

Responsabilidade Civil





ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Diretor

Desembargador Fernando Antonio Maia da Cunha

Vice-Diretor

Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Itamar Gaino

Desembargador Antonio Carlos Villen

Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez

Desembargador Luiz Augusto de Siqueira

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

Desembargadora Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida

Desembargador Claudio Luiz Bueno de Godoy

Coordenador da Biblioteca e Revistas

Desembargador Wanderley José Federighi

Coordenadores da obra

Juiz Alexandre Dartanhan de Mello Guerra

Juiz Marcelo Benacchio

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Marcelo Benacchio
(Coordenadores)

Responsabilidade Civil

Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2015

Coordenação

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Marcelo Benacchio

Coordenação editorial

Marcelo Alexandre Barbosa

Capa

EPM

Editoração, CTP, impressão e acabamento
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.

Revisão

Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.
Yara Cristina Marcondes

Tiragem

3.200 exemplares

Responsabilidade civil / coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra,
Marcelo Benacchio. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

Vários autores.

ISBN 978-85-8191-054-3

1. Responsabilidade civil - Brasil 2. Direito civil - Brasil I. Guerra, Alexandre
Dartanhan de Mello II. Benacchio, Marcelo.

CDU-347.51 (81)

Ficha catalográfica elaborada pelo Serviço de Acervo da
Biblioteca da Escola Paulista da Magistratura.
Bibliotecária: Cleuza Alexandre dos Santos - CRB 8/5303



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º, 2º, 3º e 4º andares
01301-100 / São Paulo - SP
Fones: (11) 3255-0815 / 3257-8954
www.epm.tjsp.jus.br / imprensaepm@tjsp.jus.br

Sumário

Apresentação	
<i>Fernando Antonio Maia da Cunha</i>	7
A perspectiva histórica da responsabilidade civil	
<i>Wendell Lopes Barbosa de Souza</i>	9
Imputação da responsabilidade civil: responsabilidade objetiva e subjetiva	
<i>Luciana Carone Nucci Eugenio Mahuad</i>	
<i>Cassio Mahuad</i>	33
Responsabilidade civil contratual e extracontratual. A culpa e a responsabilidade civil contratual	
<i>Maria Cristina de Almeida Bacarim</i>	83
Responsabilidade civil pré-contratual	
<i>Mario Sérgio Menezes</i>	101
Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual)	
<i>Paulo Jorge Scartezzini Guimarães</i>	129
Responsabilidade civil por ato lícito	
<i>Paulo Rogério Bonini</i>	159
O dano na responsabilidade civil	
<i>Ralpho Waldo de Barros Monteiro Filho</i>	
<i>Renata Pinto Lima Zanetta</i>	183
Algumas considerações acerca da relação de causalidade na responsabilidade civil	
<i>Marcelo Benacchio</i>	209
Responsabilidade civil do incapaz. As relações contratuais de fato	
<i>Ana Lúcia Granziol</i>	237

Responsabilidade civil pela perda de uma chance <i>Paulo Henrique Ribeiro Garcia</i>	
<i>Théo Assuar Gragnano</i>	273
Responsabilidade civil por abuso do direito <i>Alexandre Dartanhan de Mello Guerra.....</i>	299
Responsabilidade civil contratual e o Direito Norte-Americano <i>Roque Antonio Mesquita de Oliveira</i>	321
A responsabilidade civil sob o aspecto econômico <i>Marcelo Barbosa Sacramone</i>	
<i>Renata Mota Maciel Madeira Dezem</i>	331
Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil <i>Wendell Lopes Barbosa de Souza.....</i>	351
Responsabilidade civil pelo abandono afetivo <i>Fábio Calheiros do Nascimento.....</i>	373
Responsabilidade civil na imprensa <i>Carolina Nabarro Munhoz Rossi</i>	413
Responsabilidade civil do Estado <i>Luís Felipe Ferrari Bedendi.....</i>	439
Responsabilidade civil e serviços públicos; um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade <i>Ana Rita de Figueiredo Nery.....</i>	465

Apresentação

Fui honrado com a missão de apresentar a presente obra coletiva sobre Responsabilidade Civil, fruto dos trabalhos do Núcleo de Estudos em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura.

Antes de tudo, é preciso lembrar que a honra de apresentar esta obra se dá em virtude do exercício do cargo de diretor da EPM. E, por uma questão de justiça, é preciso dividi-la com o Conselho Consultivo e de Programas, cujo apoio e estímulo foram determinantes para o redirecionamento das atividades acadêmicas voltadas à divulgação dos formidáveis conhecimentos jurídicos dos magistrados que conseguem dedicar seu tempo extra ao estudo e à pesquisa doutrinária.

A revista “Cadernos Jurídicos” da Escola Paulista da Magistratura passou a publicar artigos doutrinários temáticos e, nesta linha, já foram lançadas edições sobre os temas “Saúde”, “Direito Urbanístico”, “Violência Doméstica”, “Direito Empresarial” e “Direito Constitucional”.

No entanto, pela primeira vez, a Escola tem o privilégio e a alegria de lançar um livro por iniciativa própria, sem o concurso de uma editora, composto exclusivamente por trabalhos de magistrados.

Não há muito a dizer em relação ao conhecimento jurídico dos autores que, há pouco tempo, participaram da edição da obra coletiva “Negócio Jurídico”, publicada pela Quartier Latin, e que se deu como resultado do mesmo Núcleo de Estudos de Direito Civil, também no âmbito da EPM.

Mas não é demais enfatizar que os juízes e juízas que escreveram os artigos que ilustram esta edição são profundos conhecedores do Direito Civil. Os textos traduzem a consideração doutrinária sobre aspectos controvertidos da Responsabilidade Civil, envolvendo não só as variadas e complexas relações da vida civil em sociedade, mas também as suas relações com o Estado, seus deveres e obrigações.

Em nome da Diretoria e do Conselho Consultivo e de Programas da EPM, com sincero e renovado orgulho, cumprimento os autores e apresento esta coletânea de artigos de Direito Civil, esperando que possa servir para a reflexão dos magistrados, estudantes e outros profissionais que atuam na tormentosa área da Responsabilidade Civil.

*Fernando Antonio Maia da Cunha
Diretor da EPM*

A perspectiva histórica da responsabilidade civil¹

Wendell Lopes Barbosa de Souza²
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. A veemência da evolução do instituto. 2. A vingança pela vingança nos primórdios da humanidade. 3. O regramento estatal da vingança. 4. A composição voluntária a critério da vítima, ainda com fulcro na vingança. 5. A composição obrigatória e tarifada da Lei das XII Tábuas, abolindo-se a vingança. 6. Delitos e ações privadas e públicas no período romano. 7. A Lei Aquilia – resquício da culpa e da generalização do princípio indenizatório. 8. Da responsabilidade pessoal à patrimonial. 9. A Idade Média e o Direito Canônico. 10. O Código Napoleão – a consagração da culpa. 11. A constatação da deficiência da teoria subjetiva. 12. A busca por soluções alternativas ao problema revelado pela dificuldade na prova da culpa. 13. A responsabilidade objetiva fundada na doutrina do risco. Bibliografia.

1. A veemência da evolução do instituto

A questão indenizatória passou por diversas e radicais modificações ao longo de milhares de anos, durante toda a existência da raça humana, desde os seus primórdios até os dias que correm, e ainda hoje se afirma que a “teoria da responsabilidade civil não terminou sua evolução”.³

¹ Capítulo extraído da dissertação de mestrado apresentada pelo autor na PUC/SP intitulada “A responsabilidade civil objetiva genérica fundada na atividade de risco”, publicada pela Editora Atlas no ano de 2010.

² Titular da 3ª Vara de Família e Sucessões Central da Capital, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIFIEO, Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura, Mestre em Direito Civil e Doutor em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, estudante do programa *visiting scholar* da *Fordham University* de Nova Iorque e participante do curso sobre os recentes desenvolvimentos do Direito Americano em julho de 2012 - email: wlopesbarbosadesouza@yahoo.com.br.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. VIII.

Isso porque “o instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização”⁴, devendo ser:

Dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes⁵.

Louis Josserand chega mesmo a afirmar que a palavra “evolução” expressa palidamente o desenvolvimento do instituto, podendo-se falar em verdadeira “revolução”, porquanto rápida e fulminante a chegada da responsabilidade civil a novos destinos.⁶

Destarte, somente uma acurada análise da história da responsabilidade civil permite visualizar como evoluiu dos tempos em que a culpa sequer era conhecida, passando por um período em que se apresentou como elemento fundamental, até sua mitigação, hoje concorrendo em menor escala com a teoria objetiva.

E, com certeza, ainda não se vislumbram contornos definitivos para o instituto, sendo um daqueles – senão aquele – que mais se desenvolveu no passo da humanidade, estando em plena ebullição doutrinária e jurisprudencial.

Para exemplificar o quanto vertiginosa foi a evolução da responsabilidade civil, verifica-se que o ministro Orosimbo Nonato fez referência, em sua doutrina, à moderna teoria da culpa – que hoje, passados poucos 50 anos, já se pode dizer ultrapassada.⁷

O exame dessa vertiginosa evolução é que terá lugar a seguir, iniciando-se lá pelos denominados “tempos das cavernas”.

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

⁵ Ibidem, p. 25.

⁶ Evolução da responsabilidade civil. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, São Paulo, n. 456, p. 548, jun. 1941.

⁷ *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 56.

2. A vingança pela vingança nos primórdios da humanidade

Nos tempos iniciais da raça humana, o dano não era contemplado pelo direito, não se cogitava de culpa e o agredido voltava-se diretamente contra o agressor sem perquirição de qualquer natureza sobre como teria se verificado o infortúnio.

A vida selvagem não dava margem a qualquer formalidade para que a vítima reagisse contra o agente causador do prejuízo. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido, dominando, então, a vingança privada, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves.⁸

Era a reparação do mal pelo mal, no que se estava falando em pura vingança da vítima contra o ofensor pelo prejuízo ocasionado, sem que se cogitasse de qualquer noção sobre culpa ou resarcimento, “no golpe pelo golpe”, como noticiou Wilson Melo da Silva, anotando que este foi o “primeiro estágio ou a primeira forma de desagravo no seio dos homens primitivos”.⁹

3. O regramento estatal da vingança

Posteriormente, a mesma vingança, antes despregrada, passou ao domínio jurídico, sendo permitida ou proibida e executada segundo as condições estabelecidas pela decisão do poder público.

Era a pena de talião: *olho por olho, dente por dente*, sendo buscada unicamente a imposição de dor para o agente provocador do dano.

Colhe-se do vocabulário jurídico De Plácido e Silva:

Do latim *talio, taliones*, é a designação atribuída à pena que consiste em aplicar ao delinqüente um dano igual ao que ocasionou. A pena de talião tem assento na própria *Bíblia*, conforme se inscreve no Cap. XXI do *Êxodo*, versículos 23 a 25: se houver morte, então darás vida por vida. Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.¹¹

⁸ Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 56.

⁹ Responsabilidade sem culpa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 15.

¹⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 751.

¹¹ Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 1360.

Segundo José Acir Lessa Giordani, já as “legislações mais antigas, como o Código de Hammurabi (2050 a.C.) e o Código de Manu (século XIII a.C.), previam sanções baseadas na Lei do Talião, estabelecendo que o lesado pudesse causar o mesmo mal ao agente responsável”.¹²

Para Giselda Hironaka, o denominado período do talião mostra-se como uma compreensão da justiça baseada na vingança presente em praticamente todos os povos do Mundo Antigo, antes do advento da civilização grega.¹³

Tinha-se, então, nesse período, o domínio estatal da vingança, decidindo o poder público quando e como ela teria cabimento, apenas executando-se pelas mãos da vítima.

4. A composição voluntária a critério da vítima, ainda com fulcro na vingança

“A vindita, porém, gera a vindita”, nas palavras de Wilson Melo da Silva, motivo pelo qual, ficando mais experimentado o homem, acabou por descobrir que seu sentimento de vingança às vezes também se aplaca pela compensação econômica, em substituição à dor, que, no período anterior, o agente deveria suportar pela produção do dano.¹⁴

Assim foi que, num estágio posterior, no período da composição voluntária, o prejuízo dá lugar ao recebimento de vantagens devidas pelo agressor, a critério da vítima: o ouro pode substituir o sangue.¹⁵

A entrega de objetos ou uma soma em dinheiro do agente causador do dano para a vítima denomina-se *poena*, não restando qualquer dúvida quanto ao fato de a reparação ainda ter como lastro a vingança.¹⁶

Frise-se: subsiste a vindita como fundamento do resarcimento, de sorte que ainda não se cogita de culpa ou de não culpa, pois quem se vinga a isto não se atém.¹⁷

¹² A responsabilidade civil objetiva genérica - no código civil de 2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5.

¹³ Responsabilidade pressuposta. p. 45.

¹⁴ Responsabilidade sem culpa. p. 15.

¹⁵ LOUIS-LUCAS, Volunté et cause, p. 22, 1918, apud SILVA, Wilson Melo da, *Responsabilidade sem culpa*, p. 15.

¹⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20.

¹⁷ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. p. 15.

5. A composição obrigatória e tarifada da Lei das XII Tábuas, abolindo-se a vingança

Cronologicamente caminhando, reconhecendo-se o inconveniente da composição a critério único e exclusivo da vítima, chega-se ao período da composição tarifada, regrada pelo poder público, nos termos da Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., que fixava, para cada caso concreto, o valor da pena a ser paga pelo ofensor, representando a reação contra a vingança privada, que é, assim, substituída e abolida pela composição obrigatória.¹⁸ Nesse sentido, Wilson Melo da Silva assevera que:

É quando, então, o ofensor paga um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarificações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidente do trabalho¹⁹.

Foi quando se obrigou, por exemplo, o desembolso de uns tantos ou quantos *sestércios* àquele que viesse a fraturar os ossos a um homem livre, nos termos da Tábua VIII, nº 3, da Lei das XII Tábuas.²⁰ Nota-se que, nesse período em que as indenizações eram tarifadas, se pagava uma pré-determinada quantia pelo dano ocasionado, com previsão de casos concretos, sem que existisse um princípio geral de responsabilidade civil.²¹

6. Delitos e ações privadas e públicas no período romano²²

A partir daí, ingressa-se no período romano, momento em que se ensaiaria a distinção entre a indenização civil e a pena criminal, por

¹⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 21.

¹⁹ SILVA, Wilson Melo da, Responsabilidade sem culpa e socialização do risco, Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 40, apud GONÇALVES, Carlos Roberto, *Responsabilidade civil*, p. 4-5.

²⁰ ARIAS, José. *Manual de derecho romano*, Buenos Aires: Kraft, p. 574, apud SILVA, Wilson Melo da, *Responsabilidade sem culpa*, p. 16.

²¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 21.

²² “Na classificação quadripartida adotada por Justiniano, as obrigações provenham do contrato, do quase-contrato, do delito e do quase-delito. Particularmente a este trabalho, interessam o delito e o quase-delito, eis que davam origem à obrigação extracontratual, âmbito do presente estudo. Os delitos se constituíam nos ilícitos praticados dolosamente, enquanto os quase-delitos eram os ilícitos praticados culposamente”. (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 36-38.).

meio, respectivamente, da separação entre os delitos privados (ofensa contra a pessoa ou contra os bens desta, com o recolhimento da sanção econômica em favor da vítima) e os delitos públicos (ofensa contra os interesses do Estado, para os quais a sanção imposta ao agente causador do dano deveria ser recolhida aos cofres públicos).

Assim, no mesmo instante em que o Estado avocou a função de punir, desenvolvendo-a com exclusividade e subtraindo da vítima a possibilidade da vingança pelas próprias mãos, conferiu a esta o direito da ação indenizatória civil, iniciando uma pálida distinção, ainda não de forma clara²³, dos conceitos de responsabilidade penal (atribuição do Estado) e responsabilidade civil (direito indenizatório da vítima).

Ressalte-se a seguinte opinião de John Gilissen, de que “apesar do desenvolvimento da responsabilidade individual no domínio penal no final da Idade Média e na época moderna, a responsabilidade puramente civil não surge senão no século XVIII”.²⁴

Nesse sentido, a opinião de Cunha Gonçalves, citado por Carlos Roberto Gonçalves, de que, entre os romanos, não havia nenhuma distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano.²⁵

Ocorre que esse direito indenizatório da vítima ainda se exercia de maneira tarifada, sob os auspícios da Lei das XII Tábuas, que, repita-se, previa certas e determinadas situações concretas de atos ilícitos e fixava as respectivas quantias devidas pelo agente delituoso, sem que houvesse integral e efetiva reparação do dano, por vezes ficando aquém e por vezes indo além do mal causado.

7. A Lei Aquilia – resquício da culpa e da generalização do princípio indenizatório

Após esse contexto da tarifação indenizatória, surge, provavelmente no século III a.C.²⁶, a Lei Aquilia²⁷, revelando sua importância o

²³ “O direito romano, entretanto, jamais chegou a separar a indenização do primitivo conceito de pena” (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 27).

²⁴ Introdução histórica ao direito. p. 752.

²⁵ GONÇALVES, Cunha, *Tratado de direito civil*, v. 12, t. 12, p. 456 e 563, apud GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro*, p. 23.

²⁶ GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica* - no Código Civil de 2002. p. 6.

²⁷ “Assim batizada por ser resultado de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquílio” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 4.).

fato de o direito romano ter construído sob seus ditames a estrutura jurídica da responsabilidade extracontratual, por produção de sua jurisprudência e dos pretores²⁸, não fosse só a circunstância de o diploma ter originado a expressão *responsabilidade aquiliana*, consagrada até os dias de hoje e provavelmente para sempre.

Para Giselda Hironaka, “a concepção da casualidade fundamental do dano é uma criação, sem dúvida, da *lex Aquilia*”.²⁹

A Lei Aquilia, embora não sistematizando a matéria, já esboçava um princípio de generalização com relação à reparação civil do dano, regulando o *damnum injuria datum*, que constituía seu último capítulo e parte mais importante, tendo proporcionado que os jurisconsultos do período clássico construissem a verdadeira doutrina romana da responsabilidade civil extracontratual.

Segundo Alvino Lima, “o *damnum injuria datum* consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpori*, sem direito ou escusa legal (*injuria*)”.³⁰

A reparação pecuniária pelo dano causado levava em conta o valor da coisa nos 30 dias anteriores ao delito, atendendo ao seu valor venal, também de acordo com Alvino Lima, completando que:

Concedida, a princípio, somente ao proprietário da coisa lesada, é, mais tarde, por influência da jurisprudência, concedida aos titulares de direitos reais e aos possuidores, como a certos detentores, assim como aos peregrinos; estendera-se também aos casos de ferimentos em homens livres, quando a lei se referia às coisas e ao escravo, assim como às coisas imóveis³¹.

Percebe-se, claramente, a preocupação em se estabelecer indenizações que viessem a indenizar **efetivamente** a vítima do evento danoso, resarcindo-a integralmente pelo seu prejuízo, recebendo quantia que não ficasse aquém e não fosse além do seu desfalque patrimonial.

²⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 21.

²⁹ *Responsabilidade pressuposta*. p. 56.

³⁰ *Culpa e risco*. p. 22.

³¹ *Culpa e risco*. p. 22-23.

³² *Responsabilidade pressuposta*. p. 57.

Vale a menção de Giselda Hironaka de que, em 81 a.C. – quase dois séculos depois da lex Aquilia, portanto – surge a lex Cornelia, que, seguindo os parâmetros da sua predecessora, vem apenas acrescentar novos casos de reparação de danos corporais ou à honra.³²

Divergem os juristas sobre se a Lei Aquilia teria introduzido a culpa como elemento indispensável ao direito indenizatório. Parte deles, entre os quais o professor Emillio Betti³³, da Universidade de Roma, afirma que o referido diploma legislativo a previa como pressuposto para a caracterização do delito. Outra parte a nega por completo no texto do mencionado diploma legal, sustentando que o dever de indenizar no direito romano repousava apenas na noção de dano, sendo que a culpa levíssima prevista na Lei Aquilia significava apenas o fundamento de uma sanção penal.

Para Carlos Roberto Gonçalves, concordando com a conclusão de Wilson Melo da Silva, malgrado a incerteza que ainda persiste sobre se a injúria a que se referia a *Lex Aquilia damnum* *injuria datum* consistia no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria Lei Aquilia, o que justificou algumas passagens famosas, como *in Lege Aquilia levissima culpa venit*.³⁴

Essa, então, uma das evoluções encontradas, no campo da responsabilidade civil, nos tempos romanos, isto é, o início da introdução da ideia da culpa³⁵ para a verificação do ilícito indenizável, noção que ingressou pelos tempos medievais, chegando até a França do século XIX, e daí para todo o mundo do século XX, perdurando até hoje.³⁶

8. Da responsabilidade pessoal à patrimonial

Necessário que se faça uma pausa para mencionar uma outra fundamental evolução, também no tema da responsabilidade civil, verificando-se na forma como se dava o pagamento indenizatório.

³² *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006. p. 420-421.

³⁴ SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa e socialização do risco, Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962, p. 46, apud GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade Civil, p. 5.

³⁵ “Idéia esta de culpa proveniente do pensamento dos grandes filósofos gregos”. (SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. p. 17.).

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 6.

Nesse sentido, com relação ao modo de quitação da indenização, a responsabilidade civil, antes de ser patrimonial, como nos dias de hoje, passou por um período de violência contra o devedor.

Este respondia com seu corpo pela falta do pagamento da dívida, sendo emblemático um exemplo trazido pelo eminente professor Renan Lotufo:

De inesquecível memória, ainda no Direito Romano das XII Tábuas, o devedor insolvente podia ser preso e metido a ferros pelo credor, que só tinha de lhe dar para o sustento uma libra de farinha, e, passados três dias, se não conseguisse o réu, no mercado, obter meios para a satisfação do débito, podia ser morto, ou vendido além do Tibre. E, se fossem diversos os credores, podia ser esquartejado em partes tantas quantas fossem os credores.³⁷

Assim, desde que a responsabilidade deixou de ser pessoal, ou seja, de recair sobre a pessoa (o corpo) do agente, com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, em 326 a.C., a reposição da situação ao estado anterior à prática do ato danoso dá-se pela expropriação do patrimônio do devedor, daí sendo retirado o quanto baste para o resarcimento do patrimônio da vítima.

9. A Idade Média e o Direito Canônico

Seguindo no exame da evolução da responsabilidade civil, chega-se à Idade Média, que, aproximadamente, marca o período que decorreu entre os séculos V e XV depois de Cristo.

A influência religiosa nas questões afetas ao direito nesse período é algo que se aprende desde as aulas de história no ensino médio. E, nesse sentido, a maior contribuição do Direito Canônico – o conjunto de normas reguladoras da vida religiosa e da estrutura da Igreja – teria sido a criação do próprio termo *responsabilitas*, que ainda era inexistente³⁸.

³⁷ Código civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.

³⁸ HIRONAKA, Giselda. Responsabilidade pressuposta. p. 58.

Assim, segundo Giselda Hironaka, “a responsabilidade propriamente dita é uma invenção do mundo cristão medieval”³⁹, tendo como fundamento, além da noção de compensação, também a piedade⁴⁰.

10. O Código Napoleão – a consagração da culpa

Retomando o exame da evolução da culpa como elemento de caracterização do ilícito que gera o dever indenizatório, deixa-se para trás o tempo romano e chega-se aos tempos modernos, mais precisamente ao Código Civil francês, de 21 de março de 1804, resultado dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade, bandeiras da Revolução Francesa de 1789.

Chamado de *Código Napoleão*, sem perder de vista que foi fortemente influenciado pelo direito romano, o diploma civil da França inspirou a legislação civil moderna de vários países, como a do Canadá, do Japão, da Suíça, da Irlanda, da Argentina, do México, da Itália, da Venezuela, do Brasil e de tantos outros.

A influência do direito civil francês, sobretudo no âmbito jurisprudencial e nos temas afetos à responsabilidade civil, pode ser notada pela seguinte passagem de José de Aguiar Dias:

A evolução do direito francês nos tempos modernos dispensa considerações mais longas. Basta recordar que se deu através da mais extraordinária obra de jurisprudência de todos os tempos. A tarefa dos tribunais franceses, atualizando os textos e criando um direito rejuvenescido, foi tão impressionante que não há quem a desconheça, na audácia fecunda que é um dos encantos do gênio francês.⁴¹

O artigo 1.382 do Código Civil francês⁴² proclamou genericamente a responsabilidade extracontratual fundada na culpa efetiva e provada,

³⁹ *Responsabilidade pressuposta*. p. 58.

⁴⁰ *Responsabilidade pressuposta*. p. 59.

⁴¹ *Da responsabilidade civil*. p. 30-31.

⁴² *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute de qui il est arrivé, à le réparer.* “Qualquer fato de um homem que cause a outrem um dano obriga aquele pela falta que cometeu a repará-lo” (Artigo 1.382 do Código Civil francês). (Tradução livre do autor).

ainda com base nos ensinamentos e conceitos provindos da teoria da responsabilidade aquiliana do direito romano, que continuam em pleno vigor para muitos dos povos cultos de hoje em dia, mas já com muitas modificações.

Dessa forma, praticamente em toda a ordenação civil mundial, está consagrada a ideia de culpa como pressuposto fundamental para que se deflagre a responsabilidade civil na modalidade subjetiva.

Então, pode-se concluir que, desde os tempos romanos da Lei Aquilia, por seu próprio texto ou por sua interpretação jurisprudencial, passando-se pelo *Código Napoleão* e por toda uma gama de diplomas civis de praticamente todo o mundo civilizado, ao lado dos pressupostos da conduta, do dano e do nexo causal, ainda há a necessidade de outro requisito para que se possa falar em responsabilidade civil subjetiva: a culpa.

11. A constatação da deficiência da teoria subjetiva

Mesmo com toda sua imponência, conquistada a duras penas e consagrada em praticamente todos os ordenamentos jurídicos civilizados, à teoria clássica da responsabilidade subjetiva estava reservado o mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se tenha registrado na evolução de um instituto jurídico, conforme dá conta Alvino Lima.⁴³

Isso porque o surto do progresso, o desenvolvimento industrial e a multiplicidade dos danos acabaram por ocasionar o surgimento de novas teorias, tendentes a propiciar maior proteção às vítimas, que se viam invariavelmente irressarcidas por não conseguirem comprovar a culpa do agente causador do dano, não lhes socorrendo, pois, a teoria clássica da responsabilidade subjetiva.⁴⁴

A decadência da culpa, nesse contexto, foi emblematicamente traduzida por Jhering, um de seus mais árduos defensores, afirmando que a “história da culpa se resume em sua abolição constante”.⁴⁵

O motivo propulsor da evolução da responsabilidade civil, daquilo que se tinha no final do século XVIII e na primeira metade do século XIX,

⁴³ *Culpa e risco*. p. 39-40.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. p. 6.

⁴⁵ Colin e Capitant, *Curso elemental de derecho civil*. Madri: Reus, 1943, v. 3, p. 810, apud SILVA, Wilson Melo da, *Responsabilidade sem culpa*. p. 5.

para aquilo que se conquistou na segunda metade do século XIX e no século XX, foi muito bem apontado por Louis Josserand, aduzindo que:

De resto, quando ocorria um acidente cuja causa permanecia desconhecida, eliminava-se a dificuldade atirando a responsabilidade ao passivo duma divindade; e tal acidente era *damnum fatale*, era *acto of God*, coisa do destino, de Deus ou dos inimigos do Rei; o melhor era então deixar as coisas em paz, não perturbar a ordem dos acontecimentos por uma força superior a tudo, *quieta non move*, tal parecia ser na matéria a divisa dos legisladores e dos juízes.

Mas é de um ponto de vista inteiramente diverso que nos colocamos, nós, homens do século XX, para apreciar as coisas: quando um acidente sobrevém, em que à vítima nada se pode censurar, por haver desempenhado um papel passivo e inerte, sentimos instintivamente que lhe é devida uma reparação; precisamos que ela a obtenha, sem o que nos sentimos presos de um mal-estar moral, de um sentimento de revolta; vai-se a paz de nossa alma.⁴⁶

O Desembargador Luiz Carlos de Azevedo, Professor Titular de História do Direito da Universidade de São Paulo, também descreveu a motivação do surgimento da doutrina do risco:

Na verdade, no século que se encerrou, o surto contínuo ocorrido na tecnologia veio exigir respostas às situações emergentes, antes sequer imaginadas no contexto dos meios locomotores de comunicação. Os jornais dos anos que precederam ao primeiro conflito mundial descrevem o assustador recrudescimento de acidentes de trânsito causados pelos primeiros automóveis, os quais excediam, em números geométricos, aqueles da época dos tilburis, vitórias e carruagens. Corrida realiza-

⁴⁶ Conferência pronunciada na Faculdade de Coimbra. (Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, n. 456, p. 550.).

da na França, da qual participara com malogrado êxito um dos irmãos Renault, levou a que fossem tomadas medidas rigorosas para refrear o mau uso destes perigosos veículos.⁴⁷

Em suma, a Revolução Industrial iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII, espalhada por toda a Europa, fez surgir um maquinismo nunca antes visto, resultando em milhares de acidentes de trabalho e correlatos, sem que os ordenamentos jurídicos tivessem voltado os olhos para a dificuldade que as vítimas dos infortúnios encontravam para provar a culpa efetiva dos verdadeiros causadores dos danos (os industriais), negando-se, destarte, as indenizações nos processos judiciais.

Estava, desse modo, constatada a insuficiência da teoria subjetiva para a solução dos infortúnios advindos da Revolução Industrial e seu maquinismo, ante a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de a vítima conseguir demonstrar a culpa do industrial pelo acidente que a lesionou.

12. A busca por soluções alternativas ao problema revelado pela dificuldade na prova da culpa

Por conta da constatação da dificuldade encontrada pela vítima para provar a culpa efetiva do agente causador dos danos surgidos com a nova ordem econômica baseada na indústria, surgiram vários processos técnicos para atender ao problema, como a admissão fácil da existência da culpa, a aplicação da teoria do abuso de direito e da teoria da culpa negativa, o reconhecimento de presunções de culpa e a transformação da responsabilidade aquiliana em contratual⁴⁸, tudo visando colocar as vítimas dos mencionados acidentes em situação processual mais favorável, reconhecendo-se a vulnerabilidade do proletariado ante os industriais.

Sobre esses processos técnicos de facilitação da tutela do direito indenizatório da vítima, Carlos Roberto Gonçalves traçou o seguinte quadro cronológico:

⁴⁷ *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 276.

⁴⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 40.

1 - Primeiramente, procurou-se proporcionar maior facilidade à prova da culpa. Os tribunais, em muitos casos, passaram a examinar com benignidade a prova da culpa produzida pela vítima, extraíndo-a de circunstâncias do fato e de outros elementos favoráveis;

2 - Admissão da teoria do abuso de direito como ato ilícito. A jurisprudência, interpretando a contrario sensu o art. 160, inciso I, do CC de 1916, passou a responsabilizar pessoas que abusavam de seu direito, desatendendo à finalidade social para a qual foi criado, lesando terceiros;

3 - Estabelecimento de casos de presunção de culpa (Súmula 341 do STF; a lei sobre a responsabilidade das estradas de ferro etc.), casos esses em que intervém sempre o ônus da prova, melhorando muito a situação da vítima. Esta não teria de provar a culpa psicológica, subjetiva, do agente, que seria presumida. Bastaria a prova da relação de causalidade entre o ato do agente e o dano experimentado. Para livrar-se da presunção de culpa, o causador da lesão patrimonial ou moral é que teria de produzir prova de inexistência de culpa ou de caso fortuito.

