

aplicabilidade das nuances da responsabilidade objetiva, salvas algumas situações especiais que envolvam relação de consumo estabelecida com profissionais liberais.

Por exemplo, nos termos do CDC o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por 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 (art. 12); e, por outro plano, o fornecedor de serviços também 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 (art. 14), porém a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais (médicos, por exemplo) será apurada mediante a verificação de culpa (§ 4º do art. 14).¹⁶

As relações de consumo são regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, que trouxe várias inovações visando proteger o consumidor em geral, o Código de Defesa do Consumidor instaurou vários institutos, como a inversão do ônus da prova, a ação coletiva, a responsabilidade solidária entre o fornecedor e o fabricante, e vários princípios que regulamentam as relações de consumo, como o da segurança, o da prevenção e o da informação, criando-se, dessa forma, uma estrutura multidisciplinar entre aos institutos provenientes do Código

¹⁶ SANTOS, op. cit., n.p.

Civil, como a própria responsabilidade civil ora descrita e os institutos e princípios consumeristas.

Nesse sentido, leciona Sergio Cavaliere Filho¹⁷:

O Código do Consumidor – tenho como certo – criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobre direito aplicáveis em toda e qualquer área do direito onde ocorrer relação de consumo. Usando de uma figura, costumo dizer que o Código fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica, levantou seu tampão e espargiu a sua disciplina por todas as áreas do direito.

O Código de Defesa do Consumidor não conceitua relação de consumo, em sua redação, mas conceitua “consumidor” em seu artigo 2º¹⁸ e “fornecedor” no artigo 3º¹⁹; sob a redação colacionada a seguir, destaca-se que consumidores indiretos podem figurar em tal relação.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil nas relações de consumo nas seguintes modalidades: responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, e a responsabilidade por vício do

¹⁷ CAVALIERE FILHO, op. cit., p. 428.

¹⁸ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

¹⁹ “Art. 3º 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.”

produto ou serviço, como demonstrado pelo doutrinador Bruno Miragem²⁰:

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou o serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria esperar. Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação de um dever de adequação, qual seja, o dever dos fornecedores de oferecer produtos ou serviços no mercado de consumo que sirvam aos fins que legitimamente deles se esperam.

Desse modo, é assente que há uma interligação multidisciplinar ente os institutos do Código Civil (responsabilidade) e os preceitos e institutos do Código de Defesa do Consumidor, salientando-se que a indenização não perde as suas características (caráteres punitivo/reparatório e educativo) diante das relações de consumo.

3 O PROBLEMA DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Sergio Cavalieri Filho explica que a responsabilização nas relações de consumo passou a ser viável, no Brasil, somente após o advento do Código de Defesa do consumidor e da aplicabilidade da responsabilidade objetiva na maioria das relações que versem sobre consumo.

²⁰ MIRAGEM, B. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 260.

O aludido doutrinador ressalta que, antes da edição do Código de Defesa do Consumidor e da instituição dos certames que regem a responsabilidade objetiva, para dirimir tais demandas, era praticamente impossível haver responsabilização de qualquer agente causador de defeito ou vício em serviço ou produto, seja ele fornecedor, seja comerciante.

A indenização nas relações de consumo não foge das funções descritas acima (reparatória, punitiva e educativa), buscando o caráter social da indenização como nos demais casos de responsabilidade. Conforme ensinam²¹ Gagliano e Pamplona Filho²², a primeira função é compensatória do dano à vítima, que representa o objetivo básico da reparação, para que o ofendido possa amenizar os efeitos decorrentes do ato de que foi vítima; a segunda função é a punitiva do ofensor, pela ausência de cautela na prática de seus atos, ou seja, o que penaliza o ofensor, punindo-o para que não volte mais a praticar o ato ilícito; a terceira função implica na desmotivação social da conduta lesiva ao “[...] tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas. Assim, alcança-se, por via indireta, a própria sociedade, restabelecendo-se o equilíbrio e a segurança desejados pelo Direito.”

Contudo, alguns doutrinadores conceituam que os tribunais e a jurisprudência não estão respeitando tais parâmetros para a fixação dos valores das indenizações

²¹ DINIZ, op. cit., p. 40.

²² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., passim.

nacionais; entre os críticos da situação atual, está João Ernesto da Cunha²³, que faz seguintes as ponderações:

A falta de indenizações que cumpram sua função social é tão prejudicial ao país que é uma das causas pelo elevado número da corrupção hoje existente. Outra causa é a ausência absoluta de temor pelo Judiciário por parte da população.

Um político, empresário, ou apenas cidadão comum, que lesa o erário, a sociedade ou o indivíduo, tem certeza de que o processo irá demorar muito para ser concluído e que o resultado prático, findo esse, não afetará o seu patrimônio. No fim, é apenas uma questão de cálculo para se demonstrar que a corrupção, ou o comportamento repreensível, no Brasil, compensa. Esta ausência de temor ao Judiciário explica, muito, os motivos pelos quais, no Brasil, a autocomposição é pouco difundida. Porque uma grande empresa faria um acordo com um cliente lesado se pode aplicar, no mercado financeiro, o valor a ser pago enquanto durar o processo judicial?

Para a fase de execução de sentença, o Judiciário brasileiro permite que os valores discutidos sejam atualizados sob juros legais de 12% ao ano, acrescidos de correção monetária. Ora, o departamento jurídico de um banco que lesou seu correntista tem a certeza de que a indenização aplicada pelo Judiciário será baixa e que é possível postergar o pagamento em até quatro anos, ou mais, dependendo do caso. Se um banco consegue, facilmente, 36% no índice de retorno em investimentos ao ano, por qual motivo, hoje existente, seria vantagem para o banco autocompor-se com o correntista lesionado?

²³ CUNHA, J. E. C. A função social das indenizações. **Jurisway**, [s. l.], 2010. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=3388. Acesso em: 29 jun. 2019.

Salienta-se que fortes críticas se formam, aos poucos, em torno das indenizações, muitas vezes, por valores irrisórios pagos a título de ressarcimento, pois a demora no pagamento e a ausência de paridade entre o dano e a reparação, tendo em vista os fatores elencados acima (punição e prevenção), fazem com que ocorram tais situações nas quais as indenizações não atingem a função social que possuem.

A característica mais difícil de ser amealhada no instituto da indenização é, sem dúvida, o caráter preventivo, pois a indenização, em muitos casos, passa a ser ínfima, fazendo com que, na maioria dos casos, compense para as empresas continuar com tal conduta danosa a estabelecer um controle e uma fiscalização de seus produtos e serviços.

Nesse viés, Sergio Cavalieri Filho²⁴ disserta que, ao contrário do que muitos alegam, não há uma indústria da responsabilidade civil, pois “Não há indústria sem matéria prima, de sorte que se hoje os casos judiciais envolvendo responsabilidade civil são tão numerosos é porque ainda mais numerosos são os casos de danos injustos.”

Portanto, é assente a necessidade de visualizar cada caso em concreto para se fixar indenização de modo correto, a fim de que alcance a sua finalidade social, e não se torne ínfima, ou desprovida de qualquer finalidade que a justifique.

²⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 511.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise das funções da responsabilidade civil e do papel social das indenizações nas relações de consumo, observa-se a existência de uma relação multidisciplinar entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor para disciplinar as relações de consumo.

Além da dificuldade de se alcançar, com efeito, todas as funções da responsabilidade civil nas relações regidas pelo Código Civil, o presente trabalho procurou demonstrar, principalmente, a dificuldade encontrada nos casos das relações consumeristas, regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, de se chegar a uma indenização que contenha todas as características inerentes à indenização.

Desse modo, a função social da indenização se apresenta como a mais difícil de ser atingida, destacando-se, com fundamento no princípio da concretude, a importância de se observar o caso concreto para que haja a correta adequação entre o dano e a sua respectiva indenização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.079 de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF: Casa Civil, 1990. Disponível em: <https://goo.gl/TtZHdB>. Acesso em: 27 jul. 2019.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA, J. E. C. A função social das indenizações. **JurisWay**, [s. l.], 2010. Disponível em: <https://goo.gl/16UTZ3>. Acesso em: 29 jun. 2019.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, P. S.;, PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, J. B. S. **As mais antigas normas de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MIRAGEM, B. **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, J. M. Anotações sobre a responsabilidade no novo Código Civil. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 5, n. 58, 2004. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/646>. Acesso em: 29. jun. 2019.

SERRANO, P. J. **Metodologia do ensino e da pesquisa jurídica**. Barueri: Manole, 2003.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil com comentários ao Código Civil de 2002**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAPÍTULO IV

DISCUSSÕES ACERCA DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

*Tarcísio Jorge de Paula Gonçalves
Joan Carlos Xavier Biserra*

INTRODUÇÃO

Existem, atualmente, algumas peculiaridades quando o assunto a ser debatido é a teoria da responsabilidade civil. Essa teoria passa por uma espécie de crise em um ponto principal: o estudo dos paradigmas existentes em torno de seus pressupostos gerais.

É de notório saber que a reparação está fundada, ao menos, na conduta humana, na culpa, nonexo de causalidade e no dano. Entendia-se pela presença obrigatória desses quatro pressupostos, porém, na visão contemporânea da sociedade, essa obrigatoriedade não se coaduna com a realidade sociojurídica, encontrando-se, em vários entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a existência do dever de reparar mesmo diante de ausência significativa de um ou mais pressupostos.

É possível notar o desapego pela verificação da culpa na passagem da sistemática subjetiva (situações que dependem da comprovação da culpa em juízo) para sistemática objetiva

(situações em que a culpa é irrelevante para o processo). Cumpre destacar que, por várias décadas, prevaleceu a aplicação da responsabilidade subjetiva, pelo fato de que se entendia que não haveria como imputar responsabilidade sem a apuração real da culpa do agente.

É evidente que, com a evolução das relações sociais, de modo especial, a partir do surgimento das atividades de risco, novos problemas surgiram para a teoria da responsabilidade civil, pois a comprovação culpa – que demandava análise demasiadamente abstrata no campo psíquico – aparecia como um entrave para reparação da vítima.

No momento atual, a teoria subjetiva possui extensas críticas, em razão de motivos significativos: a não definição no conceito de culpa, já que, após transcorrerem vários anos da consolidação do seu significado e, ainda, a criação de muitas teorias a respeito, não há uma caracterização ideal no que tange aos seus elementos intrínsecos; a origem e a nova visão da responsabilidade sem culpa e a ideia social do direito moderno, dentre outros fatores.

Essas dificuldades foram um dos principais motivos para o desenvolvimento da teoria da responsabilidade objetiva, presente na lei em várias oportunidades, que desconsidera a culpabilidade e demonstra que os estudos acerca dos elementos da responsabilidade civil ainda carecem de análise da possibilidade de mitigação de elementos considerados fundamentais, como o nexo causal e o dano propriamente dito.

Fica claro que o objetivo do presente estudo é trazer de volta a discussão acerca da necessidade de estarem presentes todos os pressupostos gerais da responsabilidade civil, de modo que a pesquisa gira em torno da questão da possibilidade de nascer obrigação de indenizar ainda que na falta de um desses pressupostos.

Posto isso, decidiu-se adotar o método hipotético-dedutivo para o qual, segundo Lakatos e Marconi¹, “[...] toda pesquisa tem sua origem num problema para o qual se procura uma solução, por meio de tentativas (conjecturas, hipóteses, teorias) e eliminação de erros.” Desse modo, por meio da pesquisa bibliográfica, tendo por base a doutrina, verificar-se-á se o dever de indenizar irá subsistir mesmo com a mitigação de um ou alguns pressupostos.

1 DOS PRESSUPOSTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Os atos ilícitos são aqueles que, de maneira contrária, estão no ordenamento jurídico prejudicando o direito subjetivo de alguma pessoa. Devido a esses atos, fez-se nascer a obrigação de se reparar um dano, ou seja, aquilo que está prescrito pelo ordenamento jurídico.

¹ LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

No tocante à análise do artigo 186 do Código Civil², verifica-se a possibilidade de classificar os elementos que constituem a responsabilidade civil, sendo eles: a conduta do agente, o nexo de causalidade existente, o dano e, por fim, a culpa.

O referido artigo é a peça de extrema importância no estudo da responsabilidade civil, no qual está intrinsecamente consagrado o princípio de que a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a outrem (*neminem laedere*).

1.1 Conduta humana

Em primeiro lugar, diante de fato que se configure ilícito, o primeiro elemento que é preciso identificar é a conduta humana. Destaca-se que, dessa conduta, é preciso extrair a voluntariedade no comportamento da pessoa, que se demonstra mediante uma ação ou omissão capaz de gerar efeitos negativos no âmbito jurídico.

Maria Helena Diniz³ escreve que a conduta é

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem,

² Art. 186 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

³ DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Gagliano e Paplona Filho⁴ destacam que

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Sem que haja essa qualidade, não há como se falar em ação humana ou responsabilidade civil.

É cediço que a qualidade da vontade, quando for base de responsabilidade civil, deverá ser contrária ao que prevê o ordenamento jurídico. Por ser parte fundamental da conduta, a voluntariedade deve estar presente em ambas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva.

1.2 Dano ou prejuízo

A responsabilidade civil tem como requisito primordial a existência de um dano. Sem nenhum tipo de dano, não há que se falar em indenização ou ressarcimento. Maria Helena Diniz⁵ posiciona-se no sentido de que “[...] o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”

⁴ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 72-73.

⁵ DINIZ, op. cit., passim.

O dano, por ser elemento dado como essencial, faz com que a responsabilidade do agente aumente, independentemente de qual seja a origem do ato ilícito, e ainda, de qual seja a responsabilidade subjetiva ou objetiva⁶.

Alguns requisitos devem ser observados para comprovação de que o dano deve ser indenizável. O primeiro deles é a necessidade da violação de uma proteção jurídica patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica. Dessa forma, divide-se o dano em material e moral.

Os primeiros são aqueles que atingem os bens integrantes do patrimônio da vítima. Como afirmam Gagliano e Pamplona Filho⁷, “[...] traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular.” Enquanto o segundo “[...] em sentido amplo é agressão a um bem ou atributo da personalidade e, em sentido estrito é agressão à dignidade humana”⁸. São danos que têm por consequência algum abalo psicológico – dor, sofrimento, tristeza, vexame, humilhação, constrangimento.

Para que haja dano moral, é preciso haver lesão a atributo da personalidade, cuja proteção alcança o direito à vida, à integridade moral, física e psíquica. É por esse motivo que os danos morais se tornam imensuráveis, pois é de extrema dificuldade valorar a sua reparação.

O dano material produz um efeito que diminui o patrimônio da pessoa que o sofreu, ainda podendo impedir o

⁶ STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, passim.

⁷ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., p. 87.

⁸ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 111.

aumento de tal patrimônio ou, até mesmo, a diminuição de algo que estava a esperar⁹.

Já os danos patrimoniais subdividem-se em danos emergentes e lucros cessantes, conforme prescreve o Código Civil no art. 402¹⁰. O dano emergente baseia-se no efetivo prejuízo suportado pela vítima, ou seja, o que a fez perder diretamente em decorrência da lesão sofrida. Em contrapartida, o lucro cessante é aquilo que a pessoa lesada, razoavelmente, não lucrou, ou melhor, aquilo que não recebeu, em virtude do dano sofrido.

1.3 Nexo de causalidade

O efeito que se causa entre a conduta e o resultado é o que se chama de nexo de causalidade. É de se saber que, para figurar a responsabilidade civil de uma pessoa, não é necessária apenas a conduta ilícita por ela praticada, tampouco que a vítima tenha apenas sofrido algum dano.

Para qualquer espécie de responsabilidade, o nexo de causalidade é requisito fundamental, diferente do que ocorre com a culpa, que não está presente na responsabilidade objetiva. Segundo Flávio Tartuce¹¹, “[...] nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil,

⁹ ALVIM, A. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980.

¹⁰ Salvas as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele, efetivamente, perdeu, o que, razoavelmente, deixou de lucrar.

¹¹ TARTUCE, F. **Manual de direito civil**: volume único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 491.

constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o *risco criado* –, e o dano suportado por alguém.”

No âmbito jurídico, diversas teorias foram desenvolvidas na tentativa de explicar o nexos de causalidade. A doutrina destaca as três principais, a saber: teoria da causalidade adequada, teoria da causalidade direta e imediata e teoria da equivalência dos antecedentes.

A teoria da equivalência dos antecedentes, também chamada de teoria da equivalência das condições, ou ainda, *conditio sine qua non*, tem como fundamento que qualquer circunstância que tenha acontecido no momento da produção do dano é conhecida como causa. Assim, caso fosse adotada pelo Direito Civil brasileiro, haveria de se responsabilizar todos os envolvidos¹², desde as primícias, ou seja, o ponto inicial para que o dano acontecesse.

A teoria da causalidade direta ou imediata, que também pode ser chamada de teoria da interrupção do nexos causal, é uma espécie de meio-termo, sendo mais razoável. Nessa teoria, há o requerimento de que, entre a conduta e o dano, dever haver uma relação de causa e efeito direta e imediata. Essa teoria entende que cada agente responde, assim, pelos danos diretos e imediatos que aproximam da conduta¹³.

Já a teoria da causalidade adequada é aquela que tem como base a condição causadora do dano que, por si só, torna-

¹² CAVALIERI FILHO, op. cit., passim.

¹³ SANTOS, P. P. S. S. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, [s. l.], 01 jun. 2012. Disponível em: <https://goo.gl/iy6jUm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

se apta a produzi-lo. Gerado o dano, deve-se concluir que, possivelmente, o fato que lhe deu origem tinha a capacidade de lhe dar a causa. Sendo assim, havendo a relação de causa e efeito, sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Sendo apenas uma circunstância accidental, pode-se dizer que a causa não era adequada¹⁴.

1.4 Culpa

Não é apenas a imputabilidade de um agente que poderá gerar o dever de indenizar; em alguns casos, faz-se necessário analisar se agiu com culpa. De acordo com Flávio Tartuce¹⁵, “[...] quando se fala em *responsabilidade com ou sem culpa*, leva-se em conta a culpa em sentido amplo ou a *culpa genérica* (culpa *lato sensu*), que engloba o dolo e a culpa estrita (*stricto sensu*).”

Ocorre o dolo quando o dano é causado intencionalmente. Noutra via, não havendo intento deliberado, mas, por motivos aparentes, ocorreu prejuízo a outrem, por imprudência ou negligência, resta configurada a culpa em *stricto sensu*¹⁶.

Portanto, a culpa, em sentido estrito, depende da análise de questões psicológicas do agente, pois não há a intenção de lesar. Ademais, as modalidades de culpa, por si só, trazem a ideia de violação de um dever de diligência, ou seja, nada mais é

¹⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., passim.

¹⁵ TARTUCE, op. cit., p. 485.

¹⁶ STOCO, op. cit.

do que adotar medidas possíveis para evitar e prevenir esses fatos ilícitos¹⁷.

2 DISCUSSÕES PARADIGMÁTICAS: ELEMENTOS ESSENCIAIS E ACIDENTAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Pelo que foi estudado até aqui, pode-se observar quais são os pressupostos básicos ensejadores da responsabilidade civil. Entretanto, no cenário atual do nosso sistema jurídico, a doutrina e a jurisprudência debatem sobre os próximos passos a serem dados, visando à evolução do instituto jurídico. Portanto, segue-se pra revisão dos pressupostos e verificação da subsistência do dever de indenizar.

Buscando-se essa efetiva reparação à vítima, estudiosos do Direito debatem sobre o pressuposto da culpa, se é necessário verificá-lo, a fim de constituir a responsabilidade civil. Nesse diapasão, questiona-se: esse elemento é essencial ou acidental? Se a culpa é elemento acidental, outro pressuposto da responsabilidade civil ganha destaque: o nexo de causalidade.

Desse modo, surge outra questão: quando o nexo causal apresentar-se como empecilho à justa reparação, é possível mitigá-lo? Adiante, debate-se, também, acerca do dano: se há a necessidade da sua efetiva comprovação, haveria, portanto, a possibilidade de presumi-lo? Com base nesses questionamentos, iniciar-se-á, agora, a análise dos fundamentos em que se

¹⁷ GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro**: Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, passim.

pautam a doutrina para mitigar ou desconsiderar esses pressupostos.

2.1 Da responsabilidade civil independente de culpa

Pelo exposto até o momento, é possível afirmar que a culpa ainda constitui um dos elementos da responsabilidade civil e divide-se em: dolo e culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia). Leciona Flávio Tartuce¹⁸ que “[...] para o Direito Civil não importa se o autor agiu com dolo ou culpa sendo a consequência inicial a mesma, qual seja, a imputação do dever de reparação do dano.”

Na responsabilidade independente de culpa, pressupõe-se a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, que visa, precipuamente, à desconsideração do elemento culpa. Seu objetivo é proteger e assegurar à vítima do dano a devida reparação, haja vista que, nos casos abarcados por essas teorias, a vítima é especialmente vulnerável.

Convém destacar que a responsabilidade independente de culpa não deve ser confundida na ocasião em que esta é presumida. Na culpa presumida, embora exista o elemento culpa, não é necessária a sua comprovação, uma vez que ela é presumida; já na responsabilidade independente de culpa, a culpa não constitui elemento necessário para ensejar o dever de reparar.

¹⁸ TARTUCE, F. **Manual de direito civil**: volume único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 486.

Analisando o Estatuto Civilista brasileiro de 2.002, é de se concluir que os legisladores optaram por manter a teoria subjetiva, que se pauta no comportamento do agente causador do dano, verificando-se a previsibilidade do evento danoso, aliada à ação humana, ou comportamento do *homo medius*, no sentido de pretender o resultado, ou não se valer do cuidado necessário a evitá-lo¹⁹.

Acerca do exposto, é oportuno destacar os ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa²⁰, que aduz:

[...] no Código Civil ainda é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, a responsabilidade com culpa, pois esta também é a regra geral traduzida no Código em vigor, no caput do art. 927. Não nos parece, como apregoam alguns, que o estatuto de 2002 fará desaparecer a responsabilidade com culpa em nosso sistema.

A teoria subjetiva é adotada como regra, do mesmo modo que ocorrera no estatuto anterior. Entretanto, não descartou por completa a aplicação da teoria objetiva, deixando-a, por conseguinte, como a exceção. Tal teoria somente será aplicada em casos especiais.

Essas hipóteses excepcionais de aplicação da teoria objetiva devem vir expressamente previstas em lei, ou, no caso concreto, deve ser valorada pelo magistrado quando a celeuma envolver uma atividade que, por sua natureza, implique em risco a direitos de outrem.

¹⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 34.

²⁰ VENOSA, S. S. **Direito civil**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 14.

Tendo em vista que a responsabilização do agente independente de culpa (teoria objetiva), no Estatuto Civilista de 2002, é excepcional, deve a lei dispor expressamente quando aplicável (CC, Art. 927, parágrafo único). Verifica-se a excepcionalidade sendo aplicada no art. 932 (responsabilidade dos representantes legais), art. 936 (responsabilidade do dono ou detentor do animal), art. 937 (responsabilidade do dono do prédio em ruína), art. 938 (responsabilidade do dono ou habitante de edifício por coisas lançadas) etc.. Em sede de legislação extravagante, é possível citar algumas leis em que se verifica a manifesta aplicação da teoria objetiva; vejamos: Lei 6.453/1977 (acidentes nucleares), Lei 6.938/1982 (danos ambientais), Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Em continuação, além das hipóteses legais, a responsabilização do agente independente de culpa se dará quando houver aplicação da chamada teoria do risco, que tem como precursor o Professor Alvin Lima. A aludida teoria encontra respaldo legal no artigo 927, parágrafo único, do Estatuto Civil²¹, o qual estabelece ser dever daquele que exerce uma atividade que gere risco a direito de outrem reparar o dano causado independente de culpa.

Sobre esse tema, leciona Silvio de Salvo Venosa²²:

²¹ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar danos a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, **ou** quando a **atividade** normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, **risco** para os direitos de outrem.” (grifo nosso).

²² VENOSA, op. cit., p. 15-16.

A teoria do risco aparece na história do Direito, portanto, com base no exercício de uma atividade, dentro da ideia de que quem exerce determinada atividade e tira proveito direto ou indireto dela responde pelos danos que ela causar, independentemente de culpa sua ou de prepostos.

Venosa²³ pondera que a atividade de risco, mencionada no dispositivo retro, deve ser compreendida como sendo aquela desenvolvida regularmente pelo agente, de forma costumeira, que, por sua natureza, implica em riscos a outrem. Ou seja, para configurar a obrigação de indenizar, basta a comprovação do nexo causal entre o dano sofrido pela vítima e a atividade perigosa exercida pelo agente²⁴.

Trata-se de cláusula geral de responsabilização independente de culpa, o que se mostra, mesmo que superficialmente, perigosa, pois concede amplos poderes ao magistrado, diante do caso concreto, conceituar o que venha a ser atividade de risco. Isto é, com base no dispositivo retro, o juiz poderá responsabilizar o agente, independente da comprovação da sua culpa, quando verificada a existência da aludida atividade de risco.

Pelo que fora exposto, verifica-se que o elemento culpa, nos presentes casos, é dispensável. Isso ocorre porque a garantia de reparação da vítima, que, em regra, é a parte vulnerável, deve prevalecer. Logo, considerando a tendência moderna e os avanços no campo da responsabilidade civil, concluímos que o

²³ Idem, p. 126.

²⁴ FIUZA, R. **Código civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 445.

elemento culpa está deixando de ser um elemento essencial para se tornar meramente acidental.

2.2 Da mitigação do nexu causal

Nas hipóteses em que a culpa é elemento totalmente dispensável, outro pressuposto da responsabilidade civil ganha destaque: o nexu de causalidade. Conforme explica Silvio de Salvo Venosa²⁵, a

[...] responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexu causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexu causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Em meio ao panorama social atual, nem sempre as normas de direito material e suas teorias tradicionais conseguem responder a contento a todas as novas situações, incumbindo a doutrina e a jurisprudência da árdua e difícil tarefa de adaptá-las para encontrar uma solução jurídica adequada à realidade social. Assim, após o reconhecimento legal da teoria da responsabilidade objetiva, que dispensa o elemento da culpa, recai sobre o nexu de causalidade o papel de garantir a responsabilização civil daqueles que causarem dano a outrem.

Viu-se, anteriormente, que são três as teorias que tentam explicar o nexu causal. Logo, é possível notar que a ocorrência de certa volatilidade na

²⁵ VENOSA, op. cit., p. 32.

[...] teoria utilizada pelos Tribunais pátrios para nortear a investigação da causalidade: ora se invoca a Teoria da Causalidade Adequada; ora a Teoria do Dano Direto e Imediato; e até mesmo a Teoria da Equivalência das Condições.²⁶

Nesse sentido, percebe-se que

o caos reinante em matéria de nexos causais corresponde não a insistentes equívocos do nosso Poder Judiciário, mas a uma deliberada abordagem do problema da causalidade de modo a lhe assegurar uma solução, por assim dizer, flexível.²⁷

Assim, em situações em que, diante da multiplicidade de causas e da dificuldade considerável ou impossibilidade da vítima, comprovar a ligação entre o dano que sofreu e a atividade referida como provável causa, é preciso verificar a possibilidade de mitigação do nexo causal. Caitlin Sampaio Mulholland²⁸ esclarece que é necessária a construção de critérios por meio dos quais será possível uma presunção de causalidade. Isso não significa que se deva desconsiderar o nexo causal, e sim promover a facilitação da prova da causalidade

²⁶ SANTANA, F. de C. A possibilidade de flexibilização do nexo causal: ampliação da causalidade como fator de atribuição da responsabilidade civil extracontratual. **Revista Direito UNIFACS**, [s. l.], n. 198, p. 1-33, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4737>. Acesso em: 21 nov. 2020.

²⁷ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65.

²⁸ MULHOLLAND, C. S. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2009. p. 196.

naqueles casos em que a sua não demonstração acarretará a eliminação de uma compensação devida.

2.3 Da presunção do dano (*in re ipsa*)

Outro ponto paradigmático, na qual a moderna doutrina e a jurisprudência se debruçam, é ligado ao elemento dano. Discute-se: o dano pode ser presumido? Há, realmente, a necessidade de comprová-lo? Passa-se à análise dos fundamentos em que se baseia a doutrina, para dispensar a comprovação desse elemento.

Conforme estudado precedentemente, dano, em suma, é o prejuízo experimentado pela vítima do ato ilícito. Segundo Carlos Roberto Gonçalves²⁹, “é a lesão ao patrimônio”. O dano se divide em dois grandes grupos: a) os danos patrimoniais (ou materiais) e; b) danos extrapatrimoniais (ou imateriais). Enquanto aqueles implicam em lesão ao patrimônio físico, estes constituem lesão ao patrimônio psíquico-moral da vítima.

Flávio Tartuce³⁰ destaca que “[...] não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva, em regra”, ou seja, de forma contrária ao que ocorre com o elemento culpa, que pode ser dispensado em certos casos, o elemento dano sempre deve existir. Com base em tais premissas, é possível afirmar que, em que pese o dano constituir elemento indispensável da responsabilidade civil, há a

²⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 334.

³⁰ TARTUCE, op. cit., p. 374.

possibilidade de ser presumido, dadas as circunstâncias fáticas. Logo, embora exista o dano, desnecessária é a sua demonstração.

Conforme anteriormente aludido, o dano patrimonial é constituído por lesão ao patrimônio da vítima. Segundo Silvio de Salvo Venosa³¹, “[...] é aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização.” Nesse diapasão, é de se concluir que presumir o dano patrimonial é deveras desproporcional, uma vez que é perfeitamente possível sua comprovação e quantificação.

Enquanto o dano patrimonial é visível aos olhos, o dano extrapatrimonial não é, pois fere a vítima como pessoa, isto é, sua personalidade, dignidade, honra, intimidade, entre outros³². Exigir da vítima que comprove o dano sofrido internamente afigura-se desarrazoado, cabendo ao julgador, diante do caso concreto, estabelecer a sua presunção.

Sobre o assunto, leciona Silvio de Salvo Venosa³³ que a demonstração do dano moral “[...] por se tratar de aspecto imaterial, deve lastrear-se em pressupostos diversos do dano material. Não há, como regra, avaliar por testemunhas ou mensurar em perícia.” Por tal razão, a jurisprudência tem adotado o chamado dano *in re ipsa*, ou pela força dos próprios fatos.

³¹ VENOSA, op. cit., p. 42.

³² GONÇALVES, op. cit., p. 353.

³³ VENOSA, op. cit., p. 50.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a discussão que gira em torno dos pressupostos da responsabilidade civil se mostra deveras relevante. A releitura de alguns elementos é necessária, haja vista a necessidade de efetiva reparação do dano à vítima.

O elemento da culpa, ao se adotar a teoria da responsabilidade objetiva, é dispensado em alguns casos, da mesma forma que o nexo causal pode ser mitigado para garantir uma justa reparação, além do dano que poderá ser presumido, dispensando-se sua comprovação em juízo.

Assim, analisando o caso concreto, a reparação civil subsistirá mesmo na falta de alguns de seus pressupostos. A culpa acaba sendo considerada elemento acidental, tendo em vista a grande quantidade de hipóteses previstas na legislação e na jurisprudência (no que tange à teoria do risco) de aplicação da sistemática objetiva da responsabilização civil.

Adiante, tem-se por certo que, se não existe dano, não existe a necessidade de reparação, da mesma forma que não é possível falar da obrigação de indenizar sem a verificação do nexo causal. No entanto, é possível verificar situações nas quais é possível presumir tanto o nexo de causalidade quanto o dano. Presumir não é dispensar tais elementos, mas inverter o ônus da prova, para exigir que o agente causador do dano comprove que este não existiu.

Denota-se que, em certos casos, exigir da vítima a comprovação da culpa, do nexo causal ou do dano é

extremamente oneroso, o que obsta a efetiva reparação. Por essa razão, observou-se a ascensão de teorias que visam dar maior proteção à vítima, a fim de estabelecer o equilíbrio entre agente causador do dano e vítima lesionada, tanto na esfera material como na processual, de modo a assegurar a justa reparação.

REFERÊNCIAS

ALVIM, A. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1980.

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

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FIUZA, R. **Código Civil comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

MULHOLLAND, C. S. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2009.

SANTANA, F. de C. A possibilidade de flexibilização do nexo causal: ampliação da causalidade como fator de atribuição da responsabilidade civil extracontratual. **Revista Direito UNIFACS**, [s. l.], n. 198, p. 1-33, 2016. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4737>. Acesso em: 21 nov. 2020.

SANTOS, P. P. S. S. Responsabilidade civil: origem e pressupostos gerais. **Âmbito Jurídico**, [s. l.], 01 jun. 2012. Disponível em: <https://goo.gl/iy6jUm>. Acesso em: 15 jun. 2019.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

STOCO, R. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil: volume único**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPÍTULO V

REFLEXÃO SOBRE O SENTIDO DA CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

*Sinval Nunes de Paula
Sérgio dos Santos*

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é, provavelmente, o instituto mais dinâmico do Direito Civil. Uma das principais discussões contemporâneas sobre o assunto reside na insuficiência da noção de responsabilidade subjetiva, pautada na teoria da culpa como pressuposto necessário para o dever de indenizar.

Em que pese parte da doutrina vislumbrar a saída na noção de responsabilidade objetiva, é certo que a teoria da responsabilidade subjetiva ainda é considerada a regra geral. Assim, torna-se necessário repensar o papel que a culpa desempenha na responsabilidade civil contemporânea.

Portando, o objeto do presente trabalho é a análise da culpabilidade na responsabilidade civil contemporânea. Tendo em vista ser assunto que incita discussão entre os atuais doutrinadores brasileiros, além de ser elemento inerentemente humano, questiona-se se o nosso Direito Civil está preparado para abandonar a noção de culpa.

O objetivo da pesquisa que deu origem a este trabalho foi abordar a culpa nos seus diversos prismas, a partir das teorias que tratam da responsabilidade subjetiva e objetiva, contratual e extracontratual, não para defender seu retorno como fator primordial de responsabilização, mas para trazer novos olhares frente à conduta humana e à manifestação da culpa.

Para tanto, o trabalho se deu a partir de pesquisa bibliográfica, que “[..] em termos genéricos, é um conjunto de conhecimentos reunidos em obras de toda natureza”, dando à pesquisa um enfoque funcionalista, que “[...] leva a admitir que toda a atividade humana sociocultural é funcional e indispensável para a existência e permanência da sociedade”¹.

A seguir, estudam-se os elementos caracterizadores da culpa, seja por dolo ou *stricto sensu*, suas espécies e abrangência, de maneira a demonstrar que não se pode atribuir à culpa o *status* de dispensável, mas que, para fins de reparação, nem sempre se faz necessária a sua presença ou prova.

1 BREVE RELATO DA ORIGEM E DA CULPA

Busca-se esclarecer o sentido da culpa na responsabilidade civil, e para tanto, faz-se necessário nos debruçarmos no tema para compreender um pouco mais sobre o termo, que teve sua inspiração no Código Civil francês. No Código Civil de 1916, o tema estava elencado nos arts. 159 e

¹ FACHIN, O. **Fundamentos de metodologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47.

1.518; já no Código Civil de 2002, estava disposto nos arts. 186² e 942³, fundamentado “no dever de reparar o dano”⁴.

Importa dizer que o grande fundamento da responsabilidade extracontratual é a culpa, embora se admita responsabilidade sem culpa, que se vem impondo aos povos modernos, ante a insuficiência da culpa à cobertura de todos os danos⁵. Carlos Roberto Gonçalves⁶ salienta “[...] a dificuldade na definição de culpa em face da conotação do vocábulo *faute* (falta ou erro), que tem provocado confusão entre responsabilidade jurídica e responsabilidade moral.”

Com relação a sua base, a

[...] principal fonte histórica que dispomos – para a modernidade, a culpa encontrou no Código Civil francês o seu principal anteparo normativo, espraiando-se e influenciando todas as legislações modernas.⁷

Para o direito romano,

[...] a responsabilidade civil se assenta, segundo a teoria Clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e a relação de

² “Art. 186, Código Civil de 2002 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

³ “Art. 942, Código Civil de 2002 – Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos a reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

⁴ GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 8. ed. 2012. p. 33.

⁵ AZEVEDO, A. V. **Curso de Direito Civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 337.

⁶ GONÇALVES, op. cit., p. 33.

⁷ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. 2012. *E-book*.

causalidade entre o fato e o mesmo dano. [...] Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada.⁸

Nesse contexto, “[...] a vingança é substituída pela composição a critério da vítima, mas subsiste como fundamento ou forma de reintegração do dano sofrido”⁹, ou seja, vigorava a Lei do Talião, “olho por olho, dente por dente”¹⁰. A responsabilidade civil está ligada à ideia de reparação do dano e, nesse sentido, a legislação moderna atenua a pena de Talião. O Direito Positivo congrega as regras necessárias para a convivência social, punindo todo aquele que, infringindo-as, cause lesão aos interesses jurídicos por si tutelados¹¹. Um exemplo é o art. 186 do Código Civil, que traz a culpa como um dos pressupostos da responsabilidade civil.

A culpa é tema que “[...] já gozou de maior prestígio entre os autores da responsabilidade, sobretudo logo após a edição do Código Civil francês”¹². Em se tratando do Código Civil de 1916, adotaria a culpa como viga de sua responsabilidade, podendo ser analisado no seu art. 159¹³.

Outrossim, o Código Civil de 2002 “[...] consagrou expressamente a teoria do risco e, ao lado da responsabilidade

⁸ GONÇALVES, op. cit., p. 24.

⁹ Idem, p. 25.

¹⁰ Idem.

¹¹ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit., passim.

¹² Idem.

¹³ “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou impudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

subjéctiva (calcada na culpa), passou a admitir também a responsabilidade objectiva, consoante - o art. 927”¹⁴. Mesmo que, aparentemente, na contramão da teoria civilista contemporânea, já que está constantemente relegada a um papel secundário, entende-se que é necessário ressignificar a noção de culpa e identificar o papel que deve ser desempenhado pelo instituto.

2 O SENTIDO DA CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na busca pelos sentidos da culpa, Tartuce¹⁵ assegura que, quando “[...] se fala em responsabilidade com ou sem culpa, deve-se levar em conta a culpa em sentido amplo ou a culpa genérica (culpa *lato sensu*), que engloba o dolo e a culpa estrita (*stricto sensu*).”

No entanto, Gagliano e Pamplona Filho¹⁶ destacam que uma das grandes dificuldades está em entender a culpa em “[...] sentido lato para compreender também o dolo – esbarra em uma incômoda e aparentemente intransferível dificuldade: a fixação satisfatória do seu conceito.”

Tartuce¹⁷ bem aduz que “[...] o dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem.” Assim, fica claro que quem age com dolo deseja o

¹⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit.

¹⁵ TARTUCE, F. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 375.

¹⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit.

¹⁷ TARTUCE, op. cit., p. 375.

resultado danoso. Por outro lado, Cavalieri Filho¹⁸ sintetiza a noção de culpa *stricto sensu* “[...] como conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.” Nesse último caso, para que haja a obrigação de indenizar, não basta o autor agir ilícitamente, “[...] violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares”, mas sim “[...] quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba à afirmação de que ele podia e deveria ter agido de outro modo”¹⁹.

Vale, ainda, dizer que, de acordo com Venosa²⁰,

[...] há uma longa distância no ato pelo qual o agente procura intencionalmente o resultado (dolo) e naquele que se dá por negligência, imprudência ou imperícia (culpa). Em sede de indenização, porém, as consequências são idênticas.

Dessa maneira, a culpa, em sentido estrito, tem sua abrangência medida pela imprudência, pela negligência ou pela imperícia, sendo que a

Imprudência é a precipitação ou ato de proceder sem cautela. Negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. E imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição

¹⁸ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39.

¹⁹ GONÇALVES, op. cit., p. 315.

²⁰ VENOSA, S. de S. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 407.

legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.²¹

A *imprudência* caracteriza-se

quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. O sujeito, pois, atua contra as regras básicas de cautela. Caso do indivíduo que manda o seu filho menor alimentar um cão de guarda, expondo-o ao perigo.²²

A *negligência* na responsabilidade civil decorre da conduta omissiva, que consiste em:

[...] não tomar as precauções necessárias, exigidas pela natureza da obrigação e pelas circunstâncias, ao praticar uma ação. Por exemplo, a pessoa que faz uma queimada e se afasta do campo sem verificar se o fogo está completamente apagado.²³

Para caracterizar a *imperícia*, é necessária a

[...] incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função, profissão ou arte. Por exemplo, um médico que desconhece que determinado medicamento pode produzir reações alérgicas.²⁴

3 O PAPEL DA CULPA EM DIFERENTES PERSPECTIVAS

Feita a exposição dos principais delineamentos da culpa, dentro da matéria de responsabilidade civil, passa-se à análise

²¹ GONÇALVES, op. cit., p. 318.

²² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit.

²³ GONÇALVES, op. cit., p. 319.

²⁴ Idem.

da culpa sob diferentes aspectos, afinal, diante das transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas ao longo dos anos, alguns autores sustentam que o elemento “culpa” perdeu sua força e expressão, tendo aplicação reduzida.

Entendendo que essa visão é equivocada, pretende-se demonstrar, a seguir, que a culpa ainda é um importante elemento da responsabilidade civil, assumindo apenas novos papéis em razão das mudanças mencionadas. Em sua essência, a culpa é sempre a mesma coisa: violação de um dever de cuidado. Contudo, a conduta culposa pode se dar de maneiras diversas quanto ao modo como se apresentam. Vejamos, portanto.

3.1 Intensidade da culpa

Inicialmente, a culpa pode ser analisada pelo ângulo da gravidade. Em sentido amplo, a forma de manifestação da culpa mais grave é a dolosa; em sentido estrito, é comum que a doutrina distinga três níveis de intensidade: grave, leve e levíssima.

A culpa *grave* “[...] se verifica quando o autor comete uma falta perceptível ao senso comum, altamente censurável, como ao se descuidar de cuidados elementares”²⁵; a *leve* “[...] é a culpa intermediária, situação em que a conduta se desenvolve sem a atenção normalmente devida. Utiliza-se como padrão a pessoa

²⁵ NADER, P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 142.

humana comum”²⁶; a culpa levíssima é a “[...] situação em que o fato só teria sido evitado mediante o emprego de cautelas extraordinárias ou de especial habilidade”²⁷.

Diz-se que uma das principais dificuldades do Judiciário é determinar o *quantum* indenizatório nas reparações cíveis a título de danos morais, haja vista que o caput do art. 944 do Código Civil dispõe que a “[...] indenização mede-se pela extensão do dano”, o que é demasiadamente complexo quando se trata de violação a direitos imateriais.

Logo, fica evidente a importância da culpa e do seu estudo, pois, ainda que a indenização seja medida pela extensão do dano, o parágrafo único do referido dispositivo estabelece que “[...] se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, fornecendo um critério importante para o operador do direito no momento da liquidação de danos.

3.2 Culpa contratual e extracontratual

A culpa na responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual de acordo com o objeto de lesão. Entende-se que “[...] no primeiro caso, viola-se norma prevista no contrato, no segundo, a atuação de agente afronta à própria lei, a exemplo do

²⁶ TARTUCE, op. cit., p. 369.

²⁷ Idem.

que ocorre quando causa um acidente de trânsito embriagado”²⁸.

Percebe-se que a única diferença entre as duas figuras de responsabilidade civil encontra-se no fato de a primeira existir em razão de um contrato que vincula as partes, e a segunda surge a partir do descumprimento de um dever legal.

De acordo com Silva²⁹, parte da doutrina civilista busca a unificação dessas categorias, partindo-se do pressuposto de que o objetivo maior da responsabilidade civil seria indenizar o dano, não importando se este decorre de um contrato ou não. No entanto, justamente devido ao elemento culpa, dentre outros fatores, seria inviável tal unificação.

Nota-se que

[...] o dever de indenizar é proveniente de uma imputação, que pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição dos custos das *externalidades* provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política.³⁰

Portanto, sendo a culpa o elo entre uma aproximação das responsabilidades contratual e extracontratual, ela já não é mais o único critério de imputação, não podendo centralizar as categorias de responsabilidade.

²⁸ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit.

²⁹ SILVA, T. M. **Reflexões sobre a responsabilidade civil**: repensando a culpa. 2010. 92 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 43-44.

³⁰ LEONARDO, R. X. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**, v. 19, ano 5, jul./set. 2004. Grifo nosso.

Ademais, existe uma diferença entre descumprimento (de um dever legal) e inadimplemento (contratual): este é o descumprimento de uma obrigação específica, como a modalidade da prestação (em pecúnia, cheque, por exemplo), aquele, por sua vez, abarca um sentido mais amplo. Nas relações de obrigação contratual, bastaria a comprovação do inadimplemento para gerar a responsabilização civil³¹.

3.3 Da culpa presumida à responsabilidade objetiva e a teoria do risco

Destaca-se, inicialmente, que em inúmeras situações concretas, de evidência patente, provar a culpa é totalmente desnecessário. Imaginemos, por exemplo, um acidente entre dois veículos; logo se presume que a culpa é de quem abalroa pela traseira.

O entendimento clássico da culpa presumida “[...] é a de que a vítima tem de provar a culpa do agente para obter a reparação.” No entanto, no intuito de melhor amparar os lesados, ocorreu uma evolução buscando uma justa indenização, e “[...] a lei, com o escopo de facilitar a prova da culpa e do ato ilícito, estabelece presunções *juris tantum*”³².

Dessa maneira, “Nas hipóteses de culpa presumida, carregadas pela jurisprudência, há inversão do ônus da prova: cabe ao réu provar que não agiu com culpa”³³. O causador da

³¹ SILVA, op. cit., p. 46.

³² GONÇALVES, op. cit., p. 321.

³³ VENOSA, op. cit., p. 411.

lesão patrimonial ou moral é que terá de produzir prova de inexistência de culpa ou de caso fortuito para se livrar da presunção de culpa.

Essa presunção melhora a situação do lesado, que, de acordo com Gonçalves³⁴, não terá de provar a culpa psicológica, subjetiva, do agente, que é presumida. Basta a prova da relação de causa e efeito entre o ato por este praticado e o dano experimentado. Contudo, lembra-se que a culpa presumida não se confunde com a responsabilidade objetiva, que independe da culpa.

Nessa toada, Gagliano e Pamplona Filho³⁵ afirmam que “[...] o Código de 2002 alçou a responsabilidade civil objetiva a um posto de maior importância, pondo-a ao lado da modalidade subjetiva”, de modo que poderá o magistrado também reconhecer a responsabilidade civil do infrator, *sem indagação de culpa* (responsabilidade objetiva), em duas situações: a) nos casos específicos em lei e; b) quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, a responsabilidade civil objetiva tem ganhado força e destaque, refletindo a nova face da sociedade contemporânea, em que o risco, especialmente decorrente do avanço tecnológico, impôs uma mudança dos antigos paradigmas. O novo Código Civil, afastando-se da lei revogada, tem adotado “[...] a teoria do risco e, ao lado da responsabilidade subjetiva (calcada na

³⁴ GONÇALVES, op. cit., p. 322.

³⁵ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, op. cit.

culpa), admitiu também a responsabilidade objetiva”³⁶. Desse modo,

Os proveitos e vantagens do mundo tecnológico são postos num dos pratos da balança. No outro, a necessidade de o vitimado em benefício de todos poder responsabilizar alguém, em que pese o coletivo da culpa. O desafio é como equilibrá-los. Nessas circunstâncias, fala-se em responsabilidade objetiva e elabora-se a teoria do risco, dando-se ênfase à mera relação de causalidade, abstraindo-se, inclusive, tanto da ilicitude do ato quanto da existência de culpa³⁷.

Diante dessas influências, diversas leis especiais consagram a nova teoria, a teoria do risco, que admite a responsabilização do agente causador do dano, independentemente da prova de dolo ou culpa. No entanto, Azevedo³⁸ leciona que tanto

[...] o instituto jurídico da culpa como o do risco devem coexistir, para que se fortaleça a ideia de que a responsabilidade civil extracontratual, com ou sem culpa, deve ser a cidadela de ataque a todos os prejuízos que se causam na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A culpa na responsabilidade civil vem sendo tema de discussão há muito tempo. Portanto, no Direito Civil, fica clara a responsabilidade de indenizar daquele que age culposamente

³⁶ Idem.

³⁷ Idem.

³⁸ AZEVEDO, op. cit., p. 338.

sendo imprudente, imperito ou negligente, causando danos a terceiros.

Em contrapartida, encontra-se, na teoria da responsabilidade objetiva, a não exigência de comprovação da culpa, bastando apenas que haja o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, ao passo que, na teoria da responsabilidade subjetiva, ainda cabe à vítima o ônus de provar se o autor agiu com culpa ou dolo.

Considerando essas diferenças, não cabe advogar pelo retorno da culpa como único ou principal pressuposto do dever de indenizar. Logo, restou claro que a culpa ainda desempenha um papel importante para o delineamento da responsabilidade civil contemporânea.

Diante do presente estudo, conclui-se que a culpa já não representa mais elemento essencial para ensejar o dever de indenizar. Porém, também não se trata de um conceito desvalorizado ou abandonado, uma vez que permanece como pressuposto da responsabilidade subjetiva, como critério de valoração da conduta do agente para apuração de responsabilidade, e como ponto de partida para as mais variadas classificações da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DANTAS, A. P. de A. **Reflexão sobre o sentido da culpa na responsabilidade civil**. Trabalho de conclusão de Curso Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2007. Disponível em: <https://docplayer.com.br/16643282-Reflexao-sobre-o-sentido-da-culpa-na-responsabilidade-civil.html>. Acesso em: 28 jun. 2019.

FACHIN, O. **Fundamentos de metodologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, S. P.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**, 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3. *E-book*.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.

LEONARDO, R. X. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. **Revista Tuiuti**, Curitiba, v. 2 n. 30, 2002.

NADER, P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, T. M. **Reflexões sobre a responsabilidade civil: repensando a culpa**. 2010. 92 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

TARTUCE, F. **Direito civil: direito das obrigações e Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CAPÍTULO VI

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS: REFLEXÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO DANO EMERGENTE

*Gabriela Candido Salatin
Camila Daiane de Carvalho Coutinho*

INTRODUÇÃO

Sabe-se que as indenizações decorrentes da responsabilidade civil são as que mais movimentam o Poder Judiciário nos dias atuais, visto que os acordos extrajudiciais não surtem mais tanto efeito como antigamente.

Diante disso, o gênero dano material bem como suas espécies mais diretas – dano emergente e lucro cessante – já foram demasiadamente debatidos nas doutrinas e nos Tribunais Superiores do ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, por mais debatido que seja o assunto, um de seus aspectos ainda não é pacificado pela legislação pátria, qual seja: a possibilidade de os honorários advocatícios serem considerados como parte do dano emergente, ou seja, a possibilidade de o agente causador do ato ilícito ser responsável não só pelo ressarcimento direto do que causou, mas também pelos honorários advocatícios decorrentes do ato.

Tendo em vista, por conseguinte, a existência de divergências quanto a essa questão, o presente artigo buscará abordar, de maneira sucinta, as conceituações de dano material, dano emergente, lucro cessante e honorários advocatícios, bem como demonstrar a necessidade de que estes sejam considerados parte do dano emergente a ser indenizado pelo devedor.

Desse modo, a pesquisa terá como método de abordagem a dedução e, mediante pesquisa bibliográfica,

irá levantar o conhecimento disponível na área, identificando as teorias produzidas, analisando-as e avaliando sua contribuição para auxiliar a compreender ou explicar o problema objeto da investigação¹.

1 DANO MATERIAL

O dano material, também conhecido como dano patrimonial, é aquele suscetível de avaliação pecuniária, isto é, incide sobre bens de natureza material ou econômica, abrangendo, nesse sentido, as coisas corpóreas e, também, as incorpóreas refletidas no patrimônio do lesado. Em outras palavras, é o prejuízo financeiro efetivamente sofrido pela vítima. Esse dano atinge o patrimônio da vítima e pode ser mensurado financeiramente e indenizado. O dano material pode

¹ KÖCHE, J. C. **Fundamentos de metodologia científica**. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 122.

ser classificado em dano emergente e lucro cessante; dessa forma, esse dano se perfaz no presente e no futuro, equilibrando a recomposição do prejuízo da vítima².

Quanto à subdivisão, dano emergente caracteriza o dano sofrido pela vítima, o que ela efetivamente perdeu, e lucro cessante, o que ela deixou de lucrar. Assim, nos termos do artigo 402 do Código Civil de 2002, “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”³.

1.1 Dano emergente

Trata-se do prejuízo imediato e mensurável; compreende tudo aquilo que se perdeu, importando efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima, e devendo a indenização ser suficiente para a restituição integral. O dano emergente inclui, além dos prejuízos sofridos diretamente com a ação danosa, aquilo que a vítima despendeu com o objetivo de evitar a lesão ou o seu agravamento, integrando, também, outras eventuais despesas relacionadas ao dano sofrido⁴.

O dano emergente poderá, ainda, ser classificado como dano presente (se já verificado) ou dano futuro (caso não

² CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 5 jul. 2019.

⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 78.

verificado). Tal distinção não está expressa na legislação civil, pois abrange tão somente prejuízos efetivos e lucros cessantes por efeito direto e imediato do ato (art. 403, Código Civil)⁵.

Por outro lado, a legislação portuguesa, por exemplo, prevê essa distinção de forma totalmente explícita (art. 564, II Código Civil Português), remetendo a fixação de indenização para o futuro, quando não houver elementos para sua determinação.

A ausência de previsão em nossa legislação, porém, não é óbice para a indenização de um dano futuro, porque se exige tão somente que o resultado seja de efeito direto e imediato, não importando o momento em que se produz⁶.

Os danos futuros também podem ser subdivididos em danos certos e danos eventuais. Dano certo, como é intuitivo, é o dano cuja realização é lógica, natural e esperada. Já o dano eventual é aquele cuja concretização não se pode afirmar por meio do juízo de probabilidade e, dessa forma, não é indenizável⁷.

1.2 Lucro cessante

À luz do Código Civil brasileiro, em seu artigo 402, lucro cessante é aquilo que se deixou de lucrar. Trata-se da perda do ganho esperado, decorre da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima e da frustração daquilo que era

⁵ BRASIL, op. cit.

⁶ PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 40.

⁷ NORONHA, F. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 666.

razoavelmente esperado no sentido de configurar consequência necessária da conduta do agente. Sendo assim, pressupõe-se que a vítima tinha um direito ao ganho que se frustrou no momento da lesão⁸. Apurado um juízo de probabilidade e de acordo com o desenrolar normal dos fatos, diz respeito ao que o credor lucraria.

É possível exemplificar com a perda da chance, a qual caracteriza a interrupção de um processo em curso que propiciaria a alguém a oportunidade de obter, no futuro, algo benéfico (obtenção de vantagem ou prevenção de um prejuízo), de modo que aquela oportunidade se perdeu de forma definitiva⁹.

Desse modo, afirma Caio Mario¹⁰: “A reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza que a chance seria realizada, e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.”

Portanto, não se admite a reparação de dano hipotético que não seria consequência imediata e direta do ato antijurídico. Ainda de acordo com Cavalieri¹¹, “O lucro frustrado há de ser consequência necessária da conduta do agente, não bastando que o ato ilícito se erija em causa indireta do dano.”

⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 79.

⁹ NORONHA, op. cit., p. 665.

¹⁰ PEREIRA, op. cit., p. 42.

¹¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 81.

2 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os honorários advocatícios se subdividem em contratuais, por arbitramento judicial, sucumbenciais e honorários com cláusula “*Quota Litis*.”

Os honorários contratuais são aqueles estabelecidos entre o advogado e o cliente, observando-se sempre a moderação, conforme artigo 36 do Código de Ética e Disciplina¹². De acordo com o artigo 35 do Código de Ética e Disciplina¹³, esses honorários devem ser fixados em contrato escrito, pois, dessa forma, traz segurança jurídica para ambas as partes.

O contrato escrito possui algumas vantagens; por exemplo, de acordo com o artigo 24 do Estatuto da Advocacia e da OAB¹⁴, é um título extrajudicial, logo, em caso de inadimplência o advogado poderá executar em juízo. Há, também, a possibilidade de ser juntado ao processo para possível desconto do valor de montante a ser levantado pelo cliente.

Caso não haja estipulação em contrário, os honorários poderão ser pagos em três etapas, segundo o artigo 22, parágrafo terceiro do Estatuto da Advocacia e da OAB¹⁵: um

¹² BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília: OAB, 1995. Disponível em: <http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf>. Acesso em 06 jul. 2019. p. 6.

¹³ Ibid., p. 6.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 8.904, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Casa Civil, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 06 jul. 2019.

¹⁵ Ibid.

terço no início da prestação de serviços, um terço na sentença e um terço ao final. Vale ressaltar que não há abuso por parte do advogado em pedir um terço para iniciar o trabalho.

Em relação aos honorários por arbitramento judicial, previstos no artigo 22, parágrafo segundo do Estatuto da Advocacia e da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil)¹⁶, são necessários quando não houver contrato por escrito ou acordo entre as partes sobre o valor devido a título de honorários. Nesse caso, o advogado deverá solicitar ao juiz que lhe arbitre os honorários, o qual terá como parâmetro, para o arbitramento dos honorários, a Tabela dos Conselhos Seccionais.

Os honorários sucumbenciais são fixados pelo juiz em prol do advogado da parte vencedora no processo. Em suma, quem recebe é o advogado da parte vencedora, e quem paga é a parte vencida (sucumbente ou perdedora). O advogado recebe, em tese, duas vezes. Os honorários contratuais e os honorários de sucumbência (entende-se como um “plus”, isto é, quando vence a demanda).

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1994, entendeu que os honorários sucumbenciais constituem natureza disponível, portanto, eventual causa contratual que retire do advogado o direito de receber honorários sucumbenciais, por incrível que pareça, é uma cláusula válida.

¹⁶ Ibid.

Já o artigo 24, §3º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil¹⁷ foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Tal artigo visava proteger os advogados, porém, segundo o entendimento do Supremo, tais honorários constituem natureza disponível ligando diretamente ao chamado “*Pacta Sunt Servanda*”, ou seja, o que deve preponderar é o que está previsto no contrato. Assim, se houver disposição pelas partes a respeito dos honorários sucumbenciais, essa disposição será válida. Vale ressaltar que os honorários sucumbenciais não integram o salário dos advogados empregados, pois decorrem acidentalmente da relação de emprego.

Já os honorários com cláusula “*Quota Litis*” estão previstos no artigo 38 do Código de Ética e Disciplina¹⁸ e são avençados entre o cliente e o advogado. Esses honorários não deixam de ser contratuais, contudo, há uma cláusula especial “*Quota Litis*”, que significa uma quota de êxito, de sucesso; é um percentual da lide, isto é, o advogado só receberá seus honorários vinculados ao êxito da causa.

Esse tipo de honorário, no entanto, possui alguns requisitos, tais como, contrato estipulado por escrito, pagamento feito em pecúnia e, até mesmo, recebimento de bens do cliente se este provar que não pode efetuar o pagamento em dinheiro. Vale lembrar que o ganho do advogado, já computados

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BRASIL, 1995, p. 6.

os honorários de sucumbência, não podem superar o ganho do cliente.

É importante ressaltar que, de acordo com a Súmula n° 47 aprovada no mês de julho de 2015 pelo Supremo Tribunal Federal, se a Fazenda Pública sair vencida no processo, os honorários dos advogados que serão descontados do cliente serão de natureza alimentar, com ordem de pagamento especial; portanto, reforça-se a natureza alimentar dos honorários advocatícios.

3 OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS COMO DANO EMERGENTE

Conforme afirmado, o dano emergente é uma espécie de dano material, ou seja, é o que o indivíduo, efetivamente, perdeu em decorrência de um ato ilícito cometido por outrem.

No que tange à possibilidade de os honorários serem considerados como dano emergente, isto é, como parte do real prejuízo sofrido pela vítima e, conseqüentemente, arcado pelo agente, é preciso que se destaque, inicialmente, o artigo 85 do Código de Processo Civil¹⁹, que dispõe: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.”

Percebe-se que, em relação aos honorários e custas sucumbenciais, o próprio Código de Processo Civil já os

¹⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Casa Civil, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 05 jul. 2019.

considerou como dano emergente, uma vez que caberá ao agente do ato ilícito arcar com as despesas da vítima.

A celeuma aqui discutida, entretanto, diz respeito aos honorários contratuais ou *quota litis*, isto é, àqueles convencionados entre as partes independentes dos honorários sucumbenciais a serem percebidos pelo advogado da parte vencedora. A discussão, por conseguinte, está relacionada aos danos materiais que a vítima sofre ao ter de contratar um advogado para poder cobrar um ato ilícito cometido por outra pessoa.

Justifica-se a possibilidade de os honorários serem considerados como dano emergente pelo fato de poderem ser compreendidos entre as perdas efetivas da vítima em decorrência do que foi feito pelo agente. Sendo assim, ao ter de contratar um advogado, sofre, efetivamente, mais um prejuízo material. Nesse diapasão, os honorários convencionados

[...] representam dispêndio do credor e, por essa razão, perdas e danos decorrentes do inadimplemento das obrigações, notadamente em razão da necessidade de contratação de advogado para efetivar o direito de receber o objeto da prestação da relação jurídica obrigacional.²⁰

Importa salientar, nesse aspecto, o princípio da reparação integral, positivado no artigo 944 do Código Civil de 2002, que possui duas vertentes: reparar totalmente o dano (piso

²⁰ MEDINA, J. M. G. Honorários contratuais não devem ser confundidos com os de sucumbência. **ProfessorMedina**, [s. l.], 29 set. 2011. Disponível em: <http://professormedina.com/2011/09/29/honorarios-contratuais-nao-devem-ser-confundidos-com-os-de-sucumbencia/>. Acesso em: 04 jul. 2019.

indenizatório) e, ao mesmo tempo, reparar não mais do que o dano (teto indenizatório). Nesse sentido,

Na função de piso indenizatório, também chamada de função compensatória, busca-se assegurar a reparação da totalidade dos prejuízos sofridos pelo lesado. Já sua função de piso, denominada de função indenitária, o objetivo é evitar o enriquecimento sem causa do lesado, pois a responsabilidade civil não deve ser pretexto para a obtenção de vantagens indevidas a partir no ato ilícito.²¹

É cabível, portanto, àquele que tem o dever de reparar o dano, fazê-lo completamente, desde o que o indivíduo perdeu até o que, de fato, deixou de ganhar (lucro cessante). Chiovenda²² abrilhanta esse posicionamento aduzindo que

[...] a necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão, pois, a administração da justiça faltaria ao seu objeto e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida.