4 - Admissão de maior número de casos de responsabilidade contratual (táxi, ônibus, trem etc.), que oferecem vantagem para a vítima no tocante à prova, visto que esta precisava provar apenas que não chegou incólume ao seu destino, e que houve, pois, inadimplemento contratual.⁴⁹

Válida, contudo, a advertência de Georges Ripert, para quem os mencionados processos técnicos, criando-se, ao lado de presunções *juris et de jure* da culpa, a teoria da culpa na guarda e as culpas pre-existentes e prováveis, constituem demonstração irrefragável da objetividade do conceito da responsabilidade extracontratual. Para Ripert, foram os próprios defensores da teoria subjetiva, verificando a impossibilidade de resolver o problema da reparação dos danos nos acanhados

⁴⁹ Comentários ao código civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 308-309.

limites da culpa subjetiva, exigindo a imputabilidade moral, que materializaram a noção de culpa. Continua afirmando que nesta objetivação se alongaram de tal forma, no intuito de não se desligarem jamais do elemento básico (a culpa), que se perderam em conceitos e teorias, cujo fundamento é, na realidade, o risco. E conclui que as presunções *juris et de jure* não passam de casos de responsabilidade decorrentes do próprio fato, pois, senão em teoria, mas na realidade, tais presunções são meros artifícios, “mentiras jurídicas” criadas com o intuito apenas de não dar às coisas os seus verdadeiros nomes.⁵⁰

A par da lealdade ou não de tais processos técnicos à teoria da culpa, mesmo depois de sua aplicação da maneira como acima transcrita, persistia a dificuldade de se obter a justa colocação da vítima na situação em que se encontrava antes do infortúnio.

Surgiu, então, na segunda metade do século XIX, a teoria da responsabilidade objetiva, fundada na doutrina do risco, prescindindo-se do elemento culpa para impor ao agente o dever de indenizar o lesionado pelo infortúnio.

Georges Ripert, então, recorda que, no fim do século XIX, procurou-se alargar o campo da responsabilidade civil, momento em que, sem abandonar a ideia de culpa, a doutrina formulou os conceitos de risco-profissional, do risco-propriedade e do risco-criado, manifestando o citado jurista francês sua adesão à expressão “doutrina do risco”.⁵¹

É a passagem do individualismo, marca do Código Napoleônico, segundo o qual só pode responder pelo dano aquele que tenha concordado com sua vontade para o infortúnio, para a socialização do direito, representada na fórmula da responsabilidade objetiva, muito mais consentânea à solução dos novos problemas que surgiam à frente do jurista.

E arremata Massimo Franzoni afirmando que um dos resultados mais importantes alcançados pelos estudiosos da responsabilidade civil foi ter subtraído da responsabilidade civil o caráter de punição da ação lesiva, já que a conduta assumiu uma fisionomia autônoma e desligada do perfil subjetivo da vontade do agente para assumir aquela do

⁵⁰ RIPERT, Georges, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*. Paris: Cornu, 1936, p. 261, apud LIMA, Alvino, *Culpa e risco*, p. 327.

⁵¹ A regra moral nas obrigações civis. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000. p. 45.

simples critério de ligação entre o sujeito tido como responsável e o evento de dano resarcível.⁵²

13. A responsabilidade objetiva fundada na doutrina do risco

Para Giselda Hironaka o risco é uma opção e não um destino⁵³, porque “o homem atual tem o domínio da teoria das probabilidades e, por isso, administra melhor o risco”; assim, “ele é capaz de desencadear opções mais ousadas, em sua vida e em sua empresa, obtendo com isso, via reflexa, um extraordinário impulso no desenvolvimento das tecnologias e dos sistemas econômicos”.⁵⁴

Para ela, “o homem tornou-se, indubitavelmente, mais ousado, mais corajoso, predisposto a correr mais risco em prol do progresso e do desenvolvimento”, desvencilhou-se “das asas ou do império da divindade e enfrentou o desconhecido, expondo-se a tomar decisões acerca de um espectro bem mais amplo e a respeito de lapsos temporais bem mais extensos do que em qualquer outra fase da evolução dos costumes”⁵⁵, terminando por afirmar que:

O tempo de atribuição da responsabilidade por danos a deuses, bruxas e divindades de qualquer espécie distancia-se como distantes estão a Idade Média e a própria Renascença neste início de milênio; o enfoque primordial da lei, a preocupação essencial da sociedade que se quer solidária repousa – e deve repousar – na atenção ao direito da vítima, buscando-se a formulação de um princípio que vise, antes de tudo, assegurar a ordem social e a salvaguarda da dignidade daquele que, sem sua culpa, sofre dano derivado da atividade de outrem, caracterizada pela escolha relativa à assunção de risco.⁵⁶

⁵² *La responsabilità oggettiva*. Milano: Dott. Antonio Milani, 1995. p. 95.

⁵³ Ibidem, p. 106.

⁵⁴ Ibidem, p. 107.

⁵⁵ Ibidem, p. 108.

⁵⁶ *Responsabilidade pressuposta*. p. 111.

Foi na França que a responsabilidade objetiva fundada na doutrina do risco encontrou seu campo mais fértil de desenvolvimento doutrinário, pelo trabalho de Raymond Salleiles e Louis Josserand, entre o final do século XIX e o início do século XX.

O tema ganhou realce quando da exegese da primeira parte do artigo 1.384⁵⁷ do Código Civil francês de 1804, que contemplava a teoria objetiva, em oposição ao artigo 1.382⁵⁸ do mesmo código, que se referia à culpa como pressuposto à concessão da indenização.

De acordo com Wilson Melo da Silva⁵⁹, a obra de Salleiles, quanto ao exame das teses subjetiva e objetiva da responsabilidade civil, pode ser reproduzida não por uma linha ascendente, mas por uma curva. Isso porque o citado jurista francês teria iniciado sua construção doutrinária de maneira moderada, admitindo a convivência entre ambas, para depois sustentar a superação total da responsabilidade subjetiva pela objetiva, e, ao final, retornar ao convencimento de que as duas tinham seu espaço dentro da ordem jurídica, como passamos a demonstrar.

No início, Salleiles, pelos idos de 1889, mesmo acolhendo a tese da responsabilidade objetiva pelo risco, em virtude da interpretação do mencionado art. 1.384 do Código Civil napoleônico, ainda admitia a existência da responsabilidade subjetiva por força da disposição do artigo 1.382 do mesmo código.⁶⁰

Então, em 1897, Salleiles publica sua obra *Les Accidents du Travail et la Responsabilité Civile*, com apenas 97 páginas. Partindo das disposições do art. 1.384 do Código Civil francês (que agasalhava a teoria objetiva do risco), ele chega até o artigo 1.382 do mesmo diploma

⁵⁷ *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui que est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

Tradução: Somos responsáveis não somente pelos danos provocados por nossa própria culpa, mas também por aqueles provocados pela culpa das pessoas pelas quais somos responsáveis ou pelas coisas que temos sob nossa guarda.

⁵⁸ *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute de qui il est arrivé, à le réparer.*

Tradução: Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a repará-lo.

⁵⁹ SALLEILES, Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris: A. Rousseau, 1897, p. 21-22, apud SILVA, Wilson Melo da, *Responsabilidade sem culpa*, p. 49-52.

⁶⁰ SALLEILES, Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris: A. Rousseau, 1897, p. 74, apud SILVA, Wilson Melo da, *Responsabilidade sem culpa*, p. 50.

legislativo (que, em princípio, contemplava a teoria subjetiva da culpa), e afirma que o dano é simples questão de azar e não de culpa.⁶¹

Nesse período, Salleiles chega a pregar definitivamente a substituição da ideia de culpa pela de causalidade, repita-se, dando-se ao artigo 1.382 a mesma interpretação que se deu ao artigo 1.384, ambos do Código Civil francês, classificando de falsa e até humilhante a ideia de culpa, considerando mais equitativo e conforme a dignidade humana que cada qual assuma os riscos de sua atividade voluntária e livre, noção também deduzida no seu já citado livro *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, sendo esta a síntese de seu pensamento:

A lei deixa a cada um a liberdade de seus atos; ela proíbe senão aqueles que se conhecem como causa direta do dano. Não poderia proibir aqueles que apenas trazem em si a virtualidade de atos danosos, uma vez que se possa crer fundamentalmente que tais perigos possam ser evitados, à base de prudência e habilidade. Mas, se a lei os permite, impõe àqueles que tomam o risco a seu cargo a obrigação de pagar os gastos respectivos, sejam ou não resultados da culpa. Entre eles e as vítimas não há comparação. Ocorrido o dano, é preciso que alguém o suporte. Não há culpa positiva de nenhum deles. Qual seria, então, o critério de imputação do risco? A prática exige que aquele que obtém proveito de iniciativa lhe suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. É um balanceamento a fazer. A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco.⁶²

Posteriormente, no entanto, em 1911, ao “examinar a questão atinente à responsabilidade civil por fato das coisas, volta à primeira

⁶¹ SALLEILES, Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris: A. Rousseau, 1897, p. 74, apud SILVA, Wilson Melo da, *Responsabilidade sem culpa*, p. 49-51.

⁶² SALLEILES, Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris: A. Rousseau, 1897, apud DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade civil*, p. 77.

fase, à fase da moderação, quando termina por sugerir que fossem deixadas de lado suas palavras".⁶³

O embate doutrinário não se encerrou, e, em 13 de fevereiro de 1930, por meio de célebre arresto, a Corte de Cassação de Paris lançou fortes argumentos em favor da teoria do risco, no que foi acompanhada por seu mais fervoroso defensor, um dos conselheiros do mesmo colegiado, Louis Josserand, que dedicou ao julgado uma de suas conferências – pronunciada na Faculdade de Direito de Coimbra – demonstrando que o venerando decisório consagrou de vez a tese de que o artigo 1.384 do Código Civil francês tratava de hipótese de responsabilidade regida pela teoria do risco.⁶⁴

Para produzir essa conferência, Josserand buscou subsídios acerca da concepção da responsabilidade civil objetiva fundada na doutrina do risco na citada obra de Raymond Salleiles denominada *Les Accidents du Travail et la Responsabilité Civile*, de 1897.⁶⁵

Além de citar a obra de Salleiles como uma de suas fontes para a adoção da responsabilidade civil pela doutrina do risco, Josserand ainda fez uma justa homenagem à jurisprudência, verdadeira propulsora da teoria objetiva, afirmando que:

A evolução da responsabilidade se tem produzido com um mínimo de intervenção legislativa: ela foi, sobretudo, obra da jurisprudência, que, na França, na Bélgica e em outros países, tem sabido tirar partido maravilhoso dos textos e dos princípios que tinha à sua disposição e os tem acomodado ao gosto do dia, com uma oportunidade, um senso das realidades práticas e uma engenhosidade verdadeiramente admiráveis.⁶⁶

O trabalho de Salleiles publicado em 1897, juntamente com a doutrina de Josserand, deu origem à edição daquela que Georges Ripert denominou a “grande” Lei de 9 de abril de 1898, dispondo sobre os

⁶³ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. p. 51.

⁶⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. p. 122.

⁶⁵ SALLEILES, Raymond, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris: A. Rousseau, 1897, passim, apud JOSSERAND, Louis, *Evolução da responsabilidade civil*, Revista Forense, n. 456, p. 52-63.

⁶⁶ *Evolução da responsabilidade civil*. Revista Forense, n. 456, p. 559.

acidentes de trabalho, impregnada da noção de responsabilidade sem culpa, resultando em que “pouco a pouco viu-se o princípio do risco profissional ganhar as indústrias, as explorações comerciais, as explorações florestais e agrícolas e os empregos domésticos”⁶⁷, acolhendo, inequivocamente, a tese da responsabilidade objetiva.

A exploração de uma mina, segundo a jurisprudência francesa, como apontado por Louis Josserand, era tida como atividade de risco, respondendo civilmente o proprietário “*de pleno derecho de los daños que causa la explotación, tanto a los propietarios de la superficie como a los concesionarios vecinos*”.⁶⁸

Sem prejuízo, o jurista húngaro G. Marton, segundo Aguiar Dias, propugnou que as primeiras noções acerca da responsabilidade sem culpa foram de Thomasius e Heineccius, partidários da escola de direito natural, ainda no século XVIII, princípio que acabou positivado no código prussiano, mas praticamente não deixou vestígios (a referência que se fez foi ao § 16 do título 6º da 1ª parte do código prussiano de 1794, em que de se falava em *zufälliger Schaden*, obrigando o autor à reparação mesmo que desprovido de discernimento; e ao § 72, estabelecendo explicitamente que aquele que guarda animais responde, também, *sem culpa especial de sua parte*).⁶⁹

Enneccerus, Kipp e Wolf informam que “*la responsabilidad por los daños causados en virtud de exploraciones peligrosas sin culpa del empresario se introdujo primeramente para los ferrocarriles por obra del § 25 de la ley prusiana de ferrocarriles de 3 de noviembre de 1838*”.⁷⁰

Ainda sobre as origens da positivação da responsabilidade objetiva, Aguiar Dias faz menção ao Código Civil austríaco de 1811, em cujo § 1.310 se instituía a reparação por ato praticado sem culpa ou involuntariamente.⁷¹ Mas, mesmo com essas considerações, Aguiar Dias deixa isenta de qualquer dúvida a constatação de que foram os franceses os maiores divulgadores da teoria objetiva, a partir da segunda metade

⁶⁷ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. p. 209.

⁶⁸ *Derecho civil*. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa - América, Bosch y Cia - Editores, 1950. p. 444.

⁶⁹ MARTON, G., *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938, p. 158, apud DIAS, José de Aguiar, *Da responsabilidade civil*, p. 65-66.

⁷⁰ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. Tradução de Blas Pérez González e José Alguer. Buenos Aires: Bosch Publicaciones Jurídicas, 1948. p. 712.

⁷¹ *Da responsabilidade civil*. p. 66.

do século XIX, devendo-se ao seu trabalho de sistematização o impulso tomado pela doutrina do risco, sendo Salleiles e Josserand os precursores da matéria, assentando-se na literatura francesa a ordem de ideias alemãs anteriormente vistas.⁷²

Vale a informação histórica de Giselda Hironaka⁷³ de que a primeira decisão fundamental no tema da Corte de Cassação foi dada em 16 de junho de 1896, e ficou conhecida pelo nome de “L’ Arrêt Teffaine”. Dizia respeito ao acidente de um operário em decorrência de uma explosão num rebocador a vapor. A Corte Suprema acolheu, à época, um novo princípio segundo o qual a pessoa era responsável pela coisa que lhe pertencia. O proprietário do rebocador não conseguiu, portanto, exonerar-se da responsabilidade provando a culpa do construtor do rebocador, e indenizou a viúva e as crianças do operário morto.

A teoria do risco foi fartamente acolhida pela doutrina estrangeira do início do século passado, e percebe-se, assim, quanto ao renascimento da ideia de responsabilidade sem culpa, uma volta a um longínquo passado da humanidade, fenômeno que não poderia passar despercebido de Louis Josserand:

Evolución. Las soluciones que pueden darse a este problema han dividido y dividen cada vez más las opiniones. Desde el origen del derecho romano hasta nuestros días, se ha producido una doble evolución, que se reduce a un movimiento de vaivén; después de haberse alejado del punto de partida, la teoría de la responsabilidad tiende a volver a él; doble evolución que gravita en derredor de estas dos nociones cardinales: la culpa y el riesgo; con la primera, la responsabilidad es subjetiva; bajo la influencia de la segunda, se hace objetiva.⁷⁴

Enfim, após esse percurso histórico, chega Caio Mário da Silva Pereira a afirmar que o “civilista do novo milênio já encontra a doutrina da responsabilidade civil plenamente desenvolvida”⁷⁵.

⁷² *Da responsabilidade civil.* p. 72.

⁷³ *Responsabilidade pressuposta.* p. 136.

⁷⁴ *Derecho civil.* p. 295.

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 19.

Tal afirmação, todavia, mesmo guardado todo respeito ao grande mestre de direito civil e reconhecida nossa modéstia, deve ser merecedora de muito cuidado frente às perplexidades e as inúmeras questões que a modernidade tem gerado no âmbito do direito indenizatório, que passam a ser examinadas nos artigos que seguem deste compêndio de responsabilidade civil.

Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. Tradução de Blas Pérez González e José Alguer. Buenos Aires: Bosch Publicaciones Jurídicas, 1948.
- FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva*. Milano: Dott. Antonio Milani, 1995.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de António Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GIORDANI, José Acir Lessa. *A responsabilidade civil objetiva genérica - no Código Civil de 2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005.
- JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Tradução de Raul Lima. *Revista Forense*, São Paulo, n. 456, p. 52-63, jun. 1941.

- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Tradução de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa - América, Bosch y Cia - Editores, 1950.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LOTUFO, Renan. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10 ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Imputação da responsabilidade civil: responsabilidade objetiva e subjetiva

Luciana Carone Nucci Eugenio Mahuad
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Cassio Mahuad
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Da impossibilidade de se criar cientificamente uma teoria completa e perene sobre responsabilidade civil. Renovação natural e indomável dos fundamentos ou requisitos e finalidades da responsabilidade civil. Solução possível (simplificação de seu conceito básico).

Culpa e risco na responsabilidade civil. Dano. Nexo Causal.

1. Conceito: O que é responsabilidade?

Os romanos já diziam que o direito é sempre o que é bom e equânime, estando o seu fim último na realização da justiça verdadeira ou superior.

No mesmo sentido, Marcelo Benacchio explica que “o Direito tem por finalidade a ordenação dos comportamentos das pessoas na sociedade, ou seja, enquanto fenômeno social pretende normatizar condutas em conformidade aos valores sociais constantes do sistema jurídico”. Procura, assim, “incentivar certos comportamentos, desestimular ou impedir outros, conformando a sociedade de acordo com os valores estabelecidos, tudo em favor da paz entre os seres humanos e na consolidação do justo, do bem e do honesto”¹.

Por meio de normas de comportamento ou de organização que emanam do Estado ou têm sua aplicação por ele garantida, é possível

¹ BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 642.

estabelecer uma estrutura que possibilite a vida em sociedade, evitando e solucionando conflitos, garantindo segurança às relações sociais e jurídicas e realizando justiça e o bem comum².

Um dos institutos jurídicos propícios a tanto é a responsabilidade civil, na medida em que, como bem coloca Benacchio, “identifica os comportamentos não conformes ao Direito” e, “a partir disso, cria obrigação para outro sujeito por meio da transferência desta situação desfavorável do lesado ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico”³.

A responsabilidade civil, assim, nascendo doutrinariamente enquanto obrigação imposta a uma pessoa de reparar o dano causado por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam⁴, é consequência da vida em sociedade, é produto do meio social regrado: o dever de responder por seus próprios atos ou por fatos vinculados a si, em virtude do descumprimento de uma norma jurídica preexistente, seja ela decorrente da atividade estatal ou da declaração de vontade, reflete a própria noção de justiça existente no grupo social. A responsabilização é a forma de exteriorização da justiça, traduzindo o dever moral de não prejudicar o outro (*neminem laedere*)⁵.

Rui Stocco, ao citar Aguiar Dias, bem coloca que:

Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas. Várias são, pois, as significações. Os que se fundam na doutrina do livre-arbítrio, pondera o eminentíssimo Pontes de Miranda, sustentam uma acepção que repugna à ciência. Outros se baseiam na distinção, aliás bem vaga e imprecisa, entre psicologia normal e pato-

² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 104.

³ BENACCHIO, Marcelo. Id.

⁴ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2. ed., 1951, p. 1: “la responsabilité civile est l’obligation qui peut incomber à une personne de réparer le dommage causé à autrui par son fait, ou par le fait des personnes ou des choses dépendant d’elle” (Tradução livre: “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbrir a uma pessoa de reparar o dano causado a outra por fato próprio ou por fato de pessoas ou coisas dependentes dela”).

⁵ STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 59.

lógica. Resta, rigorosamente sociológica a noção da responsabilidade como aspecto da realidade social. Decorre dos fatos sociais, é o fato social... Das relações de responsabilidade, a investigação científica chega ao conceito de personalidade. Com efeito, não se concebem nem a sanção, nem a indenização, nem a recompensa, sem o indivíduo que as deva receber, como seu ponto de aplicação, ou seja, o sujeito passivo, ou paciente. Neste terreno onde as dificuldades filosóficas ameaçam, a cada passo, desviar a pesquisa para o plano metafísico, é que coincidem as noções de responsabilidade, culpabilidade e imputabilidade, tanto que a acepção vulgar assimila uma às outras. Não é possível acatar esse juízo, mas é preciso diminuir a estreita afinidade que apresentam aquelas ideias⁶.

Não há como negar, de fato, que toda atividade humana pode implicar responsabilidade civil e que esta possibilidade é cada vez maior com o desenvolvimento tecnológico.

Uma sociedade avançada, que teme a decadência, tende a, cada vez mais, buscar o equilíbrio, sendo que a reparação dos prejuízos causados é uma das maneiras indicadas a tanto, revestindo-se ainda como instrumento garantidor de segurança a cada um dos membros que a integra. A indenização da vítima inocente traduz, por fim, justiça e solidariedade.

Nesse sentido, Savatier coloca que:

De todos os processos civis, aqueles de responsabilidade civil são atualmente os mais frequentes, os mais práticos. De uma parte, os casos em que uma parte responde pelo prejuízo sofrido por uma outra se multiplicaram; de outra parte, a ideia de responsabilidade incide agora sobre todas as matérias do direito; ela penetra e modifica o seu desenvolvimento. Este desenvolvimento da responsabilidade civil está dentro da lógica de nosso tempo. Uma civilização avançada, que teme a decadência,

⁶ Id.

tende instintivamente a assegurar seu equilíbrio e a reparação do prejuízo causado é uma maneira de restabelecê-lo. Cada membro da sociedade vê aí também um instrumento de segurança, mais e mais comprometida pelos excessos das forças extraordinárias capturadas pelo homem. Enfim, a reparação dada a uma vítima geralmente inocente corresponde a uma ideia de piedade, que permeia o desenvolvimento do direito moderno⁷.

Andrea Ueda esclarece que a origem da palavra responsabilidade, do latim *respondere*:

Cinge-se à ideia de uma obrigação, um encargo ou contraprestação. Nos dizeres de José Aguiar Dias: “responsável, responsabilidade, assim como, enfim, todos os vocábulos cognatos, exprimem a ideia de equivalência, de contraprestação, de correspondência”. No entanto, juridicamente, seu sentido é um pouco diverso, na medida em que representa um dever jurídico derivado, secundário ou sucessivo, advindo da violação de um dever primário, originário ou simplesmente de uma obrigação. Por isso, como assevera Sérgio Cavalieri Filho, “não há responsabilidade sem a correspondente obrigação” e, portanto, “ninguém poderá ser responsabilizado por nada sem ter violado um dever jurídico preeexistente⁸.

⁷ SAVATIER, René. Op. cit., p. 1: “de tous les procès civils, ceux de responsabilité sont aujourd’hui les plus fréquents, les plus pratiques. D’une part, les cas se sont multipliés où une personne répond du préjudice subi par une autre; d’autre part, l’idée de responsabilité chevauche désormais sur toutes les matières du droit; elle en pénètre et en modifie le développement. Ce développement de la responsabilité civile est dans la logique de notre temps. Une civilisation avancée, qui craint la décadence, tend instinctivement à assurer son équilibre, et la réparation du préjudice causé est une manière de le rétablir. Chaque membre de la société y voit aussi un instrument de la sécurité, de plus en plus compromise par la démesure des forces redoutables captées par l’homme. Enfin, la réparation accordée à une victime généralement innocente correspond à une idée de pitié imprégnant le développement du droit moderne”.

⁸ UEDA, Andréa Silva Rasga. Responsabilidade contratual: a causalidade do dano (nexo de causalidade) é a mesma na responsabilidade contratual e na extracontratual? Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22673>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

Para Carlos Roberto Gonçalves:

A palavra responsabilidade tem sua origem na raiz latina spondeo, pela qual se vinculava o devedor, solememente, nos contratos verbais do direito romano. Dentre as varias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o *statu quo ante*⁹.

O doutrinador também bem evidencia a distinção entre obrigação, enquanto vínculo jurídico transitório que confere ao credor o direito de exigir do devedor uma prestação pessoal, positiva ou negativa (normalmente de caráter patrimonial), cujo inadimplemento possui consequências jurídicas, e responsabilidade, a qual somente surge com o inadimplemento.

A responsabilidade é, pois:

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. v. IV, p. 3.

A consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. Malgrado a correlação entre ambas, uma pode existir sem a outra. As dívidas prescritas e as de jogo constituem exemplos de obrigação sem responsabilidade. Como exemplo de responsabilidade sem obrigação pode ser mencionado o caso do fiador, que é responsável pelo pagamento do débito afiançado, este sim originariamente obrigado ao pagamento dos aluguéis. 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. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E, sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou o dever originário... A distinção entre obrigação e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o do débito (*Schuld*), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente da ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (*Haftung*), em que se facilita ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida¹⁰.

Em suma, pode-se dizer que responsabilidade é a obrigação de reparar o dano: trata-se de dever jurídico secundário, que surge em

¹⁰ Id.

virtude do descumprimento da relação obrigacional. É a consequência patrimonial. Obrigação, por sua vez, é dever jurídico originário.

A primeira causa de progresso da responsabilidade é:

De ordem social ao mesmo tempo que de ordem científica e mecânica; e é preciso reconhecer que ela é singularmente imperiosa e ativa; constitui o que os filósofos chamam uma razão bastante; mas, ao lado dela, acima dela, nas regiões mais elevadas, está uma outra, esta de ordem individual e moral, e que reside no apuro de nossas consciências de homens pensadores e cultos.¹¹

Quanto a esse ponto, Rui Stocco, citando mais uma vez Aguiar Dias, bem coloca a teoria do direito é íntima da moral:

Entretanto, é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito, a este escapano muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota com manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação de traduz em prejuízo... Envolve a responsabilidade jurídica, desse modo, a pessoa que infringe a norma, a pessoa atingida pela infração, o nexo causal entre infrator e infração, o prejuízo ocasionado, a sanção aplicável e a reparação consistente na volta ao status quo ante da produção do dano¹².

Já Carlos Alberto Bittar ensina que:

O ser humano, porque dotado de liberdade de escolha e de discernimento, deve responder por seus atos. A liberdade e a racionalidade, que compõem a sua essência, trazem-lhe, em contraponto, a responsabilidade por suas ações ou omissões, no

¹¹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, ano XXXVIII, v. LXXXVI, fasc. 454, Rio de Janeiro, página 549, abr. 1941.

¹² STOCCHI, Rui. Op. cit., p. 63.

âmbito do direito, ou seja, a responsabilidade é corolário da liberdade e da racionalidade. Impõe-se-lhe, no plano jurídico, que responda (do latim spondeo = “responder a”; comprometer-se; “corresponder a compromisso, ou a obrigação anterior”) pelos impulsos (ou ausência de impulsos) dados no mundo exterior, sempre que estes atinjam a esfera jurídica de outrem. Isso significa que, em suas interações na sociedade, ao alcançar direito de terceiro, ou ferir valores básicos da coletividade, o agente deve arcar com as consequências, sem o que impossível seria a própria vida em sociedade. Nasce, assim, a teoria da responsabilidade... A ideia central, inspiradora dessa construção, reside no princípio multissecular do *neminem laedere* (a ninguém se deve lesar), uma das primeiras do denominado ‘direito natural’¹³.

A história demonstra que se trata de matéria viva e dinâmica, a qual se renova constantemente para atender aos novos anseios sociais, dando origem a diversas teses jurídicas.

Para Louis Josserand:

O tronco primitivo, o tronco romano, desdobrou-se numa porção de ramos, e a responsabilidade tornou-se todo um mundo jurídico, mundo em movimento, em incessante gestação, sempre a começar; não é somente no sentido quantitativo que ela evoluiu, é também qualitativamente; a responsabilidade não só se realiza mais frequentemente que outrora, mas também se realiza de outros modos; apresenta-se com múltiplas faces, desconhecidas da sociedade romana, desconhecidas mesmo – algumas dentre elas, pelo menos, – de nossos avós, cujos traços às vezes fugidios não são sempre fáceis de fixar no papel ou pela palavra.¹⁴.

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil nas atividades perigosas. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil - doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 85-103, p. 87.

¹⁴ JOSSERAND, Louis. Op. cit., p. 548.

Por isso mesmo, antiga e bastante conhecida é a dificuldade em se organizar a matéria científicamente, ou seja, dentro de uma teoria lógica, competente e exaustiva, a permitir que todos os casos concretos da vida humana encontrem nela resposta jurídica adequada.

Não há dúvida, como já posto, que a responsabilidade civil nasce doutrinariamente como o dever por meio do qual uma pessoa, vinculada ao evento fático, fica adstrita a reparar o dano causado a outra. Destina-se, assim, a cumprir não apenas um ideal de punição, mas também de reparação ou de compensação. Em suma, de retorno à situação anterior.

O avanço social, entretanto, impõe novos elementos vinculatórios de responsabilidade e traz questionamentos quanto a seus antigos fundamentos e finalidades.

A intenção deste estudo é justamente avaliar porque a dificuldade de organização científica é tão grande e quais são os obstáculos à empreitada, abordando temas relevantes sobre a matéria da responsabilidade civil, como sua origem, seu conceito, pressupostos e fundamentos, suas finalidades e seu provável destino, bem como apontar qual a solução mais eficiente para a solução de conflitos dentro desta seara, a começar pela demonstração de que impossível a elaboração de uma teoria perene e apta a solucionar todos os casos que a ela se subsumam.

Destina-se, em suma, a oferecer um panorama geral para compreensão do tema, com o apontamento de parâmetros (talvez mais objetivos) para que o instituto da responsabilidade civil possa cumprir sua função social, garantindo efetiva realização de justiça (solução adequada dos conflitos e paridade nas soluções judiciais aplicadas).

A discussão não poderá apreciar com o aprofundamento necessário, justamente em virtude da limitação temporal e física, a questão relativa à existência ou não da necessidade de uma nova tipificação da matéria, já que há muito se reconhece que as boas leis civis são o maior bem que os homens se podem dar e receber¹⁵.

E esta necessidade pode estar justificada pela ausência de regulamentação adequada do instituto no “novo” Código Civil de 2002.

Sérgio Cavalieri Filho não foi o único a notar que o diploma em questão deixou de trazer qualquer inovação à matéria, na medida em

¹⁵ DISCOURS préliminaire du premier projet de code civil français. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/index.html>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

que não a disciplinou de forma concentrada e exaustiva, o que é impossível, já que:

Tudo ou quase tudo em Direito acaba em responsabilidade. A responsabilidade civil é uma espécie de estuário onde desaguam todas as áreas do Direito – Público e Privado, contratual e extracontratual, material e processual; é uma abóbada que concentra e amarra toda a estrutura jurídica, de sorte a não permitir a centralização de toda sua disciplina”¹⁶

Além disso, muitas foram as modificações legislativas que ocorreram de forma esparsa antes de sua promulgação, com novas regulamentações do instituto, o que se verá a seguir.

Busca-se aqui, portanto, a elucidação dos bons critérios para que seja possível identificar com maior clareza o que é responsabilidade civil, quais são as hipóteses que fazem surgir o dever de reparar e qual é a melhor forma de garantir cumprimento a ele.

2. Breve histórico

Nos primórdios da civilização, a responsabilidade era objetiva, ou seja, desvinculada da ideia de culpa e fundada na concepção de vingança privada, o que, embora rudimentar, era compreensível sob o ponto de vista humano (reação pessoal ao prejuízo sofrido).

Carlos Roberto Gonçalves confirma que “o dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito”¹⁷.