Está claro, portanto, que, ao exigir da parte prejudicada que arque com as despesas contratuais, o Estado se posiciona contra sua própria Carta Magna de 1988, que confere ao indivíduo o amplo acesso à justiça. Isso porque a situação já fragilizada se transforma em algo ainda maior no fim do

²¹ SANSEVERINO, P. T. O princípio da reparação integral e os danos pessoais. **Carta Forense**, [s. l.], 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>. Acesso em: 04 jul. 2019.

²² SCAVONE JUNIOR, L. A. **Do descumprimento das obrigações:** consequências à luz do princípio da restituição integral; interpretação, sistemática e teleológica. São Paulo: J. de Oliveira, 2007. p. 173.

processo, uma vez que a vítima terá de retirar uma parte de sua indenização para pagar o advogado. Dessa forma, o prejuízo é parcialmente reparado, visto que parte dessa reparação deverá se repassada ao advogado.

Além de minimizar o acesso à justiça, ressalta Scavone Júnior²³ que tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o da isonomia também seriam afetados, haja vista que o descumprimento da obrigação inicial e a consequente mobilização e contratação de advogado gera um desequilíbrio econômico-social ainda maior, pois o prejuízo *a priori* existente só passa a crescer com o decorrer do lapso temporal.

Por óbvio, não se pretende, no presente estudo, demonstrar tese contrária ao direito à percepção dos honorários; *a contrario sensu*, tenciona-se demonstrar que os honorários decorrem diretamente do ato ilícito, existindo, por conseguinte, nexos causal entre a verba a ser paga e o ato ilícito causador. Explica-se: os honorários decorrem da necessidade da ação que, por sua vez, decorre do ato ilícito que ensejou o dano e a consequente responsabilidade civil. Evidentemente, ao responsabilizar o agente também pelos honorários advocatícios, não se está fazendo nada além de aplicar a teoria da causalidade adequada, teoria

[...] pela qual se deve identificar, na presença de uma possível causa, aquela que, de forma potencial, gerou o evento dano. [...] Somente o fato relevante ou causa necessária para o evento danoso gera a responsabilidade civil,

²³ SCAVONE JÚNIOR, op. cit., p. 172-173.

devido a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem.²⁴,

pois a indenização corresponderá a todos os prejuízos que tiverem nexos causais com o ato danoso.

Faz-se mister ressaltar que o tema em tela vem sendo, constantemente, objeto de questionamentos judiciais, de forma que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou duas vezes a favor da tese apresentada, no sentido, portanto, de conceber os honorários advocatícios como sendo dano emergente. Nesse sentido, dispõe a ementa do Recurso Especial 1027797 de Minas Gerais a seguir exposta:

O direito de acesso à justiça compreende, entre outros, o direito daquele que está em juízo poder influir no convencimento do magistrado, participando adequadamente do processo. Nessa dimensão, assume especial relevância a função do advogado no processo como fator de concretização do acesso à justiça, na medida em que, utilizando os seus conhecimentos jurídicos, otimiza a participação do seu cliente no processo de convencimento do magistrado.²⁵

A ministra Nancy Andrighi²⁶, relatora do referido julgado, destacou, ainda, que os honorários contratuais fazem parte das perdas e danos, visto que

²⁴ TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Método, 2014. v. 2. p. 270.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1027797/Minas Gerais**. Min. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF: STJ, 2011. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI128132,21048-STJ+Empregado+pode+cobrar+empresa+por+contratacao+de+advogado+par>. Acesso em: 06 jul. 2019.

²⁶ Ibid.

Como os honorários contratuais são retirados do patrimônio do lesado, para que haja reparação integral do dano sofrido o pagamento dos honorários advocatícios previsto na lei civil só pode ser o dos contratuais.

Assim, embora o Código de Processo Civil e, ainda, o Código Civil, nos artigos 389, 395 e 404, não disponham expressamente sobre quais honorários devem integrar a indenização por danos materiais, e grande parte da doutrina entenda que os artigos tratam apenas das custas e honorários sucumbenciais, claramente, os honorários contratuais ou *quota litis* também deveriam ser assim considerados, já que decorrem diretamente do ato danoso; conseqüentemente, deveriam ser igualmente indenizados, tendo em vista que a vítima não pode ser duplamente afetada: no ato ilícito e no momento de sua reparação.

Diante do exposto, inobstante ainda não haver efetiva disposição legal sobre o assunto, percebe-se que há muito avanço nos tribunais e na doutrina, de forma que, possivelmente, em breve, a questão estará pacificada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é facilmente perceptível que a concepção dos honorários advocatícios contratuais como sendo efetivo dano emergente se mostra necessária ao cumprimento do princípio da proteção integral, uma vez que apenas dessa forma o dano será integralmente ressarcido.

É relevante lembrar que, ao ter de cobrar judicialmente a indenização por um dano causado e, por conseguinte, arcar com as despesas do processo, a vítima sofrerá duplo dano, visto que, além do ensejador da ação, também responderá pelos custos desta, que não existiria caso o agente não tivesse lhe causado dano. Percebe-se um intenso ciclo e consequente nexos causal entre as circunstâncias, de forma que, com o fim de aplicar a teoria da causalidade adequada e de garantir o amplo acesso à justiça, sem empecilhos, deve-se conceber as verbas aqui tratadas como dano emergente a ser arcado pelo causador do dano.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, DF: OAB, 1995. Disponível em: <http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Casa Civil, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 05 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.904, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Casa Civil, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 06 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1027797/Minas Gerais**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF: STJ, 2011. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI128132,21048-STJ+Empregado+pode+cobrar+empresa+por+contratacao+de+adogado+para>. Acesso em: 06 jul. 2019.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

KÖCHE, J. C. **Fundamentos de metodologia científica**. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

MEDINA, J. M. G. Honorários contratuais não devem ser confundidos com os de sucumbência. **ProfessorMedina**, [s. l.], 29 set. 2011. Disponível em: <http://professormedina.com/2011/09/29/honorarios-contratuais-nao-devem-ser-confundidos-com-os-de-sucumbencia/>. Acesso em: 04 jul. 2019.

NORONHA, F. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANSEVERINO, P. T. O princípio da reparação integral e os danos pessoais. **Carta Forense**, [s. l.], 2009. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-reparacao-integral-e-os-danos-pessoais/4768>. Acesso em: 04 jul. 2019.

SCAVONE JUNIOR, L. A. **Do descumprimento das obrigações**: consequências à luz do princípio da restituição integral; interpretação, sistemática e teleológica. São Paulo: J. de Oliveira, 2007.

TARTUCE, F. **Direito Civil**: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 9. ed. v. 2. São Paulo: Método, 2014.

CAPÍTULO VII

A APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL

*Milena Cristina Freuser
Cristiane Aguilera de Melo Gasoto*

INTRODUÇÃO

A teoria da perda de uma chance é inspirada na doutrina francesa (*perte d'une chance*), pois surgiu e se estendeu na França. Posteriormente, outros países europeus passaram a fazer uso da teoria. O presente estudo propõe uma análise da aplicabilidade da teoria da perda de uma chance no Brasil, tendo em vista que o cenário jurídico brasileiro, aparentemente, também adotou tal teoria.

Ressalta-se a importância do tema, pois enriquecerá o instituto da responsabilidade civil, posto que há uma ampliação das possíveis reparações à vítima, que, até pouco tempo atrás, não caberia cogitar.

Diversas são as situações no campo da responsabilidade civil; entre elas, há a perda da oportunidade ou ocasião de se alcançar uma vantagem ou, ainda, de evitar um prejuízo que decorre de um dano causado por outrem, considerando que essa chance seja real e séria.

Na França, o tema foi mais bem desenvolvido por parte da doutrina e da jurisprudência. Os estudos, no país, não admitiram a indenização pela perda da vantagem esperada, mas passou a defender a existência de um dano diferente do resultado final, ou seja, a perda de uma chance.

Nosso ordenamento jurídico, apesar de recepcionar o presente instituto na doutrina e jurisprudência, não efetuou sua inclusão na última alteração do Código Civil, perdendo a oportunidade de tornar efetivo e exigível o dano em questão e de amparar completamente o indivíduo que, porventura, incorra na necessidade de se ver protegido em seu direito.

Esse artigo tem a intenção de agregar, sem, contudo, discutir o tema à exaustão. Assim, utilizar-se-á o método dedutivo, que, valendo-se de “[...] princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.” A pesquisa será exploratória, a fim de identificar, na bibliografia e na jurisprudência disponível, a viabilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance.

1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Apesar de a teoria da perda de uma chance estar recebendo grande destaque no sistema jurídico brasileiro, ela sempre existiu. A sociedade sempre teve a noção de reparar um dano causado, tanto que o direito romano, com as codificações

mesopotâmicas, já trazia a possibilidade de se reparar um prejuízo causado a outrem.

Enfatizando essa ideia, desde épocas longínquas, o jeito de reparação do dano era ligado àquele que o provocara. Atualmente, essa reparação é proporcionada de forma bem distinta da que era antigamente; extraiu-se a ideia de vingança, permanecendo, no campo pecuniário, a reparação em face de ato ilícito; em suma, aquele que irá responder pelo prejuízo causado a outrem será o patrimônio daquele que ocasionou o dano¹.

Como já mencionado, a responsabilidade civil pela perda de uma chance foi aplicada, pela primeira vez, na França, por volta da década de 60, no final do século XIX, fazendo surgir a expressão *perte d'une chance*².

Gondim³ faz uma elucidação a respeito do aparecimento da teoria da perda de uma chance a partir de um caso, ocorrido no dia 14 de dezembro de 1965, em que a Corte de Cassação Francesa decidiu pela aplicação da perda de uma chance, decidindo que o médico que tratou de uma criança de oito anos, tirou dela as chances de cura ao diagnosticar erroneamente uma fratura no braço.

Em outro caso semelhante, acontecido no mesmo ano, a Corte de apelação de Paris optou por condenar um médico pela

¹ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

² SILVA, R. P. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 10.

³ GONDIM, G. G. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 840, p. 23, out. 2005.

perda de 80% de chances de sobrevivência de uma gestante que, após o parto, teve uma forte hemorragia, não tendo o médico tido os cuidados devidos para com a grávida⁴.

Contudo, o caso mais antigo de que se tem registro alusivo a essa responsabilidade ora estudada ocorreu em 1911. Trata-se de um caso inglês que ficou conhecido como *Chaplin Versus Hicks*⁵. A autora da ação estava entre as 50 (cinquenta) finalistas de um concurso de beleza, e teve sua chance interrompida, uma vez que o réu não a deixou participar da última etapa do concurso; em razão disso, um dos juízes alegou que a autora teria 25% de chances de ser a vencedora, aplicando o princípio da proporcionalidade.

Existiram, no entanto, divergências quanto ao caso, o que o levou a ser peça de estudo e análise na Itália, que começou a aplicar a teoria nas condutas que se enquadravam no caso inglês, isto é, quando comportamentos culposos faziam com que as vítimas perdessem uma oportunidade de lucro, em que uma simples chance seria uma possibilidade aleatória mesmo que não houvesse um valor efetivo, certo e presente.

Doutrinariamente, a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance foi estudada, inicialmente, na década de 40, na Itália, quando Giovanni Pacchioni tratou do assunto na

⁴ NAARA, T. R. W. A perda de uma chance como uma nova espécie de dano indenizável. **Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://goo.gl/F4mM4f>. Acesso em: 03 ago. 2019.

⁵ MELO, T. C. de; AMARAL, P. Perda de uma chance ganha espaço nos tribunais. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 24 mar. 2014. Disponível em: <https://goo.gl/jtXYDA>. Acesso em: 06 jun. 2019.

obra *Diritto Civile Italiano*, reportando-se aos casos trazidos pela doutrina francesa.

Assim, a teoria da perda de uma chance é fruto da construção doutrinária francesa e italiana. No Brasil, entretanto, o Código Civil de 2002 não fez menção a essa modalidade de responsabilidade civil, que fica a cargo da doutrina e da jurisprudência, que busca a sua aplicação com base na analogia e no direito comparado.

2 A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO BRASIL

Trata-se de uma forma de responsabilização civil, ou seja, de indenização, em que, diante de um ato ilícito praticado por uma pessoa a outra, esta vem a perder uma oportunidade de obter vantagem ou de evitar um prejuízo. Portanto, é quando o autor do ato ilícito, devido à sua conduta, faz com que a vítima perca a oportunidade, a chance de obter uma determinada situação futura melhor.

2.1 Considerações gerais

No Brasil, é assegurada a reparação dos danos, sejam eles morais e/ou patrimoniais, decorrentes de atos ilícitos. A Constituição Federal⁶ de 1988, em seu artigo 5º, V e X, garante o direito de resposta proporcional ao agravo, além da devida

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 jun. 2019.

indenização pelo dano material, moral ou à imagem causado como garantia fundamental.

Vejamos o texto constitucional⁷:

Art. 5º 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: [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Além da Constituição Federal, em que está assegurada a devida indenização, também encontra embasamento no Código Civil, em seu artigo 186 c/c 927, na obrigação de reparar o dano causado a outrem em razão de ato ilícito. Define-se ato ilícito, segundo o artigo 186 do Código Civil de 2002, como

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.⁸

Com a definição de ato ilícito, acrescido da obrigação de reparar o dano, constante no artigo 927 do Código Civil –

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 15 jun. 2019.

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, surge, então, a figura da responsabilidade civil, que incide na reparação de um prejuízo causado a terceiro.

A soma do ato ilícito e da obrigação de reparação resulta em responsabilidade civil, cujos conceitos alguns doutrinadores já expuseram em suas obras, tais como Sérgio Cavalieri Filho⁹:

A responsabilidade civil designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico preexistente. Daí é possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Com a evolução doutrinária, passou-se da fase subjetiva, a qual preconizava a culpa como o principal fundamento do instituto, passando para a fase objetiva. A evolução gerou uma ampliação em relação ao reparo por parte dos responsáveis pelo dano, segundo Maria Helena Diniz¹⁰:

A expansão da responsabilidade civil operou-se também no que diz respeito à sua extensão ou área de incidência, aumentando-se o número de pessoas responsáveis pelos danos, de beneficiários da indenização e de fatos que ensejam a responsabilidade civil.

Diante das transformações que a sociedade vem passando, o nosso ordenamento jurídico, no intuito de melhor se adaptar,

⁹ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 2.

¹⁰ DINIZ, op. cit., p. 10.

buscou no Direito francês, no campo da responsabilidade civil, a teoria da perda de uma chance.

Observa-se, em um primeiro momento, que não há previsão legal específica, no Código Civil brasileiro, ou mesmo na Constituição Federal vigente, que regulamente a reparação pela chance perdida, sendo considerado pelo ordenamento jurídico o embasamento em uma interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos que regulamentam a obrigação de indenizar, em conformidade com os princípios previstos na Constituição Federal de 1988.

Essa dificuldade de se comprovar que a conduta de outrem gerou um dano, o prejuízo referente à chance perdida reparável, é muito mais criteriosa; para sua implementação, a perda da chance deverá caracterizar-se, material ou imaterial, resultante de fato consumado e não hipotético, sendo necessário, para que haja reparação, que seja examinado, caso a caso, se o resultado favorável seria admissível ou se não passaria de mera probabilidade ocasional. Esbarra-se, assim, em um problema de certeza dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, dependendo do magistrado a análise específica sobre as concretas possibilidades de alcançar o resultado favorável que a vítima possuía.

Para entender melhor essa teoria, devemos entender os conceitos de dano direto e dano indireto. A doutrina explica que o dano indireto remete à ideia de sequência de prejuízos, ou seja, a mesma vítima sofre um dano principal, chamado de

direto e, em consequência dele, ainda deve enfrentar outro, indireto.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho ilustram a seguinte situação¹¹:

[...] numa relação de compra e venda de um animal, o comprador verifica a existência de uma doença letal (dano direto), sendo que a doença é transmitida para todo o rebanho que o comprador já possuía (dano indireto).

A diferença entre os danos direto e indireto e a perda de uma chance está no uso que esta faz da probabilidade, e não da efetividade como ocorre no direto e no indireto, ou seja, o interrompimento da chance de se obter algo também pode ser danosa a uma pessoa, contudo, menos danosa do que a efetiva perda. Essa teoria, portanto, tem sua base no conceito de um dano potencial, não sendo uma simples reparação de uma esperança subjetiva, mas sim, uma real chance perdida.

Já a chance pode ser exemplificada por Fernando Noronha¹² quando discorre:

Quando se fala em chance, estamos perante situações em que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir e obter no futuro algo benéfico. Quando se fala em perdas de chances, para efeitos de responsabilidade civil, é porque esse processo

¹¹ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. apud SOUSA, Á. M. F. de. Qual a diferença entre o dano indireto e dano reflexo ou em ricochete? **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**, [s. l.], 2009. Disponível em: <https://goo.gl/IBDqYv>. Acesso em: 15 jun. 2019.

¹² SOARES, M. F. apud NORONHA, F. A natureza jurídica da teoria da perda de uma chance. **Revista de Direito Privado**, [s. l.], n. 23, jul./set. 2005. p. 28.

foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. Nestes casos, a chance que foi perdida pode ter-se traduzido tanto na frustração da oportunidade de obter uma vantagem, que por isso nunca mais poderá acontecer, como na frustração da oportunidade de evitar um dano, que por isso depois se verificou. No primeiro caso, em que houve a interrupção de um processo vantajoso que estava em curso, poderemos falar em frustração da chance de obter vantagem futura; no segundo, em que não houve a interrupção de um processo danoso em curso, falar-se-á em frustração da chance de evitar um dano efetivamente acontecido (e em que, portanto, temos um dano presente).

Pode-se notar que um fator resultante dessa ampliação da responsabilidade vem para indenizar aquele que perde a oportunidade, aquele que, decorrente de um ato, perde uma chance ou, até mesmo, evita um prejuízo causado por ato ilícito de terceiro.

Constitucionalmente falando, tendo em vista a aproximação da nossa carta magna com a Responsabilidade civil, percebe-se que o Código Civil de 2002, ao dispor que “[...]o credor terá direito a obter o que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar”¹³, aplicou o princípio da reparação integral dos danos, que, em suma, é assegurar que a vítima retorne ao *status quo ante*, ressarcindo-a de todos os danos sofridos.

¹³ SAVI, S. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 108.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode-se complementar afirmando que a Constituição Federal, ao constituir a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e ao primar pela edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, implantou, de certa forma, a reparação total dos danos no conjunto constitucional como se princípio fosse; para corroborar esse raciocínio, citam-se as palavras da jurista Maria Celina Bondin¹⁴, que afirma:

A Constituição Federal de 1988 fortaleceu, de maneira decisiva, a posição da pessoa humana, e de sua dignidade, no ordenamento jurídico. Colocou-a no ápice da pirâmide que, plasticamente, dá forma ao sistema normativo. [...] A base legal encontra-se na cláusula geral de tutela da pessoa, que contém, nela implícito, o milenar preceito *neminem laedere*. Apesar desta garantia constitucional, as leis continuam a se apresentar vagas, indefinidas, fluidas, de um lado, aumentando a responsabilidade do magistrado, mas, de outro, ampliando grandemente o seu arbítrio.

Em síntese, a Constituição obriga que os institutos do Direito Civil sejam interpretados levando-se em consideração os valores constitucionais previstos.

2.2 A aplicabilidade da teoria da perda de uma chance

Para a aplicação da teoria da perda de uma chance e posterior indenização, por intermédio do Judiciário, há

¹⁴ BODIN, M. C. apud CAMPOS, G. J. Perda de uma chance como dano autônomo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4417, n.p., 05 ago. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/40498>. Acesso em: 14 ago. 2019.

necessidade de provar que tal oportunidade perdida ou prejuízo não evitado trata-se de fato real e sério.

Numa manifestação jurídica, ao se manejar uma ação judicial, na busca da indenização, o objeto de que se busca o reparo é a chance perdida de se concretizar ou evitar algo.

Diante disso, é evidente que, analisando os autos, isto é, o caso concreto, o magistrado deve apurar, minuciosamente, critérios específicos e vigentes, provas e demonstração da chance perdida, para concluir se é cabível a aplicação da teoria da perda de uma chance e, posteriormente, a concessão de indenização à vítima por essa espécie de dano.

O autor Rafael Peteffi da Silva¹⁵ enfatiza esse entendimento quando diz:

[...] para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por este perdida deve representar muito mais do que uma simples esperança subjetiva. Devem ser analisados requisitos básicos como os de que as chances sejam sérias e reais, bem como a quantificação das chances perdidas, onde a regra fundamental a ser obedecida em casos de responsabilidade pela perda de uma chance prescreve que a reparação da chance perdida sempre deverá ser inferior ao valor da vantagem esperada e definitivamente perdida pela vítima.

O primeiro acórdão brasileiro que citou a teoria da perda de uma chance aconteceu em 1990 no Rio Grande do Sul. O caso concreto tratava-se de um erro médico; a autora da ação

¹⁵ SILVA, R. P. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Veja Direito**, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://goo.gl/Xmvd49>. Acesso em: 07 jul. 2019.

havia se submetido a uma cirurgia para correção de miopia em grau quatro, e dessa cirurgia resultou uma hipermetropia em grau dois, além de cicatrizes na córnea, que acarretaram névoa no olho operado¹⁶; nesse caso, a teoria não foi adotada.

Em seguida, outros casos foram surgindo no mesmo tribunal, já demonstrando certo aceite pela teoria, como é o caso do acórdão¹⁷ que fala sobre a responsabilidade civil de um advogado que, agindo com negligência, não comunicou o fato de ter extraviado os autos do processo judicial à sua cliente, e por não fazê-lo nem restaurá-los, teve o dever de indenizá-la pela perda da chance.

Encontramos, nas decisões de nossos tribunais, uma vasta gama de julgados tanto nas cortes estaduais, como já demonstramos, como nas supremas, corroborando essa teoria e seu emprego:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCACIONADA POR ERRO MÉDICO.

A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de

¹⁶ O acórdão está assim ementado: “Cirurgia seletiva para correção de miopia, resultando névoa no olho operado e hipermetropia. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance.” TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 598069996, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990.

¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 591064837, de Porto Alegre**. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar, 29 de agosto de 1991.

cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência de nexos causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra esculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexos causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexos causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente.¹⁸

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.254.141-PR**, Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865276892/recurso-especial-resp-1254141-pr-2011-0078939-4/inteiro-teor-865276902?ref=juris-tabs>. Acesso em: 05 jul. 2019.

A teoria da perda de uma chance também ganha espaço no âmbito penal, principalmente no tocante à parte probatória. Exemplificamos com uma decisão do juiz Maurício Fabiano Mortari, dos Juizados Especiais Criminais da comarca da cidade de Tubarão, estado de Santa Catarina, que absolveu o réu V. C. utilizando a teoria da perda de uma chance em um caso cuja prova produzida em contraditório não foi suficiente para confirmar a atribuição de resistência¹⁹.

O julgado do Tribunal Regional Federal da 4a Região se deu na Apelação Criminal nº 0001857-29.2010.404.7002/PR, relator Des. Federal, assim ementado: “TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº. 11.343/2006. AUTORIA NÃO COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. REGRA PROBATÓRIA DECORRENTE DO ESTADO NATURAL DE INOCÊNCIA.

A teoria da perda de uma chance também se faz presente no Tribunal Regional do Trabalho. Citamos o agravo de instrumento abaixo²⁰:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. PERDA DE UMA CHANCE.

¹⁹ JUIZ aplica, em sentença, a teoria da Perda de uma chance. **Empório do Direito**, 2015. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/juiz-aplica-em-sentenca-a-teoria-da-perda-de-uma-chance>. Acesso em: 06 jul. 2019.

²⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 12276520125110004**, de 22 de agosto de 2014. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 20 de agosto de 2014.

O e. TRT registra que a empresa criou justa expectativa para o autor, já que após registrar o contrato de trabalho na CTPS, cancelou-o de forma abrupta, tolhendo a oportunidade do autor de auferir ganho futuro, causando-lhe intensa sensação de perda, decorrendo daí o dever de indenizar com fundamento **na teoria da perda de uma chance**. A alegação da empresa é de que não praticou nenhum ato que ensejasse prejuízo ao autor. Dado o quadro fático delineado pelo e. TRT, decisão contrária, da forma como pretendida pela empresa, esbarra no óbice da Súmula 126 do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido.

Portanto, conforme é possível observar, a teoria da perda de uma chance se estendeu pelos mais diversos ramos do ordenamento jurídico brasileiro.

DIREITO CIVIL. CÂNCER. TRATAMENTO INADEQUADO. REDUÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE CURA. ÓBITO. IMPUTAÇÃO DE CULPA AO MÉDICO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O STJ vem enfrentando diversas hipóteses de responsabilidade civil pela perda de uma chance em sua versão tradicional, na qual o agente frustra à vítima uma oportunidade de ganho. Nessas situações, há certeza quanto ao causador do dano e incerteza quanto à respectiva extensão, o que torna aplicável o critério de ponderação característico da referida teoria para a fixação do montante da indenização a ser fixada. Precedentes.

2. Nas hipóteses em que se discute erro médico, a incerteza não está no dano experimentado, notadamente nas situações em que a vítima vem a óbito. A incerteza está na participação do médico nesse resultado, à medida que, em princípio, o dano é causado por força da doença, e não pela falha de tratamento.

3. Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerado um bem autônomo, cuja violação pode dar lugar à indenização de seu equivalente econômico, a exemplo do que se defende no direito americano. Prescinde-se, assim, da difícil sustentação da teoria da causalidade proporcional.

4. Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção sobre o prejuízo final experimentado pela vítima. A chance, contudo, jamais pode alcançar o valor do bem perdido. É necessária uma redução proporcional.

5. Recurso especial conhecido e provido em parte, para o fim de reduzir a indenização fixada.²¹

A aceitação da teoria da perda de uma chance, mesmo não estando expressa em nosso ordenamento jurídico, e sua aplicação pelos magistrados demonstram que a dignidade da pessoa humana tem a sua garantia líquida e certa, contando com o bom senso de nossos magistrados no momento de analisar e fazer o devido emprego da referida teoria. Isso faz com

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.254.141-PR**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://goo.gl/rNCWOx>. Acesso em 15 ago. 2019.

que os desígnios de nossa Carta Magna sejam devidamente efetivados, ficando expresso pelos julgados expostos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da perda de uma chance ganhou forças nas últimas décadas, não só em seu local de origem como em vários países. No Brasil, apesar do seu estudo ter acontecido de modo recente, percebe-se uma aceitação cada vez maior, sendo possível, inclusive, encontrar bibliografias e estudos acadêmicos sobre o assunto.

Jurisprudencialmente, houve um avanço considerável na aplicação da teoria da perda de uma chance, gerando um aumento considerável na quantidade de demandas cujos pedidos de indenização tiveram seus fundamentos lastreados na frustração de uma expectativa de direitos. Após análise de julgados em diversos tribunais, encontramos precedentes em casos que versam sobre atividades médicas e de advogados, trabalhistas e, até mesmo, penais, o que demonstra sua grande aceitação e versatilidade.

É inegável a relevância jurídica dessa teoria, que veio para agregar ferramentas com o intuito de reparar prejuízos que, anteriormente, não eram concebíveis, aumentando, assim, a possibilidade de reparação efetiva dos danos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.254.141-PR**. Relator: Min. Nancy Andrighi, 04 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://goo.gl/rNCWOx>. Acesso em 15 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 12276520125110004**, de 22 de agosto de 2014. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 20 de agosto de 2014.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.254.141-PR**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

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

CAMPOS, G. J. Perda de uma chance como dano autônomo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4417, 5 ago. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/40498>. Acesso em: 14 ago. 2019.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONDIM, G. G. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 94, v. 840, p. 23, out. 2005.

JUIZ aplica, em sentença, a teoria da perda de uma chance. **Empório do Direito**, [s. l.], 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/juiz-aplica-em-sentenca-a-teoria-da-perda-de-uma-chance>. Acesso em: 06 jul. 2019.

MELO, T. C. de; AMARAL, P. Perda de uma chance ganha espaço nos tribunais. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 24 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-24/responsabilidade-perda-chance-ganha-espaco-tribunais>. Acesso em : 06 jun. 2019.

MORAES, M. C. B. de. **Danos à pessoa humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NAARA, T. R. W. A perda de uma chance como uma nova espécie de dano indenizável. **Justiça & Cidadania**, [s. l.], 2012. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/2012/11/a-perda-de-uma-chance-como-uma-nova-especie-de-dano-indenizavel/>. Acesso em 15 jun. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 591064837**, de Porto Alegre. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar, 29 de agosto de 1991.

SOARES, M. F. A natureza jurídica da teoria da perda de uma chance. **Revista de direito privado**, [s. l.], n. 23, jul./set. 2005.

SAVI, S. da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, R. P. da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. **Vejadireito**, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.vejadireito.com/2012/04/silva-rafael-peteffi-da.html>. Acesso em: 07 jul. 2019.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CAPÍTULO VIII

DA SUPERAÇÃO DICOTÔMICA ENTRE O DANO MATERIAL E MORAL AO DANO EXISTENCIAL

*Sérgio Macedo de Oliveira
Leonardo Oliveira Pereira*

INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade vem despertando temas desafiadores, e a base dos magistrados para a solução dos conflitos contemporâneos, sem dúvida, é a Constituição Federal.

O Judiciário e os operadores do Direito se veem diante de situações complexas, problemas capazes de infringir a paz social e constituir conflitos quase sempre ligados aos danos material, moral e existencial. Diante da dúvida alçada pelos fatos ocorridos, procura-se discutir as diferenças dicotômicas entre dano existencial, dano moral e dano material.

O presente trabalho tem por objetivo construir essas diferenças peculiares a cada instituto jurídico, apresentar a discussão doutrinária, jurisprudencial e a prevalência da Constituição Federal sobre o tema.

Quanto à metodologia, optou-se pelo método dedutivo, que é “[...] constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis; através dele se chega a um conseqüente menos universal”, bem como pela pesquisa bibliográfica, realizada “[...]”

a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos, teses”¹.

Considerando os objetivos e métodos, o trabalho revelará, no primeiro momento, a importância do Direito como ciência jurídica capaz de estudar os fenômenos sociais e, por intermédio desse estudo, aplicar a norma constitucional-civil ao caso concreto.

Em seguida, é traçado um paralelo entre os institutos e são definidas as principais diferenças dicotômicas sobre os temas propostos. O paralelo toma como principal característica a conceituação, a aplicabilidade no Direito moderno, a jurisprudência e a análise constitucional-civil da matéria.

Por fim, busca-se constatar a autonomia do dano existencial em relação ao binômio clássico “dano material/dano moral”, com vistas às particularidades e características, assim como à discussão quanto à fixação do *quantum* indenizatório, sempre visando à aplicabilidade da justiça, pautada, principalmente, na Constituição Federal da República ao caso concreto.