A vingança privada era “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal”¹⁸.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas. p. 6.

¹⁷ GONCALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 6.

¹⁸ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 10.

A Pena de Talião, ao impor o olho por olho, dente por dente, regulamentou a vingança privada, que evoluiu, posteriormente, para o período da composição voluntária do dano a critério da vítima:

A entrega de objetos ou uma soma em dinheiro do agente causador do dano para a vítima denomina-se *poena*, não restando qualquer dúvida quanto ao fato de a reparação ainda ter como lastro a vingança”, sem questionamento de culpa ou não-culpa¹⁹.

A Lei das XII Tábuas tornou a composição obrigatória e tarifada, mas ainda sem estabelecer um princípio geral de responsabilidade civil.

Wendell Lopes Barbosa de Souza assevera que:

Cronologicamente caminhando, reconhecendo-se o inconveniente da composição a critério único e exclusivo da vítima, chega-se ao período da composição tarifada, regrada pelo poder público, nos termos da Lei das XII Tábuas, que fixava, para cada caso concreto, o valor da pena a ser paga pelo ofensor, representando a reação contra a vingança privada, que é, assim, substituída e abolida pela composição obrigatória [...]. Note-se que, nesse período em que as indenizações eram tarifadas, se pagava uma determinada quantia pelo dano ocasionado, com previsão de casos concretos, sem que existisse um princípio geral de responsabilidade civil”²⁰.

John Gilissen pontua, ainda, que, em verdade, “apesar do desenvolvimento da responsabilidade individual no domínio penal no final da Idade Média e na época romana, a responsabilidade puramente civil não surge senão no século XVII”²¹.

¹⁹ LIMA, Alvino. Culpa e risco. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 20.

²⁰ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva genérica fundada na atividade de risco (teoria geral e hipóteses práticas)*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://livrosgratis.com.br/cp086902.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2014.).

²¹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 751.

Carlos Roberto Gonçalves confirma que entre “os romanos não havia nenhuma distinção responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano”²².

A transição para a composição tarifada, a qual reflete, inclusive, a passagem da responsabilidade pessoal, por meio da qual o devedor respondia com o seu próprio corpo, para a responsabilidade patrimonial, em que a reparação se operava pelo pagamento de um determinado valor, mediante expropriação do patrimônio do devedor, é fruto de um processo evolutivo:

A responsabilidade por delito importa a obrigação de pagar uma pena pecuniária. É este o ponto de início de uma evolução que diferenciou delito de crime, e para o ilícito considerado de menor gravidade resultou em uma relação obrigatória as consequências do comportamento contrário ao direito. O sistema da pena privada é precisamente o resultado de uma evolução, através de fases sucessivas. De início, o ofendido podia recorrer à vingança, inicialmente indiscriminada e depois regulamentada. É assim que nasce o talião (talio), que enquadra a vingança em termos de retaliação: é ‘o olho por olho’. A etapa seguinte prevê a possibilidade substitutiva da composição pecuniária pela qual é possível liberar-se da sanção de talião, como de outra pena corporal ou afitiva, mediante o pagamento de uma soma em dinheiro (pena). A composição voluntária se transforma em pena legal. O delito se caracteriza agora pela obrigação a cargo do responsável de entregar ao ofendido uma soma a título de pena, válida de acordo com certos parâmetros. O escopo principal é de infligir uma punição ao responsável; entretanto, afirma-se gradualmente a ideia de uma função de reintegração do patrimônio do ofendido”²³.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 23.

²³ DALLA, Danilo; LAMBERTINI, Renzo. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2001, cap. VI, Obbligazioni - I delitti. Generalità La pena privata, p. 381: “la responsabilità per delitto comporta l’obbligo di pagare una pena pecuniaria. È questo il punto di arrivo di un’evoluzione che ha differenziato i delitti dai crimini, e per l’illecito considerato di minore gravità ha risolto in un

Mas foi a “Lex Aquilia”, ainda no período romano, que introduziu a noção de culpa, ao regulamentar a responsabilidade extracontratual.

Ainda que haja divergência na doutrina sobre a matéria, sustentando parte dela que referida lei previu a culpa como pressuposto para a caracterização do delito²⁴, enquanto outra entende que o dever de reparar, no direito romano, se fundava no dano, foi a partir da Lei Aquilia que o direito passou a trabalhar com a concepção de culpa, esta “proveniente dos grandes filósofos gregos”²⁵.

O Código Civil de Napoleão fixou a culpa como pressuposto da responsabilidade aquiliana, influenciando muitas legislações, como o Código Civil Brasileiro de 1916, o qual adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil: embora a culpa tenha sido expressamente vinculada apenas à responsabilidade extracontratual (artigo 159), as normas relativas aos contratos traziam consequências para o inadimplemento sob a mesma justificativa: reparação do prejuízo causado, via de regra, por culpa.

Entretanto, a culpa, como pressuposto da responsabilidade, por se revestir de caráter subjetivo e moral, exige a verificação de um comportamento reprovável do autor do dano, de difícil prova, o que dificultava a indenização em algumas hipóteses.

Com a Revolução Industrial e suas novas tecnologias, originando a produção em massa e mecanizada e o grande desenvolvimento dos transportes, inúmeros acidentes sociais passaram a ocorrer. A prova da culpa pela vítima hipossuficiente era diabólica e impedia a reparação.

A primeira reação da doutrina e dos regimes jurídicos, visando à maior proteção da vítima, foi presumir a culpa, com inversão do ônus da prova.

rapporto obbligatorio le conseguenze del comportamento contrario al diritto. Il sistema delle pene private è appunto il risultato di una evoluzione, attraverso fasi successive. Dapprima l’offeso poteva ricorrere alla vendetta, all’inizio indiscriminata, poi regolamentata. È così che nasce il ‘taglione’ (talio), che inquadra la vendetta nei termini del contrappasso: è l’‘occhio per occhio’. L’ulteriore passaggio prevede la possibilità sostitutiva della composizione pecuniaria per cui è possibile liberarsi dalla sanzione del taglione, come da altre pene corporali o afflittive, mediante il pagamento di una somma di denaro (poena). La composizione attraverso il pagamento da volontaria diviene alla fine legale. Il delictum si caratterizza allora per l’obbligo a carico del responsabile di corrispondere all’offeso una somma a titolo di pena, valuta secondo certi parametri... Lo scopo primario è quello di infliggere una punizione al responsabile; tuttavia si afferma progressivamente l’idea di una funzione di reintegrazione del patrimonio dell’offeso”.

²⁴ BETTI, Emílio. *Teoria geral das obrigações*. Campinas: Bookseller, 2006. p. 420-421.

²⁵ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962. p. 17.

A dificuldade, porém, persistia, haja vista que, para elidir a responsabilidade, bastava ao agente demonstrar que tinha se valido de todos os cuidados necessários em sua atividade.

As vítimas, assim, continuavam indenes.

O segundo passo, em consequência, foi a teorização da responsabilidade objetiva: o dano era atribuído ao seu autor, que deveria indenizá-lo, independentemente de culpa. O problema passou a ser resolvido na relação de causalidade, dispensando-se juízo de valor sobre dolo ou culpa strictu sensu.

A Teoria do Risco foi uma das teorias desenvolvidas para fundamentar a responsabilidade objetiva, vinculando a obrigação de reparar aos riscos da atividade exercida.

Em outros termos, a necessidade social fez como que a ciência jurídica desenvolvesse novos fundamentos para a responsabilidade civil, deslocando-se da noção clássica de culpa para a ideia de causalidade, com vistas a garantir efetiva reparação à vítima do dano.

No Brasil, onde nosso Código Civil era essencialmente subjetivista, como já visto, a responsabilidade objetiva veio positivada em leis especiais, aplicáveis aos setores mais sensíveis aos apelos sociais: Lei das Estradas de Ferro, Lei dos Acidentes de Trabalho, Código Brasileiro do Ar, Código Brasileiro da Aeronáutica, etc.

A Constituição Federal de 1988, ao consagrar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça retributiva, trouxe novos contornos para os pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil, mais comprometidos com a proteção e a efetiva reparação.

Seguindo tais passos, o Código de Defesa do Consumidor, ao verificar a vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica do consumidor e visando garantir integral reparação, erigiu a responsabilidade objetiva à categoria de princípio, regulando-a nos artigos 12 e 14 (fato do produto ou serviço) e 18 e seguintes (vício do produto e serviço), bem como garantindo o direito à inversão do ônus da prova (artigo 6º). A única exceção à responsabilidade sem culpa ficou por conta da responsabilidade dos profissionais liberais (artigo 14, parágrafo 4º).

O CDC, ao regulamentar a matéria de forma uniforme, superou a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, já que garante a reparação para o contratante, imediato ou mediato na cadeia

(subcontratantes), bem como a eventuais terceiros, os quais são equiparados ao consumidor (artigos 17 e 29).

A responsabilidade objetiva, que via de regra é solidária, é qualificada pelo defeito ou a causalidade é qualificada pelo defeito (ou como quer parte da doutrina, o risco não é integral), na medida em que pode ser afastada quando houver prova de não colocação do produto no mercado, de que inexistente defeito ou de que houve fato exclusivo da vítima ou de terceiro.

O Código Civil de 2002 regulou a matéria sobre a mesma estrutura do diploma anterior: seus artigos 389 e seguintes tratam da responsabilidade contratual e os artigos 186 e seguintes, da responsabilidade extracontratual. Em virtude da dicotomia no tratamento, portanto, verifica-se que, nas relações civis, as consequências jurídicas do inadimplemento de um dever legal são diversas, em alguns pontos, do descumprimento de uma obrigação contratual, como no caso da solidariedade, do ônus da prova e da mora, sendo a responsabilidade contratual, via de regra, subjetiva.

O CC em vigor, entretanto, inovou ao converter em responsabilidade objetiva hipóteses antes marcadas pela culpa presumida, como no caso de responsabilidade pelo fato de terceiro ou de animais, ao criar novos casos de responsabilidade objetiva (artigo 931) e ao instituir uma cláusula geral de responsabilidade objetiva decorrente da atividade de risco (artigo 927, parágrafo único).

O risco aqui, embora não seja qualificado como no CDC, é probabilidade concreta de perigo, decorrente de atividade habitual. Deve ser, ainda, excepcional, já que toda atividade tem um risco, e está fundado na teoria do risco criado (a responsabilidade decorre dos riscos da atividade exercida e independe dos benefícios que o agente dela aufera).

As hipóteses de exclusão ou limitação da responsabilidade contratual são tratadas pelo Código Civil na parte do inadimplemento das obrigações, podendo a força maior e o caso fortuito serem citados como exemplo.

Vale consignar que já é possível defender a responsabilidade objetiva como regra no direito brasileiro, notadamente diante do disposto no Código de Defesa do Consumidor e das novas hipóteses de responsabilidade civil objetiva, previstas pelo Código Civil e pela legislação extravagante.

Após a tentativa de definição do que é responsabilidade e de um breve histórico sobre o instituto, urge analisar os dois tipos de responsabilidade que nos interessam, oportunidade em que se poderão abordar conceitos como imputabilidade e culpabilidade.

3. Responsabilidade subjetiva ou culposa

Alcides Alberto Munhoz da Cunha diferencia imputação, enquanto instrumento de atribuição de um fato a uma pessoa, do fundamento da responsabilidade, enquanto motivo que justifica a imposição de uma consequência jurídica, como a reparação do dano causado, à pessoa imputada:

Imputação, palavra derivada do latim, imputatio ou imputare, tem o significado de levar em conta, atribuir e, segundo DE PLÁCIDO E SILVA, implica na declaração ou atribuição de que uma determinada ação pertence a uma determinada pessoa. Implica, ainda, segundo o mesmo autor, na indicação, teoricamente, de quem deva ser chamado à responsabilidade, por lhe ser atribuída a qualidade de autor ou causador do ato ou do fato imputável.

A imputação, portanto, seria um pressuposto da responsabilidade, por meio do qual se daria a identificação do agente, que, por força do ordenamento jurídico, submeter-se-ia às consequências da responsabilidade, em virtude de fato a ele vinculado (imputação direta) ou vinculado a pessoa ou coisa que dele dependam (imputação indireta). Quando se diz, por outro lado, que a responsabilidade é subjetiva (ou objetiva), identifica-se se o dever de reparar tem ou não por fundamento a culpa²⁶.

Já Savatier ensina que a *faute* francesa, que pode ser equiparada à nossa culpa, é entendida como a inexecução de um dever que o

²⁶ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Considerações sobre a responsabilidade civil do Estado por fatos dos seus agentes*. Trabalho apresentado à disciplina de Direito Administrativo do Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/8919>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

agente podia conhecer e observar. Em todos os domínios, comporta dois elementos: um principalmente objetivo (o dever violado) e um principalmente subjetivo (a imputabilidade ao agente). A culpabilidade pressupõe, portanto, imputabilidade:

Toda culpabilidade pressupõe a imputabilidade do agente do ato ilícito. Assim, a culpa ou a falta não comporta apenas a violação de um dever, mas, para o agente, a possibilidade de observá-lo. Ela é a transgressão de um dever, ao qual o agente poderia se conformar²⁷.

A responsabilidade civil, como já visto, nasceu ligada à culpa, a demandar que o agente somente fosse responsabilizado se pudesse conhecer e observar o dever a ele imposto, como forma de garantir a sua liberdade²⁸. E culpabilidade, nesse contexto, implica imputabilidade (capacidade de entendimento e autodeterminação).

Agostinho Alvim ratifica essa impressão, ao indicar, na forma proposta por Savatier e Colin et Capitant, que a imputabilidade compreende dois elementos (a possibilidade, para o agente, de conhecer o dever, e a possibilidade de observá-lo). Além de conhecer o dever, é necessário que o agente tenha condições de observá-lo²⁹.

Sergio Cavalieri também acompanha a mesma lógica, expondo que a imputabilidade é:

²⁷ SAVATIER, René. Op. cit., p. 5-9 e 205: “Toute culpabilité suppose l'imputabilité à l'agent de l'acte illicite. Ainsi, la faute ne comporte pas seulement la violation d'un devoir, mais, chez l'agent, la possibilité de l'observer. Elle est la transgression d'un devoir, auquel l'agent pouvait se conformer”.

²⁸ Savatier, na obra já citada, às páginas 354-355, defende que a culpa possui uma função essencial, a de fazer eco à liberdade humana, concedendo ao homem a consciência de bom uso que ele deve fazer desta liberdade, sob as penas da lei, motivo pelo qual deve prevalecer nos sistemas jurídicos em geral: “Si une responsabilité se fonde légitimement sur le risque, encore ne faut-il lui attribuer, ni un rôle unique, ni même la première place. Celle-ci revient à une valeur humaine, plutôt qu'à une causalité physique. Car c'est entre les hommes que la responsabilité civile doit établir l'ordre et l'équilibre. Or, la responsabilité fondée sur la faute a cette virtu essentielle de faire écho à la liberté humaine, d'entretenir chez l'homme la conscience de bon usage qu'il doit faire de cette liberté, de lui rendre sensibles les sanctions qu'il encourt quand il en use mal, négligemment ou imprudemment. La responsabilité fondée sur le risque, au contraire, repose exclusivement sur un équilibre matériel, conforme à une idée d'équité impersonnelle. La substitué systématiquement à la responsabilidade fondée sur la faute, sans respecter la primauté de celle-ci, serait le triomphe de la matière sur l'esprit”.

²⁹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 255.

O conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo. Disso se conclui que a imputabilidade é pressuposto não só da culpa em sentido lato, mas também da própria responsabilidade. Por isso se diz que não há como responsabilizar quem quer que seja pela prática de um ato danoso se, no momento em que o pratica, não tem capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento [...]. Dois são os elementos da imputabilidade: maturidade e sanidade mental. Importa o primeiro desenvolvimento mental; e o segundo, higidez. Consequentemente, imputável é o agente mentalmente saudável e desenvolvido, capaz de entender o caráter de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento”³⁰.

Anderson Schreiber, por sua vez, ao diferenciar a ilicitude da conduta de sua antijuridicidade, entende a culpabilidade como elemento essencial da responsabilidade subjetiva, significando ela a possibilidade de agir de forma diversa:

Quem viola um dever jurídico ou o direito de outrem, pratica um ato antijurídico – contrário ao direito – mas nem por isso, comete ato ilícito. A ilicitude depende da configuração desta possibilidade de agir de maneira diversa, sem a qual a responsabilidade subjetiva não se impõe [...]. De qualquer modo, é certo que a antijuridicidade, como componente objetivo da ilicitude, corresponde à violação de um dever de conduta, não se confundindo com a ilicitude em si, que exige, além disso, um componente vinculado visceralmente à conduta do sujeito: o da culpabilidade, essencial à responsabilidade subjetiva³¹.

³⁰ CAVALIERI, Sergio. Op.cit., p. 52.

³¹ SHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas. p. 156-157.

Alcides da Cunha, porém e como já indicado, é enfático no sentido de que não se deve confundir “um pressuposto da responsabilidade com os fundamentos de sua própria liquidação”, apontando que neste erro incidiram vários doutrinadores, como Pierre Wigny (para quem os pressupostos da responsabilidade civil são o prejuízo, a lesão de um direito, a culpa e a causalidade), Savatier (para quem os pressupostos são a culpa e a imputabilidade), e Trabuchi (fato danoso, o dano e a antijuridicidade ou culpabilidade)³².

A ideia de dever é clara e traduz toda e qualquer obrigação legal em sentido amplo, o que pode envolver um dever específico, imposto legalmente, ou um dever contratual, criado pela própria vontade dos contratantes, mas já a noção em torno dos pressupostos e fundamentos da responsabilidade não é uniforme.

A nosso ver, correta é a colocação da imputação como pressuposto da responsabilidade, na medida em que se trata de mero instrumento de vinculação do sujeito ao dever (seja ele de reparar, compensar ou até mesmo prevenir e punir).

Vinculação esta que poderá encontrar justificativa na culpa ou no risco, com abertura para outras hipóteses legais que justifiquem a imposição do dever legal.

É o que traduz, por sinal, a regra do artigo 928 do Código Civil, a qual estabelece que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, sendo que a indenização, que será equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam. Isto logo após o artigo 927, do mesmo diploma, tratar da responsabilidade civil subjetiva (decorrente de ato ilícito, que causa dano a outrem, com consequência da obrigação de repará-lo), do que se conclui que mesmo o incapaz ou inimputável poderá responder por culpa.

Essa conclusão se confirma pela ressalva trazida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o qual prevê que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, somente 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.

³² CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Op. cit., p. 108-109.

Em suma, a responsabilidade civil deve ser vista como mais um dever decorrente de imputação legal, em função de um valor moral humano inato (justiça), a qual poderá ser operacionalizada, conforme a necessidade social, de acordo com diversos fundamentos e requisitos.

À vista do exposto, passemos, então, a avaliar o conceito e as implicações da responsabilidade subjetiva ou culposa.

Rui Stocco apresenta três conceitos interessantes sobre culpa, após apontar a dificuldade em sua definição. Um de Henoch D. Aguiar, no sentido de que a culpa:

Envolve a ideia de toda falta de um dever jurídico. Em sentido amplo, latu sensu, com o sentido de injúria da Lei Aquilia, compreende também a ofensa dolosa. Em sentido estrito, reside a ideia de previsibilidade das consequências de nossos atos voluntários.

O segundo de Marcel Planiol: “Culpa é a infração de uma obrigação preexistente, de que a lei ordena a reparação quando causou um dano a outrem”.

E a última de Aguiar Dias:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.³³

Carlos Bittar acrescenta que:

A teoria da responsabilidade civil foi edificada para alcançar as ações praticadas em contrário ao direito [...]. Com efeito, das ações que interessam ao direito, umas são conformes, outras desconformes ao respectivo ordenamento, surgindo, daí, os “atos

³³ STOCCO, Rui. Op. cit., p. 66.

jurídicos”, de um lado, e os “atos ilícitos”, de outro, estes produtores apenas de obrigações para os agentes. Entende-se, pois, que os atos ilícitos, ou seja, praticados com desvio de conduta – em que o agente se afasta do comportamento médio do *bonus pater familias* – devem submeter o lesante à satisfação do dano causado a outrem. Mas, em sua conceituação, ingressam diferentes elementos, tendo-se por específico que apenas os atos resultantes de ação consciente podem ser definidos como ilícitos. Portanto, à antijuridicidade, deve-se juntar a subjetividade, cumprindo perquirir-se a vontade do agente. A culpa *lato sensu* é, nesse caso, o fundamento da responsabilidade. Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração da esfera de outrem. Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato). Esse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil, que traz, como consequência, a imputação do resultado à sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado, conseguida, normalmente, pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. Por outras palavras, é o ilícito figurando como fonte geradora de responsabilidade. Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, resarcindo-lhe os prejuízos acarretados, à custa do seu próprio, desde que presente a subjetividade no ilícito”³⁴.

³⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 87-89.

Pode-se afirmar, portanto, que a teoria da responsabilidade civil foi estruturada sobre quatro requisitos/fundamentos: a atividade humana (ação ou omissão); a culpa *latu sensu* (*dolo* ou *culpa strictu sensu*: negligência, imprudência ou imperícia); o dano, material ou moral, e o nexo causal (relação direta de causalidade entre o fato gerador e o dano).

Sergio Cavalieri chama tais requisitos de pressupostos da responsabilidade subjetiva:

Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia”; b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões “violar direito ou causar dano a outrem”. Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem. Os pressupostos aqui examinados são comuns à responsabilidade contratual, com a única peculiaridade de ser a prova da culpa, nesse caso, limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida³⁵.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 44.

A prova da culpa, porém, incumbia à vítima do dano e era, em muitos casos, diabólica. Com a revolução industrial e o desenvolvimento social, deixou de traduzir justiça e liberdade ao cidadão, tornando-se um verdadeiro empecilho ao restabelecimento do equilíbrio social, eternamente buscado pelo direito.

Foi quando se desenvolveu a ideia de responsabilidade independente de culpa, o que será analisado na sequência.

4. Responsabilidade objetiva

Sobre a criação da responsabilidade objetiva, Fabio Ulhoa Coelho explica que:

Ao longo do século XX, a indispensabilidade do pressuposto subjetivo para a imputação de responsabilidade por danos foi paulatinamente questionada. De um lado, agredia cada vez mais o senso geral de justiça o desamparo a que o princípio nenhuma responsabilidade sem culpa relegava as vítimas dos acidentes inevitáveis. O princípio da culpa acabava conduzindo, na significativa imagem pinçada por Mario Bessone, a “nada muito diferente de uma loteria imoral” (Alpa-Bessone, 2001:112). De outro lado, o acúmulo de capitais já era suficiente à implantação de aprimorados mecanismos jurídicos de socialização dos custos. Surge e amadurece a responsabilidade objetiva, em que o devedor é obrigado a indenizar os danos do credor, mesmo não tendo nenhuma culpa por eles³⁶.

Antes que o amadurecimento se consolidasse no sentido da responsabilidade objetiva, desenvolveu-se uma técnica intermediária, a teoria da culpa presumida. Nos dizeres de Rui Stocco:

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil 2 - obrigações - responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermédia, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura resarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado. Cumple, por oportuno, não deslembra das palavras do respeitado Aguiar Dias, quando enfatiza: ‘Não confundimos, pelo menos propositalmente, os casos de responsabilidade objetiva com os de presunção de culpa. Na realidade, como já tivemos ocasião de dizer, o expediente da presunção de culpa é, embora o não confessem os subjetivistas, mero reconhecimento da necessidade de admitir o critério objetivo. Teoricamente, porém, observa-se a distinção, motivo por que só incluímos como casos de responsabilidade objetiva os que são confessadamente filiados a esse sistema’³⁷.

Agostinho Alvim pondera que “a responsabilidade civil, em face da teoria clássica, pressupunha a culpa”. Portanto, sem culpa não havia responsabilidade. Já a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco, que foi uma das teorias desenvolvidas para justificá-la, não caracterizaria um retorno à ideia de vingança, mas, sim, o entendimento de que a culpa é insuficiente para regular todos os casos de responsabilidade: “o fundamento da teoria objetiva consiste em eliminar a culpa como requisito do dano indenizável, ou seja, em admitir a responsabilidade sem culpa, e isso porque cada um deve responder pelo risco de seus atos”. Embora existam críticos dessa teoria, uma vez que sustentam que o dano originado por conta de uma atividade lícita não pode ser fonte de responsabilidade:

Não é na ilicitude da atividade (indústria, transporte) que se acha o fundamento da responsabilidade e, sim, no risco da atividade mesma”. “A culpa deixa de ser elemento indispensável da responsa-

³⁷ STOCO, Rui. Op. cit., p. 76-77.

bilidade, nos casos em que esta é estabelecida por lei, em virtude de necessidades de várias ordens". "Ordinariamente, quando se fala em risco, tem-se em atenção, principalmente, a responsabilidade que se entende com o desenvolvimento das indústrias e transportes modernos, porque foi o progresso nesses setores que principalmente denunciou a insuficiência da teoria da culpa. Por isso, muitos dizem risco criado: quem criou ou aumentou um risco responde pelo dano que daí se originar. Todavia, o campo da responsabilidade objetiva, isto é, da responsabilidade que não depende de culpa, é mais vasto, ficando compreendidos, dentro do risco, muitos casos que nada têm que ver com o desenvolvimento das indústrias e transportes e que sempre foram resolvidos no sentido da responsabilidade sem culpa. Não será, propriamente, a responsabilidade por um novo risco criado, ou aumentado, mas será a responsabilidade pelo risco de seus atos³⁸.

Savatier define o risco, enquanto princípio de responsabilidade, como aquele que obriga a reparar os danos causados mesmo sem culpa, em virtude de uma atividade que se exercita no interesse e sob a autoridade do agente:

A responsabilidade nascida do risco criado é aquela que obriga à reparação dos danos produzidos, mesmo sem culpa, por uma atividade que se desenvolve dentro do interesse do agente e sob a responsabilidade dele. Esta definição visa compreender todos os casos em que a lei ou a jurisprudência determinam a responsabilidade civil de uma pessoa não culpada" (Tradução livre)³⁹.

³⁸ ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 242, 306-307 e 309-310.

³⁹ SAVATIER, René. Op. cit., p. 349-350: "la responsabilité née du risque créé est celle qui oblige à réparer des dommages produits, même sans faute, par une activité qui s'exerçait dans votre intérêt et sous votre autorité. Cette définition vise à comprendre tous les cas où la loi ou la jurisprudence retiennent la responsabilité civile d'une personne non fautive".

Essa responsabilidade está fundada no interesse moral ou pecuniário representado pela atividade, que impõe, àquele que dela se aproveita, suportar os riscos de dano causados por ela:

Sua responsabilidade se funda agora sobre o interesse que representa, para ele, esta atividade. Interesse que pode, de toda forma, ser também moral além de pecuniário. Aquele que se aproveita de uma atividade será equitativamente subordinado, em retorno, a suportar os riscos do dano que ela causa (Tradução livre).⁴⁰

O doutrinador francês também aponta as críticas sofridas pelo novo tipo de responsabilidade, por parte daqueles que inadmitem responsabilidade sem culpa (tratar-se-ia de mera garantia) e por parte daqueles que negam a existência de um dever de reparação sem culpa, motivo pelo qual estendem o próprio conceito de culpa.

Savatier entende, porém, que há responsabilidade civil toda a vez que alguém deva responder em virtude de uma atividade que ela preside, de forma que nada tem de absurdo em ligar a responsabilidade civil a uma atividade não culposa: a nossos olhos, a responsabilidade civil existe todas as vezes que devemos responder por uma atividade que presidimos. Não é, portanto, absurdo ligá-la a uma atividade não culposa⁴¹. E, ainda, que não há como se falar em culpa sem culpabilidade (agente em falta mesmo se privado de inteligência e de vontade, ele não tem consciência de seus atos): falta/culpa sem culpabilidade, que M. Paul Esmein compara “a um homem sem cabeça, a um automóvel sem motor, a um silogismo sem premissas. Além disso, por tanto alargar a noção de culpa, não a destruímos, mas apenas a substituímos por uma responsabilidade fundada sobre o risco” (Tradução livre)⁴².

⁴⁰ Id., p. 359: “sa responsabilité se fonde alors sur l'intérêt que présentait, pour elle, cette activité. Intérêt qui peut, d'ailleurs, être aussi bien moral que pécuniaire. Celui qui profite d'une activité sera équitablement astreint, en retour, à supporter les risques du dommage qu'elle cause”.

⁴¹ Id., p. 351 - Tradução livre: “A nos yeux, la responsabilité civile existe toutes les fois qu'on doit répondre d'une activité à laquelle on preside. Il n'est donc pas absurde de l'attacher à une activité non fautive”.

⁴² Id., página 352: “faute sans culpabilité, que M. Paul Esmein compare “à un homme sans tête, à une automobile sans moteur, à un syllogisme sans premisses. Bien plus, à tant élargir la notion de faute, on ne la détruit pas seulement, mais on lui substitute une responsabilité fondée sur le risque”.

Desenvolvendo raciocínio parelho, Fábio Ulhoa pontua que:

Na modalidade objetiva, o devedor responde por ato lícito. Sua conduta não é contrária ao direito. Nada de diferente é ou seria jurídica ou moralmente exigível dele. Não obstante, arca com a indenização dos danos experimentados pela vítima do acidente. A noção de responsabilidade por lícito não tem sido facilmente operada por parte da tecnologia jurídica, que resiste em aceitar a hipótese de imputação de obrigação a quem fez exatamente o que deveria ter feito, que não desobedeceu minimamente às leis em vigor. Alguns autores buscam conceitos gerais em que possam ancorar as duas espécies de responsabilidade civil, de modo a afastar o desconforto da obrigação não negocial que existe a despeito da lícitude do ato do devedor. Falam, por exemplo, numa antijuridicidade, isto é, contrariedade aos direitos alheios que existiria na exploração de atividades criadoras de riscos (Iturraspe, 1982, 1:117/121). Ou, na linha do proposto inicialmente por Savatier (Tunc, 1989:152), afirmam a existência de um dever geral de não causar danos a outrem – expresso pela locução latina *neminem laedere* –, que seria desrespeitado pelo sujeito a quem se imputa tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva (Noronha, 2003:484)”⁴³.

Fábio Ulhoa, porém, entende como infrutíferas as tentativas de configurar a responsabilidade objetiva como a consequência de certa desconformidade com o direito:

É racional imputar responsabilidade por danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido quando o sujeito passivo da obrigação de indemnizar ocupa posição econômica que lhe permite socializar os custos da sua atividade entre os beneficiários dela. Nessa posição encontram-se, por

⁴³ COELHO, Fabio Ulhoa. Op. cit., p. 188-189.

exemplo, os empresários, o Estado e as agências de seguro social. A rigor, mais que infrutíferas, são desnecessárias as buscas de algum traço de antijuridicidade nas condutas que dão ensejo à responsabilidade objetiva. Como pretendo demonstrar, é racional – sob o ponto de vista jurídico, econômico e moral – a imputação de responsabilidade objetiva a determinados sujeitos de direito, mesmo reconhecendo e reafirmando a plena licitude de seus comportamentos causadores do dano. O fundamento da responsabilidade objetiva, isto é, da imputação da obrigação de indenizar danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido, é a socialização de custos. Todo sujeito de direito que se encontra numa posição econômica que lhe permita socializar os custos de sua atividade entre os que são atendidos por ela podem e devem ser objetivamente responsabilizados [...]. Ocupar posição econômica que permite a socialização dos custos – como é o caso do Estado, do empresário ou do INSS – é fundamento racional suficiente para a imputação de responsabilidade civil por ato lícito. Não há nenhuma transgressão a norma jurídica ou mesmo a preceito moral por parte do sujeito apto a promover essa socialização. Pelo contrário, ao desempenhar sua atividade exclusivamente nos quadrantes da legalidade, acaba cumprindo a função distributiva. Aqui, não se impõe ao causador de danos uma sanção com o objetivo de desestimular a prática ilícita – esta, como se verá, é uma das funções da responsabilidade subjetiva. Apenas se alocam recursos de forma racional, compatibilizando a eficiência na administração da escassez e redução das injustiças na distribuição. As atividades que deram ensejo ao dano indenizável não devem ser desestimuladas; pelo contrário, o proveito que a generalidade das pessoas delas usufruem é visto como altamente compensador em face dos danos causados a alguns poucos. A questão, portanto, não é reduzir ou suprimir os ganhos, mas distribuir entre todos os beneficiados o custo com as indenizações dos danos que a atividade causa [...]. A objetivação da responsabilidade permite, por fim, a abstração de qualquer juízo de valor na

imputação da obrigação. O devedor deve pagar a indenização não porque fez algo irregular, que merece punição. Nem poderá, por outro lado, exonerar-se por nada ter feito de errado. Sua culpa é irrelevante para qualquer efeito: não constitui a obrigação, nem a afasta; não a aumenta ou diminui. Não está em jogo, em suma, qualquer apreciação moral de sua conduta, mas exclusivamente sua aptidão econômica para socializar os custos da atividade entre os beneficiados por ela⁴⁴.