1 SUPERAÇÃO DICOTÔMICA ENTRE O DANO MATERIAL E MORAL

A vida em sociedade exige a observância de outras normas, além das jurídicas. Superar as dificuldades, viver em harmonia

¹ SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. 24. ed. São Paulo: Cortez, 2017. Passim.

e observar os preceitos legais têm sido desafios constantes para o Direito moderno, principalmente para normatizar certas condutas que exigem dos operadores do Direito, dos tribunais e das jurisprudências os mais eficazes embates para a solução da lide.

É importante destacar os ensinamentos de Ricardo Guilherme Corrêa Silva², que frisa, como forma de prevenção, o repensar entre avanços e retrocessos na sociedade atual:

Os avanços tecnológicos responsáveis pela propagação das informações, as quais atingem múltiplas formas de destinatários está eivada de retrocesso de caráter humanístico, tal conduta despreza os diversos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana no interesse incessante pelo ideal capitalista, voltado principalmente, para o consumo excessivo.

Carlos Roberto Gonçalves³ pontua, ainda, que “[..] as pessoas devem pautar a sua conduta pela ética, de conteúdo mais abrangente do que o direito, porque ela compreende as normas jurídicas e as normas morais.”

Pode-se afirmar que Direito e moral distinguem-se pelo fato de o primeiro atuar no foro exterior, ocasionando medidas repressivas do aparelho estatal quando violado; já a segunda atua no foro íntimo das pessoas, encontrando reprovação na sua consciência, ou prejudicando sua convivência em família.

² SILVA, R. G. C. A responsabilidade midiática pelo desprezo ao princípio da presunção de inocência: um viés constitucional. *In*: SILVA, R. G. C.; MANNA, R. F.; MALINOWSKI, M. O. S. (org.). **Jurisdição, estado & cidadania**: temas contemporâneos e suas reflexões. 1. ed. Birigui: Boreal, 2014. p. 1.

³ GONÇALVES, C. R. **Direito civil**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 134.

Superar a linha tênue entre as condutas não é das mais fáceis tarefas a serem cumpridas; nesse quesito, também cuida o Direito, como ciência em movimento, de estudar os fenômenos modernos e tentar equalizá-los a fim de aplicar ao caso concreto a justiça e paz social que as partes pleiteiam.

Não se busca esgotar o assunto por completo, mas passemos a distinguir as diferenças dicotômicas sobre a matéria.

1.1 O dano material

Os danos materiais ou patrimoniais estão relacionados ao patrimônio. Nesse sentido, leciona Raquel Portugal Nunes⁴: “[...] danos materiais se referem aos prejuízos causados ao patrimônio da vítima em decorrência da lesão, abrangem o dano emergente, o lucro cessante e o dano ao grupo familiar.”

A Constituição Federal, no topo da hierarquia do sistema legal, reputa-se como documento jurídico preponderante no Estado moderno, muito pelo fato de demandar uma proteção jurídica satisfatória e eficaz que consiga, por intermédio da supremacia constitucional, resguardar os interesses individuais e coletivos.

Nas relações privadas, quando o sujeito se achar lesado no seu patrimônio, poderá acionar a norma constitucional que acolheu o direito à propriedade por meio do art. 5º, inserido no

⁴ OLIVEIRA, M. L. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**. Pará de Minas: VirtualBooks, 2007. p. 142.

título reservado aos Direitos e Garantias Fundamentais, dispondo-o no mesmo plano do direito à vida, à liberdade e à igualdade.

Portanto, se ocorrer dano emergente, ou seja, prejuízos que, efetivamente, aconteceram causando a diminuição do patrimônio da vítima, esse dano deve ser reparado para que a situação de quem sofreu a lesão volte ao seu estado anterior.

Por outro viés, à vítima é facultado o direito de pretear dano emergente e os lucros cessantes conjuntamente, referindo-se o último ao que a vítima, razoavelmente, teria ganhado caso o dano não houvesse ocorrido. Nesse sentido, descreve Kildare Gonçalves Carvalho⁵:

A justiça da indenização deverá recompor não só valor real e atual do bem, mas também os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrente do despojamento dos bens do seu patrimônio. A Justa indenização compreende, pois, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios e moratórios, despesas judiciais, honorários de advogado e correção monetária.

À luz da concepção teórica em que se estrutura o sistema jurídico de proteção do direito adquirido, e levando em conta a evolução constitucional brasileira, é impossível se pensar no retrocesso às garantias patrimoniais ou morais do indivíduo, pois constituem o sistema basilar para a segurança jurídica e a paz social para a solução de conflitos.

⁵ CARVALHO, K. G. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Pará de Minas: VirtualBooks, 2008. p. 73.

1.2 Uma nova leitura do dano moral

Dano moral é aquele que atinge a dignidade da pessoa e não o seu patrimônio. A Constituição Federal de 1988 procurou, de várias maneiras, proteger esse direito, primeiramente, elegendo a dignidade da pessoa humana como fundamento de um Estado Democrático de Direito. A preocupação do legislador originário com esse direito é tamanha ao ponto de ele já vir expresso no primeiro artigo da Constituição, além de ser protegido no artigo 5º, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais⁶.

A competência para julgar os casos de dano moral é da justiça comum estadual, com algumas exceções, como, por exemplo, o acidente de trabalho⁷.

Qualquer indivíduo sujeito de direitos e deveres pode sofrer dano moral, pois, como são pessoas físicas, têm personalidade e, como se viu, pode sofrer um dano à imagem e à reputação, que será passível de reparação.

⁶ Art. 5º da Constituição Federal/88:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁷ Compete à justiça do trabalho processar e julgar, nos termos do art. 114, VI, da CF, as causas referentes à indenização por dano moral e material oriundas de acidente de trabalho. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

Recurso Extraordinário n. 600091 MG, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 25/05/2011. Disponível em:

[https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626760/recurso-](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626760/recurso-extraordinario-re-600091-mg-stf/inteiro-teor-110025593)

[extraordinario-re-600091-mg-stf/inteiro-teor-110025593](https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626760/recurso-extraordinario-re-600091-mg-stf/inteiro-teor-110025593). Acesso em: 25 jul. 2019.

Muito se discutia sobre a situação de empresas, questionando-se se, devido a serem pessoas jurídicas, também seriam sujeitas a prejuízo moral. Contudo, o Código Civil de 2002, no artigo 52, dispõe que se aplica, no que couber às pessoas jurídicas, a proteção dos direitos de personalidade.

A pessoa jurídica não sofre, nem sente sua honra prejudicada, mas tem uma imagem a zelar perante a sociedade, e a sua mácula pode acarretar danos, como, por exemplo, a perda de clientes e a competitividade no mercado. Pensando nessa proteção, o Superior Tribunal de Justiça editou uma súmula que diz: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (súmula 227 do STJ).⁸

A pessoa que se sentir lesada pode procurar o Judiciário e pleitear o direito à indenização por dano moral em um período prescricional de três anos, conforme o artigo 206, §3º, V do Código Civil atual, com exceção para o dano moral oriundo de atos de tortura ocorridos durante o regime militar de exceção⁹.

O cuidado que os tribunais têm, atualmente, é no sentido de não banalizar o instituto do dano moral, sendo cautelosos em suas decisões, julgando alguns casos improcedentes por ter havido apenas mero dissabor, ou seja, é um dano que pode

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 227**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁹ Nesse sentido, segue jurisprudência: “É imprescritível a pretensão de recebimento de indenização por dano moral decorrente de atos de tortura ocorridos durante o regime militar de exceção.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 7.374.376/CE**. Relator: Min. Herman Benjamin, 25 de junho de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 ago. 2019.

ocorrer em algumas situações corriqueiras e que não merecem ser mensuradas pelo Judiciário.

2 DANO EXISTENCIAL

Originário do Direito italiano, esse novo viés dos danos extrapatrimoniais passou a ser figura importante para o Direito moderno, despertando, gradativamente, o interesse da doutrina e da jurisprudência brasileira, principalmente, diante dos desdobramentos no âmbito do Poder Judiciário, que já se pronunciou sobre a matéria, inclusive, em âmbito laboral.

A preferência pela dignidade da pessoa humana está inserida como princípio fundamental da Constituição Federal de 1988. Essa perspectiva jurídica tomou para si o papel garantidor da transição do patrimônio para o ser humano como foco de proteção da legislação privada.

Nesse contexto, a teoria da responsabilidade civil desloca sua normatização a fim de superar a noção de apenas imputar ao ofensor a obrigação de responder pelos danos causados, incluindo, também, a obrigação de reconhecer e, sobretudo, garantir o direito da vítima de ser reparado, seja materialmente ou moralmente, pelas suas perdas patrimoniais ou sentimentais. Nesse sentido, disserta Maria Celina Bodin de Moraes¹⁰:

¹⁰ MORAES, M. C. B. de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 124.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, fixou-se a prioridade da dignidade da pessoa humana, e em matéria de responsabilidade civil, tornou-se plenamente justificada a mudança de foco, que, em lugar da conduta (culposa ou dolosa do agente), **passou a enfatizar a proteção à vítima de dano injusto** – daí o alargamento das hipóteses de responsabilidade civil objetiva, que independe de culpa, isto é, da prática de ato ilícito.

Em razão de dispositivo expresso no artigo 5º, V e X, da Constituição Federal, é impossível negar, na atualidade do Direito brasileiro, a plena reparabilidade de todas as espécies de danos. A doutrina e a jurisprudência passam a discutir sobre a existência de novas espécies de dano, tal como o dano existencial, que, de acordo com Flaviana Rampazzo Soares¹¹,

É a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

Considerando esse conceito, devido aos embates doutrinários e jurisprudenciais, cumpre levantar a seguinte indagação: os danos existenciais não são apenas uma categoria

¹¹ SOARES, F. R. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 44, grifo nosso.

diferente daquela dos danos à personalidade de modo geral, ou seja, uma espécie de dano moral?

Faz-se necessário observar os ensinamentos de Sonia Mascaro¹², para responder a indagação proposta, destacando as diferenças tênues entre os institutos do dano moral e do dano existencial:

[...] o dano moral restringia-se à dor, à angústia, ao sofrimento, sendo que na atualidade o seu aspecto foi ampliado para abarcar todos os bens personalíssimos. O dano moral é gênero que envolve diversas espécies de danos extrapatrimoniais, tais como: dano à imagem, dano estético, dano à honra, assédio moral e sexual, dano à intimidade, dano à vida privada, condutas discriminatórias, direitos de personalidade, bem como o dano existencial.

Dano existencial difere do dano material e do dano moral por ser toda a conduta que tem por finalidade atingir um projeto de vida do empregado ou sua convivência familiar e social, causando-lhe prejuízo pessoal ou ao desenvolvimento profissional. Além disso, Flaviana Rampazzo Soares¹³ destaca que o dano moral é “essencialmente um sentir”, enquanto o dano existencial é um “[...] não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente”, provocando uma limitação do desenvolvimento normal da vida da pessoa.

É importante observar que essa conduta ilícita possui duas vertentes, a saber: dano a um projeto de vida e dano ao convívio

¹² NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 78, n. 8, p. 965-972, ago. 2014, p. 968.

¹³ SOARES, op. cit., p. 46.

social e familiar. Sobre o tema, assim discorrem Jorge Cavalcanti e Rúbia Zanotelli¹⁴:

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Exemplo a ser destacado é o da trabalhadora que viu frustrado seu direito às férias por mais de 10 anos e, em acórdão proferido pela Ministra Delaíde Miranda Arantes¹⁵, esta “[...] julgou procedente indenização por danos existenciais à trabalhadora que viu frustrado o seu direito.”

No caso em comento, o dano existencial caracterizou-se pela não concessão de férias por um longo período, pela sobrecarga de horas extras além do limite legal e de forma habitual, tudo de forma a causar um prejuízo concreto no modo de vida da pessoa, ou seja, sua saúde psicológica, seus estudos ou o convívio com seus familiares, sendo que, em muitos casos, a ausência prolongada é causa de divórcio.

¹⁴ ALVARENGA, R. Z.; BOUCINHAS FILHO, J. C. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 2, n.p., abr./jun. 2013.

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1900-28.2010.5.03.0044**. Relatora: Min. Delaíde Miranda Arantes, 14 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex.br:tribunal.superior.trabalho:turma.7:acordao;rr:2012-11-14;1900-2010-44-3-0>. Acesso em: 17 ago. 2019.

É relevante frisar que, para a ocorrência do dano existencial, é necessária a comprovação do prejuízo e do nexo de causalidade com a conduta. Dessa forma, a não concessão de férias por longo período ou a sobrecarga de horas extras para além do limite legal de forma reiterada, por si só, não são condutas capazes de gerar o dano existencial. Para esses casos, a própria legislação brasileira já possui punições próprias e específicas, como, por exemplo, a multa administrativa, o pagamento de horas extraordinárias com adicional de 50%, o pagamento em dobro das férias não concedidas. Haverá o dano existencial se restarem comprovados os requisitos como dano a um projeto de vida, ou convívio social e familiar prejudicado.

“O dano existencial materializa-se como uma renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer gênero, em comprometimento das próprias esferas de desenvolvimento pessoal”¹⁶. Portanto, é aquele que atinge a dignidade da pessoa humana, seu projeto de vida e o fundamental convívio social, de modo a ensejar, sem sombra de dúvida, a devida reparação, aplicando-se à indenização a mesma lógica de mensuração do dano moral.

As situações mais contumazes estão na seara trabalhista, em que é verificado, na prática, o descumprimento às normas, já que, em geral, as empresas se sujeitam às sanções legais por constatarem que a eventual aplicação delas se torna menos onerosas do que o fiel cumprimento do ordenamento jurídico (tal política é conhecida pela expressão “risco calculado”).

¹⁶ SOARES, op. cit., p. 46.

Outrossim, esse descumprimento de normas é facilmente detectado na empresa que não concede férias aos seus funcionários ou que exige o labor em sobrejornada sem a devida remuneração.

Todavia, sua aplicação não se verifica apenas na seara trabalhista; é possível citar o caso de um erro odontológico de cirurgião dentista, como consta da Apelação Cível n. 70046849121 do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul. Na oportunidade, decidiu-se pela condenação do profissional liberal, considerando que a esfera existencial da pessoa humana foi afetada de maneira a ensejar prejuízos aos direitos de personalidade e, de forma mais ampla, à tutela da pessoa humana, afetando sobremaneira interesses transindividuais não patrimoniais¹⁷.

Adiante, afirma-se que é perfeitamente possível a cumulação entre dano moral e dano existencial, pois, como visto, são espécies de danos diferentes e autônomas, de modo que os Tribunais vêm acatando, cada vez mais, os pedidos de indenização nesse sentido. Vale dizer que, em relação ao dano existencial, a fixação do *quantum* indenizatório deve seguir certos parâmetros – de forma semelhante ao dano moral –, como, por exemplo, a dimensão do dano e a capacidade

¹⁷ OLIVEIRA, R. *et al.* O dano existencial como indenização extrapatrimonial autônoma. **Jus**, [s. l.], out. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53069/o-dano-existencial-como-indenizacao-extrapatrimonial-autonoma/3>. Acesso em: 21 nov. 2020.

patrimonial do lesante. Nesse sentido, é o que entende José Felipe Ledur¹⁸:

A condenação em reparação de dano existencial deve ser fixada considerando-se a dimensão do dano e a capacidade patrimonial do lesante. Para surtir um efeito pedagógico e econômico, o valor fixado deve representar um acréscimo considerável nas despesas da empresa, desestimulando a reincidência, mas que preserve a sua saúde econômica.

Conclui-se que, para a obtenção do *quantum* indenizatório, tanto para o dano moral quanto para o dano existencial, ficará a critério do juiz de direito, não sendo possível furta-se a um determinado grau de subjetivismo na fixação da indenização. Contudo, conforme demonstrado ao longo deste trabalho, o dano existencial tem características distintas e autônomas, que devem ser tratadas em separado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudaram-se, neste artigo, os principais danos tratados pela doutrina jurídica brasileira, quais sejam, o dano material e o dano moral. No entanto, diante da transformação da forma como a sociedade aprecia valores como o lazer, atividades recreativas e sociais, é necessário abandonar a clássica distinção do binômio dano moral/dano material e optar por uma visão mais precisa do que ocorre no fato concreto. Assim, os

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário n. 105-14.2011.5.04.0241**. Relator: Des. José Felipe Ledur. Diário eletrônico da Justiça do Trabalho: Porto Alegre, 03 jun. 2011.

operadores do direito, em geral, têm reconhecido a existência de outras espécies de dano, como o dano existencial.

Percebe-se que o dano material é de fácil constatação, ou seja, verifica-se pela diminuição patrimonial do sujeito lesado. O dano moral, por ser mais subjetivo, é de difícil quantificação, o que está levando os tribunais a serem mais cautelosos em sua reparação, para evitar a banalização do instituto.

O dano existencial é um instituto novo no direito brasileiro e, diferentemente dos danos morais e materiais, representa uma alteração relevante da qualidade de vida da vítima. Ele decorre da interpretação doutrinária e jurisprudencial, visando proteger a dignidade da pessoa humana nas relações privadas.

Por possuir características próprias, o dano existencial demonstra ser um dano extrapatrimonial, porém, autônomo. Verifica-se que o dano extrapatrimonial assume inúmeras vertentes, sendo o gênero do qual são espécies, por exemplo, o dano moral, o dano estético e o dano existencial, e, portanto, é possível a cumulação entre eles.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, R. Z.; BOUCINHAS FILHO, J. C. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista TST**, Brasília, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 227**. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_17_capSumula227.pdf. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 600091 MG**. Relator: Min. Dias Toffoli, 25 de maio de 2011. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626760/recurso-extraordinario-re-600091-mg-stf/inteiro-teor-110025593>.

Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1900-28.2010.5.03.0044**. Relatora: Min. Delaíde Miranda Arantes, 14 de novembro de 2012. Disponível em:

<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930170275/recurs-o-de-revista-rr-19002820105030044>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 7.374.376/CE**. Relator: Min. Herman Benjamin, 25 de junho de 2013. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 ago. 2019.

CARVALHO, K. G. **Direito constitucional**: teoria do Estado e da Constituição. Pará de Minas: VirtualBooks, 2008.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, M. L. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**: interface com o direito constitucional contemporâneo. Pará de Minas: VirtualBooks, 2007.

MORAES, M. C. B. de. **Danos à pessoa humana**: leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. Dano existencial nas relações de trabalho. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, SP, v. 78, n. 8, p. 965-972, ago. 2014.

OLIVEIRA, R. *et al.* O dano existencial como indenização extrapatrimonial autônoma. **Jus**, [s. l.], 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53069/o-dano-existencial-como-indenizacao-extrapatrimonial-autonoma/3>. Acesso em: 21 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (1. Turma). Recurso Ordinário n. 105-14.2011.5.04.0241. Relator: Des. José Felipe Ledur. **Diário eletrônico da Justiça do Trabalho**: Porto Alegre, 03 jun. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-trt-rs-manda-walmart-indenizar.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2019.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. 24 ed. São Paulo: Cortez, 2017.

SILVA, R. G. C. A responsabilidade midiática pelo desprezo ao princípio da presunção de inocência. *In*: SILVA, R. G. C; MANNA, R. F.; MALINOWSKI, M. O. S. (org.). **Jurisdição, estado & cidadania**. Birigui: Boreal, 2014.

SOARES, F. R. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPÍTULO IX

A RESPONSABILIDADE INDIRETA: DA PRESUNÇÃO DE CULPA À RESPONSABILIDADE INDEPENDENTE DE CULPA

*Ricardo Alex Ribeiro Ananias
Lucas Félix Wanderley*

INTRODUÇÃO

Atualmente, o direito procura ampliar as possibilidades de reparação dos prejuízos causados no patrimônio de outrem, sendo plenamente possível que o indivíduo seja chamado a responder civilmente pela atuação de um terceiro, tendo em vista uma ligação ou vínculo jurídico, contratual ou legal. Nesse contexto, surge a responsabilidade civil indireta ou por ato de terceiro, a qual recebeu tratamento próprio em nosso ordenamento jurídico.

Este trabalho tem como propósito apresentar o conceito, características, elementos e demais pontos relevantes da responsabilidade daquele que não se configura como causador direto do prejuízo, mas a quem o ordenamento jurídico atribui o dever de reparar o dano.

Para a confecção do presente trabalho, foi utilizado o método indutivo e dedutivo numa abordagem qualitativa. As pesquisas foram feitas por meio das técnicas bibliográficas e

documentais, e de fontes doutrinárias e jurisprudenciais, sem a pretensão de esgotar o assunto. Trata-se de uma pesquisa exploratória de cunho científico que poderá ser ampliada e aprofundada em futuros trabalhos sobre o tema.

Inicialmente, busca-se apresentar, em linhas gerais, as funções básicas da responsabilidade civil, proporcionando um panorama geral de suas características essenciais. Num segundo momento, são abordadas as espécies de responsabilidade civil – direta e indireta –, esclarecendo-se, ainda, o contexto divergente entre seus parâmetros de diferenciação. Ao final, discute-se a inserção da culpa como elemento básico da responsabilidade civil, e, posteriormente, a ampliação desse conceito, surgindo, então, a responsabilidade independente de culpa, que propugna pela reparação do dano objetivamente.

1 CONCEITO E FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, de acordo com Christiano Cassetari¹, “[...] pode ser conceituada como a obrigação imposta a uma pessoa de ressarcir os danos materiais e morais causados a outrem por fato próprio ou por fato de pessoas a coisas que dela dependem.” Percebe-se que, de modo geral, ela visa a impedir que um prejuízo ou dano não seja reparado, de

¹ CASSETTARI, C. **Elementos de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 269.

modo que a existência de ilícitos não indenizados, que, normalmente, causam desconforto na sociedade.

Diante disso, o ordenamento jurídico ampara a obrigação de reparar o dano, especificamente, no artigo 927 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”²

Do instituto da responsabilidade civil, podem-se extrair três funções, quais sejam: compensatória do dano à vítima; punitiva do ofensor e; desmotivação social da conduta lesiva³.

Na primeira função, encontra-se o objetivo básico e a finalidade da reparação civil de retornar as coisas ao *status quo ante*, com o fito de eliminar o prejuízo causado ao lesado, bem como atenuar a dor sofrida. Conforme lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁴,

[...] repõe-se o bem perdido diretamente ou, quando não é mais possível tal circunstância, impõe-se o pagamento de um *quantum* indenizatório, em importância equivalente ao valor do bem material ou compensatório do direito não dedutível pecuniariamente.

A função secundária ocorre “[...] para que o transgressor não volte a incorrer na mesma conduta; dirige-se ao causador

² BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.

³ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 32.

⁴ Idem.

do dano”⁵. Desse modo, ela gira em torno da ideia de punição do ofensor, sendo que a prestação imposta desencadeia um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar.

Já a função preventiva possui cunho socioeducativo, isto é, tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas pela sociedade. Trata-se de uma função didática, “[...] ou seja, dar exemplo, demonstrando à coletividade a reprovabilidade pública da conduta; esta função se dirige a todos nós da sociedade”⁶.

2 ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DIRETA E INDIRETA

A primeira noção de responsabilidade é a de que o próprio causador do dano responda pela reparação do prejuízo. Tal entendimento coincide com a punição do Direito Penal, no qual a pena possui função social e repreensiva. Ocorre que, se apenas os causadores do prejuízo pudessem ser responsabilizados pela indenização, muitas situações de dano ficariam irressarcidas.

Nesse contexto, o direito positivo pretende ampliar as possibilidades de reparação de prejuízos causados ao patrimônio da vítima, de forma que há casos em que uma pessoa natural ou jurídica é considerada civilmente responsável

⁵ EVANGELISTA, M. **Direito civil sem estresse!** 3. ed. Manaus: ArkiUltra, 2013. p. 254.

⁶ Idem.

por danos praticados por terceiro. Nesse sentido, Anderson Schreiber⁷ destaca:

A regra na responsabilidade civil é que cada pessoa responde apenas pelos seus próprios atos. Entretanto, a exemplo do que ocorre em diversos países, o legislador brasileiro instituiu, excepcionalmente, hipóteses de responsabilidade pelo ato de terceiro, também chamada **responsabilidade indireta ou responsabilidade por fato de terceiro ou, ainda, responsabilidade pelo fato de outrem.**

Dessa forma, quanto ao agente, a responsabilidade civil pode ser classificada em direta ou indireta. A magistral lição de Maria Helena Diniz⁸ aponta que

A responsabilidade seria **direta** se proveniente da própria pessoa imputada, ou seja, o agente responde por ato próprio. E seria **indireta** ou complexa se a responsabilidade proviesse de ato de terceiro com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.

Depreende-se que responsabilidade civil direta é aquela que o agente do dano é o responsável por sua reparação, derivando de fato causado diretamente pelo agente que gerou o dano. Já a responsabilidade civil indireta ocorre quando o responsável pela reparação do dano é pessoa distinta da causadora da lesão.

⁷ SCHREIBER, A. **Manual de direito civil contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 919, grifo nosso.

⁸ DINIZ, M. H. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 7, grifo nosso.

Maria Helena Diniz⁹ ensina que a responsabilidade indireta ou complexa “[...] se deriva de ato de terceiro, com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda.” A responsabilidade indireta se dá por fato provocado por terceiro quando o causador do dano está sob a ordem de outrem.

A responsabilidade civil indireta é plenamente admitida não só pela doutrina, como também pela legislação vigente. O atual Código Civil¹⁰ traz, em seu art. 932, hipóteses de responsabilidade civil indireta por atos de outrem, *in verbis*:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

O Código Civil vigente estabelece que as pessoas acima elencadas sejam civilmente responsáveis independentemente de culpa, conforme art. 933: “Prevalece, na hipótese, a

⁹ DINIZ, op. cit., p. 8.

¹⁰ BRASIL, op. cit., n.p.

responsabilidade objetiva, nada aproveitando ao imputado a prova de que não participou culposamente no evento nocivo a terceiro”¹¹.

3 DA PRESUNÇÃO DE CULPA À RESPONSABILIDADE INDEPENDENTE DE CULPA DOS RESPONSÁVEIS POR FATO DE OUTREM

A responsabilidade civil indireta, no Código Civil de 1916, possuía tratamento diferenciado, isto é, os terceiros, em princípio, somente poderiam ser responsabilizados se o ato fosse praticado por culpa do autor direto do dano, ao menos nas hipóteses previstas no art. 1.521 (pais, tutor/curador, patrão/amo/comitente, donos de hotéis/hospedarias ou estabelecimentos congêneres, diretores de estabelecimento educacionais).

Nessa sistemática, há um concurso de modalidades distintas de culpa, a do agente diretamente causador do dano e a do responsável pela indenização. É o que se extrai do art. 1.523 do Código Civil¹² de 1916, *in verbis*:

Art. 1523. Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse item e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

¹¹ NADER, P. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 206.

¹² BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1916.

Verifica-se que cabia ao terceiro, quando demandado, provar que o causador não agiu com culpa, excepcionado-se o inc. V, pois, nessa hipótese, bastaria provar que o terceiro obteve enriquecimento ilícito com o produto de crime, estando presente sua culpa intrínseca.

Ocorre que, tal modalidade prevista na legislação revogada, impõe à vítima o ônus de provar a culpa do infrator. Ainda nesse particular, Clóvis Beviláqua¹³ aduz que

[...] esta prova deverá incumbir aos responsáveis, por isso que há contra eles presunção legal de culpa, mas o Código, modificando a redação dos projetos, impôs o ônus da prova ao prejudicado. Essa inversão é devida à redação do Senado.

O problema da culpa foi o principal fundamento para a possibilidade de responsabilizar uma pessoa por fatos cometidos por outrem. Assim, nos casos de falha de deveres de vigilância (*culpa in vigilando*) ou de cuidado na escolha de prepostos (*culpa in eligendo*), a prova da culpa revelava-se, muitas vezes, impossível. Desse modo,

[...] nossos tribunais passaram a extrair do texto legal presunções de culpa, que invertiam o ônus da prova da conduta culposa. Na prática, tais presunções de culpa foram se convertendo, pela atuação jurisprudencial, de presunções relativas (que admitem prova em contrário) em absolutas (que não o admitem). [...] O Código Civil de 2002 consolidou este

¹³ BEVILÁQUA. C. apud GONÇALVES. C. R. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 127.

processo evolutivo, atribuindo natureza objetiva à responsabilidade por fato de terceiro.¹⁴

Portanto, a jurisprudência brasileira, ao lidar com o assunto, procurou estabelecer o critério da **presunção de culpa** em desfavor dos responsáveis previstos no art. 1.521, de forma a facilitar o ressarcimento da vítima. Veja o seguinte julgado:

CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL**. VEICULO DIRIGIDO POR TERCEIRO. **CULPA** DESTA A ABALROAR OUTRO VEICULO. OBRIGAÇÃO DO PROPRIETARIO DE INDENIZAR. CONTRA O PROPRIETARIO DE VEICULO DIRIGIDO POR TERCEIRO CONSIDERADO CULPADO PELO ACIDENTE **CONSPIRA A PRESUNÇÃO "IURIS TANTUM" DE CULPA "IN ELIGENDO E IN VIGILANDO"**, NÃO IMPORTANDO QUE O MOTORISTA SEJA OU NÃO SEU PREPOSTO, NO SENTIDO DE ASSALARIADO OU REMUNERADO, EM RAZÃO DO QUE SOBRE ELE RECAI A RESPONSABILIDADE PELO RESSARCIMENTO DO DANO QUE A OUTREM POSSA TER SIDO CAUSADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.¹⁵

À época, o próprio Supremo Tribunal Federal, no caso de responsabilidade por ato do empregado, manifestou-se a respeito, firmando entendimento acerca da presunção absoluta de culpa do patrão por ato do empregado. É o que dispunha o

¹⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 919.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 5756 RJ 1990/0010815-2**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 08 de outubro de 1997. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19865121/recurso-especial- resp-5756-rj-1990-0010815-2/inteiro-teor-104604504>. Acesso em: 22 jun. 2019.

verbete da cancelada Súmula 341¹⁶: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou pressuposto.”

No que tange às formas de responsabilidade civil por ato de *outrem* previstas na legislação antiga, Pablo Stolze Gagliano¹⁷ destaca:

[...] todas as formas de responsabilidade civil por ato de terceiro, previstas no art. 1.521, decorriam de uma **culpa in viligando**, salvo, justamente, a responsabilidade civil por ato de empregados, serviçais e prepostos, que se daria justamente por uma **culpa in eligendo**, arcando o patrão, amo ou comitente com os riscos da má eleição.

Verifica-se que o sistema anterior baseava-se na ideia de culpa, ainda que provocada por meio de presunções, no intento de facilitar o pleito da vítima. Nessa toada, importa deixar clara a diferença entre presunção de culpa e responsabilidade independente de culpa. Silvio de Salvo Venosa¹⁸ ensina que:

Não se confunde a presunção de culpa, onde a culpa deve existir, apenas se invertendo os ônus da prova, com a responsabilidade sem culpa ou objetiva, na qual se dispensa a culpa para o dever de indenizar.

O Código Civil de 2002 afastou as “presunções de culpa”, estabelecendo, no texto legal, as situações de responsabilidade

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 341**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.