Sérgio Cavalieri completa que a responsabilidade objetiva:

Tem suas raízes plantadas nas obras pioneiras de Raymond Saleilles e Louis Josserand, seguidos por Georges Ripert. Este último dizia que o Direito moderno já não visa ao autor do ato, porém à vítima. No Brasil, merecem destaque os nomes de Orozimbo Nonato, Alvino Lima, em sua obra *Culpa e risco*, Wilson Mello da Silva, *Responsabilidade sem culpa*, Aguiar Dias e outros. No âmbito dela, provados o dano e o nexo causal, o que é ainda encargo da vítima, surge o dever de reparar, independentemente de culpa. A responsabilidade somente é exigida se se provar alguma das causas de exclusão do nexo causal⁴⁵.

E continua o doutrinador:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de dano, importando, isso, dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos

⁴⁴ Id.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 351-352.

e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano. Na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexo psicológico entre o fato ou atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta. Enquanto “a culpa é vinculada ao homem, o risco é ligado ao serviço, à empresa, à coisa, ao aparelhamento. A culpa é pessoal, subjetiva; pressupõe o complexo de operações do espírito humano, de ações e reações, de iniciativas e inibições, de providências e inércias. O risco ultrapassa o círculo das possibilidades humanas para filiar-se ao engenho, à máquina, à coisa, pelo caráter impessoal e o objetivo que o caracteriza” (José Cretella Junior, Comentários à Constituição brasileira de 1988, 1991, v. 2, p. 1019)⁴⁶.

Temos, assim, duas espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva:

Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato ilícito e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos lícitos, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria

⁴⁶ Id. Vale consignar, nas palavras de Sérgio Cavalieri, que “em tomo da ideia central do risco, surgiram várias concepções, que se identificam como verdadeiras subespécies ou modalidades, dentre as quais podem ser destacadas as teorias do risco-proveito, do risco profissional, do risco excepcional, do risco criado e a do risco integral” (p. 153). Quanto às concepções mais relevantes para o direito brasileiro, Carlos Roberto Rios Gonçalves, na obra citada no item 06, a p. 31, bem sintetiza que “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”.

ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva [...]. Variam os pressupostos da responsabilidade civil de acordo com a espécie. Para que um sujeito de direito seja responsabilizado subjetivamente é necessária a convergência de três: a) conduta culposa (culpa simples ou dolo) do devedor da indenização; b) dano patrimonial ou extrapatrimonial infligido ao credor; c) relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano do credor. O primeiro pressuposto pode ser denominado “pressuposto subjetivo”, por ser referido à negligência, imprudência ou imperícia (culpa simples) ou mesmo à intenção (dolo) do sujeito causador do dano. Se ele tivesse se comportado como determina a lei, se não tivesse praticado o ilícito, o evento danoso não ocorreria; foi a sua culpa ou dolo que provocou o dano. No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, o pressuposto subjetivo, isto é, a culpa do devedor, é elemento indispensável à constituição da obrigação. A responsabilidade do devedor, nela, tem por fundamento último a manifestação de vontade do sujeito obrigado (subitem 3.1). Já, para a caracterização da responsabilidade objetiva, bastam dois pressupostos: a) dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado pelo credor; b) relação de causalidade entre a conduta do devedor descrita em lei e o dano do credor. Aqui, o pressuposto subjetivo é irrelevante. Se o sujeito a quem se imputa a obrigação foi negligente, imprudente, imperito ou teve a intenção de causar danos é por tudo irrelevante. Simplesmente, isso não se discute. Sua responsabilidade existirá e terá a mesma extensão em qualquer hipótese. Mesmo que ele tenha sido absolutamente correto e se comportado sempre de acordo com a lei, responderá pela indenização dos danos. Não era exigível do devedor que se comportasse de maneira diversa; ao contrário, exigia-se dele que fizesse nada mais nada menos do que fez. Sua responsabilidade tem por fundamento, como se verá adiante (subitem 3.2), a socialização dos custos. É possível divisarem-se duas subespécies

de responsabilidade civil. De um lado, a responsabilidade subjetiva de culpa presumida; de outro, a responsabilidade objetiva pura. Naquela, o pressuposto subjetivo é relevante, mas não cabe à vítima provar a culpa do sujeito a quem ela imputa a responsabilidade. Cabe-lhe apenas produzir em juízo a prova dos demais pressupostos (dano e relação de causalidade). A pessoa a quem a responsabilidade é imputada, porém, livra-se da responsabilização provando a inexistência de culpa. Trata-se de uma das formulações erigidas durante o longo processo de elaboração dos fundamentos da responsabilidade objetiva (subitem 3.3). Ao seu turno, na responsabilidade objetiva pura, é suficiente à constituição da obrigação a existência do dano, sendo irrelevantes tanto o pressuposto subjetivo como a relação de causalidade⁴⁷.

6. Responsabilidade subjetiva x responsabilidade objetiva

Muito se discutiu sobre o futuro da culpa ou da própria responsabilidade civil diante da teoria do risco, mas o tempo comprova que o debate perdeu sentido: os dois tipos de responsabilidade – subjetiva e objetiva – convivem em muitos sistemas, como o brasileiro, há anos.

Filipo Bruno Silva Amorim bem sintetiza os diversos posicionamentos assumidos pela Doutrina sobre o tema, apontando que há doutrinadores que defendem a prevalência da responsabilidade civil subjetiva sobre a objetiva no novo Código Civil Brasileiro, como Carlos Roberto Gonçalves, com argumentos como a topologia da matéria e a importância de responsabilização apenas daquele que conscientemente causa o dano, assim como há estudiosos, entre os quais Sérgio Cavalieri Filho, que sustentam a prevalência da responsabilidade civil objetiva no novo ordenamento jurídico, notadamente diante da cláusula geral de responsabilidade objetiva trazida pelo parágrafo único do artigo 927 do novo diploma legal. Há teóricos, ainda, que entendem como compatibiliza-

⁴⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. Op. cit., p. 184-185.

dos ambos os sistemas na nova lei civil, sem predominância de um sobre o outro (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery)⁴⁸.

Superando as divergências, Miguel Reale bem pontuou:

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental⁴⁹.

Não há como negar, porém, que, embora se mostre bastante clara e até justificável a divisão teórica, o exercício prático do direito confirma a dificuldade em separar do instituto da responsabilidade civil a concepção de culpa.

Vejamos um exemplo.

7. Conflito quanto aos requisitos/fundamentos da responsabilidade civil

Um exemplo prático em que há divergência sobre o conceito de responsabilidade civil e os requisitos ou pressupostos dos diferentes tipos de responsabilidade é o caso de infecção hospitalar (grifos nossos):

Ação de indenização por danos morais. Paciente que contraiu infecção hospitalar, após a realiza-

⁴⁸ AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O sistema da responsabilidade no Código Civil de 2002: prevalência da responsabilidade subjetiva ou objetiva?* Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/22841/o-sistema-da-responsabilidade-no-codigo-civil-de-2002-prevalencia-da-responsabilidade-subjetiva-ou-objetiva-3>>. Acesso em: 9 dez. 2014.

⁴⁹ REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil. REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 176-177.

ção de mastectomia e reconstrução da mama, enfrentando difícil e delicada recuperação, durante quase dois meses. Hipótese em que o hospital responde objetivamente pelos danos causados à paciente, tendo em vista que a infecção hospitalar constitui risco inerente à sua atividade. Recurso parcialmente provido (TJ/SP, Apel. 0001725-69.2005.8.26.0286, Relator Aroldo Viotti, Data: 27.05.2014, grifo nosso).

Embargos Infringentes. Ação de indenização. Responsabilização de nosocomio pela morte de paciente por infecção hospitalar. Paciente com saúde debilitada e acentuada suscetibilidade à infecções. Existência de controle de risco de infecção hospitalar e adequação aos padrões internacionais. Responsabilidade objetiva do hospital afastada. Prestação de serviço regular e controle de infecção hospitalar comprovadamente satisfatórios. Embargos rejeitados (TJ/SP, MBI. Nº: 0070320-96.2005.8.26.0100/50000, Relatora MARY GRÜN, data 01.07.2014, grifo nosso).

INDENIZAÇÃO. INFECÇÃO HOSPITALAR. Responsabilidade objetiva do hospital (CDC, art. 14). A caracterização da responsabilidade civil, embora independa de culpa, é condicionada à demonstração do defeito na prestação do serviço, não sendo suficiente a mera caracterização do dano. Provas que afastam a ocorrência de falhas na prestação do serviço. Inexistência de nexo causal. Pretensão indenizatória julgada improcedente. Recurso des provido (TJ/SP, Apel. 0040444-97.2007.8.26.0562, Relator Milton Carvalho, Data 27.09.2012, grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA HOSPITAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. 1. Demanda indenizatória proposta por paciente portador da Síndrome de Down, que, com um ano e cinco meses, após ser submetido a cirurgia cardíaca, recebeu indevidamente alta hospitalar, tendo de retornar duas vezes ao nosocomio, com risco de

morte, sendo submetido a duas outras cirurgias, redundando na amputação de parte da perna esquerda. 2. A regra geral insculpida no art. 14, “caput”, do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores. 3. A exceção prevista no parágrafo 4º do art. 14 do CDC, imputando-lhes responsabilidade subjetiva, é restrita aos profissionais liberais. 4. Impossibilidade de interpretação extensiva de regra de exceção. 5. O ônus da prova da inexiste nça de defeito na prestação dos serviços médicos é do hospital recorrente por imposição legal (inversão ‘ope legis’). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC. 6. Não tendo sido reconhecida pelo tribunal de origem a demonstração das excludentes da responsabilidade civil objetiva previstas no parágrafo 3.º do artigo 14 do CDC, a pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 07/STJ, pois exigiria a revaloração do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior. 7. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. 8. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO (STJ, REsp 1331628 / DF - RECURSO ESPECIAL - 2012/0135921-0 - Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO (1144) - Órgão Julgador - T3 - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento - 05/09/2013 - Data da Publicação/Fonte - DJe 12/09/2013, grifo nosso).

RESPONSABILIDADE CIVIL - Danos materiais e morais - Infecção hospitalar - Responsabilidade objetiva do hospital - Hipótese em que restou comprovada a infecção do sítio cirúrgico, causa comum de infecção hospitalar, que levou à amputação do dedo indicador da mão esquerda da autora - Dano e nexo causal configurados - Indenização a título de dano moral devida, tendo sido arbitrada com razoabilidade - Ação procedente em parte - Ratificação dos fundamentos da sentença (art. 252, do RITJSP/2009) - Recurso desprovido (TJSP, VOTO Nº 28475 - APELAÇÃO Nº 0000363-62.2009.8.26.0554 Santo André - APELANTE Hospital e Maternidade Dr. Christóvão da Gama S/A - APELADA Fernanda Paula Ribeiro - JUIZ Jairo Oliveira Junior, grifo nosso).

Como se observa dos julgados copiados, situações idênticas possuem tratamento distinto pela jurisprudência.

Para alguns, mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva, não há dever de indenizar se o hospital tomou todas as medidas possíveis para evitar o prejuízo.

Vale notar, porém, que a responsabilidade legalmente atribuída ao hospital é objetiva. Ou seja, ao se falar em responsabilidade independente de culpa e decorrente de atividade de risco, ainda que a conduta tenha sido lícita e provida das mais rigorosas cautelas, o dever de indenizar decorre da imputação legal, quando presentes todos os requisitos previstos.

Quando se nega o direito à indenização porque houve atividade lícita, com emprego de todas as regras técnicas e procedimentos disponíveis, sob a roupagem de quebra do nexo causal ou de ausência de falha na prestação do serviço, pode-se estar decidindo, em verdade, com base na concepção de falta de culpa, análise que, como já visto, é totalmente dispensável para a solução do litígio.

A opção do legislador foi pela responsabilidade objetiva, de forma que, ainda que a obrigação soe desproporcional por conta de todas as cautelas adotadas, não há como o prestador do serviço se esquivar do dever imposto na legislação, a não ser que comprove uma das excludentes legais de responsabilidade.

Em outros termos, como a opção legislativa, no caso de relação de consumo, foi pela responsabilidade objetiva de causalidade mitigada, em que não basta a relação de causalidade fática, mas se fazendo necessário, ainda, um elemento qualificador (o defeito - artigos 12, parágrafo 1º, e artigo 14, parágrafo 1º, do CDC), caberá ao julgador avaliar se a atividade causou o mal à vítima, em virtude de defeito do produto ou da prestação de serviço, facultando-se ao fornecedor a prova sobre a inexistência de defeito (ou sobre a não colocação do produto no mercado), ou ainda sobre culpa exclusiva da vítima ou de terceiro (artigo 12, parágrafo 3º, e artigo 14, parágrafo 3º, ambos do CDC).

Parece-nos que, no caso da infecção hospitalar, existirá defeito na prestação do serviço médico hospitalar quando não se puder comprovar estado debilitado da própria vítima (fato exclusivo da vítima), na medida em que se trata de risco intrínseco à própria atividade, ainda que tomadas todas as cautelas e providências para evitá-la.

E é justamente a opção do legislador que possibilita que uma mesma relação fática tenha o instituto da responsabilidade civil avaliado sob diferentes ângulos, como no caso da responsabilidade do hospital, que é objetiva, e a responsabilidade do médico, que é subjetiva (artigo 14 e parágrafo 4º do Código de Defesa do Consumidor).

Note-se que esta avaliação também se aplica para as hipóteses do parágrafo único, do artigo 927, do Código Civil, o qual dispõe que, após a elucidação de responsabilidade civil por dano decorrente do ilícito, ou seja, por dolo ou culpa (artigo 927, *caput*, do mesmo diploma) “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”.

Vale consignar que a responsabilidade objetiva não reflete ameaça à liberdade humana, na medida em que toda atividade possui potencialidade danosa, mas apenas aquela normalmente exercida pelo agente que implique risco a direitos alheios e cause dano injusto gerará o dever de reparar ou compensar, na forma da lei civil (ou de acordo com os requisitos da legislação especial, como a consumerista).

Como se verá dos julgados citados na sequência, é possível avaliação adequada de cada situação fática, com responsabilização apenas na hipótese de verificação do tipo legal:

DIREITO DE VIZINHANÇA. CONSTRUÇÃO. COMPACITAÇÃO DO SOLO CAUSADORA DE DANOS A IMÓVEL VIZINHO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONFIGURAÇÃO. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS. É devida indenização pelo construtor dos danos causados pela construção em imóvel vizinho, cuja causalidade foi reconhecida por prova técnica, nos limites do valor estimado efetivamente segundo a realidade constatada pelo perito, dada a especialidade do fato (CPC, art. 420, parágrafo único, I). Honorários contratuais. Reconhecimento. Condenação no pagamento de honorários de advogado contratado, nos limites da sucumbência (CC, art. 389). Danos morais não caracterizados. Situação que não ultrapassou o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano. Ausência de lesão a direito da personalidade à vista da ausência de consta-

tação de afronta à saúde e sossego, com risco ao exercício da moradia. Recursos parcialmente providos (TJSP, Apelação APL 00195216220098260309 SP, 0019521-62.2009.8.26.0309, publicação de 15.10.2014).

CIVIL DIREITO DE VIZINHANÇA EXPLOSÃO EM PEDREIRA. DANOS EM IMÓVEL VIZINHO. PERÍCIA JUDICIAL CONCLUSÃO PELA AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE DEMANDA JULGADA IMPROCEDENTE.
1. Não há plausibilidade na alegação da autora no sentido de os problemas apresentados em seu imóvel decorrerem da explosão acidental ocorrida em julho de 2007 ou da atividade de extração exercida pela requerida. Para que haja responsabilização com base no direito de vizinhança faz-se necessária a demonstração do nexo de causalidade (CPC, art. 333, I, do CPC), o que não se vislumbra no caso em análise. 2. Recurso improvido (TJSP, Apelação APL 02510053020078260100 SP 0251005-30.2007.8.26.0100, publicação de 06.08.2013).

E ainda:

DIREITO DE VIZINHANÇA DANOS EM IMÓVEL VIZINHO - INDENIZAÇÃO PERÍCIA TÉCNICA QUE AFASTOU O NEXO DE CAUSALIDADE COM A ATIVIDADE EXERCIDA PELA RÉ LAUDO OFICIAL BEM FUNDAMENTADO - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO SENTença MANTIDA APELAÇÃO DO AUTOR IMPROVIDA. Apesar de o juiz não estar adstrito ao disposto literalmente na perícia (artigo 436 do CPC), para que sejam afastadas as conclusões do laudo técnico é necessário que se apresentem outros elementos, seguros e coesos, a justificarem sua descaracterização, por se tratar de pronunciamento de pessoa especializada, imparcial e detentora de conhecimentos próprios, sem os quais o deslinde do feito não seria possível (TJSP, Apelação APL 1806234120098260100 SP 0180623-41.2009.8.26.0100, publicação de 18.06.2012).

8. Conclusão

A discussão em torno dos pressupostos e fundamentos da responsabilidade civil continua diante da renovação dos anseios sociais no decorrer do tempo.

De fato e como bem pontua Claudio Luiz Bueno de Godoy, com a advertência de Jorge Ferreira Sinde Monteiro:

O problema básico de que se ocupa a matéria atinente à responsabilidade civil é definir em que casos e sob quais condições será permitido a alguém, lesado, fazer repercutir o dano sofrido a esfera jurídico-patrimonial de outrem. Ou, em diversos termos, em que hipóteses será a uma pessoa carreada a obrigação de reparar os danos pela vítima sofridos". Citando Stefano Rodotà, continua o doutrinador: "O papel central da responsabilidade civil é estabelecer meios e modos de ligar um fato danoso a um sujeito responsável, cujo patrimônio possa fazer frente ao prejuízo causado. É, por isso, uma maneira de se qualificar o fato danoso. A questão se põe na fixação das condições de relevância jurídica de um dano e das modalidades de imposição da respectiva obrigação de resarcimento, e sem que o responsável seja necessariamente o autor, uma vez que o objetivo não é, em si e por si, a descoberta da autoria do evento lesivo. De maneira mais ampla, cuida-se, então, de erigir mecanismos de garantia da indenidade da pessoa humana, preservando-lhe a existência digna, afinal valor básico do ordenamento, no Brasil elevado a princípio fundamental da República⁵⁰.

Já há doutrinadores como Teresa Ancona, a qual defende a responsabilidade civil fundada no princípio da precaução, independentemente de dano concreto⁵¹, e Giselda Hironaka, para quem há necessidade de

⁵⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

⁵¹ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1228 e 1223-1234, jan./dez. 2010.

reformulação da teoria da responsabilidade civil em virtude dos novos princípios constitucionais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, que trabalham novos conceitos, visando garantir maior proteção e efetiva reparação⁵².

Sustenta Teresa Ancona, ainda, a existência de forte tendência de acolhimento da responsabilidade civil preventiva:

Já prestigiada na França, nos Estados Unidos da América, na Itália (que tira seu fundamento da Constituição) e aqui no Brasil, por meio das tutelas processuais resarcitórias e antecipatórias, que têm como finalidade a proteção dos interesses difusos, com destaque na área do consumidor e na área ambiental. Para a efetiva proteção e prevenção de danos coletivos e sociais temos a importante Lei da Ação Civil Pública, que coloca os membros do Ministério Pùblico como instrumentos indispensáveis para essa efetiva prevenção, como nas hipóteses de proteção ao meio ambiente, evitando, assim, o efetivo dano ambiental⁵³.

Daisy Gogliano, por sua vez, vê como necessária uma revisitação dos requisitos da responsabilidade civil médica em contratos de plano de saúde, em virtude da redução da capacidade civil do paciente e em virtude de a medicina, embora arte no passado, ter se transformado em atividade técnico-científica, por meio da qual o diagnóstico é dado após a realização de uma série de exames, com mais de uma possibilidade de tratamento, à escolha do doente⁵⁴.

Em consequência da crise da responsabilidade individual, questão esta muito bem trabalhada por Geneviève Vieny⁵⁵, alguns grupos sociais optaram por estabelecer indenização tarifada (sistema escandinavo).

⁵² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano II, v. 2, n. 1.

⁵³ LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 149, jan./dez. 2006.

⁵⁴ GOGLIANO, Daisy. Direito civil sanitário e o novo Código Civil. *Revista de Direito Sanitário, São Paulo*, v. 3, n. 2, p. 34-53, jul. 2002.

⁵⁵ VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: L.G.D.J., 1965.

Em outros, por sua vez, a securitização se tornou obrigatória (sistema neozelandês)⁵⁶.

Vale consignar, porém, que Geneviève Viney, após constatar o declínio da responsabilidade civil, defende a sua importância a tornar necessária reforma para que ela possa subsistir, ao lado da responsabilidade coletiva⁵⁷.

Todos os fatores trabalhados confirmam que a responsabilidade civil deve passar a ser interpretada como instrumento de realização de um dos valores humanos considerados inatos: o ideal de justiça (*fairness or equity*).

Ou seja, a responsabilidade civil é o reflexo jurídico da responsabilidade moral e, como tal, é produto do fato, da realidade, do meio social regrado, variando temporal e culturalmente.

Com efeito, quando o Estado assumiu o poder de regulamentar a vida em sociedade e punir os maus feitos, instituíram-se as ideias de faculdade e direito, dever e obrigação, sendo a responsabilidade civil mais um dos instrumentos disponíveis para a busca do equilíbrio e da paz social, com o fim maior de realização de justiça.

A vinculação da responsabilidade à concepção de culpa, em um primeiro momento e tão logo iniciada a tentativa de teorização da matéria, é produto do Iluminismo, centrado na razão e na autonomia humana: a pessoa responsável por seus atos e as consequências deles.

Resta evidente que, ao se vincular a responsabilidade à culpa, e, portanto, ao livre arbítrio, garantiam-se a liberdade e a autonomia humana, privilegiando-se o indivíduo e seu patrimônio.

Com a evolução do pensamento humano e a transformação social, percebeu-se, porém, como inexistente um verdadeiro autocontrole (*free will*), diante da constatação de que o homem é um ser biológico e social⁵⁸.

⁵⁶ MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. *Revista da Escola da Magistratura*, ano 7, n. 2, p. 1-176, jul./dez. 2006.

⁵⁷ VINEY, Geneviève. Op. cit., p. 385.

⁵⁸ TAMLER, Sommer. Free will and experimental philosophy: an intervention. Disponível em: <www.

Em outras palavras, embora haja um ideal inato de justiça em cada pessoa, o que pesquisas com bebês podem confirmar⁵⁹, estudos passaram a apontar que este ideal é fruto também do meio social em que inserida a pessoa. Ou seja, o valor de justiça é cultural e temporal.

O contexto histórico e cultural, em consequência, faz da responsabilidade civil uma entidade viva e em constante construção.

verybadwizards.com>. Neste artigo, o filósofo americano Sommer Tamler avalia justamente a diversidade de intuições morais sobre livre arbitrio e responsabilidade: "This is from Knobe and Nichols in the new edition of the Kane free will anthology. They're discussing a possible objection: that different cultures might possibly have different intuitions about free will and responsibility than some college students at Florida State or wherever, and that certain intuitions in the debate may be shaped by cultural forces like the American emphasis on individual autonomy [...] In a recent study, subjects from India, Hong Kong, Colombia and the United States were all presented with the abstract condition of the experiment described above (Sarkissian, Chatterjee, De Brigard, Knobe, Nichols & Sirker forthcoming). Strikingly, the majority of subjects in all four of these cultures said that no one could be fully morally responsible in a deterministic universe, and there were no significant cross-cultural differences in people's responses. Yet ordinary people, many of whom have never thought about these questions before, seem somehow to immediately converge on one particular answer. In fact, we find this convergence even across four different cultures, with radically different religious and philosophical traditions. What could possibly explain this striking pattern of intuitions?".

Para um maior aprofundamento na discussão, vale conferir:

- a) Very Bad Wizards - Episodes 1 and 2. Disponível em: <www.verybadwizards.com>. Acesso em: 18 out. 2014.
- b) TAMLER, Sommer. No soul? I can live with that. No free will? AHHHHH!!! Disponível em: <<http://www.psychologytoday.com/blog/experiments-in-philosophy/200804/no-soul-i-can-live-no-free-will-ahhhh>>.
- c) COYNE, Jerry A. Why you don't really have free will. Disponível em: <<http://usatoday30.usatoday.com/news/opinion/forum/story/2012-01-01/free-will-science-religion/52317624/1>>. Acesso em: 18 out. 2014.
- d) NAHMIAS, Eddy. Is neuroscience the death of free will? Disponível em: <http://opinionator.blogs.nytimes.com/2011/11/13/is-neuroscience-the-death-of-free-will/?_php=true&_type=blogs&_r=0>. Acesso em: 18 out. 2014)
- e) HARRIS, Sam. Free will. Disponível em: <http://www.amazon.com/Free-Will-ebook/dp/B0061-DG2T6/ref=sr_1_2?ie=UTF8&qid=1346431071&sr=8-2&keywords=sam+harris+free+will>. Acesso em: 10 maio 2015.

⁵⁹ COOK, Gareth. The moral life of babies. Scientific American site. Disponível em: <<http://www.scientificamerican.com/article/the-moral-life-of-babies/>>. Acesso em: 29 out. 2014. Ao entrevistar o psicólogo Paul Bloom, Gareth expõe o entendimento do cientista no sentido de que moralidade não é apenas algo que aprendemos, mas algo que nascemos com. Quando chegam ao mundo, bebês já são compassivos e empáticos e possuem um sente de justiça: "morality is not just something that people learn, argues Yale psychologist Paul Bloom: It is something we are all born with. At birth, babies are endowed with compassion, with empathy, with the beginnings of a sense of fairness. It is from these beginnings, he argues in his new book *Just Babies*, that adults develop their sense of right and wrong, their desire to do good – and, at times, their capacity to do terrible things" (Tradução livre: "Moralidade não é somente algo que as pessoas aprendem, defende o psicólogo de Yale, Paul Bloom: É algo que todos nós nascemos com. Já quando do nascimento, bebês são dotados de compaixão, empatia e com um inicio de senso de justiça. É destes pontos iniciais, ele alega em seu novo livro *Só Bebês*, que adultos desenvolvem o seu senso de certo e errado, seu desejo de fazer o bem - e, algumas vezes, sua capacidade de fazer coisas terríveis").

Construção esta possível em virtude da inteligência humana e do poder das palavras. Segundo a teoria da linguagem de Sapir-Whorf, as palavras não são simplesmente descriptivas da realidade, mas construtoras da realidade. O que pode ser questionado em relação ao mundo físico, é muito verdadeiro em relação ao mundo social. É por isso que as lutas das palavras pelas palavras são tão importantes: ter a última palavra é ter o poder sobre a representação legítima da realidade; dentro de certos casos, impor a representação é impor a realidade quando se trata de fazer a realidade. Em muitos casos, o poder das palavras e o poder sobre as palavras são poderes políticos; em última análise, o poder político é em grande parte um poder pelas palavras, na medida em que as palavras são instrumentos de construção da realidade. E na medida em que a política é uma luta pelos princípios de visão e de divisão do mundo social, o fato de impor uma nova linguagem a propósito do mundo social possibilita, em grande parte, a mudança desta realidade. Os juristas, portanto, possuem um capital de palavras, um capital de conceitos e eles podem, a este título, contribuir à construção da realidade... Este capital de palavras, de conceitos, é também um capital de soluções e de precedentes para as situações difíceis da experiência. Isto se vê muito bem nas sociedades ditas arcaicas, nas quais o poeta, que era o jurista espontâneo, tinha a última palavra porque ninguém sabia o que dizer. Desde a Idade Média, os juristas estão nesta posição de *juris peritus*, de quem é experto em direito e de quem, por isso mesmo, pode fornecer soluções a problemas passados, para os quais há precedentes, mas também para problemas inusitados, sem precedente⁶⁰.

⁶⁰ Discours préliminaire du premier projet de code civil français. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/index.html>>, acesso em: 15 out. 2014: “selon la théorie du langage de Sapir-Whorf, les mots ne sont pas simplement descriptifs de la réalité, mais construisent la réalité. Ce qui est très discutable quand il s’agit du monde physique, est fortement vrai quand il s’agit du monde social. C’est pourquoi les luttes des mots, sur les mots, sont si importants: avoir le dernier mot, c’est avoir le pouvoir sur la représentation légitime de la réalité; dans certains cas, imposer la représentation, c’est imposer la réalité quand il s’agit de faire la réalité. Dans des nombreux cas, le pouvoir des mots et le pouvoir sur les mots sont des pouvoirs politiques; à la limite, le pouvoir politique est pour une grande part un pouvoir par les mots, dans la mesure où les mots sont des instruments de construction de la réalité. Et dans la mesure où la politique est une lutte sur les principes de vision et de division du monde social, le fait d’imposer un nouveau langage à propos du monde social, c’est, pour une grande part, changer la réalité. Les juristes ont donc un capital de mots, un capital de concepts et ils peuvent à ce titre contribuer à la construction de la réalité... Ce capital de mots, de concepts, est aussi un capital de solutions et de précédents, pour les situations difficiles de l’expérience. Cela se voit très bien dans les sociétés dites archaïques, où le poète, qui était le juriste spontané, était celui qui avait le dernier mot lorsque personne ne savait quoi dire. Dès le Moyen Age, les juristes sont dans cette position juris peritus, celui qui est expert en droit et qui, de ce fait, peut fournir des solutions aux problèmes passés, pour lesquels il ya des précédents, mais aussi aux problèmes inouïs, aux problèmes sans précédent.”

Foram justamente os novos anseios e as novas relações da sociedade que tornaram necessária a construção de uma inédita forma de responsabilização, desvinculando a obrigação de reparar do ilícito e da noção de culpa, a qual, como já visto, por se revestir de caráter subjetivo e moral, tornava difícil a prova e dificultava o reconhecimento do dever indenizatório.

A responsabilidade objetiva foi fruto de um novo ideal de justiça, em que a responsabilização não decorre do descumprimento de um dever jurídico preexistente, seja por culpa *strictu sensu* ou por dolo, mas da própria atividade do agente, tendo sido o risco desenvolvido como um de seus fundamentos. A imputação, antes vinculada ao conhecimento do dever e à possibilidade de observá-lo, decorre pura e simplesmente do fato, da atividade, que por isso mesmo pode ser lícita.