¹⁷ GAGLIANO, op. cit., p.165, grifo nosso.

¹⁸ VENOSA. S. S. **Direito civil**: Responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 71.

indireta. Assim, dispõe o art. 933 que a responsabilidade das pessoas elencadas no art. 932 independe de culpa. Vale dizer que a responsabilidade indireta objetiva ocorre apenas nos casos expressamente previstos em lei (art. 932, CC/02). Essa é a posição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁹: “[...] trata-se de enumeração *numerus clausus* de forma que não se poderá estender-se a situações não previstas.”

Cabe, ainda, ressaltar a lição de Flávio Tartuce²⁰:

[...] para que essas pessoas respondam, **é necessário provar a culpa daqueles pelos quais são responsáveis.** Por isso a responsabilidade é denominada objetiva indireta ou objetiva impura. Esclarecendo, para que os pais respondam objetivamente, é preciso comprovar a culpa dos filhos; para que os tutores ou curadores respondam, é preciso comprovar a culpa dos tutelados ou curatelados; para que os empregadores respondam, é preciso comprovar a culpa dos empregados; e assim sucessivamente.

Como se pode notar, não há o que se falar em culpa presumida nesses casos, mas em responsabilidade independente de culpa, de natureza objetiva, satisfazendo-se apenas com o dano e o nexó de causalidade. Sendo assim, tem-se que os casos de presunção relativa de culpa foram banidos do ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁹ GAGLIANO, op. cit., p.166.

²⁰ TARTUCE, op. cit., p. 373, grifo nosso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal preocupação da responsabilidade civil consiste em analisar se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Trata-se de relação obrigacional cujo objeto é ressarcimento do dano, viabilizando determinado equilíbrio social.

No Código Civil de 1916, a responsabilidade emerge com o ato danoso. No entanto, os terceiros somente poderiam, em princípio, ser responsabilizados se o ato fosse praticado por culpa do autor direto do dano. Havia apenas a possibilidade de presunção da culpa do terceiro, dificultando a prova por parte do sujeito lesado.

Como é possível notar, a jurisprudência teve importante papel na mudança de paradigma, inspirando a legislação a se adequar às necessidades contemporâneas, delineando entendimentos que têm corroborado para a formação e aplicação de uma justiça eficaz e equitativa no tocante à Responsabilidade civil. Logo, em situações de culpa *in vigilando* e *in elegendo*, restou alterada pelo Código atual, surgindo, então, a responsabilidade indireta objetiva, isto é, independente de culpa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 341**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_29_capSumula341.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1916.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 5756 RJ 1990/0010815-2**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, 08 de outubro de 1997. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19865121/recurso-especial-resp-5756-rj-1990-0010815-2/inteiro-teor-104604504>.

Acesso em: 22 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compila.da.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.

CASSETTARI, C. **Elementos de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

EVANGELISTA, M. **Direito civil sem estresse!** 3. ed. Manaus: ArkiUltra, 2013.

GAGLIANO, P. S. **Novo curso de direito civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHREIBER, A. **Manual de direito civil contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TARTUCE. F. **Direito civil:** direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA. S. S. **Direito civil:** responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPÍTULO X

OS DANOS SOCIAIS: NOVA VERTENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

*Oscar Willian Rodrigues Leite
Rodrigo Angelo Zanin*

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil impõe à pessoa a obrigação de reparar danos causados a terceiros por ação ou omissão ou, ainda, danos que decorram do descumprimento de obrigação assumida perante eles. A obrigação nasce para o sujeito sempre que presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima.

É fácil notar que a possibilidade de reparação civil é elemento essencial para restauração de equilíbrio em nossa sociedade, uma vez que tem como finalidade recompor o patrimônio do lesado e coibir comportamentos danosos. A subsistência de um dano – seja patrimonial ou extrapatrimonial – é requisito fundamental para se falar de reparação, logo, é inegável a centralidade do dano no estudo do instituto da responsabilidade civil.

A teoria do dano é, tradicionalmente, abordada por meio da clássica dicotomia entre dano material e dano moral. No

entanto, por intermédio da interpretação e da evolução da sociedade, a doutrina apresenta uma visão de que os novos meios e maneiras estabelecidas nas relações sociais entre indivíduos, coletividade e relações de consumo apontam para a existência de novas modalidades de danos. Dessarte, parecem perfazer novas vertentes do dano extrapatrimonial além do dano moral propriamente dito: danos estéticos, danos por perda de uma chance, danos morais coletivos e danos sociais ou difusos.

Portanto, o presente trabalho buscará trazer a lume algumas considerações a respeito do dano social, teoria que foi desenvolvida pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo, da Universidade de São Paulo (USP), a fim de a introduzir como uma nova modalidade de dano que atinge bens e valores sociais. A presente investigação se desenvolveu em nível exploratório, e, por meio de pesquisa bibliográfica, foi possível compreender o instituto do dano social e a relevância de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

1 A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DO DANO

Pode-se conceituar o dano como prejuízo, ruína de alguma coisa. De acordo com Sérgio Cavalieri Filho¹, dano é a “[...] lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima [...]”.

¹ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93.

Preconiza, ainda, o Código Civil de 2002, em seu artigo 186², que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Desse modo, acredita-se que a teoria do dano abarca dois principais tipos de lesão: pode-se falar de dano patrimonial, considerando-se prejuízo material, ou seja, que está ligado diretamente ao patrimônio material da pessoa e; dano extrapatrimonial ou moral, que se encontra no plano imaterial, cujo entendimento é de lesão que possa atingir a intimidade, a honra do indivíduo, ou que possa lhe causar ofensa ou algum abalo psíquico.

Todavia, por não se ter uma definição legal de dano, encontra-se a atual doutrina mergulhada numa avalanche de conceitos e modalidades de novos danos. Assim, “[...] se, por um lado, revela maior sensibilidade dos tribunais à tutela de aspectos existenciais da personalidade, por outro, faz nascer, em toda parte um temor”, restando patente que “[...] a multiplicidade de novas figuras de dano venha a ter com únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência”³.

² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002.

³ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 92-93.

2 A TEORIA DO DANO SOCIAL

Ao propor uma nova modalidade de dano, o professor Antônio Junqueira de Azevedo, diferenciando-a dos danos morais coletivos que são extrapatrimoniais (expressão que vem sendo proposta para referenciar o dano moral⁴), entendeu o dano social⁵ como uma vertente do dano extrapatrimonial, uma lesão à sociedade, percebendo que essa nova modalidade tem características para gerar repercussões materiais ou morais. Descreve o professor Antônio Junqueira de Azevedo⁶ que

[...] são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral da pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população[...]

Flávio Tartuce⁷, em seu livro sobre direito civil, dedicando tópico ao dano social, manifesta que este “[...] mantém relação com o importante papel assumido pela dignidade humana em sede de Direito Privado e pela tendência de reconhecer uma

⁴ Descrevendo, de forma muito simples, um dano extrapatrimonial não tem expressão econômica de indenização como reparação.

⁵ AZEVEDO, A. J. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *In*: FILOMENO, J. G. B.; WAGNER JÚNIOR, L. G. C.; GONÇALVES, R. A. (coord.). **O código civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 370-377.

⁶ *Ibid.*

⁷ TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 482.

amplitude maior aos direitos da personalidade”, papel esse citado pelo autor em referência à IV Jornada de Direito Civil no enunciado 274⁸:

Artigo 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no artigo 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana).

Código Civil – Artigo 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.⁹

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁰ trazem a importante observação de que, em uma sociedade com crescente formação de “consciência de cidadania”, não tem somente na tutela individual do interesse meio de combater o que ele denomina “macrolesões”. Um dano social prejudica uma sociedade em seus princípios e valores; os princípios que lhe são caros são adotados por não terem sofrido resistência e por existir, na sociedade, uma comunhão de pensamento de sua validade; seus valores podem ser aceitos e mantidos, por alguns indivíduos ou classe de indivíduos, como uma norma ou um padrão social.

Se uma conduta passa a violar esses princípios e provocar reação de desconforto na sociedade, configura-se como dano

⁸ Informação verbal fornecida na IV Jornada de Direito Civil, Enunciado 274.

⁹ BRASIL, op. cit.

¹⁰ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

social, como conceituado pelo Professor Antônio Junqueira de Azevedo ao dispor sobre “condutas socialmente reprováveis”, condutas reiteradas as quais se pretende coibir; para elas, reside a possibilidade da aplicação do já disposto no artigo 186, pelo entendimento do enunciado 274 em consonância com o artigo 1º, III da Constituição Federal¹¹:

Constituição Federal – Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Artigo 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.¹²

A jurisprudência já demonstra compreender como “O dano social é aquele que repercute socialmente, podendo gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial aos membros da coletividade.” Verifica-se que “[...] há um rebaixamento moral, uma perda de qualidade de vida. O dano social está caracterizado, por exemplo, nas condutas socialmente reprováveis, que fazem mal ao coletivo, movidas pelo intuito egoísta”¹³.

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 jun. 2019. n.p.

¹² BRASIL, 2002, n.p.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5. Turma). **Recurso de Revista n. 116700-09.2009.5.14.0041**. Relator: Min. Emmanoel Pereira, 04 de maio de 2011. Disponível em:

Como bem apontam Carlos Eduardo Malinowski e Diego Bianchi de Oliveira¹⁴,

O dano social acarretado pelas condutas praticadas por grandes conglomerados empresariais começa a receber da doutrina e da jurisprudência a atenção necessária para frear o liberalismo econômico desmedido, até mesmo porque não é tarefa fácil verificar os danos causados aos direitos transindividuais.

Atualmente, é entendido que o Estado responde objetivamente pelos danos que venham a ocorrer por sua causa, no âmbito privado. Prestadoras de serviços e fornecedores de produtos também respondem de modo objetivo por meio de uma ótica de vulnerabilidade dos consumidores. Isso é reflexo de uma sociedade de consumo em que, para evitar dano maior, o acesso à justiça pode ocorrer, também, de forma coletiva.

No artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁵, há o reconhecimento dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, elencando-se que a defesa coletiva poderá ser exercida quando o dano assumir características transindividuais e de natureza indivisível.

<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18989220/recurso-de-revista-rr-1167000920095140041-116700-0920095140041>. Acesso em: 18 jun. 2019.

¹⁴ MALINOWSKI, C. E.; OLIVEIRA, D. B. A reparação de danos sociais como instrumento garantidor de direitos fundamentais. In: PAGLIARINI, A. C.; TOLENTINO, Z. T. **Direitos fundamentais e relações jurídicas**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015. p. 192.

¹⁵ BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.

Contudo, sendo conceito novo, produziu-se quadro com resumo das situações que compõem o dano social¹⁶.

Quadro – Danos sociais ou difusos

Danos sociais ou difusos
- Causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade (Azevedo).
- Direitos difusos – vítimas indeterminadas.
- Toda a sociedade é vítima da conduta.
- Indenização para um fundo de proteção ou instituição de caridade.

Fonte: Elaboração dos autores.

Verifica-se que o ato perpetrado causa um desconforto, um rebaixamento no nível de vida imposto a vítimas indeterminadas, e a medida para inibir tal conduta seria a responsabilização civil, cuja indenização seria revertida a instituições de caridade ou a fundos de proteção.

2.1 Princípios estruturantes da teoria

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁷, “[...] princípios são postulados que procuram fundamentar todo o sistema jurídico, não tendo necessariamente uma correspondência positiva equivalente”, mesmo que sejam construção doutrinária; sua observância está descrita, também, no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

¹⁶ TARTUCE, op. cit., p. 482.

¹⁷ GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83.

(LINDB)¹⁸: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

A reparação do dano é um instituto antigo na história e nas relações humanas. A Lei de Talião ou Pena de Talião é um exemplo de resolução de litígios, na antiga Babilônia, registrado há 3800 anos.

A doutrina constitucional majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) consideram que o preâmbulo constitucional não tem força cogente, não valendo, pois, como norma jurídica. Nesse sentido, seus princípios não prevalecem diante de eventual conflito com o texto expresso da Constituição Federal.

Mesmo sem força cogente, muito importante é sua função ao demonstrar que nosso Estado Democrático assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, as igualdades de justiça, bem-estar e desenvolvimento, entre outras, fundamentos para o exercício da cidadania, e que constituem o atual Estado Democrático de Direito vigente no Brasil. Também da Magna Carta, extraímos, do Artigo 1º, fundamentos que constituem o Estado Democrático de Direito, destacando o direito ao exercício da cidadania e à dignidade da pessoa humana.

¹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

Dalmo de Abreu Dallari¹⁹ aduz que “A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo.” Como contraponto a essa informação, o referido autor coloca que aquele que “[...] não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.”

É no título referente aos direitos e garantias fundamentais que a Constituição brasileira de 1988²⁰ “petrifica”, a partir das garantias dadas aos direitos da personalidade, com o artigo 5º e incisos, a garantia do direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização pelo dano moral, mesmo que o dano surja quando da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Art. 5º 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:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o

¹⁹ DALLARI, D. A. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004, p. 22.

²⁰ BRASIL, 1988, n.p.

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...] IV - os direitos e garantias individuais.”

direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]”²¹

Com a rápida evolução das relações sociais e, ao mesmo passo, a incapacidade da lei em acompanhá-las, criam-se medidas reparativas para algumas situações omissas ou imprevistas que necessitam do uso da analogia e da integração das normas para propor uma solução ao litígio. É nesse ponto que deve ser observado o respeito aos princípios constitucionais para propor a solução de reparação do dano social.

Nesse respeito aos princípios, deve-se buscar a harmonização do Direito Civil à Constituição e aos princípios constitucionais, chamado de Direito Civil Constitucional. Segundo Flávio Tartuce²², a “[...] função social da responsabilidade civil deve ser encarada como uma análise do instituto de acordo com o meio que o cerca, com os objetivos que as indenizações assumem perante o meio social”, elencando o princípio da dignidade humana com fundamental.

2.2 Caráter difuso do dano social

Em uma relação privada, há um sujeito que se obriga a uma prestação, e outro que espera percebê-la. Estabelecido o vínculo jurídico e o objeto, para consecução do seu fim, caso haja a violação de direito e a necessidade de reparação, verifica-se quem se obrigaria a reparar o dano e quem teria o direito de ser reparado.

²¹ BRASIL, 1988, n.p.

²² TARTUCE, op. cit., p. 482.

Para o dano social, mantendo a descrição de que ele se propõe a reparar uma lesão à sociedade, em que as vítimas não são determinadas e ou determináveis, é dito que houve prejuízo a uma coletividade, já que o prejuízo não foi somente a um valor individual do sujeito. O prejuízo pela natureza do dano, se não coibido, é a algum princípio zelado pela sociedade, que percebe haver desvalorização de uma condição importante para a harmonia social, com a finalidade de ocorrer alguma vantagem para a parte que prejudica. Trata-se de descrições abstratas que necessitam da observância de alguma relação prejudicada para melhor caracterizá-la.

Diante do exposto, é necessário ilustrar o conceito com decisão importante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²³, quando reconheceu a reparação do dano social em um caso de fraude de um sistema de loterias. Seguem destaques de pontos importantes da ementa:

Totobola. Sistema de loterias de chances múltiplas. Fraude que retirava ao consumidor a chance de vencer. **Ação de reparação de danos materiais e morais. Danos materiais limitados ao valor das cartelas comprovadamente adquiridas. Danos morais puros não caracterizados. Possibilidade, porém, de excepcional aplicação da função punitiva da responsabilidade civil. Na presença de danos mais propriamente sociais do que individuais,** recomenda-se o recolhimento dos valores da condenação ao fundo de defesa de interesses difusos. Recurso parcialmente provido.

²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso Cível 71001281054.** Relator: Des. Ricardo Torres Hermann, 12 de julho de 2007.

[...]

3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, **o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória.** "O Direito deve ser mais esperto do que o torto", frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé.

4. **Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais**, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. **Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos**, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do artigo 100, parágrafo único, do CDC. **Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul**, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.

5. Recurso parcialmente provido. (grifo nosso)

Nesse caso apreciado, ficou determinada indenização a título de dano social para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos de Proteção aos Consumidores no âmbito do estado do Rio Grande do Sul.

Na ementa da decisão²⁴, o código do consumidor foi utilizado para definir direitos difusos àqueles:

Artigo 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

[...]

Em suma, danos sociais têm caráter difuso. Trata-se de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato; descreve-se uma situação em que o dano aflige uma coletividade, um dano social, de lesões com possibilidade de repercutir, material ou moralmente, no âmbito social, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral quanto por diminuição na qualidade de vida. Para exercer a defesa coletiva dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas, por disposição do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, há²⁵ legitimidade concorrente entre Ministério Público, União, estados, municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da administração pública especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código do consumidor.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASI, 1990, n. p.

Recentemente, houve aprovação do Enunciado 456 proposto durante a realização da V Jornada de Direito Civil, sendo importante citar parte da justificativa apresentada pelo Desembargador Eugênio Facchini Neto do TJ/RS²⁶:

Todavia, tal dispositivo deve ser interpretado, modernamente, levando-se em conta a evolução social e os danos coletivos que a sociedade massificada atualmente presencia. Em situações nas quais agentes econômicos causam danos individualmente não expressivos, mas que atingem milhares ou milhões de pessoas, especialmente consumidores – como no caso de reiterados atrasos de voos, ou na cobrança por serviços não solicitados, debitados em faturas telefônicas, por exemplo –, é possível que entidades estatutária ou institucionalmente voltadas à proteção de direitos ou interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos, ajuízem demandas buscando responsabilizar os causadores por tais danos sociais. Para tal fim é possível invocar até mesmo a excepcional função punitivo/dissuasória da responsabilidade civil.

Portanto, o enunciado 456, aprovado na V Jornada de Direito Civil em 2012, reconheceu os danos sociais dispondo que “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais [...]”.

²⁶ Informação verbal fornecida na V Jornada de Direito Civil. Organização: Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como discutido, pretende-se, com a introdução do conceito de dano social, ampliar a proteção aos direitos da personalidade, em consequência da maior fundamentação no princípio da dignidade humana em sede de Direito Privado.

Compreendeu-se o dano social como aquele que repercute socialmente, podendo gerar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial aos membros da coletividade. Verificou-se que a ação danosa leva a um rebaixamento moral, uma perda de qualidade de vida. O dano social foi caracterizado nas condutas socialmente reprováveis, que fazem mal ao coletivo, movidas pelo intuito egoísta das instituições responsáveis pela ação danosa. A indenização deverá beneficiar instituição de caridade ou algum fundo de proteção, o que bloquearia a alegação de enriquecimento sem causa do autor e permitiria condenações capazes de inibir as condutas repetidas que perturbam a sociedade.

Conforme verificado no enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ²⁷, os danos sociais só podem ser reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas, ou seja, ainda que o autor de uma ação apresente pedido de fixação de dano social, há ausência de legitimidade da parte para pleitear, em nome próprio, o direito da coletividade, o que só poderia ser pedido pelos legitimados no art. 82 da legislação consumerista.

²⁷ Ibid.

Propõe-se que haja maior proteção da sociedade frente a condutas socialmente reprováveis que levam a situações danosas, coibindo a impunidade. É necessário que se mantenha um otimismo social de que as instituições que pela própria sociedade são mantidas no moderno Estado de Direito tenham capacidade de lhe dar proteção quando, pela relação voluntária ou necessária, encontrar-se em situação de vulnerabilidade ou sem a devida paridade necessária ao bom andamento do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, A. J. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *In*: FILOMENO, J. G. B.; WAGNER JÚNIOR, L. G. C.; GONÇALVES, R. A. (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Casa Civil, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 26 jun. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 jun. 2019. n.p.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 18 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível 71001281054**. Relator: Des. Ricardo Torres Hermann, 12 de julho de 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 116700-09.2009.5.14.0041**. Relator: Min. Emmanoel Pereira, 04 de maio de 2011.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados**. JORNADAS DE DIREITO CIVIL, 1., 3., 4., 5. Coordenador científico: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

DALLARI, D. A. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALINOWSKI, C. E.; OLIVEIRA, D. B. A reparação de danos sociais como instrumento garantidor de direitos fundamentais. *In*: PAGLIARINI, A. C.; TOLENTINO, Z. T. **Direitos fundamentais e relações jurídicas**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2015.

TARTUCE, F. Reflexões sobre o dano social. **Âmbito Jurídico**, [s. l.], 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/reflexoes-sobre-o-dano-social/>. Acesso em: 12 jul. 2019.

TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CAPÍTULO XI

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*Jair Henrique Kley Dutra
Tháise Moessa Alves*

INTRODUÇÃO

O Estado, que tem como dever cuidar de interesses públicos, tais como a saúde, a educação, a segurança, o faz por meio da implementação de políticas públicas. Ressalta-se que, desde a divisão dos três poderes pela Constituição Federal, restou, para o Ministério Público, a responsabilidade pela sua tutela e fiscalização, principalmente quando se trata de direitos e garantias fundamentais.

O governo, em esfera municipal, estadual ou federal, tem a obrigação de implantar políticas públicas para oferecer serviços de qualidade aos cidadãos. Porém, a utilização inadequada dos recursos públicos culmina numa prestação ineficiente do serviço e em situações constrangedoras e humilhantes para a população.

Como decorrência dessa realidade, o Judiciário passou a agir nas finalidades do Estado Social, de tal maneira que assumiu novas responsabilidades intervindo e criando soluções pleiteadas pelas novas demandas sociais, mesmo que, para isso,

fosse necessário viabilizar direitos via políticas públicas. Assim, o Judiciário passou a intervir sobre a inércia do Poder Executivo, para que se cumpra o que defende a teoria do mínimo existencial, mas dentro dos limites da teoria da reserva do possível.

O presente artigo tem como objetivo abordar, de forma sucinta, a responsabilidade civil do Estado frente às demandas que dizem respeito à má prestação do serviço público. O ponto nodal da discussão diz respeito à judicialização das políticas públicas a fim de garantir a efetividade de sua responsabilidade sob o enfoque dos direitos fundamentais.

Por meio do método lógico dedutivo, efetuou-se pesquisa bibliográfica mantendo contato direto com o que foi escrito sobre o assunto, com o objetivo de encontrar reforço paralelo na análise da pesquisa e da manipulação de suas informações¹. Desse modo, foi possível verificar o desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado e identificar a prevalência da teoria da responsabilidade objetiva na modalidade de risco administrativo.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FORMAÇÃO, LIMITAÇÃO E EFICIÊNCIA DO PODER ESTATAL

A busca pela limitação do poder estatal é centenária, pois sempre houve uma necessidade do homem de acreditar que poderia moldar a organização tanto política quanto econômica

¹ LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Metodologia do trabalho científico**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

de um Estado a partir de um sistema que já fosse pré-estabelecido com bases em princípios racionais, ou seja, estabelecer um conceito que fixasse a máxima do poder estatal com fundamento em leis anteriores e superiores a esse poder. O aglomerado de leis que limitava o poder estatal e que o organizava denominava-se Constituição.

Juntamente com essa necessidade de limitação de poder, existe uma divisão funcional dos poderes do Estado. Contemporaneamente, estabelece-se, na nossa estrutura organizacional, um sistema de equilíbrio, de harmonia e de independência entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Nesse sentido, Anna Candida da Cunha Ferraz² leciona que

[...] no desdobramento constitucional do esquema de poderes, haverá um mínimo e um máximo de independência de cada órgão de poder, sob pena de se desfigurar a separação, e haverá, também, um número mínimo e um máximo de instrumentos que favoreçam o exercício harmônico dos poderes, sob pena de, inexistindo limites, um poder se sobrepor ao outro poder, ao invés de, entre eles, se formar uma atuação “de concerto”.

O texto da nossa Constituição, além de estabelecer a divisão tripartida dos poderes, garantindo a autonomia de cada um, inovou ao consignar o Ministério Público como ente responsável pela harmonização, tutela e fiscalização entre os

² FERRAZ, A. C. da C. **Conflito entre poderes**: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14.

poderes, principalmente quando se trata de direitos e garantias fundamentais.

Assim, o Estado deixou de ser um inimigo das liberdades individuais dos cidadãos e passou a ser um Estado Social; em outras palavras, adquiriu o dever de conceder condições materiais, isto é, saúde, educação, segurança, dentre outros, para que o cidadão exerça sua cidadania. Portanto, o Estado, mediante a sua administração pública, deve atender aos interesses públicos.

Dessa forma, além do princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, foi estabelecido o princípio da eficiência da administração pública estatal na Constituição, por meio da emenda nº19, em 1998, que o inseriu no artigo 37. Dispõe o *caput*³ do referido artigo

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, Do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Antonio Riccitelli⁴ leciona acerca do princípio da eficiência dizendo o seguinte:

Mencionado princípio dispõe sobre a eficiência do serviço prestado pela Administração Pública direta e indireta, por meio de seus agentes, e

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 jun. 2019. n.p.

⁴ RICCITELLI, A. **Constituição estado e responsabilidade civil**. São Paulo: Lex, 2015. p. 145.

sobre a persecução do bem-estar coletivo no exercício de suas competências na busca da qualidade de atendimento ao usuário. O princípio da eficiência prima pela utilização de critérios legais e éticos essenciais à melhor utilização possível dos recursos públicos.

Não obstante, vale invocar o artigo 74, *caput* e inciso II da Constituição Federal, pois traz como dever uníssono dos três poderes a fiscalização da eficiência de como esses recursos públicos estão sendo aplicados⁵.

Sendo assim, aquele que detém a gestão pública deve sempre agir em conformidade com os princípios estabelecidos no texto constitucional referente à administração pública. “Pelo princípio da eficiência busca-se a presteza, o rendimento funcional, a responsabilidade no cumprimento de deveres impostos a todo e qualquer agente público”⁶.

É necessário que o gestor seja eficiente na aplicação dos recursos de modo que possa garantir a qualidade de seus serviços, satisfazendo as necessidades básicas dos administrados. O princípio da eficiência impõe a persecução do bem comum a fim de garantir maior rentabilidade social, sob pena de causar dano à sociedade em geral e, conseqüentemente, gerar responsabilidade civil, ou seja, a possibilidade de obrigar o

⁵ Prescreve o artigo: “Art.74. Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentaria, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de Direito Privado.”

⁶ BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1020.

Estado a reparar o dano causado, seja por sua ação, seja por sua omissão. De acordo com a lição de Bulos⁷,

A diretriz da eficiência abre a possibilidade de o Ministério Público zelar pelo cumprimento dos serviços públicos indispensáveis à população (CF, arr. 1 29, II).

Permite, ainda, que o Poder Judiciário encontre um substrato a mais para garantir direitos fundamentais dos administrados (CF, art. 5º-, XXXV).

Portanto, o modelo de Estado Social tem como fundamento a efetivação dos direitos fundamentais sociais, quais sejam, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, entre outros, pois esses seriam o mínimo essencial para o desenvolvimento das pessoas. Então, de certa forma, impõe ao Estado uma obrigação de fazer, com o fito de sanar as desigualdades sociais e estabelecer valores como solidariedade face ao individualismo e ao capitalismo exacerbado que sempre contribuiu para a divisão de classes. O que se busca é promover políticas públicas que possam satisfazer as necessidades básicas da população, isto é, chegar ao mínimo existencial, sob pena de responsabilidade civil.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E SUAS TEORIAS

O conceito de responsabilidade civil evoluiu profundamente em nosso sistema jurídico, consagrando, atualmente, a prevalência da teoria da responsabilidade objetiva

⁷ Idem, p. 1022.

na modalidade de risco administrativo, conforme prescreve o artigo 37, §6º da Constituição Federal⁸.

Para a adoção da sistemática objetiva levou-se em consideração que ao

[...] desenvolver a sua atividade, os órgãos públicos geram riscos, capazes de traduzirem danos aos particulares; daí o imperativo de ressarcimento das lesões provocadas, independentemente do elemento culpa, bastando a prova do nexo etiológico.⁹

Contudo, vale observar a existência de várias teorias criadas para fundamentar a responsabilidade objetiva, sendo a primeira delas a do risco integral, a segunda, a da culpa administrativa, e a terceira, a do funcionamento irregular do serviço público.

A teoria do risco integral significa dizer que o Estado é responsável por tudo o que acontece. A jurisprudência do nosso sistema jurídico demonstra preocupação em afastar a aplicação dessa teoria, uma vez que é necessário levar em conta, em algumas situações, a participação da vítima para o evento

⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁹ NADER, P. **Curso de direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 399.

danoso. Antônio Riccitelli¹⁰, dissertando acerca desse debate, explica que

Mencionado debate impediu que a adoção da teoria do risco integral em nosso sistema jurídico, pois significaria a imputação de total responsabilidade ao Estado. Este se tornaria um segurador universal, assumindo encargos impossíveis de ser honrados, significando, em uma perspectiva do pluralismo jurídico, efetivo atentado contra o princípio da igualdade ou isonomia, corifeu dos direitos e garantias dos cidadãos.

Em contrapartida, a teoria do risco administrativo, embora também na modalidade objetiva, além de dispensar a comprovação do dolo ou culpa, da licitude ou ilicitude da conduta dos agentes Estatais, bastando apenas demonstrar o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão do Estado, não abarca toda e qualquer situação.

Essa teoria também se distingue da culpa administrativa, pois essa exige a falta de serviço, tendo em vista que a culpa se presume com a falta do serviço, e aquela diz que basta o fato danoso ocorrer, isto é, havendo ato lesivo, nasce a obrigação de indenizar. Como bem ensina o Ministro Carlos Velloso citado por Antonio Riccitelli¹¹:

Alberga-se a posição adotada pelo Ministro Carlos Velloso, defensor da tese de que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, fundamentada no risco administrativo, que para amenizar ou excluir a responsabilidade da Administração admite pesquisa sobre a culpa

¹⁰ RICCITELLI, op. cit., p. 166.

¹¹ Idem, p. 162.

da vítima, em suma, em decorrência dos seguintes requisitos:

- a) Do dano;
- b) Da ação administrativa; e
- c) Desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa [...]

Portanto, a teoria do risco administrativo permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, de forma a diminuir sua culpa ou, até mesmo, excluí-la. Sendo assim, a aplicação dessa teoria garante à vítima a desnecessidade de comprovar se houve ou não a culpa da administração, mas abre portas para a administração demonstrar se a vítima concorreu com culpa no evento danoso. Atualmente, consideram-se casos de exclusão de responsabilidade eventos ocorridos por força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima.

Além disso, o artigo 37, §6º deixa expressa a possibilidade do direito de regresso. Não obstante, o artigo 934 do Código Civil também prevê a possibilidade de ressarcimento do dano causado por outrem, ou seja, aquele que ressarcir o dano à vítima pode reaver do verdadeiro causador do dano.

Sendo assim, é garantido ao Estado o ressarcimento dos prejuízos pagos a outrem devido à atuação do agente público. É importante dizer que, nesse caso, aplica-se a teoria subjetiva da responsabilidade civil, isto é, só é possível cobrar do agente público quando ficar comprovado dolo ou culpa de sua ação ou omissão.

Vale salientar que a corrente predominante indica a necessidade de cobrar, primeiramente, do Estado, e o mesmo, regressivamente, cobrar de seu agente, o que vai de encontro ao

princípio da celeridade processual e à necessidade de reparar a mais importante parte do processo, que é a vítima.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Cumprir iniciar este tópico destacando que, atualmente, o Judiciário brasileiro tem enfrentado complexas questões de ordem política, em decorrência do não cumprimento, ou do cumprimento inadequado, de políticas públicas garantidoras da efetivação dos direitos sociais pela administração. Em que pese não ter como função o planejamento e execução de políticas públicas, o Judiciário passou a ser um dos principais atores nesse cenário, graças à costumeira judicialização de demandas referentes a direitos sociais como saúde, educação e previdência social.

Questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Ocorre, conforme explica Barroso¹², “[...] uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.”

Souza Neto *et al.*¹³ defende que, como o Judiciário possui legitimidade para rescindir normas produzidas pelo poder

¹² BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 232-233.

¹³ SOUZA NETO, C. P. de *et al.* **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

legislativo, as quais o Executivo sanciona, o mesmo também poderia intervir sobre os poderes restantes.

[...] se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.¹⁴

Nesse sentido, nos feitos em que há omissão do Estado em violações do Direito Constitucional de qualquer cidadão, deve o Poder Judiciário imiscuir-se para garantir a aplicabilidade do direito que está sendo postergado. Surgem, assim, casos em que o Estado possui a obrigação de transferir pacientes para hospitais particulares, por não haver vagas em hospitais públicos, garantir o ensino aos menores, remédios para pacientes que não possuem condições de comprá-los, tudo no intuito de preservar a dignidade da pessoa humana.

A respeito desse assunto, Eduardo Cambi¹⁵ defende que

[...] o judiciário deve zelar pelo respeito aos direitos fundamentais que são as bases substanciais para a realização da democracia. Sem a permanente vigilância na observância dos direitos fundamentais, não há democracia.

¹⁴ Ibid., p. 45.

¹⁵ CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 271.

Por conseguinte, quando os órgãos de direção política – Legislativo e Executivo – omitirem ou falharem na efetivação de políticas públicas, caberá ao Poder Judiciário agir nas finalidades do Estado Social.

Ocorre que se começa a questionar até que ponto a judicialização das políticas públicas não causa desarmonia entre os poderes, visto que, quando uma decisão judicial obriga o Executivo a fornecer, por exemplo, um medicamento a um paciente, independentemente de custos e, ainda, sob pena de multa, de certa forma, interfere na ordem econômica desse ente. Nesse sentido, Daniel Sarmento¹⁶ leciona:

[...] não é democraticamente legítimo, na medida em que permite a juízes – que não respondem politicamente perante o povo – interferir nas decisões adotadas por representantes populares sobre quais demandas e necessidades humanas priorizar nos gastos públicos, e sobre como equacioná-las adequadamente, num cenário marcado pela escassez de recursos.

Quando se trata de apenas algumas ações nesse sentido, nada há de problema, mas, ao imaginar que muitos busquem o Judiciário a fim de pleitear o mesmo tratamento, configuraria uma intervenção do Poder Judiciário no Executivo, uma vez que este tem função de administrar recursos para atender à demanda da população e não o faz de forma correta, ou, por vezes, a população busca esse artifício como forma de burlar a

¹⁶ SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO; C. P. de; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 558.

demora de um atendimento ou para conseguir algum medicamento. Torna-se, portanto, evidente a desarmonia.

Todavia, é inegável que a dignidade da pessoa humana, que se concretiza com a efetiva aplicação das garantias constitucionais, ganhou, ao longo do tempo, valor inestimável. Conforme explica André Ramos Tavares¹⁷, “[...] ao menos em princípio, em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa”, de modo que “[...] mesmo que não esteja expresso nos artigos da Constituição Federal brasileira o termo ‘dignidade da pessoa humana’, sua ideia poderá ser compreendida como presente.”

A valorização do ser humano, inclusive com a atual vertente da constitucionalização do Direito, é de suma importância para que, quando um ente não faz o seu devido papel, outro possa intervir, mesmo que as consequências sejam delicadas para a administração pública.

Além disso, é imperioso notar que a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva do Estado se torna visível quando, por faltar a efetividade dos valores constitucionais, o Judiciário não discutir se houve culpa do Estado, apenas coagindo, mediante altas multas, que se garanta o direito maior. Entretanto, em lide no Judiciário, é comum a tese de que o mínimo existencial deva ser garantido observando a reserva do possível, como será exposto no próximo tópico.

¹⁷ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 451.

3.1 Mínimo existencial e reserva do possível

O conceito de mínimo existencial foi criado após a Segunda Guerra Mundial, na qual os direitos humanos foram violados. Ele se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana, que defende o direito de lutar pela vida, visa à integridade física e a uma vida digna. Nesse âmbito, quando o Estado se omite sobre os direitos fundamentais, conseqüentemente, está agindo em sentido oposto ao da teoria do mínimo existencial.

De acordo com Lenir Santos¹⁸, para que se garanta a dignidade de uma pessoa, o Estado deve garantir-lhe, ao menos, o mínimo para sua subsistência. É Direito Constitucional e obrigação do Estado. Não há como se falar em dignidade sem que o Estado proporcione o mínimo para que isso possa acontecer.

A teoria da reserva do possível, por sua vez, procura distinguir o que é possível, em termos econômicos, para sanar todas as necessidades da sociedade. Nesse sentido, Ana Paula de Barcellos¹⁹ compreende que “[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas.”

¹⁸ SANTOS, L. **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 18-24.

¹⁹ BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 276.

Nesse seguimento, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo os julgados na teoria do mínimo existencial, como, por exemplo, a decisão que obrigou o governo do Rio Grande do Sul, que se absteve de promover assistência com base na teoria da reserva do possível, a fornecer medicamentos a pacientes soropositivo.

EMENTA: PACIENTES COM HIV/AIDS. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196). PRECEDENTES (STF). - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental.²⁰

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 2712286 RS. Relator: Min. Celso de Mello, 02 de agosto de 2000. **Diário de Justiça**: 23 ago. 2000. Disponível em:

Assim, é importante ressaltar que a teoria da reserva do possível está sendo utilizada para justificar a omissão do Estado com relação aos direitos sociais. No entanto, Barcellos²¹ frisa que

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. [...] Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir.

Destarte, é notório que o mínimo existencial convive produtivamente com a reserva do possível. Logo, diante de tal problemática, a sociedade deve selecionar e definir os limites da atuação estatal, de modo que apenas o que é considerado razoável se torne parte da reserva do possível.

Por conseguinte, mesmo que o Estado tenha condições financeiras, não é sensato que o mesmo responda por todas as

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

²¹ BARCELLOS, op. cit., p. 245-246.

obrigações; deve haver um limite determinado o que é razoável, para que, assim, o mesmo consiga, nos limites do justo e do sensato, sanar todas as suas obrigações.

Contudo, não se pode perder de vista que tal instituto, como dito, muitas vezes, é usado para justificar a omissão do Estado. Sendo assim, há a necessidade de analisar o caso concreto, mas sempre haverá certa tendência aos direitos fundamentais, pois, como já relatado, representam a dignidade da pessoa humana, que, além de um princípio fundamental, é fundamento da nossa república.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidentemente, há, no seio das sociedades, uma busca para que o Estado garanta a efetividade dos direitos fundamentais e passe a ser órgão que contribua, ou melhor, que se vista da função de proteção da população. Em qualquer lugar, ainda que nas economias mais liberais do mundo, é necessário que o Estado seja revestido da característica de um Estado Social, isto é, que sirva para servir aos cidadãos.

Diante do contexto histórico, a Constituição Brasileira (adjetivo pátrio em minúsculo) primou por conduzir o Estado na proteção da dignidade da pessoa humana, pautada pelos direitos e garantias fundamentais, ou seja, saúde, educação, segurança. Para isso, implementou a divisão do nosso Estado em três poderes, quais sejam, Legislativo, Executivo e Judiciário, cuja função é primar pela efetividade de tais

garantias. Ademais, trouxe o Ministério Público no âmbito do Judiciário, a fim de fiscalizar e tutelar os referidos direitos.

Ocorre que, no atual cenário social, o Judiciário, ativado muitas vezes pelo Ministério Público, tem desempenhado grande função como agente efetivo no cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, por meio da judicialização das políticas públicas. É inegável, por exemplo, a quantidade de ações de medicamentos, no Judiciário, cujo objeto é a busca da saúde.

Diante desse cenário, aquele que figura na parte ré processual, ou seja, a administração pública (executivo), tenta se utilizar da reserva do possível como argumentação de uma limitação dos recursos diante da demanda infinita da população para justificar a sua eventual omissão. Há a consciência de que precisa cumprir o mínimo existencial, porém não se pode perder de vista a reserva do possível.

Entretanto, tal argumento se torna mais uma falácia do que uma realidade, pois o mínimo existencial é, justamente, a saúde, a educação, a segurança, dentre outros. Em outras palavras, são direitos fundamentais que elevam a valoração do ser humano e que estão acima da extrapolação de uma conta pública, afinal, se o Estado foi criado exatamente para isso, por que não pode, por meio de decisão judicial, justificar eventuais gastos a mais?

Nota-se que estamos diante do cumprimento de um fundamento da república, qual seja, a dignidade da pessoa humana pautada pelos direitos e garantias fundamentais.

Assim, quando se fala desses direitos, há proporcionalidade e razoabilidade quando são efetivados.

É claro que nem sempre estaremos diante de caráter de urgência, mas como justificar a espera, na fila, de uma pessoa que está prestes a morrer e precisa de um medicamento, um exame ou mesmo uma cirurgia, com base na reserva do possível?

Por outro lado, poderiam dizer que o acesso ao Judiciário faz com que o indivíduo em questão passe na frente de outros que estão na mesma situação. Contudo, há que se dar as boas graças a essa pessoa, que, de alguma forma, conseguiu efetivar o que já é seu por direito, pois esperar por saúde em uma fila é uma afronta à Constituição, sobretudo quando se está num cenário de risco extremo.

Enfim, o Estado possui a responsabilidade objetiva e responde independentemente de culpa, ou seja, tem a obrigação, por meio de seus órgãos, de garantir a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, e havendo falha, poderá ser responsabilizado.

De fato, há, atualmente, um desequilíbrio entre os poderes, mas se tal desequilíbrio for para executar a função para a qual o Estado foi criado, vale superar as consequências face à efetivação dos direitos e garantias fundamentais mediante a judicialização das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 jun. 2019.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 2712286 RS. Relator: Min. Celso de Mello, 02 de agosto de 2000. **Diário de Justiça**: 23 ago. 2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

FERRAZ, A. C. da C. **Conflito entre poderes: O poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Metodologia do trabalho científico**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

NADER, P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RICCITELLI, A. **Constituição estado e responsabilidade civil**. São Paulo: Lex, 2015.

SANTOS, L. **Direito da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

SARMENTO, D. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: SOUZA NETO; C. P. de; SARMENTO, D. (coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, C. P. de. *et al.* **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPÍTULO XII

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET FRENTE AO MARCO CIVIL

*José Augusto de Souza Júnior
Elizeu Toral Castilho Júnior*

INTRODUÇÃO

É de conhecimento notório o quão importante têm se mostrado os meios eletrônicos de acesso a informações utilizados pela sociedade a fim de solucionar qualquer tipo de desejo existente em seu íntimo, desde uma compra, desejo material, até a solução de dúvidas, desejo imaterial. No entanto, ainda mais notório é o elevado número de violações e golpes empregados por pessoas que visam obter vantagens de forma ilícita por intermédio desses meios.

Nesse diapasão, passou-se a questionar sobre até que ponto se estenderia a responsabilidade dos provedores de internet na ocorrência de atos ilícitos, já que estes ocorreriam em seu local de administração; ou seja, será que suas responsabilidades não deveriam ser aumentadas?

É certo que, ao imaginar o mundo das atividades eletrônicas, a resposta para essa pergunta não parece ser de fácil e rápida solução. Pensando nisso, em razão de, em grande

parte das vezes, os golpes e fraudes empregados ocorrem sob uma suposta relação de consumo, o legislador passou a analisar quais atitudes deveriam ser tomadas para que se diminuísse o número dessas ocorrências no mundo virtual, trabalhando em conjunto com os provedores de Internet.

Assim, o presente trabalho visa trazer à tona as peculiaridades de tal relação, demonstrando os meios encontrados pelo legislador pátrio para punir aqueles que se beneficiam com o emprego de atividades ilícitas, realizando, ainda, uma análise da importância da recente aprovação do Marco Civil da Internet, que se deu em 23 de abril de 2014, por meio da Lei nº 12.965, com o objetivo de criar normas de responsabilidade civil para usuários, provedores e empresas que desfrutam de serviços por meios digitais.

O trabalho justifica-se devido a contribuir para o desenvolvimento de um tema novo, trazendo importantes reflexões sobre uma sociedade que aderiu massivamente à Internet e às novas tecnologias de comunicação. Subsidiaram esse trabalho o método de pesquisa dedutivo e a pesquisa bibliográfica tendo por base revistas especializadas no assunto, livros, teses, dissertações, entre outros.

1 BREVES PONDERAÇÕES CONCEITUAIS

A Internet é uma importante ferramenta para comunicação entre pessoas físicas ou jurídicas, e considerando a proposta

desta pesquisa, faz-se indispensável esclarecer quem são os principais atores desse ambiente.

1.1 Usuários de Internet

É importante deixar claro, desde já, quem é a figura do usuário na Internet. Trata-se da pessoa, física ou jurídica, que, através de uma grade tecnológica – a Internet – atua como destinatário final, utilizando e adquirindo serviços/produtos de forma virtual, os quais se encontram disponíveis em estabelecimentos virtuais¹.

Conforme ensina Tarcísio Teixeira², convencionalmente, tem-se utilizado a expressão “internauta” para designar aquele que “navega” pela Internet, ou melhor, que se utiliza da Internet, independentemente de sua finalidade, como pesquisar, jogar, comunicar-se, comprar etc.

1.2 Provedores: prestadores de serviço por intermédio da Internet

Para que seja possível o acesso à Internet pelo usuário, é necessária a presença de intermediários que possibilitem essa conexão.

¹ LAGO JÚNIOR, A. **Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet**. São Paulo: Ltr, 2001. p. 43-44.

² TEIXEIRA, T. **Curso de direito eletrônico e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva e Manoel J. Pereira dos Santos³, esses intermediários são conhecidos como provedores de serviços de Internet, os quais abrangem diversas categorias de provedores, das quais, destacam-se: os provedores de infraestrutura ou *backbone*; os provedores de acesso; os provedores de correio eletrônico; os provedores de hospedagem e; os provedores de conteúdo.

Contudo, segundo os referidos autores, em razão do acelerado avanço tecnológico, todas essas espécies de provedores podem ser vistas em conjunto, ou seja, uma única pessoa jurídica pode, ao mesmo tempo, fornecer todos os serviços citados.

Vale ressaltar, ainda, a fim de ratificar esses ensinamentos, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio do Recurso Especial (REsp) nº 1.021.978/RJ, reconheceu que os denominados provedores de Internet são pessoas físicas ou jurídicas as quais exercem inúmeras funções no âmbito da rede mundial de computadores, e de acordo com a atividade desenvolvida, podem se dividir em provedores de serviços, provedores de conteúdo e provedores de acesso.

Assim, pode-se verificar que existe certa divergência quanto ao número de provedores existente e suas devidas funções. Entretanto, buscando apenas contextualizar o tema ora

³ SANTOS, M. J. P. dos; SILVA, R. B. T. da. **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

abordado, apresentar-se-á, de forma sucinta, os cinco principais provedores ⁴.

(i) Provedor de Serviços:

Pode ser também compreendido como provedor de hospedagem é um provedor que coloca à disposição de um usuário – pessoa física ou provedor de conteúdo – espaço em equipamento de armazenagem, ou servidor, para divulgação das informações que esses usuários ou provedores queiram ver exibidos em seus sites.

(ii) Provedor de Conteúdo:

Trata-se de toda pessoa física ou jurídica que disponibiliza na internet as informações originadas ou desenvolvidas por autores que se utilizam de provedores próprios ou de serviços de um provedor de hospedagem para armazená-las. Este tipo de provedor engloba desde um blog pessoal, até grandes portais de imprensa.

(iii) Provedor de Acesso:

É uma instituição que se liga à internet, partindo de um “ponto-de-presença” ou de outro provedor, para se obter conectividade IP e repassá-la a outros indivíduos e instituições, em caráter comercial ou não. Com o provedor de acesso é possível proporcionar ao usuário final uma conexão à internet por meio de uma ligação telefônica local. Ou seja, provedor de acesso é aquele em possui como função a de elemento de ligação entre o internauta receptor e o internauta emissor, sendo assim, sem dúvida, um prestador de serviços técnicos engajado contratualmente como intermediário entre os utilizadores de internet⁵.

Assim, é possível entender que o provedor de acesso é uma pessoa jurídica, a qual fornece

⁴ CASTRO FILHO, 2005 apud BIAR, E. A responsabilidade civil e a internet: uma abordagem expositiva sobre a posição da jurisprudência pátria e breves considerações sobre o direito comparado. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://goo.gl/ybS7Yh>. Acesso em: 10 jul. 2019.

⁵ VASCONCELOS, F. A. de. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 67-68.

serviços que se conectam ao provedor de origem, possibilitando o acesso de outros provedores, em sua grande maioria menores, bem como de instituições e de usuários da internet.

(iv) Provedor de Infraestrutura:

É aquele que mantém uma infraestrutura capaz de fazer a conexão dos demais tipos de provedores para acessarem a internet, ou seja, é o provedor principal, o qual é a base originária de todas as conexões;

(v) Provedor de Correio Eletrônico:

É o qual possui como função primordial o envio e armazenamento de mensagens, de acordo com a capacidade fornecida pelo provedor, sendo este um dos maiores meios de comunicação existentes na atualidade, também conhecidos como “e-mails”.

Dessa forma, é possível verificar que, dentro dessa grande rede tecnológica e digital, existem diversos mecanismos, cada um responsável por um campo primordial, que, em conjunto, garantem o perfeito funcionamento de todo o meio, isto é, a Internet.

2 UM PARARELO ENTRE OS DEVERES DOS PROVEDORES E O MARCO CIVIL DA INTERNET

Após a introdução realizada a fim de que seja possível garantir uma melhor compreensão quanto aos tipos de provedores existentes e quais são as suas devidas responsabilidades, passa-se ao estudo dos deveres inerentes aos provedores de Internet frente ao Marco Civil da Internet.

É sabido que, de todos os provedores, exige-se o cumprimento de alguns deveres, os quais visam impedir e evitar danos, afinal, ainda que

[...] muitos acreditem que a *internet* seja “terra sem lei”, qualquer ambiente, mesmo que virtual, está sujeito a todo ordenamento jurídico. De modo que na internet, qualquer indivíduo que viole direitos que acarretem danos a outrem tem o dever de indenizar.⁶

Quanto ao provedor, a questão da responsabilidade ganha maior evidência no que se refere à sua função de transmitir mensagens e/ou locar espaços para hospedagem. Isso porque fazer controle dos conteúdos transmitidos é complicado, pois coloca o provedor em situação delicada em relação ao sujeito que, de fato, difundiu mensagem ou armazenou informações tidas como ilícitas⁷.

É cediço que, ao provedor de serviços, não é permitido monitorar, censurar, editar ou exercer qualquer tipo de controle sobre as informações de seus usuários; contudo, é exigido que ele preste as informações necessárias caso algum usuário cometa um ato ilícito. Por tal razão, os provedores de Internet devem, a cada momento, investir em mais tecnologia, para que seja possível a obtenção e o controle de dados daqueles que utilizam seus serviços e fazem uso de seu respectivo espaço

⁶ OLIVEIRA, R. M. de; OLIVEIRA, D. B. de. A responsabilidade dos provedores de serviço na internet à luz da lei n. 12.965/2014 – marco civil da internet. *In: ENCONTRO CIENTÍFICO DO CURSO DE DIREITO, 2015, Naviraí. Anais* [...]. Naviraí: 2015. p. 207.

⁷ TEIXEIRA, op. cit., p. 191.

eletrônico, sem que, todavia, ocorra violação a direitos do usuário⁸.

Ocorre que o provedor funciona como mero intermediário, repassando apenas mensagens transmitidas por terceiro, não devendo/podendo ser responsabilizado por eventuais excessos que sejam cometidos⁹. No entanto, Rony Vainzof¹⁰ afirma que

[...] tais provedores também poderão responder civilmente pelos atos praticados por seus usuários quando não adotar medidas diligentes visando a identificação do autor do ilícito, quando assim solicitado, bem como, a partir da sua ciência, para apurar rapidamente conteúdos acusados como ilegais, definindo se tais conteúdos serão mantidos ou removidos perante terceiros da sua plataforma e sendo responsabilizado caso adote uma decisão equivocada, se assim for entendimento pelo Poder Judiciário no caso, caso seja procurado por uma das partes que sentiu-se violada.

Caso ocorra o descumprimento de algum dos deveres empregados ao provedor, ocorrerá, conseqüentemente, a implicação de responsabilidade, podendo esta ser de forma direta ou indireta, de acordo com a análise do dano causado,

⁸ SILVA, R. D. **Responsabilidade civil dos provedores de internet e comentários ao marco civil da internet**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <https://goo.gl/L2hiLD>. Acesso em: 01 jul. 2019.

⁹ STOCCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁰ VAINZOF, R. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: DEL MASSO, F. D.; ABRUSIO, J.; FLORÊNCIO FILHO, M. A. (coord.). **Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 192.

verificando, ainda, se houve o cumprimento de medidas que visavam à prevenção do dano¹¹.

Assim, torna-se necessária, para que seja empregado o *quantum* da responsabilidade do provedor, a verificação de sua atividade, colocando em paralelo os deveres a ele impostos, pois, quanto maior for o número de seus deveres, maior será a sua responsabilidade e, por conseguinte, caso não tenha ocorrido o cumprimento de seus deveres, a sua condenação.

Tais medidas foram imputadas aos provedores de forma a balancear seus deveres, uma vez que sua responsabilidade objetiva restou afastada com a instituição da Lei n. 12.965/2014, Marco Civil da Internet¹², em seus artigos 18 e 19, *in verbis*:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade,

¹¹ SILVA, op. cit.

¹² BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Casa Civil, 2014. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2o A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal.

§ 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Apesar da ausência de responsabilidade, o provedor ainda pode ser responsabilizado, desde que não atue de forma ágil e eficaz ao mandado judicial. Ou seja, se, por ordem judicial, o provedor deixa de agir e não exclui determinados dados, torna-se responsável, tendo em vista que é o único com acesso a todos esses dados, e deve agir urgentemente quando requisitado.

Nesse sentido se manifesta a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE PROVEDOR DA INTERNET. OFENSAS INSERIDAS POR ANÔNIMO. SENTENÇA EXTRA PETITA. INDICAÇÃO DAS

URLS. NÃO CONFIGURAÇÃO. MÉRITO. ARTS. 18, 19, § 1º, 21, DA LEI Nº 12.965/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA.

1. Como o magistrado vinculou a obrigação de retirar as fotos aos blogs indicados na inicial, não há que se reconhecer que a sentença é extra petita. 2. De acordo com os arts. 18, 19, § 1º e 21, da Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014, o provedor de internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, a não ser que tenha descumprido ordem judicial específica, ou, após ter sido notificado pelo participante ou seu representante legal, não tenha tornado indisponível conteúdo inapropriado, nos termos da lei. 3. O colendo STJ consolidou o entendimento de que não se aplica a responsabilidade objetiva com base no art. 927, do CC, mas, sim, a responsabilidade subjetiva, a qual só se configura quando o provedor não age rapidamente para retirar o conteúdo ofensivo. Precedente. 4. Apelo parcialmente provido.¹³

Vislumbra-se, aqui, o avanço do entendimento dos Tribunais do Poder Judiciário, já que, inexistindo o Marco Civil, o provedor seria considerado como prestador de serviço, sendo-lhe, portanto, aplicados os institutos do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, a responsabilidade objetiva.

Por mais que a obrigação atual dos provedores seja a de um melhor controle dos dados de seus usuários, tal medida deve ser efetivada de modo que não controle nem exerça quaisquer manipulações dos dados de seus usuários. Dessa

¹³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (4. Turma). **Apelação Cível n. 20140110513999**. Relator: Arnaldo Camanho de Assis, 27 de maio de 2015. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195418350/apelacao-civel-apc-20140110513999>. Acesso em: 16 jul. 2019.

forma, os provedores de Internet devem administrar os dados dos usuários de maneira cautelosa, a fim de não interferir nas relações íntimas do usuário, sem, no entanto, deixar de fiscalizar os abusos cometidos.

Caso o provedor ultrapasse esse limite e adentre a intimidade de usuário, causando danos à sua imagem e à sua honra, será responsabilizado e deverá reparar os danos sofridos pelo usuário, bem como retirar do ar os conteúdos que deveriam ter sido resguardados.

Segue julgado que trata do mesmo assunto:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. PERFIS OFENSIVOS. INSTAGRAM. 1. Agravo de instrumento contra a decisão que impôs à agravante o fornecimento de dados pessoais dos usuários ofensores. 2. Ainda que a agravante não tenha em seus bancos de informações os dados pessoais específicos do usuário ofensor tais como, número de identidade, CPF e endereço, não se pode negar que possui, por certo, estrutura de rastreamento qualificada para identificar o usuário. Ademais, a obrigação relacionada à guarda de "registros de conexão e de acesso" foi, agora, disposta no art. 15, da Lei nº 12.965/2014. 3. Examina-se no presente recurso estritamente a obrigação imposta, atinente ao fornecimento dos dados pessoais dos usuários. A agravante trouxe indicativo de que forneceu os números de IP, referentes aos acessos dos usuários ofensores. Propõe a agravante a utilização do link <http://registro.br/cgl-bin/whois>, pelo qual, através dos números de IP's fornecidos, poderia ser identificado o provedor de acesso à Internet e, por consequência, obtidos os dados pessoais dos usuários. 4. Entretanto, através dos mecanismos proposto, pretende a agravante a

imposição às agravadas da obrigação de identificação do usuário obrigação que, contudo, lhe cabe, sendo certo que, pelo que se vê das razões recursais, pode a agravante trazer dados mais precisos a respeito dos usuários, a fim de facilitar a obtenção dos dados pessoais deles. Ao agir desta forma, incentiva a agravante o anonimato, o que não pode ser admitido. 5. Extensão do prazo para cumprimento da tutela. Recurso parcialmente provido para este fim.¹⁴

Sendo assim, tem-se que, com o atual entendimento trazido pelo Marco Civil da Internet, o provedor de Internet não poderá ser responsabilizado civilmente pelos danos oriundos de conteúdos que foram gerados por seus usuários e/ou terceiros, salvo se deixar de cumprir ordem judicial, ou, após ter sido notificado/avisado pelo usuário, não tenha retirado o conteúdo inapropriado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que a jurisprudência entende que a fiscalização do conteúdo das informações postadas por usuários não caracterizaria atividade intrínseca ao provedor; logo, os provedores não poderiam ser previamente responsabilizados por tais atos. No entanto, cabe ao provedor identificar o usuário dos seus serviços que venha a causar dano a outrem, isto é,

¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10. Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento n. 21398834020148260000**. Relator: Carlos Alberto Garbi, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143152713/agravo-de-instrumento-ai-21398834020148260000-sp-2139883-4020148260000>. Acesso em: 18 jul. 2019.

entende-se que deve se empenhar em facilitar o reconhecimento do autor do ilícito.

A Lei nº 12.965/2014, que institui o Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Entre seus dispositivos, estabelece que os provedores de Internet não serão responsabilizados civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, vindo apenas a ser responsabilizado se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

A referida lei também estabelece que o provedor de aplicações de Internet que disponibilizar conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou por seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Em outras palavras, após a elaboração da lei em discussão, tornou-se clara a forma de responsabilização a ser empregada aos provedores de Internet, não havendo mais o que se discutir quanto a esse ponto. Assim, ou o provedor será responsabilizado por descumprir uma ordem judicial, ou, de forma subsidiária, em razão de, mesmo notificado, deixar

disponível conteúdo que tenha sido originado por terceiros e que tenha publicado sem o consentimento daqueles que estejam presentes no conteúdo, nos casos de fotos, vídeos ou qualquer outro tipo de documento que exponha alguém.

Não obstante, tal lei ainda depende de regulamentação para sanar alguns pontos omissos e dar maior clareza a alguns pontos de seu conjunto. Apesar disso, a elaboração desse texto normativo está iniciando um caminho muito importante para trilhar em paralelo ao desenvolvimento da sociedade frente à era digital.

REFERÊNCIAS

BIAR, E. A responsabilidade civil e a internet: uma abordagem expositiva sobre a posição da jurisprudência pátria e breves considerações sobre o direito comparado. **Revista da SJRJ**. Rio de Janeiro, v. 26, p. 221-236, 2009. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/revista-sjrj/artigo/responsabilidade-civil-e-internet-uma-abordagem-expositiva-sobre-posicao-da>. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Casa Civil, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 jul. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (4. Turma). **Apelação Cível n. 20140110513999**. Relator: Arnaldo Camanho de Assis, 27 de maio de 2015. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/195418350/apelacao-civel-apc-20140110513999>. Acesso em: 16 jul. 2019

LAGO JÚNIOR, A. **Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet**. São Paulo: Ltr, 2001.

OLIVEIRA, R. M. de; OLIVEIRA, D. B. de. A responsabilidade dos provedores de serviço na internet à luz da lei n. 12.965/2014 – marco civil da internet. *In: ENCONTRO CIENTÍFICO DO CURSO DE DIREITO*, 8., 2015, Naviraí. **Anais** [...]. Naviraí: 2015.

SILVA, R. D. **Responsabilidade civil dos provedores de internet e comentários ao marco civil da internet**. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1se_mestre2014/trabalhos_12014/RaquelDuarteSilva.pdf. Acesso em: 19 jul. 2019.

SANTOS, M. J. P. dos.; SILVA, R. B. T. da. **Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10. Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento n. 21398834020148260000**. Relator: Carlos Alberto Garbi, 30 de setembro de 2014. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/143152713/agravo-de-instrumento-ai-21398834020148260000-sp-2139883-4020148260000>. Acesso em: 18 jul. 2019.

STOCCO, R. **Tratado de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VASCONCELOS, F. A. de. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2005.

VAINZOF, R. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. *In: DEL MASSO, F. D.; ABRUSIO, J.; FLORÊNCIO FILHO, M. A. (coord.). Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TEIXEIRA, T. **Curso de direito eletrônico e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPÍTULO XVI

REFLEXÕES ACERCA DAS CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

*Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira
Valéria Bononi Gonçalves de Souza*

INTRODUÇÃO

Qual é o conceito de responsabilidade civil? Como ocorreu a evolução da responsabilidade civil? Quais são os pressupostos que norteiam o dever de indenizar? Como o nexo de causalidade orienta as situações excludentes de responsabilidade?

Tais indagações se revelam fundamentais ao estudo e à investigação da responsabilidade civil, um dos sub-ramos do direito civil, considerado a espinha dorsal do Direito Privado, razão pela qual a análise das causas excludentes do dever de indenizar passa, indubitavelmente, pela compreensão de seu conteúdo.