E a transformação é constante. Como já abordado, já há doutrinadores que desenham outros fundamentos para a responsabilidade civil, desvinculando-a dos pressupostos originalmente integrados a ela como a culpa e o dano.

A própria noção de causalidade é estendida, na medida em que a securitização se transforma também em instrumento de responsabilização⁶¹, enquanto o nexo causal acaba atenuado com o surgimento de novas possibilidades de indenização, como no caso da responsabilidade pela perda de uma chance⁶².

⁶¹ Como bem coloca Savatier (Op. cit.), a securitização é criação que possibilitou que a responsabilidade civil continuasse a cumprir sua função social, sem difusão de maiores prejuízos, notadamente no que diz respeito às pessoas envolvidas em atividades lícitas, mas de risco e essenciais ao desenvolvimento: “Ces résultats n'ont été possibles que par le développement d'une institution devenue capitale: l'assurance de responsabilité. Elle permet, en effet, d'amortir sur la collectivité des dommages qui ne pourraient être mis à la charge privée d'un individu responsable, sans faire de lui une autre victime. (...) Grâce à l'assurance de responsabilité, on a donc pu, sans risque d'injustice, faire répondre, de préjudices considérables, des individus mêmes exempts de faute. A l'antique responsabilité sortie de la faute, s'est jointe, dès lors, une autre sorte de responsabilité. Il est commode de lui attribuer pour source une notion de risque. Car elle repose sur cette idée que celui qui met en mouvement des activités susceptibles de devenir dommageables, doit, sous certaines modalités, en supporter les risques, c'est-à-dire, réparer à ses frais, directement, ou par le moyen d'une assurance, le dommage qui en résulterait. Non seulement l'assurance a permis de développer une responsabilité sans faute, mais elle est, aujourd'hui, nécessaire pour permettre le maintien de la règle astreignant l'auteur d'une faute véniale à répondre, indéfiniment, de tout le dommage qu'elle cause, et dont les proportions se sont multipliées à l'échelle des forces démesurées captées par l'homme”.

⁶² CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)*.

O dano, por sua vez, tem o conceito transformado, para abarcar qualquer interesse juridicamente protegido.

Como bem pontua Alexandre Guerra, a conceituação do elemento dano filia-se majoritariamente a uma acepção patrimonial (econômica) no sentido de um efetivo prejuízo, a uma perda de algo que até então compunha o patrimônio da vítima, ainda que futuro (os lucros cessantes, que, propriamente, não são cessantes [ou seja, os que cessaram], mas o que não advieram justamente pelo comportamento do ofensor). Não é, contudo, necessariamente assim. O conceito de dano intensamente se vincula, na contemporaneidade, à lesão de direitos próprios da condição humana, direitos fundamentais, não necessariamente econômico-patrimoniais⁶³.

Por essa nova abordagem, pode o dano ser subdividido em diversos tipos, possibilitando até mesmo a defesa quanto à existência de um dano social, que ultrapassa a pessoa da vítima, para atingir a toda a coletividade⁶⁴, assim como a defesa quanto a uma função também punitiva para a responsabilidade civil.

É nesse contexto que Geneviève Viney vislumbra como duas as tendências marcantes do instituto no Direito contemporâneo: a organização de um sistema próprio de indenização de danos de massa e a diversificação de suas funções:

[...] Deverá diversificar suas funções integrando os imperativos de dissuasão e de prevenção que foram um tanto negligenciados até o presente. Em poucas palavras, será preciso que ‘vista uma nova pele’. Esperemos, em consequência, que os jovens juristas que se responsabilizarão pelo direito futuro saibam demonstrar imaginação e clarividência a fim de propor as reformas que se impõem, e que os juízes, assim como os políticos, tenham a coragem de efetivar essas proposições⁶⁵.

⁶³ GUERRA, Alexandre. O dano moral punitivo e a indenização social. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 201-231.

⁶⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

⁶⁵ VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPETINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 55.

Questiona-se mais uma vez, então, se não seria possível visualizar a responsabilidade civil apenas como mais um dever jurídico a ser observado pelo cidadão, por imputação legal. Em outros termos, a responsabilidade civil poderia ser definida como o dever de reparar ou compensar (ou até mesmo de punir ou prevenir), por força de determinação legal, com a finalidade precípua de manter o equilíbrio e a paz social, na busca da justiça (na satisfação de nosso ideal inato de equidade).

Dentro desse contexto, diversos tipos de responsabilidade, com pressupostos ou requisitos próprios (decorrentes da necessidade de cada fato ou relação real), teriam espaço para conviver pacificamente e sem limitação da evolução necessária.

O que faz muito sentido quando se verifica que situações fáticas que anteriormente não implicavam o dever de reparação, passaram a fazê-lo, ainda que ausente imputação legal expressa, como no caso da proteção do direito à imagem *per se* – independentemente da violação de outros direitos da personalidade – antes da vinda da Constituição Federal e do Código Civil em vigor, e de indenização por abandono moral⁶⁶.

Frise-se que a responsabilidade civil tem como prioridade, ainda nos tempos hodiernos, a função reparadora, apoiada no princípio romano da *restitutio in integrum* (princípio da restituição integral), o qual justifica a existência da regra do artigo 944 do Código Civil Brasileiro.

Com relação a tal ponto e como bem coloca Sergio Cavalieri:

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 jurídico-econômico anteriormente exis-

⁶⁶ Direito à imagem. Fotografia. Publicidade comercial. Indenização. A divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano. Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE n. 95.872-0, Rio de Janeiro, Primeira Turma, Relator Ministro Rafael Mayer, 10 de setembro de 1982).

ABANDONO MORAL - AUSÊNCIA DE ALIMENTOS E PRESENÇA DO PAI NA VIDA DO FILHO - FALHA DO APELLO COM NÃO TANGENCIAR O MÉRITO - EIVA ELIMINADA PELA INTERPRETAÇÃO LÓGICOSISTEMÁTICA DO PEDIDO - DANOS MORAIS PLEITEADOS - CONFIGURAÇÃO - RÉU QUE ADMITE AFASTAMENTO DA FILHA POR PROBLEMAS COM A MÃE DESTA - INADMISSIBILIDADE - CONFESSÃO SEGURA DA AUSÊNCIA VOLUNTÁRIA DO RÉU NO ACOMPANHAMENTO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA DO APELANTE - DANO MORAL RECONHECIDO - NEXO CAUSAL EVIDENTE - PENA PECUNIÁRIA DEFERIDA NÃO POR NÃO SENTIR AMOR SENÃO POR O NÃO PROCURAR SENTIR - ABANDONO MATERIAL E MORAL CONFIGURADO - SENTENÇA REFORMADA - APELO PROVIDO (TJSP, APelação nº 4005529-88.2013.8.26.0320, Relator Giffoni Ferreira, 2ª Câmara de Direito Privado, julgamento de 21/10/2014).

tente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano... Observa o insigne Antônio Montenegro que a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, após quase um século de estéreis discussões em tomo da culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano⁶⁷.

Para atendimento da função social do instituto, talvez não haja, de fato, necessidade de se restringirem os possíveis fundamentos e as possíveis finalidades da responsabilidade civil. Nos dizeres de Teresa Ancona, em face dos novos princípios constitucionais: “a obrigação geral de segurança veio se acrescentar à reparação integral e à solidariedade, ou seja, a responsabilidade civil foi enriquecida, evoluiu. Não há exclusão de nenhum dos paradigmas anteriores”⁶⁸.

Note-se, porém, que a releitura dos fundamentos da responsabilidade civil não dispensa a necessidade de depuração dos conceitos, para que a segurança jurídica não reste abalada. Daí a relevância do esforço doutrinário para uma nova sistematização da matéria, visando à garantia de uniformidade na solução dos conflitos e de realização de justiça.

Caberá, portanto, a cada sociedade, de acordo com os seus valores e ideais, regulamentar o dever de indenizar da forma mais eficiente para que os danos não restem indenes, sem que isto reflita obstáculo ao desenvolvimento econômico, que é garantia de progresso, ou institua preferência injustificada para algumas classes de cidadãos em prejuízo de outras, que também demandam proteção.

Nesta caminhada, não podem ser esquecidas algumas providências práticas relevantes: organização da matéria pela doutrina e sistematização da jurisprudência.

⁶⁷ CAVALIERI, Sérgio. Op. cit., p. 39.

⁶⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010.

Bibliografia e notas

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução.* 5. ed. Renovar.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. *O sistema da responsabilidade no Código Civil de 2002: prevalência da responsabilidade subjetiva ou objetiva.* Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22841/o-sistema-da-responsabilidade-no-codigo-civil-de-2002-prevalencia-da-responsabilidade-subjetiva-ou-objetiva/3>>. Acesso em: 9. dez. 2014.

BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil.* São Paulo: Atlas, 2012. p. 642.

BETTI, Emílio. *Teoria geral das obrigações.* Campinas: Bookseller, 2006

BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade civil nas atividades perigosas. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência.* São Paulo: editora Saraiva, 1984.

CASTRO, Alexandre Martins de; MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Revista de Direito do Consumidor*, ano 23, n. 95, set./out. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil 2 – obrigações – responsabilidade.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COOK, Gareth. *The moral life of babies.* Scientific American site. Disponível em: <<http://www.scientificamerican.com/article/the-moral-life-of-babies/>>. Acesso em: 29 out. 2014.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *Considerações sobre a responsabilidade civil do Estado por fatos dos seus agentes.* Trabalho apresentado à Disciplina de Direito Administrativo do Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/8919>>.

DALLA, Danilo; LAMBERTINI, Renzo. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2001. cap. VI, Obbligazioni - I delitti. Generalità La pena privata.

DISCOURS préliminaire du premier projet de code civil français. Disponível em: <<http://www.justice.gc.ca/fra/apd-abt/gci-icg/code/index.html>>. Acesso em 23. ago. 2014.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

GOGLIANO, Daisy. Direito civil sanitário e o novo Código Civil. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 34-53, jul. 2002.

_____. O consentimento esclarecido em matéria de bioética: ilusão de exclusão de responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 509-547, jan./dez. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. v. IV, p. 3.

GUERRA, Alexandre. O dano moral punitivo e a indenização social. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 201-231.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, ano II, v. 2, n. I.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano XXXVIII, v. LXXXVI, fasc. 454, abr. 1941.

LIMA, Alvino. Da culpa ao risco. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1938.

_____. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 111-152, jan./dez. 2006.

_____. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1228 e 1223-1234, jan./dez. 2010.

MORSELLO, Marco Fábio. A responsabilidade civil e a socialização dos riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. *Revista da Escola da Magistratura*, ano 7, n. 2, p. 1-176, jul./dez. 2006.

REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o Projeto de Código Civil. In: REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951.

SHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva genérica fundada na atividade de risco (teoria geral e hipóteses práticas)*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/cp086902.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2014.

STOCCHI, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TAMLER, Sommer. *Free will and experimental philosophy: an intervention*. Disponível em: <www.verybadwizards.com>. Acesso em: 13 jun. 2015.

UEDA, Andréa Silva Rasga. *Responsabilidade contratual*: a causalidade do dano (nexo de causalidade) é a mesma na responsabilidade contratual e na extracontratual? Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22673>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: L. G.D.J., 1965.

_____. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

Responsabilidade civil contratual e extracontratual. A culpa e a responsabilidade civil contratual

Maria Cristina de Almeida Bacarim¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Fontes do dever de indenizar. 3. Caso concreto: responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual. 4. Culpa como ponto de partida para a responsabilidade contratual. 5. Padrões de conduta e culpa contratual: paralelo com a boa-fé objetiva. 6. Conclusão. Biografia.

1. Introdução

Consoante já exposto nesta obra, o instituto da responsabilidade civil passou por extensas e profundas transformações desde os primórdios do Direito Civil.

A cada dia, o dever de indenizar assume novos contornos. A dinamicidade do mundo negocial, da globalização e do desenvolvimento tecnológico exige do jurista verdadeiro jogo de cintura para compreensão e aplicação do direito às mais novas situações do cotidiano.

Ultrapassados os paradigmas do juiz *bouche de la loi*, dos conceitos indeterminados, o paradigma atual, segundo Junqueira², seria o da centralidade do caso concreto: a partir da solução dos casos, buscam-se rumos normativos mais homogêneos em vista de uma maior segurança jurídica. Nesta linha, bem adverte Maria Celina Bodin de Moraes:

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Juíza de Direito Titular da 40ª Vara Cível Central da Comarca de São Paulo - Capital.

² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

A constatação de que vivemos em uma era de incertezas e de que o mecanismo de aplicação do direito é guiado por uma lógica informal não permite abrir mão da segurança jurídica. A previsibilidade das decisões judiciais é também uma questão de justiça, pois decorre da necessária coerência e harmonia que devem caracterizar o sistema³.

Como leciona Francisco Amaral:

A pensamento jurídico é um pensamento prático, seu objeto é a decisão concreta, cabendo à teoria do direito civil a tarefa, também prática, de propor diretrizes ou modelos jurídicos que proporcionem e justifiquem a resolução correta de problemas⁴.

A construção de uma teoria geral da responsabilidade civil, embora deva considerar que a solução de um caso concreto não é única para todos, não pode perder de vista a urgência de se perseguir um norte geral, um estudo apto a sistematizar soluções jurídicas em torno de casos semelhantes, para harmonia nos fundamentos da responsabilização civil. Essa tendência, analisada por Klaus Günther, é defendida por Dworkin em sua teoria sobre a coerência e o conceito da *integrity*, com a máxima de tratar casos iguais de modo igual⁵.

Partindo desse paradigma, o presente estudo visa traçar algumas breves diretrizes para a responsabilidade civil contratual e extracontratual a partir de um caso concreto, no intuito de fomentar tal sistematização.

³ MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca da lei à lei segundo a boca do juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. In: CASSETTARI, Christiano et al. (Coord.). *10 Anos de vigência do código civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

⁴ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: RENOVAR, 2003. p.49.

⁵ Cf. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 397-414.

2. Fontes do dever de indenizar

O pressuposto do dever de indenizar é um fato jurídico (*lato sensu*). Esse fato juridicamente qualificado pode ser um acontecimento natural (*fato stricto sensu*), um negócio jurídico, destacando-se aí os contratos⁶, ou, ainda, atos jurídicos não negociais, tais como atos ilícitos, o abuso de direito, etc. Na linguagem de Pontes de Miranda⁷: fatos ilícitos absolutos (quando o dever infringido é de todos – ex: não matar) e fatos ilícitos relativos (quando o dever infringido diz respeito a apenas determinado sujeito – ex: ofensa a um dever negocial).

O inadimplemento contratual ou seu adimplemento imperfeito pode gerar um dever de indenizar (artigo 389 do Código Civil). A responsabilidade civil contratual advém desses fatos (*lato sensu*) juridicamente qualificados, os quais, inseridos num contexto negocial têm como fundamento a autonomia privada, pois o negócio jurídico é expressão desta⁸.

Quando o dever de indenizar não está ligado a um contrato, diz-se que a responsabilidade civil é extracontratual⁹; o seu pressuposto (ou sua fonte mediata, no dizer de Orlando Gomes) é um fato jurídico não negocial, alheio a vontade das partes; decorre diretamente da lei (artigo 186 do Código Civil) ou do princípio geral de que ninguém deve prejudicar outrem (“*alterum non laedere*”).

Como adverte Aguiar Dias, “a responsabilidade extracontratual e a contratual regulam-se racionalmente pelos mesmos princípios, porque a ideia de responsabilidade é una.”¹⁰

Mas há diferenças importantes¹¹, entre elas a seguinte: na responsabilidade contratual, o que se perquire para a responsabilização

⁶ No dizer de Orlando Gomes, “na formação das relações obrigacionais, os negócios jurídicos mais frequentes e fecundos são os contratos” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 30.).

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1959. t. XXVI p.19-22.

⁸ Para uma visão sobre o negócio jurídico e a autonomia privada, conferir artigo de nossa autoria in: BENACHIO, Marcelo et al. *Negócio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 115-116.

⁹ A responsabilidade pré-contratual será tratada em outro capítulo deste livro.

¹⁰ *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 129.

¹¹ Para um estudo mais aprofundado a respeito dessa distinção, cf. NEVOLA, Riccardo. *La responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale: elementi comuni e differenziali. Analisi sistemática dei fatti costitutivi e dei criterio di imputazione*. In: FAVA, PASQUALE et al. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2009. p. 366-373.

civil, ou seja, para verificação do dever de indenizar, é o estipulado no contrato, indaga-se, necessariamente, o que foi previsto pelas partes, para então, observar se houve o respectivo descumprimento. Isso não quer dizer que a obrigação de indenizar se confunda com a própria obrigação contratual.

Com efeito, lembrando-se mais uma vez lição de Aguiar Dias:

Quando ocorre a inexequção, não é a obrigação contratual que movimenta o mundo da responsabilidade. O que se estabelece é uma obrigação nova que se substitui à obrigação preexistente no todo ou em parte: a obrigação de reparar o prejuízo consequente à inexequção da obrigação assumida¹².

Feita essa resumida explanação inicial, vejamos o seguinte caso concreto, para uma breve reflexão sobre estas espécies de responsabilidade civil, bem como sobre a culpa e a responsabilidade civil contratual, com a ressalva de que o conceito de culpa será abordado nesta obra em artigo de autoria de Luciana Eugenio Mahuad e Cassio Mahuad.

3. Caso concreto: responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual

Uma concessionária de automóveis X contratou com a seguradora Y, apólice de seguro com cobertura comprehensiva para veículos. Além disso, a empresa X estabeleceu com a empresa de segurança Z contrato de prestação de serviços para manter em seu estabelecimento funcionário (segurança particular) para zelar por seu patrimônio. Em determinada data, em uma de suas lojas, foi furtado o veículo marca Audi Q5, zero km, blindado. A empresa X tinha ciência de que as chaves do carro haviam sumido no dia anterior ao furto; explica-se: determinada pessoa apresentou-se como um possível comprador do veículo, ali ingressando, com as chaves no contato, e demonstrando grande interesse

¹² Idem, p. 130.

na aquisição para um dos vendedores. No fechamento da loja, as chaves do carro haviam desaparecido. No dia seguinte, por volta de 6 horas da manhã, pouco antes da troca de turnos dos funcionários da empresa de segurança, o veículo, que se encontrava no mostruário externo da loja, foi subtraído. A seguradora, alegando tratar-se de furto simples, hipótese excluída contratualmente, negou a indenização. Segundo apurado, o veículo foi subtraído do mostruário externo da loja no momento em que o funcionário da empresa de segurança Z estava no banheiro, preparando-se para a troca de turnos dali alguns minutos. A empresa X ajuizou ação para que a seguradora e a empresa de segurança fossem condenadas a pagar solidariamente o valor do carro, acrescido de juros de mora e atualização monetária.

Em primeiro lugar, ao sujeito que subtraiu o veículo, se conhecido, impõe-se ia o dever de indenizar a empresa X, daí resultando a sua responsabilidade civil extracontratual; inexistia liame jurídico negocial, incidindo, assim, o dever jurídico geral de não lesar outrem (artigo 186 do Código Civil) – ilícito absoluto.

Contudo, desconhecido tal sujeito, e não recuperado o automóvel, indaga-se a respeito da responsabilidade civil contratual dos demais (artigo 389 do Código Civil), haja vista a existência de uma relação negocial entre eles e de um dano sofrido pela empresa X.

Em relação à seguradora Y, a empresa X nada mais fez do que exigir o adimplemento, em tese perfeito, da obrigação contratual. Aqui não se está diante de uma responsabilização civil, mas do cumprimento da obrigação negocial propriamente dita: o pagamento da indenização contratualmente prevista. Com efeito, o contrato de seguro foi estipulado justamente para o recebimento de dinheiro em valor equivalente ao do bem, no caso de furto do veículo. Todavia, o contrato continha cláusula excluindo expressamente a indenização em hipótese de furto simples, bem como em caso de culpa grave do segurado ou “negligência do Segurado na utilização dos bens segurados, bem como na adoção de todos os meios para salvá-los durante ou após a ocorrência de qualquer sinistro”. Não sendo objeto do presente estudo a interpretação contratual, basta dizer que se poderia considerar, *in casu*, a licitude das cláusulas excludentes de indenização nessa hipótese. De fato, houve culpa (negligência) da empresa X na proteção do seu patrimônio ao deixar um veículo de alto valor desatrancado no mostruário externo (calçada) durante toda a madrugada, em plena cidade de São Paulo. A exigência de cautela por parte do

segurado faz parte da necessária relação de confiança estabelecida entre as partes, corolário do princípio da boa-fé objetiva, evitando-se fraudes nos contratos de seguros.

Tangentemente à empresa de segurança Z, porém, há de se verificar as obrigações contratuais assumidas entre as partes. Em caso de inadimplemento ou adimplemento imperfeito dessas obrigações contratuais, poderá advir a responsabilização civil (responsabilidade civil contratual).

Veja-se o Venerando Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que analisou o caso em questão, assim ementado:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. FURTO DE AUTOMÓVEL EM CONCESSIONÁRIA. DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO EM RELAÇÃO À SEGURADORA. NECESSIDADE. HIPÓTESE EM QUE AS CHAVES DO VEÍCULO, POR DESCUIDO DE SEU PREPOSTO, FICARAM NA POSSE DE PESSOA SUPOSTAMENTE INTERESSADA NA SUA AQUISIÇÃO, AS QUAIS FORAM UTILIZADAS, NO DIA POSTERIOR, PARA SUBTRAÇÃO DO BEM. VERIFICAÇÃO DE QUE A CONCESSIONÁRIA, MESMO CIENTE DO “SUMIÇO” DAS CHAVES, MANTEVE O VEÍCULO EXPOSTO EM ÁREA EXTERNA DA LOJA, CARACTERIZANDO CULPA GRAVE DE SUA PARTE NA PROTEÇÃO DE SEU PATRIMÔNIO. NÃO ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA PREVENDO COBERTURA SOMENTE EM RELAÇÃO A FURTO QUALIFICADO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CONDENAÇÃO DA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE PORTARIA, ANTE A CONSTATAÇÃO DE QUE SEU PREPOSTO NÃO SE ENCONTRAVA EM SEU POSTO DE SERVIÇO NO MOMENTO DO FURTO, ENTENDENDO HAVER CULPA RECÍPROCA ENTRE ELA E A AUTORA. VERIFICAÇÃO DE QUE A R. SENTENÇA ANALISOU CORRETAMENTE TODAS AS QUESTÕES RELEVANTES TRAZIDAS À DISCUSSÃO, MEDIANTE CRITERIOSA AVALIAÇÃO DAS PROVAS PRODUZIDAS E DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. VERIFICAÇÃO, POR OUTRO LADO, DE QUE O RECURSO DE APELAÇÃO DA CORRÉ CONSTITUIU-SE DE SINGELA CÓPIA DA PEÇA DE CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DOS FUNDAMENTOS, DE FATO E DE DIREITO, PELOS QUAIS ENTENDE A APELANTE QUE DEVESSE SER REFORMADA A R. SENTENÇA PROFERIDA. RATIFICAÇÃO

DA R. SENTENÇA, COM FUNDAMENTO NO ART. 252
DO REGIMENTO INTERNO DO TJSP.

Recursos de apelação improvidos.

(Apelação nº 0195114-19.2010.8.26.0100, 34ª
Câmara de Direito Privado, Relatora Des. Cristi-
na Zucchi)

A utilidade da distinção da responsabilidade contratual ou extra-contratual está precisamente na facilidade de se imputar a responsabilidade no primeiro caso: havendo o descumprimento de cláusula contratual, presume-se¹³ a culpa pelo inadimplemento, impondo-se, por conseguinte, a reparação do dano causado. O inadimplente apenas se desincumbirá da obrigação se provar a existência de excludentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior¹⁴, alguma excludente contratual) – invertendo-se, por conseguinte, o ônus da prova.

4. Culpa como ponto de partida para a responsabilidade contratual

Via de regra, a responsabilidade contratual decorre de uma conduta culposa, coincidente com o inadimplemento total ou parcial do contrato. A culpa contratual difere-se da extracontratual: aquela tem uma conotação objetiva, ligada ao inadimplemento ou ao adimplemento imperfeito. Em suma, para a responsabilidade civil contratual indaga-se: quem deu causa ao inadimplemento ou ao adimplemento imperfeito? A culpa, nesse caso, será presumida (presunção relativa).

¹³ A propósito, vide lição de Pontes de Miranda: “Não tem pertinência, na matéria, o princípio ‘a culpa não se presume’.” *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI, p. 14.

¹⁴ Mesmo em algumas destas hipóteses, contudo, poderá existir o dever de indenizar, tal quando o bem perecer por caso fortuito ou força maior durante a mora do devedor. O exemplo é citado por Pontes de Miranda: “deixou B de adimplir no dia 15, e a 20 houve incêndio na casa em que guarda a prestação que deveria fazer (e.g., os móveis encomendados); o incêndio foi sem culpa de B, que não era, sequer, locatário da casa em que alojara os móveis, por obséquio, ou mediante paga. B não o fez por dolo, nem houve culpa sua na impossibilidade, mas B responde porque deu causa a que a impossibilidade - embora por força maior ou caso fortuito - ocorresse.” *Tratado de direito privado: parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI, p. 16.

Ressalve-se que, embora a responsabilidade subjetiva seja mais comum no âmbito contratual, pode haver casos de responsabilidade contratual sem culpa, por exemplo, quando houver alguma cláusula neste sentido (artigo 393 do Código Civil), nos contratos de transporte de passageiros, contratos de transporte ferroviário, entre outros, ou mesmo quando um caso fortuito ou de força maior se dá após a mora do devedor.

No caso suso mencionado, quanto à relação jurídica entre seguradora e empresa X, pode-se dizer que o descumprimento contratual desta excluiu o dever de entregar a prestação daquela. Com efeito, no contrato havia previsão expressa de que a indenização (prestação contratual) não seria paga em caso de negligência no cuidado do veículo. Nessa relação negocial, portanto, tem-se que o inadimplemento contratual foi da empresa contratante do seguro, razão pela qual não se poderia exigir o adimplemento da respectiva contraprestação (*in casu*, o pagamento da indenização pelo furto do Audi). Trata-se de aplicação da *exceptio non adimpleti contractus*. Aqui, evidentemente, frise-se, não há uma hipótese de responsabilidade civil, mas de adimplemento contratual.

Situação distinta se dá na relação negocial entre a empresa X e a empresa de segurança Z: o inadimplemento desta contribuiu para o evento danoso: a subtração do automóvel. O evento poderia ter sido evitado, se observado o dever de cautela imposto pelo negócio jurídico.

De fato, o contrato entre a empresa X e a empresa de segurança Z estipulava a obrigação desta de zelar pelo patrimônio daquela, de modo que os veículos estivessem em segurança. O fato de o funcionário da empresa Z, que trabalhava no local, permitir que um veículo de altíssimo valor permanecesse aberto durante toda a madrugada na calçada (mostruário externo da loja) configurou inadimplemento da obrigação de zelar pelo patrimônio da concessionária de automóveis. Deste inadimplemento resultou dano: o furto do veículo. Caberá ao inadimplente a obrigação de reparar o dano.

Para fixação do *quantum* indenizatório levar-se-á em consideração eventual culpa concorrente da vítima, de modo a diminuir o valor da indenização. Destaca-se aí importante papel da culpa ainda hodiernamente: servir de parâmetro para fixação do *quantum debeatur*.

A culpa da vítima foi levada em consideração no julgamento da Apelação perante a 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, justamente para fixar o valor da indenização:

Quanto à indenização pelo valor integral do bem, não se verifica qualquer desacerto na r. sentença, ao considerar que houve (fls. 431) “... *culpa recíproca na produção do evento danoso ...*”, devendo também a autora arcar com sua parcela de culpa ao não tomar as devidas cautelas mesmo sabendo do “sumiço” das chaves de um veículo de considerable valor econômico.

A partir do caso concreto analisado, em vista de uma tentativa de sistematização da matéria, poderíamos destacar alguns aspectos gerais: (i) estabelecida uma relação contratual, há maior facilidade na responsabilização por um dano causado em razão do descumprimento de uma obrigação contratual; (ii) importante, bem por isso, identificar quais são as obrigações contratuais a que estão sujeitas as partes; (iii) o descumprimento de um dever contratual enseja a presunção da culpa do inadimplente, dando-lhe uma conotação objetiva; (iv) na responsabilidade contratual, há sempre um dano certo, real ou presumido (neste caso, cite-se a cláusula penal, as arras, a multa e os juros moratórios – vide artigos 402 a 416 do Código Civil).

5. Padrões de conduta e culpa contratual: paralelo com a boa-fé objetiva

Menezes Cordeiro, a propósito do princípio da boa-fé objetiva fez a seguinte constatação:

Ora, visto que a diligência remete para um padrão jurídico simples e claro, torna-se produtivo conservá-la com esse conteúdo, distinta da boa-fé, que apela para outros dados do sistema. Fica claro, contudo, que diligência e boa-fé são noções destinadas, muitas vezes, a agir lado a lado.¹⁵

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1230.

A boa-fé objetiva significa um *standard*, um padrão de comportamento ou conduta reta, leal, veraz, de colaboração, fundada na consideração para com os interesses do outro, visto como um membro do conjunto social juridicamente tutelado (solidarismo). Num primeiro plano, negativo e elementar, comum a qualquer contrato, podemos definir a boa-fé objetiva como um não agir com má-fé; num segundo plano, positivo, de cooperação, poderíamos defini-la como um agir de acordo com diversos deveres decorrentes do princípio do solidarismo (lealdade, cooperação, solidariedade etc).

Em verdade, essa conduta é a exigida, na relação contratual, do contratante “diligente”. A culpa contratual, como visto, tem essa conotação objetiva, ligada ao descumprimento de deveres contratuais ou seu adimplemento imperfeito.

Por isso, em geral, na responsabilidade contratual, será muito útil indagar a respeito dos deveres anexos ao contrato, também chamados deveres jurídicos laterais, instrumentais ou acessórios¹⁶, os quais podem estar previstos expressamente no contrato ou simplesmente decorrer da aplicação do princípio da boa-fé objetiva (artigo 113 do Código Civil)¹⁷. Em outras palavras, são deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses presentes em quaisquer negócios jurídicos¹⁸, em maior ou menor grau.

Diz-se anexo, acessório ou instrumental porque se posiciona ao lado da prestação principal ou do objeto do contrato (v.g., a pessoa que ingressa no mercado para comprar uma caixa de ovos deverá entregar o dinheiro e o fornecedor os ovos; o dever de deixar o chão limpo para que o consumidor não escorregue na saída do mercado e perca seus ovos no chão é um dever anexo, acessório ou instrumental). Nem por isso, os deveres acessórios deixam de ser importantes ou necessários (de fato, se o consumidor, saindo do mercado, escorregar numa poça de leite e vier a perder a caixa de ovos, que se espatifou no chão, terá o direito de exigir outra caixa de ovos, porque o fornecedor inadimpliu

¹⁶ A propósito, cf. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de, *Função social do contrato*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78-79; bem como MARTINS-COSTA, Judith, *A boa-fé no direito privado*, 1999, p. 438 e MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no direito civil*, 1997, p. 592.

¹⁷ No caso das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente tais deveres anexos em vários artigos, como, por exemplo, 30 e 31.

¹⁸ O Código Civil Holandês prevê no artigo 248 que as partes devem respeitar não só aquilo que convenientaram como também tudo que resulta da natureza do contrato, da lei, dos usos e das “exigências da razão e da equidade” (modo pelo qual tal Código se refere à boa-fé objetiva).

um dever anexo, sem prejuízo de eventual indenização por danos materiais).