O Código Civil vigente permite uma revisitação em torno dos pressupostos e excludentes da responsabilidade civil. Isso porque esse é um tema presente na realidade socioeconômica e que enseja o acolhimento e a observância tácita de outros pressupostos, tais como a boa-fé objetiva, a gradação do *quantum* indenizatório de acordo com o grau de culpa dos

envolvidos, o respeito dos deveres acessórios ao contrato principal.

Nesse contexto, a responsabilidade civil tem como escopo principal a reparação do dano, isto é, o dever de indenizar pelos prejuízos decorrentes da inexecução das obrigações originadas em contratos e negócios jurídicos negociais, ou das normas de direito positivo.

Ao aflorar o sentimento de justiça, rudimentar ao sistema jurídico, atualmente, a responsabilidade civil se reveste de uma função punitiva e também preventiva, de modo a restabelecer o equilíbrio das relações antes da ocorrência do evento ilícito.

O presente trabalho tem como objetivo refletir sobre as excludentes da responsabilidade civil, ao mesmo tempo em que traça breves apontamentos sobre sua evolução histórica e sobre os elementos essenciais à sua existência, delimitando seus aspectos gerais de acordo com o Código Civil.

1 EVOLUÇÃO E PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em um sentido amplo, a responsabilidade civil implica a obrigação de reparar “[...] quaisquer danos antijuridicamente causados a outrem, isto é, em contradição com o ordenamento”¹. Diferentemente da obrigação, que é um dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico

¹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 430.

sucessivo que surge a partir da violação da obrigação, como bem esclarece Carlos Roberto Gonçalves²:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação.

No que diz respeito à sua evolução, a responsabilidade foi tomando forma desde os primórdios da civilização até chegar ao conceito estabelecido na atualidade. Sobre o assunto, Maria Helena Diniz³ faz os seguintes apontamentos:

A responsabilidade civil apresenta uma evolução pluridimensional, pois sua expansão se deu quanto à sua história, aos seus fundamentos, à sua extensão ou área de incidência (número de pessoas responsáveis e fatos que ensejam a responsabilidade) e à sua profundidade ou densidade (exatidão de reparação).

É nesse sentido que a responsabilidade evoluiu de uma vingança coletiva para uma reação individual, passando por períodos que vão desde a máxima “olho por olho, dente por dente” até chegar à chamada *Lex Aquilia de damno*, segundo a

² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 03.

³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 10.

qual, ainda de acordo com Maria Helena Diniz⁴, era melhor que o dano fosse reparado por meio de pagamento em dinheiro do que retrucando a ofensa, já que, dessa última forma, não haveria reparação de dano algum.

Assim sendo, a evolução da responsabilidade civil ocorreu, principalmente, ao longo do século XX, tendo, no Código de 1916, a responsabilidade subjetiva como destaque, em seu artigo 159, conforme destaca Sergio Cavaliere Filho⁵:

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.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) foi um grande marco na evolução da responsabilidade, uma vez que a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços passou a ser estabelecida nos artigos 12 a 14 (responsabilidade pelo fato do produto e do serviço) e 18 a 20 (responsabilidade pelo vício do produto e do serviço) da Lei. Isso porque, até então, o fornecedor só respondia por eventuais danos caso tivesse culpa, sendo os riscos do consumo suportados, exclusivamente, pelo consumidor.

⁴ Ibidem, p. 11.

⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Responsabilidade civil no novo Código Civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 374.

Posteriormente, o novo Código Civil revestiu os tradicionais princípios norteadores da autonomia privada – até então, frutos de uma ideologia liberal – de um novo entendimento, com vistas à adequação das relações obrigacionais ao Estado Social de Direito que se consolidou a partir da Constituição Federal de 1988.

É de se ponderar, no entanto, que essa paulatina transformação de um modelo jurídico liberal e individualista em outro completamente diverso, que propõe o solidarismo, a cooperação, entre outros, como valores necessários ao reordenamento e funcionalização do Estado, impôs e ainda impõe alterações significativas no modo de pensar, criar e aplicar o Direito.

Os reflexos de tais transformações no campo da responsabilidade civil, como já comentado, levaram à busca de meios com maior aptidão à reparação dos danos, sobretudo, daqueles oriundos de riscos criados por atividades desenvolvidas com a finalidade de obtenção de lucro. E assim, a individualização do lucro passou a implicar, necessariamente, na socialização dos prejuízos.

Feitas tais considerações, a responsabilidade civil passa a ser conceituada levando em conta tanto a responsabilidade subjetiva, tendo como base a teoria da culpa, quanto a responsabilidade objetiva, isto é, a responsabilidade sem culpa, baseada na teoria do risco, como leciona Maria Helena Diniz⁶:

⁶ DINIZ, op. cit., p. 35.

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

No que diz respeito aos pressupostos, cumpre salientar que a responsabilidade civil tem como um dos elementos essenciais à sua existência uma conduta, ou seja, uma ação comissiva ou omissiva que cause dano a outrem. Ressalta-se que o comportamento comissivo é aquele em que há uma ação, ao passo que o comportamento omissivo se refere a uma atitude negativa do agente quando este tem o dever jurídico de agir.

O artigo 186 do atual Código Civil é claro ao destacar que comete ato ilícito toda pessoa que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Por conseguinte, a pessoa que deu causa a um dano em razão de sua conduta deverá ser responsabilizada, sendo que o Código Civil também permite a imputação de responsabilidade por atos de outrem (art. 932), por fato de animais (art. 936), pela ruína de edifício ou construção (art. 937) ou por coisas caídas ou lançadas de um prédio (art. 938).

Assim como a conduta, o dano é um elemento que compõe a seara da responsabilidade civil; isso significa dizer que o comportamento do agente deve, necessariamente, gerar um prejuízo, o qual não deve ser, obrigatoriamente, no âmbito patrimonial, isto é, em seus bens materiais, podendo, também,

ser de ordem moral, nos termos do mencionado art. 186 (fundamento à responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana), e conforme estabelece o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal⁷, *in verbis*:

Art. 5º [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]

Nesse caso, o dano patrimonial abrange os danos emergentes – o que a pessoa perdeu com a conduta do agente infrator (prejuízo real) – e os lucros cessantes – aquilo que a pessoa deixou de auferir em razão do prejuízo que lhe foi causado. Já os danos morais são aqueles que fogem da esfera patrimonial e atingem o âmbito psíquico ou moral do indivíduo, como aduz Carlos Roberto Gonçalves⁸:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 15 jun. 2019. n.p.

⁸ GONÇALVES, op. cit. p. 357.

Portanto, o dano deve ser real e efetivo para que haja a responsabilização, sendo que, de acordo com a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, as indenizações por dano material e por dano moral poderão ser cumuladas, se provenientes do mesmo fato.

Ademais, é necessária a relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado para que haja a obrigação de indenizar, sendo essa relação outro elemento constituinte da responsabilidade civil.

O nexo causal consiste no vínculo entre o dano causado e a conduta do agente, ou seja, para que a pessoa seja responsabilizada, é necessário que o dano suportado seja proveniente da ação realizada. O professor Fernando Noronha⁹ tece relevantes apontamentos sobre o tema:

Causa de um dano é o fato que contribuiu para provocá-lo ou para agravar seus efeitos. Em princípio só existe obrigação de reparar os danos que tenham sido causados por fatos da responsabilidade da pessoa obrigada a indenizar, embora estes não tenham de ser necessariamente resultantes de sua atuação [...]

Cumprido salientar que o liame da causalidade exige que o dano esteja relacionado com a ação ou omissão voluntária do agente, sendo que, na hipótese de quebra desse liame, não haverá responsabilização civil da pessoa. Assim, se a vítima sofreu um dano, mas resta comprovado que o mesmo não foi

⁹ NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1. p. 540.

resultado da conduta comissiva ou omissiva do agente, não haverá procedência quanto ao pedido de indenização.

2 AS CAUSAS EXCLUDENTES PROPRIAMENTE DITAS

De ordinário, a responsabilidade civil não resta configurada quando ausente qualquer um dos elementos anteriormente descritos, isto é, caso se comprove que não houve culpa ou conduta do agente, ou dano, ou relação de causalidade. Comprovada a inexistência de qualquer um desses elementos, surgem as causas excludentes da responsabilidade, assim entendidas como situações não suscitantes, para o agente da conduta, o dever de indenizar.

As causas excludentes diferem das causas concorrentes, previstas no artigo 945, do Código Civil¹⁰, segundo o qual “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

As causas concorrentes, portanto, não afastam a responsabilidade do agente – apenas influenciam na diminuição do valor da reparação proporcionalmente à participação da vítima no agravamento do dano –, ao passo que as causas excludentes acabam com qualquer pretensão indenizatória, fazendo com que a responsabilidade não reste configurada.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

Fernando Noronha¹¹ acrescenta, ainda, outras situações eximidas da responsabilidade civil, como sendo aquelas

[...] que podem resultar de alguns *dispositivos legais*, que em determinadas hipóteses excluem a obrigação de indenizar. Outra importante eximida é resultante do escoamento dos prazos de *prescrição* previstos na lei. Ainda outras excludentes são as estabelecidas em prévios acordos entre os próprios interessados, que são possíveis dentro dos limites em que estes possam convencionar as chamadas *cláusulas de isenção da responsabilidade*, ou *cláusulas de não indenizar*.

De modo sucinto, passa-se à análise das principais excludentes da responsabilidade civil, ressaltando, como dito anteriormente, que se trata de uma análise *en passant*, tendo em vista os objetivos do estudo ora proposto.

2.1 Estado de necessidade e legítima defesa

Numa situação em que o sujeito viola direito alheio com o objetivo de remover perigo iminente, fica caracterizado o estado de necessidade, disposto no artigo 188, inciso II, do Código Civil. Nesse caso, o agente é obrigado a sacrificar um bem jurídico em prol de outro bem jurídico maior, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo, conforme destaca o parágrafo único do artigo supracitado:

¹¹ NORONHA, 2003, p. 520, grifo nosso.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.¹²

Nesse contexto, não se configura o estado de necessidade quando houver outras possibilidades de poupar o bem jurídico ou em caso de o bem tutelado não ser de valor superior ao sacrificado. Assim, na medida em que se estabelece um parâmetro norteador ao exercício do estado de necessidade, este se torna, também, um limitador à prática do ato ilícito, artigo 186, bem como ao abuso de direito, descrito no artigo 187, ambos do Código Civil.

Já a legítima defesa está descrita no artigo 188, inciso I, do Código Civil, e é caracterizada quando o agente afasta uma agressão injusta a bem jurídico próprio ou alheio. O instituto da legítima defesa pressupõe a existência de uma agressão que seja ilícita, devendo conter três requisitos obrigatórios, quais sejam: reação a uma agressão atual ou iminente e injusta; defesa de um direito próprio ou alheio; moderação no emprego dos meios necessários à repulsa.

É nesse sentido que Carlos Roberto Gonçalves¹³ pondera:

Se o ato foi praticado contra o próprio agressor, e em legítima defesa, não pode o agente ser responsabilizado civilmente pelos danos provocados. Entretanto, se por engano ou erro de pontaria, terceira pessoa foi atingida (ou alguma coisa de valor), neste caso deve o agente reparar o dano. Mas terá a ação

¹² BRASIL, op. cit., n.p.

¹³ GONÇALVES, op. cit., p. 434.

regressiva contra o agressor, para se ressarcir da importância desembolsada.

Muito embora a nossa sociedade não admita a “justiça com as próprias mãos”, há de se considerar que o instituto da legítima defesa valida situações excepcionais de atuação do indivíduo de modo a afastar a responsabilidade pelo dano causado em razão da sua conduta.

Nesse sentido, a única defesa legítima que exime o agente de ser responsabilizado é a defesa real, e desde que o lesado seja o injusto agressor. Caso o prejudicado seja um terceiro, ou os seus bens, haverá, necessariamente, o dever de indenizá-lo, sendo que o agente causador do dano poderá dispor de ação regressiva contra quem deu causa à situação.

2.2 Culpa exclusiva da vítima

Muito embora a culpa exclusiva da vítima não esteja normatizada no Código Civil como causa excludente de responsabilidade, tanto a jurisprudência quanto a doutrina a colocaram nesse rol. Assim sendo, resta evidente que a responsabilização civil também desaparece quando o dano é causado por culpa exclusiva da vítima.

Nesse sentido, ainda que a responsabilidade objetiva independa de culpa, a ação exclusiva da vítima afeta diretamente o liame de causalidade que o associa ao dano, ou

seja, desaparece o nexos causal entre o dano ocorrido e a ação exclusiva do agente, como bem enfatiza Sérgio Cavalieri Filho¹⁴:

Advirta-se uma vez mais, portanto, que o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexos causal em relação ao aparentemente causador do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade.

Ademais, caso a culpa não fosse exclusiva da vítima, configuraria a chamada concorrência de culpas, disposta no artigo 945, do Código Civil, não afastando a responsabilidade de indenizar, conforme elucidada Sílvio Rodrigues¹⁵:

A culpa da vítima pode ser exclusiva, ou concorrente com a culpa do agente. No primeiro caso, ela exclui a responsabilidade, porque cessa a relação de causalidade entre o ato do agente e o evento danoso; no segundo, ela se atenua, porque a vítima também contribuiu para o dano com sua própria negligência ou imprudência. Nesta última hipótese, o julgador fixará a indenização em cifra inferior ao prejuízo, porque ambas as partes concorreram para seu advento e não é justo que só uma delas o sofra por inteiro.

Desse modo, em sendo a culpa exclusiva da vítima, inexistente nexos causal entre o dano e o agente, uma vez que o liame de causalidade se encontra tão somente entre o comportamento da vítima e o prejuízo causado por sua própria conduta, que, diga-se, é decisiva na produção do evento danoso.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 81.

¹⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 314.

2.3 Fato exclusivo de terceiro

Outra causa que exclui a responsabilidade é o fato exclusivo de terceiro quando este interrompe o nexo de causalidade entre o agente e o dano, uma vez que a origem desse segundo elemento se encontra tão somente na conduta de terceiro envolvido.

Assim como na culpa exclusiva da vítima, no caso em questão, é imprescindível que a culpa seja exclusivamente do terceiro, para que não ocorra concorrência de culpas, bem como que esse terceiro seja pessoa que não faça parte da relação jurídica, mas que influi na responsabilidade pelo dano.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho¹⁶ pondera que o fato de terceiro, tal como o fato da vítima, exclui o nexo causal e não a culpa, sendo que a exclusão da responsabilidade só é efetivada quando essa conduta for causa exclusiva do evento. Outrossim, de acordo com o doutrinador:

Vale dizer, nem todo fato de terceiro é causa de exclusão de responsabilidade; somente aquele que por si só, exclusivamente considerado, romper o nexo causal entre o aparente agente e o dano sofrido pela vítima, dando origem a novo nexo causal. Em casos tais, o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 81.

Para Maria Helena Diniz¹⁷, cumpre ressaltar que o agente somente será exonerado do dever de indenizar a vítima do dano caso haja o cumprimento dos seguintes requisitos:

[...] 1) um nexo de causalidade, isto é, que o dano se ligue ao fato de terceiro por uma relação de causa e efeito (RJTJSP, 21:50); logo, não poderá haver liame causal entre o aparente responsável e o prejuízo causado à vítima; 2) que o fato de terceiro não haja sido provocado pelo ofensor, pois a responsabilidade do ofensor será mantida se ele concorrer com a do terceiro, salvo se o ofensor provar que houve culpa exclusiva de terceiro (RJTJSP, 40:50; RT, 429:260, 523:101, 437:240; Súmula 187 do STF); 3) que o fato de terceiro seja ilícito; 4) que o acontecimento seja normalmente imprevisível e inevitável, embora não seja necessária a prova de sua absoluta irresistibilidade e imprevisibilidade.

Evidencia-se, por fim, o predomínio da obrigação do causador direto do dano em ressarcir a pessoa lesada, tendo, por sua vez, o direito de regresso contra o terceiro que criou a situação, de acordo com os artigos 929 e 930 do Diploma Civil.

2.4 Caso fortuito e força maior

Há muito, os conceitos dos institutos de caso fortuito e de força maior geram controvérsias, não se alcançando um entendimento análogo entre autores. O artigo 393, do Código Civil¹⁸, estabelece que:

¹⁷ DINIZ, op. cit., p. 112.

¹⁸ BRASIL, op. cit., n.p.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Assim, muito embora o próprio código não estabeleça uma distinção entre ambos, já que têm aptidão para produzir os mesmos efeitos, historicamente, sempre houve grandes debates acerca das diferenças conceituais entre o caso fortuito e a força maior.

Entre as várias teorias criadas, interessa destacar aquelas que, não obstante sustentarem a identidade de efeitos, adotam critérios de diferenciação, segundo os quais

[...] a expressão caso fortuito é utilizada quando sequer insistir sobre a origem acidental e imprevisto de obstáculo, que é devido a um azar inesperado, enquanto que o termo – força maior – se refere à natureza insuperável deste obstáculo, contra o qual não se pode triunfar.¹⁹

Em outras palavras, enquanto o caso fortuito encontra na imprevisibilidade sua principal característica, a inevitabilidade ou irresistibilidade teceria os contornos da força maior.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho²⁰,

¹⁹ TADEU, Silney Alves. Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 134-165, outubro/2007.

²⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 83.

Fala-se em caso fortuito ou de força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação. É circunstância irresistível, externa, que impede o agente de ter a conduta devida para cumprir a obrigação a que estava obrigado. Ocorrendo o fortuito ou a força maior a conduta devida fica impedida em razão de um fato não controlável pelo agente.

Com fundamento na doutrina alemã, há os que entendem o caso fortuito como a “[...] impossibilidade relativa (impossível para o agente) e o motivo de força maior seria a impossibilidade absoluta (impossível para quem quer que seja)”²¹.

Próximo desse conceito e considerando o fundamento da responsabilidade civil – culpa ou risco da atividade –, o saudoso mestre Agostinho Alvim propôs tratamentos distintos para ambos os casos. Assim, com supedâneo em suas lições, hodiernamente, tem-se entendido que

[...] o caso fortuito (fortuito interno) é considerado o fato ligado à pessoa do devedor ou à sua empresa, como, por exemplo, doença e greve. O motivo de força maior (fortuito externo = *act of God*), por seu turno, é considerado o ato externo, de um lado aquele que decorre de determinação legal, como, por exemplo, a proibição, por ato posterior, de exportação de gêneros que à época da Constituição da obrigação era permitida, e, de outro lado, os fenômenos naturais, como as enchentes, o incêndio, etc., além dos fatos políticos, como as guerras, as revoluções etc.²²

²¹ CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira *et al.* In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. IV. p. 452.

²² *Ibid.*, p. 453.

A partir dessa distinção e, ainda, da análise acurada do caso concreto, doutrina e jurisprudência chegaram ao seguinte posicionamento: nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva (com base na culpa), resta suficiente a comprovação do caso fortuito para afastar a responsabilidade civil; em se tratando de responsabilidade objetiva (com base no risco), é imprescindível a ocorrência de motivo de força maior (caso fortuito externo) para se determinar o dever de indenizar. Vale dizer, em outras palavras, que, em se tratando de responsabilidade civil objetiva, o caso fortuito interno não é considerado como hipótese excludente do dever de indenizar.

Dentro desse contexto, é importante ressaltar que o estado de pandemia – declarada em março de 2020 –, ocasionado pela covid-19, desencadeou uma série de questionamentos a respeito da responsabilidade civil no âmbito dos institutos do caso fortuito e da força maior, tendo como fundamento não só o artigo 393, do Código Civil, mas também a Lei 14.010/2020, que dispõe de um regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia.

Nessa seara, importa avaliar que a responsabilização civil do agente causador do dano em razão, por exemplo, de sanções impostas pelo Estado por causa da pandemia de covid-19 deve ser analisada individualmente, de modo a não comprometer a segurança jurídica das relações, já que alguns eventos danosos e suas consequências são inevitáveis.

De todo modo, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual decorrente da pandemia, interessa destacar que sua configuração passa pela análise da inevitabilidade do dano, isto é, se esse não poderia ser evitado pelo agente causador do dano, então, caberia falar em isenção da responsabilidade.

Nas precisas palavras de Maria Candida do Amaral Kroetz²³,

Não há resposta uniforme na interlocução dos impactos do coronavírus com a responsabilidade civil extracontratual, mas há critérios jurídicos avançados para aparelhar o exame dos casos concretos sem comprometer a segurança jurídica quanto aos resultados.

Assim sendo, é evidente que também se faz necessária uma análise criteriosa dos fatos e circunstâncias em concreto, inclusive do comportamento adotado pelos agentes, de modo a justificar, ou não, suas ações ou omissões.

2.5 Cláusula de não indenizar

Também conhecida como cláusula de irresponsabilidade, a cláusula de não indenizar é um acordo estabelecido entre as partes que exclui a responsabilidade caso haja um dano

²³ KROETZ, Maria Candida do Amaral. Covid-19 e caso fortuito ou de força maior na responsabilidade civil extracontratual. **Revista Consultor Jurídico**, [s. l.], jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/39HmdgW>. Acesso em: 05 abr. 2020, s.p.

resultante da execução inadequada ou inexecução de um contrato, como bem observa Maria Helena Diniz²⁴:

Assim, se no contrato houver estipulação de que o prejuízo causado a um dos contraentes não deverá ser reparado pelo outro, que a ele deu causa, excluída estará a responsabilidade do agente, não por desaparecer o liame de causa e efeito, mas em razão da própria convenção.

Dessa forma, na hipótese de descumprimento de obrigação estipulada entre as partes, o responsável poderá se eximir de indenizar o dano por ele provocado, invocando a citada cláusula, desde que convencionada por ambas as partes, e estando de acordo com as normas legais.

Todavia, trata-se de uma cláusula que só será válida caso seja benéfica para ambos os contratantes, devendo, portanto, haver um equilíbrio na relação contratual, não sendo admitida nos contratos de transportes, de acordo com a Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal²⁵, segundo a qual “[...] em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar.”

É relevante frisar que o Enunciado 631 da VIII Jornada de Direito Civil²⁶, aprovou a seguinte ementa:

²⁴ DINIZ, op. cit., p. 115.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 161**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumulaa=3501>. Acesso em: 20 jul. 2019.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conselho da Justiça Federal. **Revista das jornadas do CJF: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios**, Brasília, 2018. p. 162. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

Como instrumento de gestão de riscos na prática negocial paritária, é lícita a estipulação de cláusula que exclui a reparação por perdas e danos decorrentes do inadimplemento (cláusula excludente do dever de indenizar) e de cláusula que fixa valor máximo de indenização (cláusula limitativa do dever de indenizar).

Sendo assim, o Enunciado 631 enaltece os negócios jurídicos paritários, tutelando a autonomia das relações negociais, de sorte que resta evidente que tanto a cláusula de não indenizar como as demais excludentes de responsabilidade civil devem ser analisadas caso a caso pelo aplicador do Direito, levando-se em consideração todas as variáveis existentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, no âmbito da responsabilidade civil, o dever de indenizar a vítima pelo prejuízo suportado é uma obrigação principal do agente da conduta, sendo que tal obrigação traz, também, em seu bojo, o objetivo de punir e, ao mesmo tempo, prevenir a repetição de comportamentos semelhantes.

Dessa forma, para a responsabilização do agente, é necessária a observância dos pressupostos de conduta, dano e nexos de causalidade, de modo que a falta de qualquer um deles, necessariamente, enseja as causas excludentes da responsabilidade civil, objeto do presente estudo.

Sopesados tais pressupostos, cumpre salientar que a ausência do nexos de causalidade tem se revelado uma das

principais causas de exoneração da responsabilidade civil, possibilitando, assim, um campo fértil para debates doutrinários e controvérsias jurisprudenciais.

Ainda que as excludentes de responsabilização civil sejam um parâmetro norteador, a reparação do dano à vítima é medida imperiosa quando se objetiva o equilíbrio das relações, estando de acordo com a própria função da responsabilidade civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 161**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3501>. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compila.da.htm. Acesso em: 19 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conselho da Justiça Federal. **Revista das jornadas do CJF: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios. Conselho da Justiça Federal**, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira *et al.* In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: do direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. IV. p. 452

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil: volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

TADEU, Silney Alves. Responsabilidade civil: nexos causal, causas de exoneração, culpa da vítima, força maior e concorrência de culpas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 16, n. 64, p. 134-165, out-dez/2007.

CAPÍTULO XVII

RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO: A RELEVÂNCIA DO AFETO NA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

*Carlos Eduardo Malinowski
Diego Bianchi de Oliveira
Ana Paula Martins Amaral*

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea tem se modificado intensamente em diversos aspectos, sejam sociais, culturais, políticos ou tecnológicos. Com o advento das inovações tecnológicas, próprias do século XXI, as relações entre os indivíduos se fortalecem, ganhando contornos não pensados até então. Desse modo, as relações familiares, em uma conjuntura atualizada da ordem jurídico-social pátria, também se modificam e se atualizam, de maneira a corresponder efetivamente aos fatos sociais relevantes sob o enfoque jurídico.

A acepção de dignidade humana, que se altera em consonância com o período e com o local, consiste em uma ideia permeada na civilização ocidental, compreendida como o alicerce estrutural dos textos fundamentais sobre direitos humanos. Sendo expressamente evidenciado no preâmbulo da

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o princípio da dignidade humana importa resultados diretos no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais, ao passo que estes são essenciais à concretização da do referido princípio.

Desse modo, a responsabilidade civil tem sido largamente aplicada a situações que circundam o descumprimento de deveres próprios das relações familiares. Assim, além de demonstrar um dos possíveis agrupamentos sociais com vínculos biológicos e civis, a família também representa um conjunto de sentimentos que pode acarretar reflexos na vida de todos os indivíduos integrantes. O afeto consiste em um desses possíveis elementos, de natureza metajurídica, podendo ser inserido em uma avaliação na seara familiar.

O assunto ganhou destaque na medida em que os tribunais pátrios passaram a permitir a denominada indenização por abandono afetivo. O desígnio do afeto, para fundamento de responsabilidade civil, já se demonstra suficiente para constatar esse sentimento em seu *status* de dever jurídico. Para tanto, o abandono afetivo faz ponderar sobre uma conduta omissiva, que se compreende na falta de afeição e, também, uma conduta comissiva, que, baseada em outros sentimentos, também elimina o afeto em uma relação familiar.

A presente pesquisa pretende analisar os direitos humanos fundamentais do menor ofendido, verificar de modo objetivo o conceito e os pressupostos da responsabilidade civil e sua aplicação nas relações familiares, assim como a posterior

reparação pecuniária em caso de descumprimento dos deveres dos genitores em relação aos filhos menores, previstos no sistema jurídico pátrio, em razão da conduta ilícita realizada.

Baseando-se nas características do estudo, tem-se uma pesquisa bibliográfica, qualitativa e descritiva que foi utilizada para sustentar cientificamente os objetivos da pesquisa. Com uma didática de cunho exploratório, a pesquisa realiza o levantamento bibliográfico, buscando reunir as informações sobre o tema com o propósito de identificar os assuntos relevantes que deem sustentação aos argumentos elencados.

1 DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Para uma efetiva compreensão dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes, demonstra-se essencial a realização prévia de uma breve análise histórica sobre a evolução dos direitos humanos e suas maneiras de manifestação no Brasil e no mundo.

1.1 Noções introdutórias aos direitos humanos: a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil

Os direitos humanos apresentam caráter universal, significando que estendem seu valor equitativamente para todas as crianças e todos os adolescentes. Nada obstante, esse grupo necessita de alguns direitos humanos adicionais face às suas necessidades específicas de desenvolvimento e de proteção.

Desse modo, evidencia-se a importância da Filosofia Tomista, indicada pelo filósofo Jacques Maritain, no que se refere aos direitos do homem, compreendidos segundo a aceção de os indivíduos serem iguais perante Deus, de forma que o que demarca a personalidade humana é seu próprio valor, isto é, como elucida Sarlet¹, “[...] a expressão do fundamento de sua dignidade enquanto ser humano se origina na qualidade de valor natural, sendo este inalienável e incondicionado, como âmago da personalidade do ser humano.”

Com a propagação da organização feudal a partir da Idade Média, ocorreu, de modo gradativo, a relação de obrigação para com a autoridade superior, por meio do Pacto de Vassalagem, que interligava os súditos ao seu soberano. A título de exemplo do mencionado período, vale destacar a Carta de João Sem Terra (*Magna Carta Libertatum*), no ano de 1275, compreendida como o primeiro documento a afirmar determinados direitos públicos da população britânica, conferida por João Sem Terra aos seus barões, sendo, por diversas vezes, segundo Di Ruffia² “[...] afirmada pelos soberanos que o sucederam em redações rapidamente emendadas.”

No contexto moderno, os antigos direitos considerados naturais foram, enfim, positivados e denominados “direitos do homem”, sob o influxo das doutrinas contratualistas existentes na época, como, por exemplo, as de Rousseau, Tomas Paine,

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 145.

² DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional**: instituições de direito público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984. p. 515.

Kant, dentre outras. Desse modo, todos os direitos se encontram respaldados no direito de liberdade, que se compreende em um direito natural por excelência, tendo em vista que é intrínseco a todos os indivíduos em razão de sua própria humanidade, estando restrito somente pela liberdade coexistente dos demais indivíduos.

Consoante aos ensinamentos de Trindade³, “[...] a referida conjuntura histórica, fortificou a aceção de igualdade liberal, justificada na busca de uma pretensa e artificial equivalência jurídica.” Dessa forma, a evolução histórica mencionada verificou que esses direitos se originaram do anseio burguês de tomar, para si, benefícios e privilégios limitados ao clero e à aristocracia. Assim, a viabilidade de ponderar a igualdade social denotou que a classe trabalhadora se apropriasse de lutas para que os referidos direitos fossem estendidos a todos.

Nesse sentido, segundo Trindade⁴, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 possui limitações, sendo relevante evidenciar que

[...] foi resultado daquela correlação mundial de forças. Sem a pressão dos países do bloco soviético e sem a ascensão operária que se alastrava pelo mundo, seria inimaginável a inclusão dos direitos econômicos, sociais e culturais naquele documento, assim como seria inimaginável a inclusão do direito de autodeterminação dos povos sem as lutas de libertação nacional então em curso.

³ TRINDADE, José Damião de Lima. **Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels**: emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Ômega. 2011. p. 226.

⁴ Ibid., p. 227.

No tocante ao Brasil, os direitos humanos obtiveram intensa significação histórica como solução às repressões e insatisfações sociais direcionadas ao sistema de governo existente posterior à ditadura militar, sobretudo, pois, por cerca de 20 anos, extinguiu-se e restringiram-se os direitos e as garantias fundamentais da população brasileira.

Adiante, a Constituição Federal de 1988 determinou expressamente um novo sistema de governo, reconhecido como Estado Democrático de Direito, sendo marcado, especialmente, por ser um governo de minorias, isto é, que promove uma democracia mais participativa e é norteado por garantias e princípios fundamentais, tendo como finalidades principais a elaboração de uma sociedade mais livre e isonômica, a diminuição da pobreza e da marginalização, a diminuição de desigualdades, a promoção do bem social, sem distinções de origem, raça, sexo, cor etc., conforme elucida o art. 3º da CF/88⁵.