Vejamos alguns desses deveres, os quais, como bem adverte Menezes Cordeiro, atingem não apenas o devedor na relação contratual, mas também o credor, em razão da “complexidade intra-obrigacional”¹⁹:

a) *deveres de proteção, de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas de bem acondicioná-la;

b) *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado de aconselhar seu cliente sobre a viabilidade de determinada demanda jurídica, ou do cirurgião plástico de alertar para os riscos e benefícios de determinado tratamento ou cirurgia (neste caso poderíamos falar mesmo em dever de advertência, numa intensidade maior do dever de aviso e esclarecimento);

c) *deveres de informação*²⁰ sobre todas as cláusulas e implicações do contrato, por exemplo, nas relações de consumo;

d) *deveres de prestar contas*, por exemplo, no contrato celebrado entre um engenheiro e uma pessoa para a construção de sua casa própria.

e) *deveres de lealdade, de cooperação e colaboração* para concretização da prestação, evitando-se, por exemplo, dificultar o pagamento de determinada quantia em dinheiro pelo devedor, ou ainda tornar possível a fruição da prestação pela contraparte (cite-se, como exemplo, o dever de colaboração do vendedor de um carpete para que este seja corretamente instalado em determinada residência);

f) *deveres de proteção e cuidado* com a pessoa e o patrimônio da contraparte, como o dever do dono da loja de zelar pela limpeza do piso de seu estabelecimento de modo a evitar que seus clientes venham a ali se acidentar;

g) *deveres de sigilo*, como o dever de manter segredo sobre determinadas circunstâncias de que se tomou conhecimento por ocasião de tratativas negociais. Estes últimos são os chamados deveres negativos. Os demais podem ser chamados deveres positivos.

¹⁹ Da boa-fé no direito civil. 1997. p. 586 e 593.

²⁰ A propósito do dever de informação no Mercado Financeiro e a responsabilidade civil, vide GALLETTI, Massimo. Mercati finanziari. Oblighi di informazione e responsabilità civile. In: TOMMASINI, Raffaele et al. La responsabilità civile nel terzo millennio. Torino: G. Giappichelli, 2011. p. 3-86.

O descumprimento desses deveres poderá configurar inadimplemento contratual ou adimplemento imperfeito, resultando na responsabilidade contratual. Cite-se um exemplo extraído de interessantíssimo julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça²¹ a respeito de indenização concedida à parente de paciente que faleceu em decorrência de um câncer de mama. A ação foi julgada procedente, confirmada a decisão em sede de Recurso Especial pela aplicação da teoria da perda de uma chance. Veja-se a ementa:

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,

²¹ A propósito, cf. interessante artigo discutindo esse julgado: CASTRO, Alexandre Martins; MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Revista do Direito do Consumidor*, v. 95, set.-out. 2014.

notar que a chance, em si, pode ser considerada 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.

(Recurso Especial nº 1.254.141 - PR, Relatora Ministra Nancy Andrighi)

Nesse mesmo caso, poder-se-ia justificar o dever de indenizar no inadimplemento contratual culposo por infringência a um padrão de conduta esperada de um médico oncologista: o de informar, avisar, esclarecer e advertir/recomendar todas as hipóteses de tratamento possíveis ao caso, de modo que o paciente pudesse optar (por meio do chamado termo de consentimento informado). De fato, nesse caso analisado pelo STJ, segundo consta, o médico teria cometido uma série de erros, entre eles: não haver recomendado a mastectomia radical, mas apenas a mastectomia parcial (quadrantectomia) e também não haver recomendado quimioterapia, de modo que o câncer de mama reapareceu e levou a paciente a óbito. O médico não foi responsabilizado pelo óbito em si, mas, corretamente, pela perda de uma chance de cura. Essa perda de uma chance decorreu de culpa contratual, por infringência a um dever imposto na relação contratual, o dever de informação, aviso, esclarecimento e advertência.

O mesmo raciocínio, de forma inversa, pode ser utilizado também para justificar a ausência de responsabilidade contratual pela inexisteência do dever anexo ao contrato. Veja-se a seguinte hipótese:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS.
RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA
POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AÇÃO CRIMINOSA
PERPETRADA POR TERCEIRO NA PORTA DE ACESSO

AO SHOPPING CENTER. CASO FORTUITO. IMPREVISIBILIDADE E INEVITABILIDADE. EXCLUDENTE DO DEVER DE INDENIZAR. RUPTURA DO NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO SHOPPING E O ÓBITO DA VÍTIMA DOS DISPAROS. PRECEDENTES. RECURSOS PROVIDOS.

1. É do terceiro a culpa de quem realiza disparo de arma de fogo para dentro de um shopping e provoca a morte de um frequentador seu.
2. Ausência de nexo causal entre o dano e a conduta do shopping por configurar hipótese de caso fortuito externo, imprevisível, inevitável e autônomo, o que não gera o dever de indenizar (art. 14, § 3.º, II, do CDC). Precedentes.
3. Relação de consumo afastada.
4. Recursos especiais providos.

(Recurso Especial nº 1.440.756 - RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro)

Em seu voto, o Relator Ministro Moura Ribeiro assentou que:

Não se revela razoável exigir das equipes de segurança de um cinema ou de uma administradora de shopping centers que previssem, evitassem ou estivessem antecipadamente preparadas para conter os danos resultantes de uma investida homicida promovida por terceiro usuário, mesmo porque tais medidas não estão compreendidas entre os deveres e cuidados ordinariamente exigidos de estabelecimentos comerciais de tais espécies (grifamos).

Reconhecida a inexistência do dever contratual na hipótese, não haveria como responsabilizar o fornecedor (ausência de inadimplemento e, pois, ausência de culpa contratual).

6. Conclusão

O pensamento jurídico é um pensamento prático, voltado à solução de casos concretos. O estudo de casos ligados à teoria da responsabilidade civil é importantíssimo na tentativa de se criar uma sistematização capaz de garantir um mínimo de segurança jurídica. É preciso tratar casos iguais de modo igual.

Partindo-se desse paradigma, da solução do caso concreto, analisamos de forma breve a responsabilidade civil contratual e a responsabilidade civil extracontratual, destacando-se a utilidade da distinção, embora a ideia de responsabilidade seja una.

Na responsabilidade contratual, vislumbramos alguns aspectos gerais: (i) estabelecida uma relação contratual, há certa facilidade na responsabilização por um dano causado em razão do descumprimento de uma obrigação contratual; (ii) importante, bem por isso, identificar quais são as obrigações contratuais a que estão sujeitas as partes; (iii) o descumprimento de um dever contratual enseja a presunção da culpa do inadimplente, dando-lhe uma conotação objetiva; (iv) na responsabilidade contratual, há sempre um dano certo, real ou presumido.

O princípio da boa-fé objetiva tem destacada relevância no mundo moderno. A obrigatoriedade de um padrão de conduta proba, reta, leal, veraz, de colaboração faz surgir para os contratantes deveres laterais ou anexos.

O reconhecimento desses deveres na relação contratual ajudará a definir os contornos da responsabilidade civil contratual, já que o descumprimento desses deveres enseja a presunção da culpa do inadimplente, impondo-se o resarcimento dos danos causados.

Bibliografia

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.
- BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BACARIM, Maria Cristina de Almeida; MAFFEIS, Marta Rodrigues. Teoria geral do negócio jurídico. In: BENACCHIO, Marcelo et al. *Negócio jurídico*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 112-133.
- CASTRO, Alexandre Martins; MAIA, Maurilio Casas. A responsabilidade civil pela perda de uma chance de cura ou sobrevivência na atividade médica: entre a doutrina e a visão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Revista do Direito do Consumidor*, v. 95, set.-out. 2014.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FAVA, Pasquale et all. *La responsabilità civile*. Milano: A. Giuffrè Editore, 2009.
- GALLETTI, Massimo. *Mercati finanziari. Oblighi di informazione e responsabilità civile*. In: TOMMASINI, Raffaele et al. *La responsabilità civile nel terzo millennio*. Torino: G.Giappichelli, 2011. p. 3-86.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de Godoy. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. Função social do contrato. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade Civil por abuso do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004, p. 397-414.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1998.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MELO, Diogo L. Machado de. *Culpa extracontratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 26.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 53.

MORAES, Maria Celina Bodin. Do juiz boca da lei à lei segundo a boca do juiz: notas sobre a aplicação-interpretação do direito no início do século XXI. In: CASSETTARI, Christiano et al. (Coord.). *10 Anos de vigência do código civil brasileiro de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50-71.

NEVOLA, Riccardo. La responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale: elementi comuni e differenziali. Analisi sistemática dei fatti costitutivi e dei critério di imputazione. In: FAVA, Pasquale et al. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2009., p. 349-543.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOMBRA, Tiago Luís Santos. *Adimplemento contratual e cooperação do credor*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Responsabilidade civil pré-contratual

Mario Sérgio Menezes¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. A *culpa in contrahendo* e o papel que desempenhou no reconhecimento de outra via, ao lado da responsabilidade extracontratual e contratual. 3. Hipóteses que se sujeitam à aplicação da responsabilidade pré-contratual. 4. O dano na responsabilidade pré-contratual. 5. A responsabilidade pré-contratual no Direito Civil brasileiro. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Questão importante diz respeito aos danos experimentados antes do contrato ser concluído ou consumado, isto é, antes das partes formarem o vínculo contratual, através de manifestação ou consentimento em relação ao objeto ou à prestação ou, mesmo tendo se formado, se deu com algum vício ou impedimento.

A doutrina dominante apresenta como uma especial relação obrigacional surgida entre os participantes nas negociações, ligada por força do princípio da boa-fé e, segundo uma corrente teórica, ao contrato social, para outros a uma relação contratual fática ou no comportamento social típico das negociações, ou simplesmente por lei².

Tal conceito se afirmou, entretanto, depois de várias teorias terem sido desenvolvidas. Quando o tema começou a ser enfrentado, existia apenas a clássica representação ligando a responsabilidade civil a um contrato ou a um fato ilícito extracontratual. A insatisfação em não conseguir encontrar um enquadramento nesse sistema para o pro-

¹ Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Limeira/SP.

² PINTO, Carlos Alberto da MOTA, *Cessão da posição contratual*, Coimbra: Atlântida, 1970, p. 24, indica os autores Thiele, Esser, Larenz, Canaris e Hildebrandt.

blema dos danos causados por um contrato nulo deu origem à noção de *culpa in contrahendo*.

O texto de Jhering emergiu de suas preocupações com a falta de proteção do destinatário de uma declaração de vontade³. O autor utilizou a expressão para dar a noção de uma responsabilidade por culpa na formação do contrato e limitou-a na aplicação a contratos nulos e restringiu a indenização ao interesse negativo.

A partir desse estudo inicial, sobrevieram-lhe e somaram-se outras teorias, iniciando-se um processo de alargamento do conceito e assistiu-se entre outras, a do pacto tácito, a do negócio unilateral e a do mandato. Em todos esses processos, há o recurso a uma ficção, a um dado artificial no plano de investigação metodológico.

Na justificação da responsabilidade pré-contratual recorreu-se a argumentos baseados na ficção contratual ou negocial por refração da consciência e vontade dos interessados⁴. Ela, todavia, devido a uma persistente investigação científico-teórica promovendo um alargamento dos horizontes, veria sua base justificadora numa relação de confiança entre os sujeitos das negociações, como uma relação obrigacional em processo de formação visando garantir uma proteção às partes durante as negociações, utilizando a boa-fé em sentido objetivo como seu alicerce dogmático.

A relevância do tema aqui tratado prende-se ao fato de as relações pré-negociais não terem recebido uma consagração formal no nosso atual direito privado, ao contrário do que ocorreu noutros sistemas que a consagraram, v.g., na Alemanha e em Portugal.

Assim, como ele não fornece, desde logo, uma resposta positiva, o papel da jurisprudência e da doutrina assumem demasiada importância como meios de solver o enquadramento conceitual de problemas práticos.

A noção de responsabilidade pré-contratual em todos os sistemas legais privados da atualidade está ligada indiscutivelmente à boa-fé objetiva, como princípio informador geral do tráfico e resulta da in-

³ JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1. O autor, na abertura de sua obra explica, “[...] durante a exposição da doutrina do erro existia desde há anos um ponto que me suscitava grandes dificuldades, ao qual não conseguia dar uma resposta satisfatória: a questão de saber se o errante não responde perante a contraparte pelo dano que, por sua culpa lhe causou.”

⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., p. 25.

fração de deveres considerados no comportamento dos negociadores como obrigatórios logo no contato preparatório. Ao comportamento que é exigido soma-se a ideia de responsabilização objetiva. O problema, pelo que se observa dos julgados acompanhados, é tratado pelos Tribunais, dessa forma. Nas decisões, em sua maioria, foram encontrados os aspectos referidos, as quais exprimem a ideia de sua sujeição às mesmas regras que disciplinam a responsabilidade por violação a uma obrigação contratual, principalmente com aplicação da regra de atribuir o ônus da prova da falta de culpa ao devedor, ou seja, àquele a quem se imputa a violação a um dever de declaração ou de cuidado, em suma, infração a um dever de comportamento (exigido objetivamente pela boa-fé) no período do tráfico.

Enfim, necessário à apresentação do tema responsabilidade pré-contratual, não apenas colher os dados históricos, inicialmente no campo das regras sobre a culpa, mas para mostrar como nosso sistema, seguindo a influência de importantes sistemas jurídicos, embora não a tenha regulado positivamente, reconhece a possibilidade de um dano resultar dos contatos preliminares à formação do contrato e como coube à jurisprudência exercer este papel.

2. A culpa in contrahendo o papel desempenhado no reconhecimento de outra via, ao lado da responsabilidade extracontratual e contratual

A responsabilidade civil é genericamente definida como a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. É uma obrigação que aparece para produzir efeito e despertar interesse jurídico em decorrência de duas principais hipóteses bem definidas como fato gerador: a contratual e a extracontratual. Seu reconhecimento está polarizado entre figuras classicamente conhecidas: culpa contratual ou extracontratual.

Mas, ao lado daquelas duas figuras de responsabilidade, desenvolveu-se uma via para explicar o cabimento da reparação em decorrência de certos contornos particulares verificado na fase que antecede a conclusão do contrato⁵.

⁵ PINTO, Paulo Mota. Em nota introdutória à tradução da obra de Jhering, op. cit., p. VI: A responsabilidade civil, historicamente, sempre foi e é vista, ao longo dos estudos que lhe foram dedicados, de acordo com os conceitos em que ela é apresentada, como sendo contratual ou extracontratual. No

Foi Jhering quem, no seu *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos* ou não chegados à perfeição, publicado em meados do século XIX, ofereceu a origem da noção da responsabilidade pré-contratual, permitindo, com seu trabalho (o qual viria receber várias e seguidas reformulações), que um conceito fosse desenvolvido, culminando por consagrar um regime próprio e autônomo, da responsabilidade na formação do contrato. Isso se verificou nos sistemas jurídicos privados da Alemanha, no § 242 e nos § 311 (2) 1.2.3 do BGB⁶, em Portugal, no art. 227º do Código Civil⁷ e na Itália, no art. 1.337 do Código Civile⁸.

Jhering partiu dos estudos das fontes romanas para dar base à sua teoria e fortalecer a ideia de que existiria uma relação entre a culpa na formação do contrato nulo e na sua conclusão. Naquela época, prevalecia o conceito de impossibilidade de calcular indenização por danos originados na fase pré-contratual se o contrato que se formara fosse, posteriormente, declarado nulo. Prevalecia o conceito baseado na tese que ditava que uma declaração nula não poderia gerar efeito algum, pois, o contrato que não chegou a se formar exclui a ação para seu cumprimento.

séc. XIX, inicialmente com JHERING, foram apresentados outros conceitos para explicar situações que não se apresentavam bem definidas naqueles de responsabilidade contratual ou extracontratual. Especificamente sobre o artigo deste autor escreveram Eike Schmidt, Hermann Staub, Erich Schanze, Dieter Medicus, Ulrich Falk/Heinz Mohnhaupt e em língua portuguesa, Menezes Cordeiro em capítulo inteiro dedicado a explicar a teoria da *culpa in contrahendo*, na obra Da boa fé no Direito Civil.

⁶ § 242 - Treu und Glauben als Gestaltungskriterium des Schuldverhältnisses - Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Boa-fé como critério de realização da relação obrigacional - O devedor está obrigado a realizar a prestação como exige a boa-fé aliada à atenção aos usos do trânsito. § 311 - Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse; (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abschnitt 2 entsteht auch durch; 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen; 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder; 3. ähnliche geschäftliche Kontakte - Relação obrigacional jurídico-negocial e semelhante à jurídico negocial. (2) Uma relação obrigacional, com os deveres decorrentes do § 241 inciso 2 surge ainda através: 1. do início de negociações contratuais; 2. da preparação de um contrato, através do qual uma parte, com vistas a uma eventual relação negocial, permite à outra parte a possibilidade de atuar sobre seus direitos, bens jurídicos e interesses, ou confia-lhes os mesmos; 3. de contatos semelhantes aos negociais.

⁷ Art. 227º nº 1 - Quem negoceia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder culposamente pelos danos que causar à outra parte.

⁸ Art. 1.337 - Trattative e responsabilità precontrattuale - Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366, 1375, 2208). Trattativas e responsabilidade pré-contratuais - As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem se comportar segundo a boa-fé.

A elaborada teoria de Jhering sustentava a tese em que a nulidade do contrato, de fato, exclui uma ação para exigir seu cumprimento, mas não a ação de indenização por culpa.

E, para tal, o autor vai recorrer a um argumento pelo qual apresenta, em princípio, a importância da *diligentia* aplicada não somente na conclusão, mas a necessidade de exigir dos negociadores aplicá-la já no início da contratação; é isto que justificaria submeter os negociadores às regras da culpa. Não seriam apenas nas relações formadas que se esperaria a aplicação de diligência pelos futuros contratantes, mas, antes, as relações em formação deveriam também estar sob tal aplicação e protegidas pelas regras da culpa⁹.

Para legitimar a indenização por *culpa in contrahendo* Jhering explica existir no período que antecede a contratação um momento chamado interesse contratual negativo. A primeira justificativa para demonstrar a existência desse momento Jhering retirou do texto das Institutas, na expressão atribuída a Modestinus: *quod eius interfuit, ne deciperetur*. O interesse contratual negativo corresponde, por tal expressão e pelas formulações aperfeiçoadas pelo autor, que viriam a obter o reconhecimento da doutrina posterior, ao direito de se obter satisfação do interesse que se tem em não ser enganado.

O resarcimento pelo interesse positivo corresponde à conclusão de um contrato válido. Ao contrário, no negativo, não há tal requisito e o resarcimento surgiria não pelo contrato ser nulo, mas porque a parte na suposição de que deveria ter conhecimento da nulidade, porém não cuidou de evitá-la, da causa, em razão de tal conduta, a um dano a outra parte¹⁰.

Ao expor seu pensamento sobre a natureza jurídica da *culpa in contrahendo*, justificando a importância de tal tema pela necessidade de ser-lhe dado um tratamento dogmático, afirmando ainda não ser

⁹ Cf. palavras do próprio autor: “[...] operar com o conceito de *culpa in contrahendo* como um dado e desenvolver as suas consequências. Resumo, para este fim, a minha teoria com a seguinte frase: O imperativo da *diligentia contractual* vale, tal como para relações contratuais formadas, também para relações contratuais em formação, uma sua violação fundamenta aqui, como ali, a ação contratual de indemnização.” Op. cit., p. 40-41.

¹⁰ Jhering explica sua teoria sobre o interesse sob a forma de exemplo: “O interesse do comprador pode, na nossa relação, ser concebido de duas maneiras: segundo uma delas, como o interesse [...] no cumprimento [...]; diversamente, como um interesse na não conclusão do contrato - aqui receberia o que teria tido se a realidade exterior da conclusão do contrato não se tivesse de todo verificado.” Op. cit., p. 12.

suficiente apenas reconhecer a obrigação de uma indenização, o autor afasta-a da culpa extracontratual e argumenta que no tráfico contratual (relação em formação) os comportamentos e afirmações dos sujeitos devem conter os mesmos elementos que compõem a relação formada. A falta de um desses elementos no tráfico corresponderia a uma negligência ou imprudência assim como sucede no contrato formado e possibilitaria o reconhecimento da responsabilidade.

Como explica Carlos Alberto da Mota Pinto, na sua dissertação do curso de Ciências Jurídicas elaborada em 1960, no posicionamento adotado por Jhering para enquadrar a natureza jurídica:

Há como que uma validade parcial do contrato nulo. Daí a culpa na formação dos contratos seja uma culpa contratual, pois é conforme a intenção das partes. Em coerência com essa ideia, o grau de *diligentia in contrahendo* exigível é o mesmo que se considera necessário *in contractu*.¹¹

Menezes Cordeiro¹² também explica que na fundamentação jurídica da *culpa in contrahendo* elaborada por Jhering pode-se considerar que ela apresenta como base o próprio contrato concluído com nulidade, no qual o autor distinguiria no contrato dois objetivos distintos, o principal e os secundários e a nulidade atingiria só o primeiro, enquanto o comportamento de uma das partes que tivesse ou deveria ter conhecimento do óbice constituiria a causa para obrigar-a a indenizar a outra pelo interesse contratual negativo; conclui que foi por tal aspecto que ele considerou sua natureza como contratual.

O posicionamento de Jhering, ao emprestar à *culpa in contrahendo* uma feição de culpa contratual numa “vertente específica”¹³, com aplicação dos mesmos princípios e regras atribuídos a esta, viria a ser criticado pela literatura posterior.

O próprio Jhering abandonaria a noção de culpa subjetiva, posteriormente – quase oito anos depois de apresentar sua obra:

¹¹ Responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, supl. XIV, p. 223, 1966.

¹² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 530.

¹³ Jhering, op. cit., nota introdutória de Paulo Mota Pinto, p. XIV.

A teoria da *culpa in contrahendo*, por mim proposta, na medida em que lhe está subjacente uma concepção limitada de ilícito subjectivo, não faz justiça à própria idéia da relação em causa, e a minha formulação será com certeza superada por uma outra, mais objectiva.¹⁴

Interessante notar na obra de Jhering, embora sua intenção tenha sido a de demonstrar a aproximação da *culpa in contrahendo* às regras sobre a culpa contratual, que ela já continha traços dos elementos constitutivos da boa-fé o que a remetia a uma noção de responsabilidade objetiva.¹⁵

O texto original de Jhering propiciou a formulação de diversas teorias para compreensão dos diversos aspectos relativos ao regime da responsabilidade na formação dos contratos.

Carlos Alberto da Mota Pinto apresentou-as de forma ordenada dando-lhes enquadramento conceitual e as dividiu em dois grupos ao dar-lhes explicações dogmáticas. No primeiro grupo, conceituou-as de doutrinas negociais, e no segundo, de doutrinas legais.¹⁶

As teorias negociais e as teorias legais procuraram demonstrar a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Enquanto as primeiras utilizaram o negócio jurídico como fundamento, as segundas buscaram se afirmar num direito objetivo.

¹⁴ Op. cit., p. XII, tradução de Paulo Mota Pinto.

¹⁵ Jhering utiliza a seguinte explicação para fazer distinção entre os elementos que ocorrem nas relações extracontratuais e no tráfico contratual para justificar que a *culpa in contrahendo* está fundamentada nas regras da culpa contratual, mas já faz referência a símbolos que só aparecem e eram considerados na relação contratual: a confiança e a boa-fé: “[...], no tráfico contratual, em que justamente essas afirmações devem adquirir força vinculante, cada pessoa pode esperar da contraparte a comprovação de que elas se baseiam na boa-fé, pois cada um não está normalmente de todo em posição de poder realizar essa comprovação.” Op. cit., p. 32.

¹⁶ No primeiro grupo o autor incluiu a teoria de Jhering, que chamou de contrato definitivo, a do negócio de garantia de Drexler, Krückman, Heck, a do negócio jurídico unilateral de Stoll, a do mandato de Scheurl, a da gestão do negócio de Covillo, a quase-contratual de Reichgericht, a doutrina dos efeitos preliminares do negócio jurídico. No segundo grupo, incluiu a teoria de Fagella, a da boa-fé de Windscheid, as extra-contratuais da violação dum direito absoluto *erga omnes* de De Cupis e Mazeaud, as que afirmam resultar a responsabilidade pré-contratual da violação de uma obrigação *ex lege*, de TUHR, Heldrich Hildebrandt von, *Responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p. 220.

Os argumentos baseados em negócio jurídico, utilizados para classificar as teorias negociais traziam:

Ideia de que, ao iniciarem negociações preliminares, as partes celebrariam um contrato preparatório que, independentemente dos frutos da fase pré-negocial, regularia os deveres de informação e de cuidado, base da *culpa in contrahendo*.¹⁷

Por outro lado, as teorias legais se amparam em referências da própria lei, ou seja, a responsabilidade pré-contratual resultaria de violação de deveres pré-contratuais impostos pela lei; por outras palavras, tal literatura apresenta a ideia de uma responsabilidade sem recorrer à culpa, sem fazer alguma referência à vontade das partes.¹⁸

A evolução subsequente dos estudos, que continuaram a surgir, alavancou significativa concepção baseada na tese de uma relação contratual de fato e na confiança, elementos estes que são abrangidos pela boa-fé. Isso firmaria a boa-fé como elemento matriz na concepção dogmática da responsabilidade pré-contratual.

A teoria das relações contratuais de fato foi originariamente apresentada por Günther Haupt¹⁹. Sua linha de fundamentação se assenta na tese de existir a possibilidade de se reconhecer a constituição de relações jurídicas independentes das declarações negociais, por força dos contatos sociais. Ela estabelece existir uma relação obrigacional na fase das negociações, cuja fonte é a lei e um determinado comportamento social típico. Ela não se ocupa de colocar em relevância o propósito a um negócio jurídico.

Explica Carlos Alberto da Mota Pinto tratar-se de um:

¹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 537.

¹⁸ Assim explica Menezes Cordeiro, op. cit., p. 539-543; cf. também Carlos Alberto da Mota Pinto in: *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p. 234.

¹⁹ Menezes Cordeiro expõe que a orientação desta teoria apresenta, essencialmente, que certos comportamentos materiais possibilitariam configurar espécies de relações jurídicas de tipo contratual, “independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais”. Op. cit., p. 555.

[...] novo quadro jurídico, formado para além do sistema legal, por exigências indeclináveis, segundo os defensores da sua autonomia, do tráfico jurídico hodierno. De então para cá, esta teoria das relações contratuais de facto ou, como prefere Larenz, dos comportamentos sociais-típicos constitui, simultaneamente, um dos campos de observação prioritários da doutrina e o fio condutor duma corrente jurisprudencial consolidada.²⁰

As figuras da teoria das relações contratuais de fato foram acrescentados outros importantes elementos, atribuindo-se tal feito a Dölle. Procedeu a apresentar quatro tipos de deveres ligados ao comportamento no tráfico, alcancando-os a conceitos jurídicos eficazes, destacando a importância da confiança como essencial para a *culpa in contrahendo*.

Da apreciação da teoria das relações contratuais de fato, surge, assim, a da confiança.²¹

A boa-fé tem um papel a desempenhar a partir deste ponto, que a colocará como alicerce na fundamentação da responsabilidade pré-contratual conectando o comportamento dos negociadores a certos deveres de conduta também chamados laterais.

Até agora, descreveram-se construções dogmáticas para o enquadramento da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual e o grande dilema enfrentado foi o de encontrar o limite entre o espaço ocupado pela autonomia privada e uma responsabilidade por *culpa in contrahendo*. Uma constatação relevante que se extrai do estudo das doutrinas é o de que a *culpa in contrahendo* ocupa um espaço estreito no quadrante da responsabilidade pré-contratual. Isso se deve, embora as doutrinas não a digam de forma expressa, à preocupação em destacar a importância da autonomia privada nos diversos cenários pré-negociais.

A respeito disso, observou Menezes Cordeiro, que:

²⁰ Cessão da posição contratual. 1970. p. 257.

²¹ Menezes Cordeiro explica que o autor “[...] introduz, no debate, as ideias de confiança, e da necessidade da sua protecção, do escopo do negócio e do respeito pelos patrimónios de cada um.” E que ele se preocupou em demonstrar que a situação de confiança é fundamental para o reconhecimento dos deveres pré-contratuais. Op. cit., p. 560-561.

[...] o entendimento definitivo do que possa ser a *culpa in contrahendo* implica o perguntar pelo sentido do comércio privado e pela dimensão das esferas particulares tuteladas. A questão coloca-se na dimensão concretizadoraposta pelo inter-relacionar de dois sujeitos, cujos comportamentos, quando não sejam indiferentes, devem apresentar um enlevo que o Direito sancione pela positiva. A remissão formal para a boa-fé reúne todas as condições para, sem compromissos, exprimir estas exigências.²²

O referido autor acentua que ela possui os atributos necessários, porque:

Pela tradição romanística está vocacionada para normativar as relações entre pessoas específicas [...] para reger o tráfico negocial. Pela sua dimensão sistemática [...] deve ter um qualquer sentido global. Pela elaboração científica, ela permite ver luz onde [...] reina o empirismo. Pela sua consagração legal, ela confere a todas as soluções que patrocine, uma viabilidade [...]²³

De acordo com essa afirmação está Carlos Alberto da Mota Pinto que, ao explicar a presença, na fase pré-negocial, dos deveres de comportamento ou deveres laterais, não somente como elementos das relações contratuais, assinala que: “Resultam esses deveres especiais, não decerto duma manifestação negocial específica, mas do comando da boa-fé, como princípio geral do tráfico, aplicável, logo, ao contacto negocial preparatório.”²⁴

Sem dúvida, a evolução se deve à teoria da confiança, como viria reconhecer a doutrina moderna.²⁵

²² Op. cit., p. 563.

²³ Op. cit., p. 563.

²⁴ *Cessão da posição contratual*. p. 351.

²⁵ “Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 271.). Entre os brasileiros, observação também feita por Antônio Chaves em *Responsabilidade pré-contratual*, 2. ed., São Paulo: Lejus, 1997, p. 141; Vicente Rão,

A esse respeito, a importância da confiança, no seu sentido jurídico, destacou Regis Fichtner Pereira que ela deva ficar bem delimitada no campo da responsabilidade pré-contratual, evitando-se a indevida ampliação de seu alcance e uso indiscriminado para justificar uma reparação. Explica o autor que:

A confiança que uma parte incute na outra, de que estão negociando para valer, tem no campo jurídico sentido mais restrito, já que não está em jogo o caráter puramente subjetivo da crença, no sentido de esperança, de uma parte, no sucesso das negociações. Está em questão a confiança decorrente de atos materiais da outra parte, que criam uma expectativa qualificada de que as partes chegarão a um consenso.

A constatação da presença do requisito da confiança na celebração futura do contrato não se dá levando-se em consideração o aspecto subjetivo da representação mental que o contraente faz, ao avaliar as chances de conclusão do negócio, mas sim através da constatação da existência efetiva de elementos externos que possam levá-lo a confiar na celebração do contrato.²⁶

É também apontada por Francesco Benatti a importância da confiança como elemento que configura o “pico” para reconhecer uma situação ensejadora de responsabilidade, no período que vai do início dos contatos até a sua conclusão.²⁷ O autor explica, com apoio em Mengoni²⁸, que o momento de relevância resulta do estabelecimento da confiança no tráfico dos contatos:

Relações pré-contratuais, *Justitia*, v. 20, p. 75, 1958; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38, §§ 4.242 e 4.243, p. 321.

²⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 330-331.