Em resumo, vale dizer que, a partir da promulgação do texto constitucional de 1988, o Brasil passou a se preocupar de modo efetivo com a integração de matérias relativas aos direitos humanos no sistema jurídico, em observância aos debates internacionais sobre a garantia e a efetivação de tais direitos,

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasil, DF: Casa Civil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

possuindo, como um dos exemplos, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁶.

Dessa forma, vale dizer que o presente estudo não possui a pretensão e as condições de se intensificar a respeito das contradições vislumbradas nesse processo histórico, sendo essencial apoiar-se nos doutrinadores supracitados para uma efetiva pesquisa. Pretende-se, nesse breve artigo, apontar que os direitos humanos compreendem uma elaboração social recente, assim como o reconhecimento da categoria de criança e de adolescente, evidenciando-se que o modo como estes eram tratados denotou parte do funcionamento social, em seus variados processos.

Nesse contexto, somente de maneira contemporânea é que as crianças e os adolescentes obtiveram seus direitos respaldados pelo Estado. Por meio da Constituição Federal de 1988, atrelada ao Estatuto da Criança e do Adolescente, é que, segundo Veronese⁷, “[...] estes indivíduos tiveram resguardados e tutelados seus direitos, sendo reconhecidos como, de fato, cidadãos.”

Assim, passou-se a compreender as crianças e os adolescentes mais do que somente como sujeitos de direitos, devendo ser levados em consideração enquanto seres complexos, em observância ao seu desenvolvimento social,

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

⁷ VERONESE, Joseane Rose Petry; DA COSTA, Marli Marlene Moraes. **Violência doméstica**: quando a vítima é criança ou adolescente. 1. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 51.

cultural e político, cabendo a todos os indivíduos atrelados à sua formação prezar pelo seu bem-estar e desenvolvimento.

O texto constitucional deixa nítido que os direitos aferidos à criança e ao adolescente não são exclusivamente de ordem estatal, mas cabem a todos os indivíduos que cercam os menores em sua formação e seu desenvolvimento. Todavia, vale evidenciar que esse texto é atribuído à CF/88 por meio da EC n° 64/2010, que denota um entendimento bem mais moderno da criança e do adolescente como detentores de direitos do que se imaginara. Veja-se:

Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁸

Portanto, a verificação e o reconhecimento de crianças e adolescentes como reais detentores de direitos e titulares de tutelas jurisdicionais são recentes, eivados de introduções e pressões internacionais nesse âmbito. Essa fase determinante da vida, de formação do indivíduo enquanto agente transformador de sua realidade, deve ser analisada de modo completo por todos aqueles que o cercam, garantindo, assim, instrumentos capazes de edificar e maximizar suas potencialidades.

⁸ BRASIL, 1988, n. p.

1.2 A relevância da dignidade da pessoa humana e do afeto na garantia dos direitos humanos

O princípio da dignidade da pessoa humana se compreende como alicerce à sociedade familiar, com fulcro no art. 1º, III da CF/88, sendo classificado nessa categoria por ser reconhecido como um verdadeiro fundamento para os demais. Dessa forma, em conformidade com as lições de Madaleno⁹,

[...] a dignidade humana deve ser compreendida sob o prisma da busca pela defesa intransigente dos componentes que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer à personalização do homem e sua família.

Serejo¹⁰, ao tentar definir o referido princípio, pondera que

O destaque da dignidade humana, em nossa Constituição, como um dos fins do Estado Democrático de Direito, reflete a ideia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão, não só em referência ao Estado, mas também em suas relações pessoais, como o direito de ser reconhecido como pessoa humana. A dignidade é, enfim, o respeito que cada um merece do outro, a começar no seio da própria família, onde a educação deve ser voltada para essa conscientização.

Para tanto, o princípio da dignidade humana detém estreita relação com o Direito Natural, uma vez reconhecido que esse se origina com o ser humano, assim como a dignidade. Logo, todos os indivíduos, ao nascerem, são dotados – de modo

⁹ MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 178.

¹⁰ SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Método, 2004. p. 256.

isonômico – da mesma dignidade; contudo, em período posterior, distinguem-se devido à conjuntura socioeconômica na qual cada pessoa se encontra inserida.

Por essa razão, a dignidade da pessoa humana está para o indivíduo assim como o Direito Natural, isto é, todos nascem com a mesma dignidade, e por esse simples motivo, o Poder Público é responsável por manter a dignidade humana durante toda a existência do indivíduo.

Para que essa finalidade seja alcançada com êxito, o poder estatal elabora leis almejando a manutenção da dignidade humana do indivíduo em toda a sua vida. Em razão disso, no sistema jurídico pátrio, a dignidade humana se demonstra como o mais importante princípio constitucional, sendo imutável.

Nessa acepção, a partir do momento em que o Direito de Família passou a ser observado sob o enfoque da dignidade da pessoa humana, privilegiou-se a valorização de cada componente da família de modo individual, não sendo considerada somente a entidade familiar como um todo, pois o valor essencial das relações familiares passou a ser o alcance da afetividade, e não mais o patrimônio.

Vale frisar que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida de inúmeros modos, tanto pela acepção moral quanto pela política, sendo traduzida, segundo Madaleno¹¹, “[...] no direito de viver em condições, quaisquer que sejam, nas quais o amor-próprio é possível ou pertinente.” Em outras

¹¹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 94.

palavras, o referido autor compreende que a dignidade humana sempre será relacionada a uma vida existente na aceção da expressão enquanto tal.

Desse modo, vale ressaltar que a dignidade humana consiste na essência dos Direitos humanos, tendo em vista que agrega o respeito à diferença, o direito isonômico ao desenvolvimento das potencialidades com ampla autonomia, à efetiva liberdade de expressão, à promoção da igualdade sem a deturpação ou violação do indivíduo, sendo caracterizada por sua relevante capacidade de adaptação às recentes realidades sociais, de modo a inserir novas pautas e promover a efetividade de novos direitos.

Por seu turno, a concepção social do afeto se encontra intimamente ligada à necessidade de um consenso mínimo, pelo qual cada pessoa pode se amparar e constituir um agir mais afetivo, que depreende cuidado no caráter protetor para si e para o próximo, sendo que o referido afeto se intensifica diante da vida, ao ampará-la e expandi-la.

Assim, o afeto pode ser reconhecido como uma necessidade humana que se encontra interligada à dignidade de toda e qualquer pessoa. Nesse sentido, as lições pontuadas por Madaleno¹² elucidam que

[...] a sobrevivência humana também depende muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar a responsabilidade civil pela ausência do afeto.

¹² MADALENO, op. cit., p. 95.

Portanto, resta considerar que o afeto alcançou, no âmbito constitucional contemporâneo, o *status* de valor jurídico, sendo passível de grande importância, especialmente na seara do Direito Civil, onde em vários ramos atua como base para inovações legislativas e jurisprudenciais. Assim, da legitimação de novos modelos familiares até o reconhecimento do abandono afetivo, a valorização do afeto fundada no princípio da dignidade humana modificou intensamente a acepção sobre a qual se observa a família no contexto jurídico, saindo de moldes padronizados para a elevação de temas afetivos à conjuntura das relações familiares.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO

2.1 Conceito de abandono afetivo

O abandono afetivo consiste na ausência de amor, carinho, cuidado e afeto. No entanto, não existe a obrigação jurídica de amar, pois o amor se trata de um sentimento alcançado e conquistado, jamais advindo de uma imposição. Logo, destaca Karam¹³ que “[...] o fato de não sentir afeto por outrem não constitui ato ilícito.”

A definição de abandono afetivo é uma criação meramente doutrinária e, na sociedade atual, as relações familiares

¹³ KARAM, Adriane Leitão. O abandono afetivo de idosos por seus filhos e a indenização por danos morais. **Faculdade Cearense em Revista**, Fortaleza, v. 7, n. 1, 2011. Disponível em: <https://www.faculdaescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020. p. 44.

passaram a ser marcadas pelo vínculo afetivo existente entre seus membros, fato que ganhou destaque no ordenamento jurídico pátrio, tornando-se essencial no âmbito do Direito de Família. O abandono afetivo é compreendido como a indiferença do genitor para com seus filhos, ou ainda, a distinção do tratamento concedido a eles, ainda que se supra toda a necessidade material e educacional da criança ou adolescente.

Nesse sentido, de acordo com os ensinamentos de Nader¹⁴,

O abandono pode se efetivar tanto sob o prisma material, quando o responsável não despense recursos financeiros aptos a prover a subsistência do menor, quanto moral, quando há manifesto rompimento do vínculo afetivo com a criança, não havendo qualquer ato de amor e carinho com o menor. Nesse sentido, verifica-se que o abandono afetivo tem sido utilizado como fundamentação em diversas demandas judiciais, em que se pleiteia a reparação dos danos pela precária assistência psíquica em prol do filho.

Goldenberg e Laranja¹⁵, corroborando com esse entendimento, abalizam que

[...] o abandono afetivo pode ser vivenciado pelos filhos como uma privação de convivência com os pais pela omissão destes, bem como por intrusões excessivas, o que pode desencadear uma série de sequelas psíquicas.

Dessa forma, ressalta-se que o abandono afetivo subsiste

¹⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 109.

¹⁵ GOLDENBERG, Gita; LARANJA, Desirée. **Criança e adolescente.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. p. 200.

na privação do envolvimento dos pais com seus filhos, que, frise-se, poderá proporcionar uma série de danos nocivos ao psíquico do menor.

Lôbo¹⁶ também tece sua definição acerca do tema, aferindo que o abandono afetivo

[...] nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, e seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas.

Nesse sentido, o abandono afetivo consiste na indiferença ou na falta de assistência afetiva de um pai ou de uma mãe para com o filho. Trata-se de um inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade, da ausência de cuidado, zelo e assistência, e também, do amor e do carinho não correspondido pelos pais no desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Essa omissão pode gerar efeitos na personalidade daquele que se sente descuidado, criando “[...] situações de dependência e carência que desenvolvem sentimentos, tais como, de se sentir impotente, ter perdas e ser traído por aqueles que acreditava que iriam cuidá-lo”¹⁷. Quanto à personalidade, essas “[...] situações graves de desatenção e de não-cuidado são relatadas como sentimentos de alienação e perda de identidade”¹⁸.

Dessa forma, a responsabilidade dos pais não se resume

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216.

¹⁷ PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 311.

¹⁸ PEREIRA, op. cit., p. 312.

apenas à subsistência dos filhos; eles também possuem o dever de estar na companhia da criança, de modo a fornecer toda a assistência necessária, inclusive a assistência afetiva, sempre viabilizando a proteção do menor.

No entanto, as lições de Karam¹⁹ pontuam:

[...] verifica-se que o abandono afetivo se compreende em um instituto de difícil definição, sendo também de complexa comprovação, pois, além de a questão ser objeto de resistência por uma elevada parcela de doutrinadores e juristas.

Na resistência ao entendimento mais profundo do alcance dessa espécie de abandono, argui-se que seria impossível considerar o desafeto um ato ilícito, ainda que seja pela própria prole. Contudo, a abrangência do atendimento afetivo vai muito além do desafeto:

[...] não é a falta de amor que gera dano, não é o desamor, por si só, o ato ilícito praticado capaz de gerar o dano moral, mas sim a negativa em desferir amparo, assistência moral e psíquica, é desatender as necessidades em prejuízo da formação de uma criança, é, em muitos casos, desfazer os vínculos de afetividade já estabelecidos, é, por derradeiro, o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar.²⁰

Portanto, para compreender o significado de abandono

¹⁹ KARAM, op. cit., 2011.

²⁰ MONTEMURRO, Danilo. Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 06 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>. Acesso em: 25 mar. 2020, s.p.

afetivo, é preciso analisar que ele está ligado à negligência no dever de cuidar que deveria existir entre os indivíduos nas relações familiares, tendo em vista que o dinheiro não é suficiente para satisfazer a vida de qualquer pessoa, pois há sentimentos que possuem maior relevância, como o afeto, o amor e o cuidado. Assim, o abandono afetivo consiste naquele que acontece quando os pais abandonam seus filhos menores, negando-lhes cuidado e afeto.

2.2 Responsabilidade civil: conceito, espécies e elementos

A responsabilidade civil é reconhecida pela doutrina majoritária como a obrigação do indivíduo de reparar os danos morais ou patrimoniais que, de forma injusta, tenham sido causa, mediante a realização de condutas comissivas ou omissivas que contrariem normas jurídicas – legais ou contratuais – previamente existentes.

Dessa maneira, o referido instituto pode ser compreendido como reflexo jurídico da realização de uma conduta que ignora um dever jurídico primário, ou seja, o dever de cuidado, determinado pelo texto constitucional. Logo, a responsabilidade civil consiste em um dever jurídico qualificado pela obrigação de indenizar a vítima com a finalidade de compensar o dano causado, uma vez que, conforme Cavalieri Filho²¹, “[...] a violação de um dever jurídico originário configura um ilícito,

²¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 198.

surgindo, assim, um novo dever jurídico, especificamente, o de reparar o dano.”

A responsabilidade civil pode ser classificada nas seguintes espécies: subjetiva e objetiva. A subjetiva se define como aquela que pressupõe a existência de culpa *lato sensu*, acarretando, de fato, o dever de indenizar ou compensar o dano causado. O dispositivo 186 do Código Civil²² brasileiro dispõe que “[...] aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Por seu turno, a responsabilidade civil objetiva se trata daquela que dispensa a alegação de culpa, isto é, somente se analisa o dano aferido, o responsável por sua causa e o grau do dano sofrido. Se forem verificados os mencionados elementos, não importa se o indivíduo teve pouca ou elevada intenção em provocar o dano, pois, de qualquer forma, arcará com todos os danos causados.

Sendo assim, observam-se, da definição de responsabilidade civil, três elementos essenciais: a conduta humana, o nexo causal e o dano, os quais devem, rigorosamente, estar preenchidos, de forma cumulativa, para que ela seja reconhecida. Vale fazer uma ressalva em relação à espécie objetiva, que dispensa a existência de dolo ou culpa na

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

conduta do agente em sua caracterização, bastando apenas que se observe o nexo de causalidade e o dano.

Dessa forma, é possível dizer que a conduta humana incide sob a ação ou omissão voluntária realizada por um indivíduo, a qual se caracteriza como ato ilícito e/ou abusivo de direito. Para que seja identificada a conduta humana, demonstra-se essencial a vontade; como exemplo, cita-se a hipótese de um dano provocado por coação física irresistível em que não há conduta voluntária, tampouco responsabilidade, haja vista que o agente não tem interesse de agir, sendo aproveitado como mera ferramenta, de forma distinta da coação moral, em que se age de modo voluntário, pois o indivíduo possui a opção de realizar ou não o ato ilícito, e se realizar, age com vontade própria.

Corroborando o estudo, os ensinamentos de Stoco²³ mostram que

A conduta voluntária é a intenção ou não de praticar a ação ou omissão em si. Por outro lado, na ação culposa ou dolosa, parte do pressuposto de que teve vontade e passa a averiguar a consciência que a pessoa teve ou deve ter em relação às decorrências danosas de seus atos.

A premissa fundamental da conduta humana compreende a voluntariedade, sendo refletida na consciência daquilo que se pratica, ou seja, o ato de ponderar sobre sua ação ou omissão. Por essa razão, o referido elemento é, sobretudo,

²³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 88.

comportamental, pois a consciência não pode se confundir com a intenção de realizar o dano, sendo que esse fato é o próprio dolo, elemento que pode ou não ser atribuído à conduta humana.

Por sua vez, o nexo de causalidade, nos dizeres de Cavalieri Filho²⁴, “[...] é o vínculo, a ligação, ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.” Desse modo, demonstra-se essencial observar a forma praticada pelo agente para se vislumbrar se perpetrou as ações ou omissões capazes de gerar o dano sofrido pela vítima. Em virtude disso, o nexo de causalidade pode ser definido como a ligação entre uma conduta e um resultado.

A fim de verificar o nexo de causalidade, a causa deverá ser habilitada a gerar o resultado e, dessa forma, haverá somente uma relação de causalidade determinante entre o fato e o dano. Ou seja, somente se considera como causa do dano aquela que teve a premissa de produzi-lo. Segundo Pereira²⁵, a observância depende, claramente, de um juízo de expurgo do juiz

[...] a partir da análise das circunstâncias do caso concreto para evidenciar, entre todos os antecedentes, qual foi a causalidade adequada, qual seja, aquela que estava em condições de produzir o prejuízo.

²⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 199.

²⁵ PEREIRA, Tânia da Silva. Proteção dos idosos. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 357.

Sendo assim, o maior obstáculo encontrado pela doutrina e pela jurisprudência nacional é observar quando, de fato, tais critérios são apresentados em cada caso. Em suma, o desafio consiste na complexidade de se observar, em cada caso, quais são as causas responsáveis pelo prejuízo. A referida complexidade, sobretudo, origina-se quando a conduta aparente se mostra capaz de provocar o dano.

Por seu turno, o dano também se constitui um elemento fundamental da responsabilidade civil, não tendo que se falar em indenização ou compensação sem a observância de um efeito danoso. Nessa perspectiva, as lições de Stoco²⁶ apontam que “[...] o dano traduz unidade e sentido de diminuição ou detrimento de um patrimônio ou ofensa a um bem jurídico protegido.”

Cavaliere Filho²⁷ refere-se à inafastabilidade do dano nas seguintes premissas:

Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. [...] Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.

Dessa maneira, grande parcela da doutrina nacional afirma que o dano, quanto à natureza do bem lesado, pode ser

²⁶ STOCO, op. cit., p. 89.

²⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 200.

classificado em material (patrimonial), moral (extrapatrimonial) e estético. O dano material caracteriza-se na redução do patrimônio da vítima, podendo ocorrer no tocante ao patrimônio existente ou àquele que seria obtido pela vítima futuramente, deixando, notadamente, de lucrar.

É possível asseverar que os danos patrimoniais se relacionam aos prejuízos que alcançam os bens patrimoniais da vítima, podendo ser corpóreos (móveis e imóveis) e incorpóreos, como é o caso dos danos relativos ao direito de crédito. Com o dano, ocorre a efetiva redução do patrimônio da vítima; nesse caso, o dano patrimonial, por viabilizar a sua quantificação, pode ser reparado em quantia compatível com a extensão de seus efeitos ou por meio de um equivalente para que ocorra a reparação do dano e a restituição da vítima à situação anterior.

Em contrapartida, os danos extrapatrimoniais consistem na violação aos direitos de personalidade, inerentes à condição humana, com fulcro no art. 5º da CF/88, uma vez que o mencionado diploma viabilizou a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de cada indivíduo, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, que se compreende na base do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, determinou-se, em caso de violação, a sua completa reparação por meio da indenização pelos danos morais sofridos.

Em se tratando do dano estético, apesar de não possuir relação com o abandono afetivo, vale evidenciar que ele encontra fulcro recente na legislação brasileira, sendo, anteriormente,

parte inserida no direito moral, assim como no dano material. A referida espécie pode ser vislumbrada em casos concretos, sobretudo, aqueles relativos ao corpo de alguma pessoa.

Portanto, no que diz respeito ao abandono afetivo, a reparação sempre deverá ser analisada de forma proporcional ao dano. Assim, a indenização poderá servir para a reparação do *status quo ante*, isto é, a reparação tem como finalidade suavizar, de algum modo, o dano sofrido pelo indivíduo, não viabilizando seu enriquecimento.

2.3 Possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo

Com o decorrer das décadas, o dano moral passou a ser regulado pelo Direito brasileiro em razão da necessidade que o ser humano sentia de ser devidamente reparado pelo acometimento de dano moral. Na seara das relações afetivas, também se apresentam situações propiciadoras do dano moral, o que é muito complexo, uma vez que ocorre entre os componentes familiares, podendo acarretar dano ainda mais grave.

Na ocasião específica do tema abordado neste artigo, não se está diante de um dano material – aquele dano que alcança, de modo direto, o patrimônio do indivíduo –, mas de um caso de dano moral ou imaterial, pois o mesmo é caracterizado pelo dano que não pode ser medido ou avaliado para finalidades econômicas, alcançando o interior e o psicológico da vítima.

Como já exposto anteriormente, constitui dever dos genitores apoiar e amparar os filhos menores, garantindo-lhes seu sustento, seu lazer, uma vida digna e, sobretudo, auxílio econômico e emocional. Assim, quando verificada a omissão do referido suporte por parte dos genitores, encontra-se configurado o ato ilícito conformado ao dano moral.

Nesse sentido, as lições de Dias *et al.*²⁸ aduzem que o dano moral consiste, em última análise,

Em uma violação à dignidade humana, a um princípio constitucional. Normalmente, o que fere a nossa dignidade é a humilhação, o constrangimento, a ofensa, a mágoa, e quando a jurisprudência optou por fazer decorrer o dano moral desses sentimentos, acertou acerca de sua real natureza jurídica.

Vale dizer que, nos casos de abandono afetivo, o substancial argumento jurídico a favor da admissibilidade da reparação por danos morais seria a classificação da hipótese no dispositivo 186 do Código Civil, o qual determina: “[...] aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”²⁹ Assim, o ato ilícito, nessa situação, estaria configurado pela violação dos deveres de cuidar e prover assistência moral a pessoa idosa, assegurados no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁸ DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 132.

²⁹ BRASIL, *op. cit.*, n.p.

Em se tratando do Direito de Família contemporâneo, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais, bem como a valorização do afeto e da solidariedade que passou a existir nas relações familiares, originou-se a necessidade de se exigir responsabilidade entre os componentes da família no tocante aos atos realizados uns com os outros, “[...] visivelmente no que se refere ao dano moral.”³⁰

Segundo os ensinamentos transmitidos por Almeida e Rodrigues³¹, é possível afirmar que

[...] em razão da ampla aplicação da responsabilidade civil no ordenamento jurídico, o instituto tem sofrido constante evolução, sendo que um dos maiores desafios se encontra na elucidação de quais casos realmente são passíveis de indenização.

Os referidos autores ponderam que, em face desse contexto de difícil verificação, encontram-se os debates pertinentes às relações familiares. Nessa perspectiva, juntamente com a admissão do instituto do dano moral no Brasil, passou-se a debater sua possibilidade de caracterização. Sobre isso, Cardin³² assevera:

Evidencia-se que a família não pode ser vista como instituto alheio ao Estado de Direito, onde se suspendem garantias individuais, daí

³⁰ CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. p. 69. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³¹ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. *E-book*. p. 125. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 16 mar. 2020.

³² CARDIN, op. cit., p. 70.

por que se deve reconhecer a aplicação das normas gerais da responsabilidade civil quando um membro da família, através de ato ilícito, atinge um legítimo interesse extrapatrimonial do outro familiar.

Dessa maneira, a indenização por dano afetivo não consiste em uma imposição de amar, pois um artigo legal não compreende a obrigação de amar, mas sim um imperativo judicial para a elaboração do afeto, em relacionamentos nos quais a afetividade seja intrínseca, pois, de acordo com Pereira³³, “O afeto só é possível por meio da convivência.”

Em que pese o afeto não possa ser imposto, tramita, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei (PL 3212/15) que transforma o abandono afetivo da prole em ilícito civil com a consequente suscetibilidade de condenação por dano moral. Se aprovado, o projeto não retira a possibilidade de que o

[...] afeto pode até ser opção do pai ou da mãe com relação ao filho, mas o cuidado e a assistência são obrigatórios por força de lei, sob pena do infrator ter de pagar indenização por sua inobservância.³⁴

Conforme a doutrina de Tartuce³⁵, “[...] não restam dúvidas que a afetividade seja um princípio jurídico do Direito de Família.” Mediante a afirmação dos autores supracitados, ainda que não exista previsão expressa no ordenamento vigente, é

³³ PEREIRA, op. cit., p. 220.

³⁴ NASCIMENTO, Gisele. Abandono afetivo do filho pode gerar dano moral.

Migalhas, [s. l.], 01 ago. 2017. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/262951/abandono-afetivo-do-filho-pode-gerar-dano-moral>. Acesso em: 27 mar. 2020.

³⁵ TARTUCE, Flavio. **Direito civil: direito de família**. São Paulo: Método, 2009. p. 25.

essencial que os juristas demonstrem, em suas decisões, que a afetividade é, de fato, um princípio no ordenamento jurídico brasileiro. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu no Resp nº 1.159.242 - SP³⁶ que “[...] existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social”, decidindo pela admissibilidade de dano moral oriundo de abandono afetivo.

Verifica-se que o Direito de Família, ainda que seja um ramo mais complexo e delicado de se lidar em razão de suas especificidades e dos sentimentos que abarca, não pode ser privado da indenização por danos morais, tendo em vista que os elementos ensejadores da reparação civil também se apresentam nas relações familiares.

Portanto, embora não exista disposição legal no Estatuto da Criança e do Adolescente no tocante à possibilidade de reparação por danos morais no abandono afetivo, inúmeros doutrinadores compreendem que a dor e os prejuízos causados pelo abandono influenciam de modo intenso o comportamento do indivíduo, sendo reputados como dano moral, com fulcro no texto constitucional de 1988.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 24 de abril de 2012. **Diário de Justiça**: 10 de maio de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=RECURSO+ESPECIAL+N%C2%BA+1.159.242+-+SP>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da realização do presente estudo, observou-se que o advento do texto constitucional de 1988 estabeleceu um dos princípios mais importantes que se conhece: o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir do referido período, passou-se a valorizar muito mais o ser humano, uma vez que o Direito se encontra em uma busca constante por garantias e proteção à sociedade, valendo-se de instrumentos que possibilitem o alcance de tais objetivos, como é o caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, que constitui um microsistema jurídico cujo objetivo é amparar e tutelar os direitos fundamentais da criança e do adolescente no Brasil.

Verificou-se que, para enfrentar o emblema da violação de direitos humanos da criança e do adolescente, requer-se uma intensa articulação de análise sobre como a sociedade atua e sobre suas premissas ideopolíticas que justifiquem as decisões tomadas na construção e na execução de políticas públicas. Notou-se, também, que os direitos aferidos ao indivíduo independem de capacidade, caráter ou preferências individuais – sejam elas de cunho religioso, partidário ou de qualquer outra espécie –, e são reflexos de uma gradativa evolução histórica.

O estudo trouxe, ainda algumas ponderações sobre a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil ao abandono afetivo, sendo apresentada a sucinta abordagem que o tema tem alcançado na doutrina e na jurisprudência nacional. Assim, são inúmeros os enfoques utilizados por aqueles que

almejam abordar o assunto. Restou evidente que toda atividade reflexiva na seara jurídica, contudo, não dá importância e atenção aos elementos técnicos capazes de conduzir o referido instituto.

Em suma, o estudo demonstrou a indiscutível possibilidade de o abandono afetivo ser a causa de danos que podem acarretar o dever reparatório, por meio da aplicação das normas básicas da responsabilidade civil. O que não se demonstra razoável, conforme exposto, é o conflito existente entre deveres jurídicos e morais. A condenação dos genitores não visa reaproximá-los da prole, pois quando ela intenta a reparação, resta claro que a reaproximação já foi descartada e que o dano já é sentido, buscando-se tão somente a compensação. A negativa em aplicar a responsabilidade civil nesses casos também não tem o condão de reaproximá-los, tampouco repara o dano causado pelo abandono.

Assim, demonstra-se incorreto que o Poder Judiciário decida de modo distinto da legislação, cabendo ao magistrado aplicar a norma, respeitando as premissas legais, principalmente quando se deparar com casos nos quais o legislador se utiliza de cláusulas abertas ou definições jurídicas indeterminadas. Para tanto, essa modalidade de técnica legislativa, ou ainda, o conjunto de princípios que norteia o sistema jurídico nacional, não serve à deturpação do provimento jurisdicional, fazendo do magistrado um verdadeiro legislador.

Desse modo, observou-se que a responsabilidade civil, assim como todas as matérias que norteiam o ordenamento

jurídico nacional, deve se pautar em nível mínimo de objetividade, a fim de presumir deveres, sobretudo aqueles atrelados a emoções e sentimentos, sem se atentar à demonstração efetiva do desrespeito a deveres jurídicos previstos na legislação, implicando um perigoso exercício hermenêutico que pode trazer à tona a acepção de justiça em uma conjuntura ideologizada e muito subjetiva.

Portanto, em função da gravidade da conduta de descumprimento de deveres relativos ao poder familiar e seus reflexos, o sistema jurídico pátrio determinou sanções para os pais que abandonam seus filhos, estabelecendo, em último caso, a suspensão ou a destituição do pátrio poder. Contudo, tais diligências não afastam a reparação de danos, sendo possível a aplicação do instituto da responsabilidade civil às relações familiares.

Dentro do contexto apresentado, cumpre salientar que o presente trabalho não obteve a pretensão de esgotar o assunto, mas tocar em aspectos relevantes da matéria, de modo a iniciar um debate e contribuir para a formação de uma consciência sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil:** famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Casa Civil, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1990. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.159.242 – SP. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 24 de abril de 2012. **Diário de Justiça**: 10 de maio de 2012. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=RECURSO+ESPECIAL+N%C2%BA+1.159.242+-+SP>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei 3212/2015**. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para caracterizar o abandono afetivo como ilícito civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1999535>. Acesso em: 16 mar. 2020.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Conselho da Justiça Federal. **Revista das jornadas do CJF: direito civil, direito comercial, direito processual civil, prevenção e solução extrajudicial de litígios**, Brasília, 2018. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 02 mar. 2020.

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

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliane Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins. **Afeto e estruturas familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Direito constitucional: instituições de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

GOLDENBERG, Gita; LARANJA, Desirée. **Criança e adolescente**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

KARAM, Adriane Leitão. O abandono afetivo de idosos por seus filhos e a indenização por danos morais. **Faculdade Cearense em Revista**, Fortaleza, v. 7, n. 1, 2014. Disponível em: <https://www.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo1.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Manual de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MONTEMURRO, Danilo. Amor não é obrigatório, mas abandono afetivo de criança gera dano moral. **Consultório Jurídico**, [s. l.], 06 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/amor-nao-obrigatorio-abandono-afetivo-gera-dano-moral>. Acesso em: 25 mar. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NASCIMENTO, Gisele. Abandono afetivo do filho pode gerar dano moral. **Migalhas**, [s. l.], 01 ago. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/262951/abandono-afetivo-do-filho-pode-gerar-dano-moral>. Acesso em: 27 mar. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. Proteção dos idosos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Método, 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil**: direito de família. São Paulo: Método, 2009.

TRINDADE, José Damião de Lima. **Os direitos humanos na perspectiva de Marx e Engels**: emancipação política e emancipação humana. São Paulo: Alfa-Ômega. 2011.

VERONESE, Joseane Rose Petry; DA COSTA, Marli Marlene Moraes. **Violência doméstica**: quando a vítima é criança ou adolescente. 1. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

O livro **Estudos contemporâneos sobre a Responsabilidade Civil no Brasil** foi cuidadosamente elaborado pelos professores e acadêmicos da UEMS Unidade de Naviraí e convidados, abordando vários aspectos jurídicos do Direito Privado brasileiro.

Nesta obra, os autores buscam compatibilizar a cultura jurídica aos elementos do cotidiano, adequando os princípios civilistas a uma visão englobadora da dignidade humana. Os esforços somados apresentam aos leitores uma obra didática e com alta densidade argumentativa.