²⁷ “Dalla lettera dell’art. 1337 si desume che l’obbligo di comportarsi secondo buona fede sorge nel periodo che va dalle trattative alla conclusione del contratto; ... resta ancora impreciso l’esatto momento in cui nasce quel dovere, cosicchè rimane aperto un problema di particolare importanza.” BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963. p. 19.

²⁸ Rev. Dir. Comm., II, p. 370, 1956.

Nel momento in cui sorge nei confronti di una o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra. [...] la semplice dichiarazione di volere entrare in trattative è da ritenersi irrilevante, potendo la persona cui è rivolta non aderirvi. Occorre che a tale dichiarazione faccia seguito l'altrui fiducia nella serietà dell'invito, fiducia che rappresenta veramente la circostanza determinante che dà avvio alle trattative, e perciò rappresenta l'ulteriore presupposto che, insieme com l'offerta, integra il fatto costitutivo dell'obbligo di buona fede. Non é dunque senza significato l'equazione proposta nella letteratura giuridica tedesca: rapporto pre-contrattuale = rapporto de fiducia.²⁹

No encerramento do ciclo de desenvolvimento da concepção dogmática, obteve-se certa unidade em torno da natureza jurídica da *culpa in contrahendo* ser contratual que se baseia numa relação obrigacional marcada somente por deveres de comportamento, sem a presença de dever primário de prestação, conferindo-se à boa-fé, no tráfico, o sentido principal para legitimá-la.

3. Hipóteses que se sujeitam à aplicação da responsabilidade pré-contratual

As anotações anteriores procuraram apresentar os contornos teóricos da teoria da *culpa in contrahendo* e a função por ela desempenhada, que permitiu a compreensão dos aspectos referentes ao regime jurídico e levou ao reconhecimento de um conceito dogmático da responsabilidade pré-contratual.

Não é somente na hipótese típica de ruptura das negociações que haverá uma composição de elementos e pressupostos ao surgimento de uma responsabilidade pré-contratual.

Também nas hipóteses em que ocorre a formação do contrato, mas por um expediente enganador de um dos contratantes com apresentação falsa da realidade que conduz a uma conclusão equivocada,

²⁹ Op. cit., p. 20.

ou quando se verifica uma situação em que o contratante foi induzido a erro, ou, ainda, quando a demora na conclusão da negociação é premeditada por um dos contratantes para viabilizar outra negociação paralela, que não é do conhecimento daquele que negocia com o contratante que está na relação paralela.

Alguns exemplos de tais situações são dadas por Enzo Roppo:

Pense-se no comportamento de quem, durante as negociações, induz em erro a outra parte, fazendo-lhe crer que o objecto do contrato tem determinadas características (que aquele quadro é original, que determinado terreno é edificável, etc.) na realidade inexistentes, ou ocultando-lhe determinadas circunstâncias, para ela essenciais, com o propósito de valorizar o negócio; ou o comportamento de A, que maliciosamente prolonga umas negociações e, depois de ter incutido na outra parte, B, confiança, em torno da segura conclusão do contrato, interrompe-as bruscamente para fazer o negócio com C, com o qual já estava negociando às ocultas de B [...] Outras hipóteses de responsabilidade pré-contratual ocorrem quando uma parte impede a outra de se inteirar das circunstâncias relevantes para a valoração da conveniência do contrato (falseando a verdade ou simplesmente ocultando-a), ou quando coarta a vontade da contraparte, induzindo-a a concluir um contrato que esta não teria concluído.³⁰

Em todos os exemplos, em comum há uma conclusão do contrato. Mas a fase que precedeu aquela foi a que a vítima das circunstâncias criadas para ganhar sua confiança não as aproveitou, quer porque a conclusão não lhe trouxe o proveito que ela esperava, ou porque teve despesas preparatórias para um contrato frustrado.

Nas situações descritas, também fica claro que o contratante responsável pelas situações criadas nos contatos, para embaraçar a con-

³⁰ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 106-107.

clusão, não apresentou um comportamento segundo a boa-fé, sendo que, nas primeiras situações aproveita-se da confiança que a outra parte lhe depositara enquanto na segunda a induz a erro, com manifesto desejo de enganar: o chamando *dolus in contrahendo* do direito romano.³¹

Já a hipótese de responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações (fora da hipótese de contratos nulos) envolve aquelas situações em que se identifica a necessidade de reparação da parte, decepcionada na sua confiança, pelos gastos realizados durante as negociações preparatórias. A decepção atrás referida tem conexão com a conduta da outra parte que abandona ou interrompe, como se queira chamar, as negociações, sem justo motivo, depois de ter nutrido a parte contrária de uma séria confiança na conclusão do contrato.

Menezes Cordeiro usa critério diferente para distinguir esta última hipótese das anteriores. Divide-as em grupos e explica que a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações se “assenta num dever de lealdade entre as futuras partes no contrato” e para conceituá-la partindo da comparação com outros deveres, explica que:

Na lealdade, a censura *in contrahendo* não assenta tanto num âmbito informativo, mas antes no próprio comportamento assumido pelas pessoas [...] concretiza-se quando, de modo especialmente injustificado, se abandonem negociações em curso [...] ³²

³¹ Cf. exemplo dado por Benatti, do direito romano, da obra de Cícero, *De officiis*, III, 14: “Il cavaliere romano Canio, desiderando trascorrere i mesi estivi a Siracusa, voleva acquistarvi una villa. Il banchiere siracusano Pizio, venuto a conoscenza della cosa, invitò a cena Canio nella sua casa sul mare, non senza avere prima raccomandato ai pescatori del luogo di portare, la sera del banchetto, gran quantità di pesci. Così, il giorno stabilito, nel bel mezzo della cena, vennero i pescatori con cesti pieni di pesci. Stupito Canio domando: <<Quid est Pythi? tantumne piscium, tantumne cumbarum?>>. E Pizio: <<Quid mirum? Hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic acquatio, hac villa isti carere non possunt>>. Alora Canio tanto insistette per acquistare la villa che Pizio [...] si lasciò convincere a verderla ad altissimo prezzo. Il giorno seguente invano cavaliere romano attese i pescatori. <<Quid facere? - si domanda Cicerone - nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas>>. Op. cit., p. 1.

³² Op. cit., p. 551-552.

O autor aproveita-se da farta jurisprudência alemã do início da segunda metade do século XX e colaciona alguns julgados para exemplificar a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações.³³

Régis F. Pereira também destaca que, na responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações, no centro da questão se coloca a proteção da confiança e como corolário disto vai ser observado o comportamento dos negociadores, ou seja, se agiram com lealdade e correção enquanto apenas tratavam de se preparar para contratar e antes de consumarem a conclusão saíram das negociações.³⁴

É importante destacar, no âmbito deste tema ora analisado, haver uma diferença sistêmica entre a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações da espécie de contrato denominado preliminar.

No contrato preliminar considera-se presente uma obrigação que visa à constituição de um contrato futuro. Neste, há a estipulação de se estabelecer um contrato principal. Nele devem ser observadas todas as características que se exigem do contrato. E, portanto, ele se apresenta como típico negócio jurídico. Ou seja, a proposta e a aceitação, em princípio, foram expressas e a negociação já atingiu uma forma contratual. Logo, o inadimplemento acarretará responsabilidade de natureza essencialmente contratual, por violação de obrigação contratual.

A responsabilidade pré-contratual por ruptura se projeta sobre a fase negocial, na qual predomina a autonomia da vontade. Este período é regido pelo princípio da liberdade contratual, porque neste as partes tratam de obter informações a respeito do objeto do negócio. Não há compromisso formado. É, portanto, um momento em que prevalece a autonomia privada, que consiste no direito potestativo conferido aos

³³ O julgamento BGH 6-Fev.-1969, MDR 1969, 641-642 (641) é especialmente dado como exemplo pelo A.: “explica-se aí que, se a pessoa não fica adstrita à celebração de um contrato por iniciar preliminares, deve responder se assumiu um comportamento tal, que suscitou a confiança da outra parte na conclusão”; também o julgamento BGH 12-Jun.-1975, NJW 1975, 1774: “condena a parte que, injustificadamente, interrompe as negociações destinadas à celebração de um contrato de licença, por esta, pela sua actuação pré-contratual, ter criado na contraparte a confiança justificada de que o contrato seria celebrado; a indemnização pauta-se pelos danos da confiança. Op. cit., p. 552-553.

³⁴ Observa o autor que: “O sistema jurídico deve proteger a confiança que um dos contraentes deposita no outro durante a fase das tratativas. Uma das maiores deslealdades que um contraente pode cometer a outro é ludibriá-lo no que respeita à sua verdadeira intenção, ou possibilidade, de constituir a relação contratual.” Op. cit., p. 291.

negociadores de encerrar as negociações, baseado na tese em que não se pode impor a ninguém firmar relação contratual tão somente por ter um mantido um contato, no qual buscou informações, demonstrou algum interesse, porém, sem emitir uma declaração de vontade específica.

A par disso, correto afirmar que na fase de negociação paira a incerteza em relação ao desfecho ou conclusão daqueles contatos.³⁵

Os aspectos a serem examinados ao reconhecimento da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações, desse modo, ao se considerar que nesta fase reina o princípio da liberdade contratual, concernem aos deveres de comportamento. É pela verificação da violação, por exemplo, dos deveres de lealdade, de consideração, de honestidade, que se estabelece a verificação de uma responsabilidade pré-contratual.

Um comportamento pautado pela lealdade, consideração, honestidade e informação, por exemplo, no plano das negociações, equivale ao comportar-se segundo os critérios exigidos pela boa-fé objetiva. Esta exige das partes, assim como na conclusão e execução do contrato, no período que antecede aquela, que elas tenham em consideração o interesse na expectativa de obtenção de êxito das negociações.

Essa exigência de ter em consideração não apenas o interesse próprio, mas também o interesse do outro, que parte da atuação da boa-fé, a qual impõe aos negociadores deveres de agir segundo um comportamento por ela ditado, tem um propósito principal e, não poderia ser outro, senão o da proteção da confiança.

4. O dano na responsabilidade pré-contratual

No que consiste o dano na responsabilidade pré-contratual e como se faz para medi-lo. É o comportamento inadequado (e o equivalente a uma declaração) de uma das partes, na formação do contrato, que enseja algum dano e o interesse da outra parte no resarcimento não corresponde ao interesse que teria na conclusão contrato. Ele corresponde à recomposição da despesa que a parte suportou e que poderia ter sido evitada se não tivesse participado da negociação que não resultou no

³⁵ Explica Regis F. Pereira, op. cit., p. 283 que: “Quem inicia negociações para o estabelecimento de um contrato não o faz com a certeza de que a sua atividade trará resultados. A parte que está negociando um contrato assume o risco de despender tempo e dinheiro sem obter qualquer resultado.”

contrato ou, mesmo que tenha resultado num contrato, mas que veio a ser considerado inválido.

A noção de interesse contratual negativo deve-se à teoria de Jhering. Este autor apresentou as bases do conceito sobre o interesse negativo na hipótese de indenização em contratos nulos ou imperfeitos. Assim, permitiu aos estudos que se sucederam como melhor compreender e situar o limite do dano na fase de negociação.

Na explicação de Jhering, a partir da utilização de exemplos com contratos nulos, o dano, no caso de interesse negativo, não se confunde com o dano positivo, que decorre da inexecução do contrato. Ele corresponde a um interesse negativo, porque resulta de não interessar a parte concluir um contrato nulo. O autor utilizou exemplos de contratos nulos ou imperfeitos para apresentar a teoria do interesse negativo e admitiu o cabimento de uma perda de lucro³⁶ e da perda equivalente à própria prestação³⁷, no montante do dano, embora deixe claro que não há uma coincidência de fundamentos com danos emergentes e lucros cessantes.

Uma questão controvertida que foi abordada, também, pela literatura alemã, diz respeito à possibilidade do ressarcimento com base no interesse negativo superar o do positivo. Benatti, ao examinar o problema, esclarece que o próprio Jhering afirmara que uma pretensão ao ressarcimento por dano decorrente de um contrato nulo ou inválido não poderia ser superior àquilo que se conseguiria com a execução do contrato.³⁸

Em se tratando de responsabilidade pré-contratual por ruptura imotivada das negociações, devido, em especial, à rigidez do princípio contratual, os primeiros estudos surgiram no sentido de considerar cabível apenas a indenização do interesse negativo, excluindo-se a pos-

³⁶ *Culpa in contrahendo...*, op. cit., p. 16: “A conclusão do pretenso contrato pode, porém, ter igualmente tido como efeito, para o demandante, a perda de um lucro, seja por ter aberto mão de uma outra oportunidade de conclusão do mesmo, seja por ter omitido cuidar oportunamente de uma tal possibilidade.”

³⁷ *Culpa in contrahendo...*, op. cit., p. 16: “O interesse negativo pode, em certas circunstâncias, atingir o montante do positivo.”

³⁸ Nas palavras do autor, *La responsabilità*, op. cit., p. 149: “[...] affermava Jhering, che il risarcimento del danno causato dall’invalidità o inefficacia del contratto non deve essere maggiore di quanto si sarebbe conseguito attraverso l’esecuzione del contratto.” Mais adiante o autor explica que a doutrina alemã afiançou a tese de que: “[...] giustificare la limitazione dell’interesse negativo all’interesse positivo con considerazioni di carattere equitativo: invero - si sostiene - sarebbe ingiusto che un soggetto conseguia dalla invalidità del contratto vantaggi maggiori di quelli che avrebbe conseguito se il contratto fosse stato valido.”

sibilidade do dano compreender também o interesse no cumprimento do contrato.

Explica Regis F. Pereira que:

Nos casos de responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais não há ainda contrato estabelecido. Nenhuma das partes adquiriu direito a obter uma prestação. O que vem a ser frustrado pela ruptura das negociações é a sua expectativa na conclusão do contrato. Ocorre que os contraentes não dispõem de um direito ao estabelecimento da relação jurídica contratual, o que faz antever que não podem pretender serem indenizados pelas vantagens que o contrato, se estipulado iria lhes trazer.³⁹

Afirma a mesma tese Enzo Roppo e apoia-se no art. 1.338º do Código Civil italiano:

Não tem direito (parte lesada) à soma equivalente ao interesse positivo (isto é, aos exatos proveitos que conseguiria se o contrato em questão se tivesse formado validamente e tivesse sido regularmente cumprido). Tem direito sim, à indenização do interesse contratual negativo, correspondente às vantagens que teria obtido somadas aos danos e despesas que teria evitado, se não tivesse iniciado as negociações, depois injustificadamente interrompidas pela contraparte, ou celebrado um contrato inválido (despesas suportadas por causa da condução das negociações e/ou da conclusão do contrato; proveitos que derivariam de ocasiões de negócio, alternativas à malogradamente prosseguida e abandonadas por causa desta última).⁴⁰

³⁹ Op. cit., p. 377 (O autor esclarece, no entanto, com referência a Wolfgang Küpper em nota de rodapé, que a doutrina alemã tem admitido a possibilidade dos danos pelo não cumprimento, ou seja, de ser cabível também o resarcimento do interesse positivo).

⁴⁰ Op. cit., p. 108.

Apesar de parte da doutrina sustentar a possibilidade de resarcimento do chamando interesse positivo na responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações, fundada na hipótese de ser comprovado que as negociações seriam convertidas no contrato, é entendimento majoritário que tal hipótese configuraria uma situação excepcional e de remota visualização. O entendimento prevalecente é no sentido de reconhecer a responsabilidade apenas do interesse negativo, já que o que se pretende aqui, com a reparação, é compensar o prejudicado decepcionado com o negócio frustrado e tal compensação não guarda nenhuma relação com o objeto do contrato não estabelecido, que constitui a prestação principal e, como não chegou a se estabelecer, não pode ser incluída no montante do dano⁴¹.

A literatura alemã, adaptando o conceito de interesse negativo às projeções que a teoria de Jhering difundiu, formulou o conceito de dano da confiança, que possui um alcance mais acentuado para acomodar os danos por ruptura das negociações. Tal conceito apresenta a tese de que é devida a reparação dos danos sofridos por uma parte baseada na legítima confiança depositada no comportamento da outra parte.⁴² Explica Regis F. Pereira que:

[...] em matéria de responsabilidade pré-contratual pela não estipulação válida do contrato, alguns autores preferem falar em indenização dos danos decorrentes da confiança (*Vertrauensschäden*) [...]” A tese do dano da confiança permitiria uma compreensão perceptível do limite do dano na hipótese de responsabilidade pré-contratual por ruptura. Assinala o autor que: “Com essa fórmula, conforme acentua Larenz, se demonstra de forma mais clara que os danos se limitam aos prejuízos que a parte sofreu em razão de ter confiado na conclusão válida do contrato.⁴³

⁴¹ Cf. PEREIRA, Regis F. Op. cit., p. 385; CHAVES, Antonio, Responsabilidade pré-contratual, in: NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. II, p. 254 (Revista de Direito Civil, 23, jan.-mar./1983); COSTA, Mário Júlio de Almeida, *A responsabilidade civil pelas rupturas das negociações preparatórias de um contrato*, p. 75-76;

⁴² FRITZ, Karina Nunes - *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. RT 883 - maio/2009 - cita Maria Paz García Ribo, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, p. 232, para quem o dano da confiança “é aquele que o lesado evitaria se não tivesse confiado, sem culpa, que, durante as negociações a contraparte cumpriria com os deveres inerentes aos imperativos da boa-fé.”

⁴³ Op. cit., p. 381-382.

Colocada a questão sob o conceito do dano da confiança, compõe a reparação tanto o prejuízo de natureza material, como o de caráter moral. Esse entendimento é preconizado por vários autores, segundo a tese que afirma configurar dano qualquer bem tutelado e reconhecido pela norma. Esta, presente em todos os sistemas jurídicos que adotaram o modelo romano, reconhece o direito a reparação por dano imaterial, de modo que ele não poderia ser excluído do âmbito da atuação da responsabilidade pré-contratual.

5. A responsabilidade pré-contratual no Direito Civil brasileiro

O novo Código Civil brasileiro (2002), que substituiu o antigo código de 1916, não recepcionou uma fórmula para tratar da responsabilidade na fase de formação dos contratos, depois de decorridos mais de 150 anos da divulgação da teoria de Jhering. O código revogado também não continha dispositivo legal para regulamentar o tema.

No Brasil, de maneira diferente do que se verificou nos países da Europa, cujos modelos (Alemanha e Itália, por exemplo) sempre foram seguidos pelo brasileiro, o campo normativo civil não é dotado de grandes movimentos para cobrir tal área da responsabilidade civil com figuras jurídicas específicas. Mas, se já existisse, permitiria aos tribunais aprimorar sua atuação voltada para interpretar as finalidades jurídicas da norma amoldando-as às realidades materiais subjacentes.

Enquanto na Alemanha o sistema jurídico civil (BGB) já era dotado do § 242 – usado como referência para designar a existência de uma expressão normativa da responsabilidade pré-contratual, embora não muito específica – o que viria a se tornar mais extenso com a reforma daquele sistema em 2001, quando se consagrou a figura da responsabilidade pré-contratual, com o acréscimo do inciso 2 ao § 311⁴⁴, no Brasil a expressão normativa, que passou a ser usada como referência para designar um modelo de atuação da responsabilidade pré-contratual, foi a do art. 422 do Código Civil de 2002.

Da análise e interpretação da regra normativa alemã, conclui-se que a fase inicial das negociações, reconhecidas nas expressões pre-

⁴⁴ Ver supra, p. 4.

paração do contrato e contato negocial, é apresentada como fonte de obrigação; por outras palavras, a lei civil alemã, depois de uma contínua evolução metodológica científica, passou a considerar o contato negocial, se preenchidos os elementos da norma, como uma espécie de relação jurídica obrigacional.

Tal aspecto também é observado na lei civil portuguesa. O art. 227º, desde 1966, representa a recepção da *culpa in contrahendo* pelo sistema normativo daquele país. Menezes Cordeiro explica que a norma portuguesa também atribui à fase de negociação um caráter obrigacional:

Esclareça-se, ainda, sempre pela *culpa in contrahendo* portuguesa, a natureza da responsabilidade em jogo. Trata-se de uma responsabilidade obrigacional, por violação de deveres específicos de comportamento baseados na boa-fé.⁴⁵

A situação no Brasil foi diferente. Couto e Silva, numa dissertação sobre o direito das obrigações, considerada excepcional, apresentou ponto de vista em que expõe a dificuldade dogmática em situar as fases de contato preliminar numa espécie de relação obrigacional.⁴⁶ Explica

⁴⁵ Op. cit., p. 585. A interpretação do autor à norma civil portuguesa faz notar, ainda, que ela permite o entendimento no sentido de não limitar os danos ao interesse negativo, alcançando o dano positivo, cf. suas palavras: “Por fim, sublinhe-se, na linha de RUY DE ALBUQUERQUE (192), de que foi dada conta oportunamente, a inexistência, de qualquer motivo para limitar a responsabilidade do prevaricador ao interesse negativo ou de confiança: ele responde, como manda o art. 227º/1, por todos os danos causados, nos termos gerais, tendo em conta, segundo a causalidade adequada, os lucros cessantes, embora descontando, sempre de acordo com os princípios da responsabilidade, as vantagens advinientes da violação para o prejudicado e, designadamente, não havendo contrato válido, o facto de ele não ter de cumprir e de não correr os riscos inerentes às vicissitudes contratuais.”, também em p. 585.

⁴⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 76: “As atividades pré-contratuais, afirma alguns autores, constituem-se em atos concretos, dirigidos a pessoas também concretamente determinadas, revelando interesses, à sua vez, concretos. E, segundo este raciocínio, a situação diferiria da aplicação *usual do noeminem laedere*, porque se cuida de harmonizar, transigir, demonstrar vantagens e desvantagens, enfim, em cooperar para que se realize um ato jurídico. E a categoria do “contato social” deveria ser, forçosamente, a de ato-fato. Ora, temos então a primeira dificuldade: o ato-fato, ato material, é completamente indiferente à vontade e, em consequência, ao fim, como se deixou claro quando se tratou da tradição. É imprescindível, portanto, que exista um ato anterior que lhe dê sentido, porque o ato-fato como tal não o possui. Como restringir essa figura somente às atividades pré-contratuais? Se se tratasse de categoria na qual fosse inserida a vontade, a restrição viria em razão do fim constante no ato jurídico. Admitindo-se, porém, a figura do “contato social”, não poderá ele ficar adstrito às atividades pré-contratuais, salvo tratamento legislativo específico, como o fez o Código Civil italiano.”

o autor que não seria possível reconhecer a existência de deveres em concreto nesta fase, de modo que tal circunstância impossibilitaria incluir os contatos iniciais “no desenvolvimento da relação obrigacional”, devido a ainda não se ter revelado um propósito, porque também não se tem concreta a determinação da vontade, concluindo, com apoio em Nipperdey, que aquelas atividades iniciais “assemelham-se aos provenientes de um contrato, mas seu suporte fático é de ordem delitual.”⁴⁷

O respeito pela obra de Couto e Silva e de outros consagrados autores levou uma parte da doutrina brasileira a não encaixar aquela situação numa relação jurídica obrigacional⁴⁸. Preferiu-se a opção pela regra dogmática da culpa extracontratual, apoiando-se, no exame do comportamento das partes, ao aspecto culposo durante as negociações preliminares.

A doutrina reconheceu a importância e lhe agradou a consagração do princípio da boa-fé objetiva no art. 422 do Código Civil dentro do sistema das relações contratuais. Mas mesmo tardia e, ainda, com formato de cláusula geral com menção expressa para as hipóteses de conclusão e execução do contrato, não faltou quem visse aí pano de fundo para possibilitar uma concepção dogmática da *culpa in contrahendo*.

Aconteceu que a doutrina e a jurisprudência brasileira optaram por reconhecer no art. 422 que havia nele reflexos para expressar uma figura da responsabilidade civil pré-contratual, como se viu do texto do enunciado 25, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.⁴⁹

A jurisprudência brasileira não é tão farta em julgados que reconhecem a responsabilidade civil pré-contratual, fundamentada na tese de uma relação obrigacional jurídica, como acontece com a vasta

⁴⁷ Op. cit., p. 77.

⁴⁸ Apenas para citar alguns exemplos: RÁO, Vicente, Relações pré-contratuais, São Paulo: *Justitia*, v. 20, 1958, p. 75; MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 321, onde sintetiza o autor, magistralmente: “[...] todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam *relações jurídicas de confiança* e não só morais. [...] Quem se dirige a outrem, ou convoca outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato.” (grifos do autor).

⁴⁹ Enunciado 25: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.”; de notar que Regis F. Pereira prevendo tal acontecimento, anotou: “Verifica-se, portanto, que a aprovação e a entrada em vigor do Projeto do Código Civil, ora em tramitação, caso mantida a redação do seu art. 422, significará que o sistema jurídico brasileiro disporá de regra jurídica positiva diretamente relacionada à aplicação da responsabilidade civil pré-contratual.” Op. cit., p. 209.

jurisprudência alemã. As decisões judiciais demonstram que elas ativeram-se ao exame do comportamento culposo durante as negociações preparatórias ao contrato inválido e, nas situações de ruptura das negociações, o número é ainda menor.⁵⁰

Entre as decisões do início e da metade do século passado destacam-se a do TJSP 24/07/1936; a Câmara, no exame de contrato de renovação de aluguel encerrado por ruptura das negociações, aplicou a teoria da *culpa in contrahendo*, porém, sem apoio, quanto à natureza jurídica, no reconhecimento duma relação obrigacional, mas, sim, com fundamento no art. 159 do código revogado.⁵¹ Em julgado de 1959, o Extinto TAC, julgou o caso das negociações preliminares encerradas entre atriz e companhia cinematográfica. Não reconheceu direito a indenização, pelo interesse negativo, tendo afirmado não caracterizada a responsabilidade da companhia, fundada na regra da culpa extracontratual.⁵² Outros exemplos são encontrados em RT 167/363, RT 410/378, RT 440/95⁵³.

A utilização da *culpa in contrahendo* para corrigir injustas negociações iniciais, de onde uma das partes saiu – com aplicação de deveres de lealdade e referência à boa-fé, foi feita pelo TJRS 06/06/1991. A 5ª Câmara, por maioria, reconheceu a responsabilidade pré-contratual da ré por ter violado o dever de lealdade durante as negociações e devido aos contatos iniciais ter criado na parte contrária uma forte expectativa de conclusão do negócio. O Tribunal de Justiça gaúcho, com referência à doutrina de Almeida Costa, entendeu que a parte que dera causa à ruptura injustificada, violou deveres de lealdade e de comunicação informados pela boa-fé⁵⁴.

A amostra jurisprudencial em questão indica a aplicação da *culpa in contrahendo* na vertente de orientação da teoria do dano da confiança. De notar, embora não apresentada de forma analítica, existir uma referência a tal doutrina, para preencher o espaço reservado ao fundamento jurídico, porque são utilizados como referências: a criação, por uma das partes, de uma situação de confiança e o aprovei-

⁵⁰ Tais circunstâncias já tinham sido observadas, no final do século passado, por COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 277. Também já tinha observado tal sintoma Antonio Chaves, op. cit., p. 13.

⁵¹ Em RT 104/608, apud de Regis F. Pereira, op. cit., p. 405-407.

⁵² Em RT 289/630, apud de Regis F. Pereira, op. cit., p. 408.

⁵³ Apud Mário Júlio de Almeida Costa, op. cit., p. 277.

⁵⁴ Apud Antônio Chaves, op. cit., p. 163-166.

tamento, pela outra, desta situação, o comportamento desleal manifestado pela saída repentina dos contatos e o dano é reconhecido pela situação na qual a parte lesada confiou no comportamento da contraparte crendo que cumpriria com os deveres inerentes à boa-fé durante as negociações.

De notar, ainda, que a amostra em questão evitou as regras da culpa extracontratual para o enquadramento jurídico da questão, de modo que assim considerou os contatos negociais como uma relação obrigacional.

As amostras da recente jurisprudência do TJSP deste século demonstram que, na aplicação da culpa *in contrahendo* existe a preocupação em salvaguardar a autonomia privada, porém, já há decisões que reconhecem uma responsabilidade pré-contratual por interrupção das negociações, cujos fundamentos, ainda que não de todo modo analíticos, dispensam o exame da culpa da parte responsável e, ao contrário, se assentam nos deveres especiais de comportamento sob o comando da boa-fé, que é, também, a adotada pela atual linha de jurisprudência do STJ.⁵⁵

6. Conclusões

A hipótese de incidência da responsabilidade pré-contratual é o período de preparação da relação negocial; a fase de contato fica marcada por um conjunto de deveres de comportamento (deveres laterais), que tem no comando da boa-fé seu fundamento. Com isso, cria-se em tal fase uma situação de confiança, na qual hoje, em virtude dessa situação, se reconhece ter-se estabelecido espécie de relação jurídica obrigacional.

Assim, a verificação dos danos por ocasião da formação de um contrato tem lugar dada uma confiança depositada pelas partes na va-

⁵⁵ STJ - REsp. 1.051.065-AM, j. 21/02/13; TJSP - AC 0028838-82.2012, j. 19/04/14; AC 0034670-81.2010, j. 8/04/14; AC 0007502-64.2012, j. 17/03/14; AC 4001140-19.2013, j. 10/02/13; AC 9191407-64, j. 24/10/13; AC 0166582-35.2010, j. 10/10/13; AC 0125095-22.2009, j. 28.11.2012; AC 0200890-97.2010, j. 21/10/13, de notar que esta decisão, em especial, aplicou a culpa *in contrahendo* por ruptura das negociações, na violação dos deveres de lealdade, com aplicação da teoria da confiança de Bollerstedt, e negou a indenização por lucros cessantes; confirma a tese majoritária da jurisprudência alemã, de que ela compõe o dano positivo, e, no caso, concedeu indenização somente pelo interesse negativo.

lidade do negócio jurídico celebrado ou na sua celebração futura. Se essa confiança não se confirma, os fatos que impediram a conclusão do contrato estão ligados às despesas e às ocasiões de lucro desperdiçados, por terem estado empenhadas as partes em certa relação de negócio, que depois não se revelou concreta.

O substrato teleológico da eficácia é a proteção da confiança de cada uma das partes nas proposições da outra; é a tutela das expectativas de quem se propõe a contratar, de acordo com o justo e o socialmente conveniente.

Trata-se de obrigações em sentido amplo desprovidas de deveres primários de prestação, compreendendo apenas deveres de conduta e deveres secundários de prestação.

Nas situações de falta de contato, ocorre situação diferente. Nestas há apenas o dever fundado no princípio neminem laedere – de não causar dano a outrem. Tais situações são marcadas pelas circunstâncias ordinárias do cotidiano e obrigam a todos, pois o dever de indenizar não pressupõe o estabelecimento de uma relação jurídica. O dano surge e é decorrente da conduta violadora da norma, sendo que do seu aparecimento vai ser estabelecida a relação jurídica e a determinação do sujeito que vai responder pelo dever de ressarcir.

A responsabilidade pré-contratual, portanto, é marcada pela passagem da confiança, fruto da observação de deveres de comportamento. Ao violar um dever de consideração, lealdade, informação, proteção ao patrimônio do outrem, etc., surge o pressuposto da sua incidência. A justificativa para ressarcir repousa na criação da situação de confiança, por uma das partes, e seu aproveitamento pela outra, depositada na conclusão do contrato, mas não se pode perder de vista que a chave do seu reconhecimento – face ao princípio da autonomia e liberdade de contratar - apoia-se em condutas violadoras dos deveres de comportamento guardados pela boa-fé.

O avanço da doutrina alemã, como visto, devido à dedicação de votada ao tema e a vasta jurisprudência produzida por aquele país sobre a responsabilidade pré-contratual, permitiu a ampliação do seu sistema jurídico, com elaboração de regra normativa de caráter estrito e semelhante situação é verificada em Portugal e na Itália, mas tal não é visto no Brasil, onde, neste século, ela passou a ser reconhecida pela jurisprudência, nas negociações preliminares, numa vertente da teoria do dano da confiança.

O estudo comparado, embora pouco desenvolvido neste curto espaço, permitiu verificar que a experiência em outros sistemas jurídicos está mais avançada no campo normativo do que aqui.

A atualização do sistema jurídico civil alemão em 2001, que já dispunha de um conceito normativo, com ampliação da definição da regra jurídica sobre a responsabilidade pré-contratual, traz significativos benefícios para elaboração de juízos jurídicos concretos, especialmente em relação ao problema da subsunção.

Apesar da evidente diferença e o fato de, principalmente na Alemanha, a fase de contato ou a preparação do negócio ser vista como espécie de relação jurídica especial, sem o dever de prestação principal, algo que ainda não é visto no Brasil no campo normativo, verifica-se aqui que a literatura e a jurisprudência brasileiras passaram a se ocupar de uma releitura da responsabilidade civil pré-contratual, com referências à boa-fé objetiva e à teoria da confiança, num abandono gradual da aplicação das regras da culpa extracontratual.

Isso tem mostrado que o pensamento jurídico brasileiro se alinha com a atual doutrina dominante e está buscando definir o alcance do tratamento dado às relações contratuais pelo novo Código Civil, através da ampliação do horizonte dos conceitos de seus princípios gerais, ocupando-se, a jurisprudência, da tarefa de preencher o vazio da norma.

Referências bibliográficas

- BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Dott. A. Guffrè, 1963.
- BÜRGERLICHES Gesetzbuch – BGB. versão em inglês. Disponível em: <<http://direitoalemao.com/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- CARRILHO, Fernanda. *Dicionário de latim jurídico*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.
- _____. Responsabilidade pré-contratual. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. II.
- CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

- COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- CRETELLA JR., J.; CRETTELIA, Agnes. *Institutas do imperador justiniano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FRADERA, Véra Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 34, n. 136, p. 169-179, 1997.
- FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *RT/Fasc. Civ.*, São Paulo, ano 98, v. 883, 2009.
- JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.
- LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo código civil. *RT/Fasc. Civ.*, São Paulo, ano 94, v. 838, p. 11-41, 2005.
- MADEIRA, Hélcio Maciel França. *Digesto de justiniano liber primus*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 4, p. 141-172, 1992.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIGNATTA, Francisco Augusto. *La phase précontractuelle sous l'empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien*. Université Robert Schuman Strasbourg – Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14791/000668615.pdf?deFAPignatta-2008>> . Acesso em: 1 jun. 2015.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, supl. XIV, p. 143-250, 1966.

_____. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970.

PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra, 2009.

RÁO, Vicente. Relações pré-contratuais. *Justitia*, São Paulo, ano XI, v. 20, p. 59-76, 1958.

Revista dos Tribunais, v. 289, acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, p. 630 e segs.

ROOPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual)

Paulo Jorge Scartezzini Guimarães¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Não é de hoje que se discute sobre as consequências jurídicas do descumprimento de um contrato, principalmente no tocante ao modo de se calcular a indenização pelos prejuízos sofridos pelo contratante frustrado. É esse problema que traz à baila a análise das teorias jurídicas do interesse contratual positivo e do interesse contratual negativo.

Tais “interesses” foram teorizados inicialmente na obra que Jhering escreveu em 1860, intitulada “*Culpa in contrahendo* ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição”.² Nessa obra, Rudolf von Jhering tentou buscar nas fontes romanas soluções para as situações em que um contrato, por erro ou outro motivo ligado à divergência entre a vontade e a declaração, ou ainda por quebra nas negociações, era considerado nulo e, por tal fato, causava prejuízo a um dos envolvidos na transação.

Indagava o autor alemão, por exemplo, sobre as consequências de uma venda feita mediante erro essencial do vendedor e concluía que o interesse do comprador poderia ser concedido de duas maneiras: 1) poderia ter interesse na manutenção do contrato, ou seja, no cumprimento – e aqui o comprador receberia num equivalente em dinheiro tudo aquilo que teria tido em caso de validade do contrato (se houve a devolução da coisa pelo comprador ao vendedor, a indenização seria a diferença no excesso de valor da coisa acima do preço da compra);

¹ Mestre pela PUC/SP. Doutor pela Universidade de São Paulo/USP. Coordenador e Professor dos cursos de Direito Civil e Processo Civil da ATAME/Faculdade Cândido Mendes/RJ, nas cidades de Brasília, Goiânia e Palmas. Professor do curso LLM de Contratos no Insper. Orientador dos cursos de Contratos e Empresarial da GVLaw/SP.

² Rudolf von Jhering (*Culpa in contrahendo* ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição, Coimbra: Almedina, 2008). O título original do artigo é *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht sur Perfection gelangten Verträgen*, e foi publicado na *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol IV (1861), p 1/112.

2) poderia, por outro lado, ter interesse na não conclusão do contrato e aqui receberia o que teria tido se a realidade exterior da conclusão do contrato não se tivesse de todo verificado (no resarcimento, por exemplo, dos custos do transporte da coisa). Foi dada a estas duas alternativas a nomenclatura, respectivamente, de “interesse positivo e negativo”.³

Assim, as ideias de interesse positivo e negativo estavam ligadas, como se observa do nome dado ao artigo criado por Jhering, às consequências indenizatórias pela falta ou pelo vício na manifestação da vontade, situações estas que o autor entendia poderem ser incluídas no que hoje tão bem se conhece como *culpa in contrahendo*.

Posteriormente, e no direito europeu, o tema passou a ser discutido quando da abordagem da indenização pela violação do dever de confiança⁴ e também nas hipóteses de extinção dos contratos, principalmente por inadimplemento imputável ao devedor.⁵

Feita essa breve introdução, vejamos o que se entende por interesse contratual positivo e negativo⁶ e qual sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, lembrando que o objetivo deste breve trabalho é a análise do tema dentro do campo do inadimplemento contratual imputável ao devedor, todavia, isto não significa a total ausência de comentários sobre esses institutos jurídicos quando da extinção dos contratos por fatos concomitantes a ele, posto que necessárias ao desenvolvimento do raciocínio aqui exposto e à conclusão que ao final chegaremos.

Quando há a violação de um dever negocial e ele gera a outrem um dano, surge a questão do resarcimento, todavia, nem todo dano é indenizável. Como já se pode notar pela introdução acima feita, a distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo está, exatamente, na abrangência ou amplitude da indenização a que um dos contratantes teria direito.

³ Jhering (*Culpa in contrahendo*, op. cit., p. 12/13).

⁴ Segundo Paulo Mota Pinto, essa associação entre interesse negativo e proteção da confiança foi desenvolvida por Windscheid (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra, 2008. v. I, p. 183.).

⁵ A partir da década de 1940, como preleciona Paulo Mota Pinto, essas teorias passaram a ser discutidas em Portugal nas hipóteses de resolução contratual, isto com base nos arts. 676º e 709º, ambos do Código de Seabra (Interesse, op. cit., p. 238).

⁶ Temos dúvida se os termos “interesse contratual negativo” e “interesse contratual positivo” (ou “interesse negativo” e “interesse positivo”) são as melhores expressões para a questão em estudo, todavia, como são as mais utilizadas pela doutrina pátria e estrangeira, bem como pela jurisprudência nacional, serão aqui usadas. Sobre as críticas a estas nomenclaturas e as outras normalmente utilizadas vd. Paulo Mota Pinto (Interesse, op. cit., p. 849/866).

Poderíamos então afirmar que as teorias do interesse contratual positivo (interesse no cumprimento) e negativos (interesse na confiança), que nada têm a ver, é importante frisar, com a classificação de uma obrigação em dar, fazer e não fazer, nem com o tipo de dano (emer gente ou lucro cessante), seriam critérios para se apurar o tamanho da responsabilidade civil e o tipo de indenização.

Em linhas gerais diz-se interesse contratual negativo quando se visa colocar o credor frustrado na mesma situação em que estaria se o contrato não tivesse sido realizado. Assim, por exemplo, deve-se resarcir o credor dos gastos realizados para a elaboração do negócio, como as despesas com advogados, despachantes, o eventual pagamento de tributos, despesas com o transporte da mercadoria etc. e até o que eventualmente ele deixou de ganhar em não ter efetuado, à época, outro negócio.

Por outro lado, fala-se em interesse contratual positivo quando se pretende colocar o credor na situação em que estaria se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido. Nesse caso, não haveria o resarcimento das despesas feitas inicialmente pelo credor para a concretização do negócio, mas buscar-se-ia o prejuízo sofrido por ele em decorrência da frustração pelo não adimplemento contratual.

Tendo em vista que não se pode colocar o credor/lesado em melhor situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, inviável se imaginar a possibilidade de cumulação destes dois interesses. Portanto, ou se coloca o credor na situação em que estaria se o contrato não tivesse sido realizado (volta-se no tempo), ou se coloca o credor na posição que estaria se o negócio tivesse sido fielmente cumprido (imagina-se o futuro).⁷

Outro problema, e esse é o ponto central deste trabalho, é saber se, para aqueles que admitem uma indenização pelo interesse contratual positivo, se seria possível sua cumulação com o pedido de resolução contratual ou se ele poderia apenas ser pleiteado conjuntamente com o pedido de cumprimento da prestação.

Para se buscar qual dessas teorias deve ser utilizada no direito brasileiro e qual a solução ao problema acima indicado, temos que,

⁷ No mesmo sentido e no direito português vd. Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1003/1009). No direito italiano, entre outros, Pietro Trimarchi (*Il Contratto: inadempimento e rimedi*, Milano: Giuffrè, 2010, p. 98).

antes de tudo, verificar qual é o tipo de proteção visada pelo nosso ordenamento jurídico, isto através de uma interpretação, principalmente, sistemática e teleológica das normas existentes entre nós e que tratam do tema.

Sobre a verificação do tipo de proteção existente em cada ordenamento jurídico, importante trazer as palavras de Mota Pinto. Afirma o autor português que:

Com efeito, é de acordo com a interpretação da norma de responsabilidade – e em particular de acordo com o fim de proteção – que se determina qual é o evento lesivo relevante e, de acordo com a ‘causalidade de violação do dever’, que se chegará a medidas de responsabilidade correspondentes ao interesse contratual negativo ou ao interesse contratual positivo.⁸

Antes, todavia, de analisarmos a questão dentro do direito brasileiro, vejamos como o problema é visto em outros ordenamentos jurídicos.

Mota Pinto, em sua extensa monografia sobre o tema, trás toda a evolução da questão no direito português, desde o Código de Seabra (art. 709º) até os dias atuais, mostrando a divergência existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência daquele país. Segundo o autor, a posição majoritária defende que, em caso de inadimplemento, se o credor demandar o devedor e exigir o cumprimento da obrigação, poderá cumular seu pedido com o de indenização, sendo que esta estará ligada ao interesse contratual positivo. Por outro lado, caso o credor pleiteie a resolução do contrato, o pedido de indenização será apenas o do interesse negativo.⁹

⁸ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit.).

⁹ Como defensores dessa corrente teríamos, entre outros, Menezes Leitão (*Direito das obrigações*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2003, v. II, p. 255), Almeida Costa (*Direito das obrigações*, 7. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 937/939) e Antunes Varela (*Das obrigações*, op. cit., p. 108/109). Menezes Cordeiro também cita Pereira Coelho e Brandão Proença, porém este último com tendênciam ao alargamento da indenização. Esse autor põe em dúvida a afirmação de que tal orientação seria majoritária na doutrina (Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português II - direito das obrigações*, Coimbra: Almedina, 2010, t. IV, p. 159/160 e 162).

Esse autor, entretanto, através de uma interpretação sistemática dos arts. 562º, 564º.1, 798º, 801º.2, 802º.1 e 1.223º, todos do CC português, se posiciona em sentido diverso ao da maioria. Ao lado de Vaz Serra, Baptista Machado, Pedro Romano Martinez, Ribeiro de Faria, Ana Prata e Menezes Cordeiro, entre outros, admite a possibilidade do pedido de resolução contratual com indenização pelo interesse positivo.¹⁰

De qualquer forma, não podemos nos esquecer das peculiaridades do ordenamento jurídico português e sua distinção, no que toca ao ponto aqui tratado, com o nosso. Assim, por exemplo, prevê o artigo 562º do Código Civil luso que “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existia, se não se tivesse verificado o evento que obriga a reparação”. Claramente percebe-se a distinção deste dispositivo com o nosso art. 475 do CC.

Também não se pode esquecer que o legislador português equiparou os efeitos da resolução aos da nulidade (absoluta ou relativa), conforme consta do art. 433º do seu CC, novamente, bem diferente do que fez o legislador brasileiro, já que a redação do nosso art. 182 é diversa da redação do art. 475, ambos do Código Civil.

No direito espanhol e com base no art. 1.124 n. 2 do seu CC¹¹, Díez-Picazo e Antonio Gullón parecem admitir a cumulação do pedido de resolução do contrato com o pedido de indenização por interesse positivo, pelo menos é isto que podemos interpretar quando afirmam que:

La falta de cumplimiento y el cumplimiento defectuoso dañan el interés del acreedor, que no sólo no se beneficia con el incremento que en su patrimonio se debería producir representando por el valor de la prestación que falta o en lo que falte, si es defectuosa (daño emergente), sino que, además ha podido experimentar un perjuicio adicio-

¹⁰ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1604/1622 e 1642/1655) e Menezes Cordeiro (*Tratado*, op. cit., p. 161). Sustenta o primeiro autor que o art. 798º obedece ao disposto no art. 562º, porém diz que este artigo, conjuntamente com o art. 798º, gera o interesse contratual positivo (*Interesse*, op. cit., p. 1473/1474 e 1531). Menezes Cordeiro cita ainda julgados dos tribunais no mesmo sentido (*Tratado*, op. cit., p. 162).

¹¹ Prevé o art. 1124 do CC espanhol que: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las reciprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultar imposible (...”).

nal, consistente en la pérdida de la ganancia que hubiera obtenido si el deudor hubiera ejecutado la prestación debida (lucro cesante).¹²⁻¹³

No direito argentino, a doutrina analisando o problema, principalmente, à luz dos arts. 505.3, 515 e 1.204, todos do Código Civil recentemente revogado,¹⁴ também se mostrava divergente sobre a questão. Atílio Alterini, Oscar Ameal e Roberto Cabana pareciam admitir a ideia de que, em caso de incumprimento contratual, os danos que o credor poderia pedir estariam ligados ao interesse contratual positivo, isto independente da ação proposta pelo credor, já que falam de forma ampla que os prejuízos abrangem o dano emergente e os lucros cessantes.¹⁵ Por outro lado, Iturraspe e Peidecasas defendem, citando julgado da CNCiv, que em caso de pedido de resolução, o resarcimento está ligado ao interesse contratual negativo.¹⁶

¹² Luis Díes-Picazo e Antonio Gullón (*Instituciones de derecho civil*, Madrid: Tecnos, 2. ed., 1998, v. I/2, p. 175). Jaime Santos Briz ao traduzir a obra de Larenz, cita julgado do Tribunal Superior Espanhol do começo do século passado (1911) em sentido oposto (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I, p. 332).

¹³ No mesmo sentido é citada a opinião de Suzana Quícios Molina (apud Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Comentários ao novo Código Civil - Da extinção do contrato*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. VI, t. II, p. 705).

¹⁴ Preveem os respectivos artigos que: “Art. 505. Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: 3º Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes”. Art. 515. Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquéllas que dan derecho a exigir su cumplimiento (...). “Art. 1.204. En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes. No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios. Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver. La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución”.

¹⁵ AMEAL, Atílio Alterini Oscar; CABANA, Roberto. *Derecho de obligaciones civiles e comerciales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 228-229.

¹⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel A. *Responsabilidad contractual*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2007, p. 351. Consta da decisão em nota 87 que “es principio rector en material de efectos de la resolución contractual por el pacto comisório que la parte que opta por la resolución

Pizarro e Vallespinos, de forma aparentemente contraditória, apesar de defenderem a aplicação do interesse contratual negativo à hipótese de inadimplemento, afirmam que:

1. El daño al interés negativo pude comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante y la pérdida de chances. 2. El art. 519 no hace distinción alguna entre cumplimiento y resolución contractual a los efectos resarcitorios. Tampoco el art. 1204. 3. Rige también en esta materia en toda su plenitud el principio de la reparación integral. 4. Es injusto compelir al acreedor a demandar cumplimiento a fin de obtener una reparación más amplia.¹⁷

No direito italiano a discussão gira em torno do art. 1.453 do *Código Civil*, artigo este que tem redação muito semelhante à nossa.

Para Massimo Bianca é plenamente possível o pedido de resolução cumulado com o de indenização, sendo que:

Este dano é representado da lesão ao interesse positivo, ou seja, da lesão ao interesse à execução do contrato. Esse não se confunde com a lesão ao interesse negativo, ou seja, com o interesse da parte resolvente a não estipular um contrato destinado a se tornar ineficaz.

Completa o autor peninsular afirmando que “o resarcimento do interesse positivo comprehende o dano emergente e o lucro cessante.”¹⁸

Não é outro o posicionamento de Sacco e De Nova que, citando diversos julgados dos tribunais italianos, afirmam que:

tiene además derecho a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la inejecución del contrato, de modo de quedar colocada en las mismas condiciones que si no lo hubiese celebrado, para lo cual debe ser resarcida de acuerdo con los principios generales (art. 505, inci 3º, 511 e concs., do Código Civ)”. (CNCiv, sala C, 7/4/87 L. L. 1989-D-615, jurisp. Grup., caso 6614). Vd. ainda decisão mencionada à nota 99 (p. 366) da mesma obra.

¹⁷ PIZARRO, Ramón; VALLESPINOS, Carlos. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. t. 2, p. 666.

¹⁸ MASSIMO, Bianca. *Diritto civile - la responsabilità*, 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 5, p. 321/325.

La dichiarazione, o la domanda giudiziale, di risoluzione implica la rinuncia allo scambio delle pretesse, ma non la rinuncia al lucro che il contratto autorizzava a sperare. Questa è la regula che il nostro diritto ha creditato da quello francese. Si trovano sulla stessa linea il diritto inglese e quello americano. Questa soluzione può dirsi vincente (si vedano infatti i Principii di Unidroit, artt. 7.3.5, 7.4.1 e 7.4.2). Appare invece in declino l'opposta regula del diritto civile germanico e svizzero, in cui l'attore in risoluzione ha diritto ai danni nel limite del solo interesse negativo, como se il contratto fosse nulo.¹⁹

No direito alemão e segundo nos apontam Mota Pinto e Menezes Cordeiro, talvez por um receio às excessivas vantagens que o credor pudesse ter, talvez pelo efeito *ex tunc* gerado pela resolução e ainda com base na redação original do § 325 do BGB, entendia-se, em um primeiro momento e de forma majoritária na doutrina²⁰ e nos tribunais, que era inviável a cumulação do pedido de resolução do contrato com o pedido de indenização.

Posteriormente, por força das palavras de Heinrich Stoll, passou-se a uma fase intermediária, admitindo-se a cumulação do pedido de resolução contratual com a indenização pelo interesse negativo (interesse na confiança), porém limitado aos danos emergentes.²¹

Com a reforma do direito das obrigações de 2002 e a nova redação do § 325 do BGB, que prevê que “o direito de exigir resarcimento do dano em um contrato bilateral não fica excluído com a resolução”, grande parte da doutrina e dos tribunais passou a admitir a cumulação entre resolução e interesse contratual positivo.²²

¹⁹ Sacco e De Nova. *Trattato di diritto civile - il contratto*. 3. ed. Torino: UTET, 2004. t. II, p. 673. Numa tradução livre: “A declaração ou a demanda judicial de resolução implica a renúncia à troca das prestações, mas não a renúncia ao lucro que o contrato autorizava esperar. Esta é a regra que o nosso direito trouxe do direito francês. Se encontra na mesma linha o direito inglês e o americano. Esta solução pode-se dizer vencedora (se encontra, inclusive nos Princípios de *Unidroit*, arts. 7.3.5, 7.4.1 e 7.4.2). Parece estar em declínio a ideia existente no direito alemão e suíço, nos quais os autores de uma demanda resolutória têm direito aos danos, nos limites do interesse negativo, como se o contrato fosse nulo”.

²⁰ Nesse sentido, por exemplo, vd. Larenz (*Derecho de Obligaciones*, tradução de Jaime Santos Briz, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 329-337).

²¹ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1624, notas).

²² Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1627-1628 e notas). Menezes Cordeiro (*Tratado*, op. cit., p. 162-163).

Ainda, segundo Mota Pinto, na França (com base no art. 1.184 do *Code*), na Áustria, na Suíça, na Holanda, através do art. 6:277, n. 1 do Código Civil Holandês e no Japão, também se admite a cumulação da resolução com a indenização pelo interesse positivo.²³

No direito americano, por sua vez, o interesse negativo e positivo não foram inicialmente atrelados à responsabilidade pré-contratual, mas, sim, ao tema do descumprimento do contrato.

É atribuído a L. L. Fuller e William R. Perdue Jr. o início do debate da questão.²⁴ No artigo intitulado “The Reliance Interest in Contract Damages”, o professor de direito da Duke University e o então aluno do terceiro ano da mesma universidade sustentaram que seria possível dividir em três os tipos de interesses decorrentes do descumprimento do contrato.

No primeiro, se um contratante, confiando na promessa do outro, entregasse algo (por exemplo, no contrato de compra e venda, o pagamento do preço) e se houvesse o descumprimento do contrato por parte do vendedor, deveria ele restituir o valor recebido. Visa-se, assim, evitar o enriquecimento indevido de um contratante com prejuízo ao outro. A essa situação os autores deram o nome de *restitution interest*.

Na segunda hipótese, o contratante, confiando no outro, realiza gastos ou deixa de firmar outro contrato em substituição (Ex.: gastos na investigação do título do vendedor, ou o fato de não ter comprado outro bem de terceiros). Aqui, independente de vantagem obtida pelo vendedor inadimplente, deverá ele ressarcir ao credor frustrado os prejuízos causados (pode ser o dano emergente ou até o lucro cessante), ou seja, o objetivo é colocar o credor na mesma posição que ele se encontrava antes de o contrato ser feito (dava-se a esta situação uma amplitude maior que a primeira). Essa hipótese recebeu o nome de *reliance interest*.

Por último, teríamos a situação em que, com o descumprimento do contrato, o credor deixaria de obter o lucro esperado. Nesse caso, o devedor inadimplente teria que ressarcir o credor por todo esse prejuízo, colocando-o em posição tão boa quanto teria ocupado caso o réu

²³ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1632-1634; 1636 e 1637).

²⁴ FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R. The reliance interest in contract damages. *The Yale Law Journal*, v. 46, p. 373-420, Jan. 1937. Esse artigo pode ser encontrado no sítio www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html.

tivesse cumprido sua promessa. Nesta última, e se comparada com a segunda, saímos da justiça restaurativa para a justiça distributiva. Esse interesse protegido recebeu o nome de expectation interest.²⁵

Essa ideia acabou por ser incorporada no *Restatement (Second) of Contracts* que em seu § 344 prevê:

PURPOSES OF REMEDIES - Judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promise:

- (a) his “expectation interest,” which is his interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed,
- (b) his “reliance interest,” which is his interest in being reimbursed for loss caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been in had the contract not been made, or
- (c) his “restitution interest,” which is his interest in having restored to him any benefit that he has conferred on the other party.²⁶

Com este voo panorâmico sobre alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros vê-se assim, como bem apontou Mota Pinto ao analisar a questão, que se “permite claramente a conclusão de que a posição que veda ao credor que resolve o contrato exigir simultaneamente uma indenização por não cumprimento se encontra em claro recuo, estando hoje quase isolada”.²⁷

Façamos agora uma análise do nosso direito para verificar quais dessas teorias foram acolhidas e de que formas.

²⁵ FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R. *The reliance*, op. cit.

²⁶ Essa tripartição não é aceita de forma incontestável nos EUA. Assim, por exemplo, sustenta Eyal Zamir haver uma quarta espécie, à qual o autor dá o nome de “restoration interest” (The missing interest: restoration of the contractual equivalence. *Virginia Law Review*, v. 93, p. 59, 2007. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=893792>>.).

²⁷ Mota Pinto (*Interesse*, ob. cit., p. 1638).

A possibilidade de se exigir indenização por violação da confiança na fase pré-contratual (fase das tratativas ou das pontuações) é hoje plenamente aceita em decorrência do princípio da boa-fé objetiva e da teoria do abuso de direito, sendo que a ideia do interesse contratual negativo parece se adequar a estes casos.²⁸

Novamente, como bem diz Paulo Mota Pinto em análise ao estudo de Carneiro da Frada:

Admitir a indenização de expectativas de adimplemento ‘sem o suporte da autodeterminação gerador’ seria incompatível com o sistema das fontes das obrigações, pois sem vínculo obrigacional ‘não existe direito ao cumprimento, e, sem este, não há indenização das expectativas que o tenham por objeto’. A indenização a conferir dirige-se, assim, apenas a compensar o investimento de confiança, não o ultrapassando, embora abrangesse, quer os danos emergentes, que os lucros cessantes - incluiria, noutra perspectiva, apenas o dano da confiança, visando tão-só a defesa de um *status quo*, e não a realização de um *status ad quem*.²⁹

Tratando-se agora de hipóteses envolvendo nulidade e anulabilidade do negócio jurídico, a resposta à questão dos limites indenizatórios

²⁸ Em nossos tribunais veja-se, por exemplo: TJSP - ApCiv. 0200890-97.2010, rel. Des. Hamid Bdine, j. 21/10/2013 “Comercialização de energia elétrica. Rompimento das tratativas em negociações preliminares. Violão da boa-fé objetiva. Inadmissibilidade, porém, de indenização pelos interesses positivos, equivalentes à vantagem que o contrato proporcionaria ao autor. Interesses negativos não especificados. Recurso improvido”; ainda Ap.Civ. 0166582-35.2010, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 10/10/2013 com a seguinte ementa: “Responsabilidade Pré-Contratual. Culpa in contrahendo. Princípio da boa-fé objetiva, geradora de deveres de conduta, de modo a não defraudar a confiança despertada na parte contrária. Comportamento concludente da ré, que estimulou a autora a realizar inúmeros gastos e investimentos para abertura de loja em shopping center em regime de franquia. Contrato de franquia, de natureza solene, não celebrado, retirando-se a franqueadora da mesa de negociações sem qualquer explicação sensata ou razoável. Dever de indenizar os danos decorrente de violação ao princípio da boa-fé objetiva - Natureza aquiliana (ou terceiro gênero) da responsabilidade pré-contratual que não permite ao ofendido pedir aquilo que ganharia caso o contrato que tivesse sido celebrado. Dever de indenizar tão somente os interesses negativos, recolocando o autor na situação em que antes se encontrava. Interesses positivos que não devem ser indenizados, pena de colocar o autor em posição igual ou mais vantajosa do que aquela que existiria se o contrato tivesse realmente sido celebrado [...]. Recursos da autora e da ré parcialmente providos”.

²⁹ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 32). Menezes Cordeiro discorda desta opinião, admitindo, inclusive aqui, a responsabilidade pelo interesse positivo (*Tratado*, op. cit., p. 157 e 158).

está, a nosso ver, no disposto no art. 182 do CC/2002. Lembremos que esse artigo se aplica tanto à nulidade quanto à anulabilidade dos negócios jurídicos, isto porque não há diferença, neste ponto, entre os efeitos de um contrato nulo e de um contrato anulável.³⁰⁻³¹

Prevê essa norma que “anulado o negócio jurídico restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas pelo equivalente”.

Assim, com a nulidade ou com a anulabilidade, as partes retornam ao estado que se encontravam antes, como se o negócio não tivesse sido firmado, o que significa que elas não podem obter vantagem e nem ter prejuízo nesta volta à situação anterior.

Em análise ao dispositivo citado e tendo em vista que ele determina que se coloquem as partes na situação que estavam antes do negócio, não se pode admitir, portanto, um pedido de indenização feito por um dos contratantes pelo que este deixou de lucrar em decorrência do negócio inválido (nulidade absoluta ou relativa). Nesses termos, não teríamos dúvida sobre a consagração no nosso direito do chamado interesse contratual negativo nesses casos, ou seja, quando for possível uma indenização essa estará limitada aos valores necessários para que o contratante retorne, exatamente, à situação que se encontrava antes do negócio ser firmado.³²

Dentro do dano emergente, como bem preleciona Mota Pinto, deve-se incluir aquilo que o credor eventualmente tenha que pagar para o terceiro com quem fez outro contrato e as despesas que teve em decorrência do processo movido por este terceiro contra ele. Nas palavras do autor português trata-se do chamado “interesse por causa de responsabilidade” ou “dano por causa da responsabilidade” do lesado, resultante de ter de responder perante terceiros.³³

³⁰ Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior “Já se afirmou que, uma vez reconhecida a anulabilidade de um negócio por sentença, não há diferença entre seus efeitos e os da nulidade. As diferenças registradas entre as duas invalidades são anteriores à decretação judicial e dizem respeito à forma de arguição, às pessoas legitimadas a promovê-las, e ao modo de pronunciá-las (arts. 168 e 177).” (*Comentário ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3, t. 1, livro III, p. 607).

³¹ No direito português a questão é tratada no art. 289º que prevê, em sua primeira parte: “1. Tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”.

³² Nesse sentido também Antonio Junqueira de Azevedo (*A boa fé na formação dos contratos. Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, set./dez. 1992, p. 82) e Carvalho Santos (*Código civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. III).

³³ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1072/1073).

Ainda é fundamental dizer que o fato de estarmos diante de um interesse contratual negativo não impede um eventual pedido de lucros cessantes por parte do contratante prejudicado quando ele comprovar que tinha a alternativa, à época, de ter firmado outro contrato e que este lhe traria um determinado benefício.³⁴ Nesses termos, se o comprador tivesse duas ofertas e concretizou o negócio com o autor da segunda, sendo que, posteriormente, tal negócio veio a ser anulado, pode ele, comprovando que o outro negócio lhe traria um benefício econômico, pleitear a indenização deste prejuízo.

Por outro lado, quando se fala em responsabilidade por inadimplemento contratual absoluto ou relativo aplicam-se outros dispositivos legais, entre os quais podemos citar os arts. 395, 443 e 475, todos do CC.

O primeiro (395) refere-se à obrigação do devedor em mora de ressarcir os prejuízos causados ao credor; o segundo artigo (443) impõe obrigação ao alienante de indenizar o adquirente quando transfere coisa com vício redibitório. O último dispositivo (475) cuida, de forma geral, da responsabilidade civil do devedor em caso de resolução do contrato por inadimplemento. Prevê esta última norma que: “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Deixam claros os dispositivos acima citados que, tanto no inadimplemento como no cumprimento imperfeito do contrato, prevalece a ideia de que o credor frustrado na relação negocial tem sempre dois caminhos: pode pedir o cumprimento da obrigação (se ainda for possível e de seu interesse, obviamente) ou pode pleitear a rescisão do contrato (redibição ou resolução). Em ambas as alternativas, e com a ressalva que será feita abaixo, lhe é sempre facultado o pedido cumulativo de indenização por perdas e danos.

Esse pedido de indenização, por sua vez, tem como base o disposto nos arts. 389, 395, parágrafo único e 402, todos do CC que preveem, respectivamente:

³⁴ Nesse mesmo sentido, no direito português, Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1068/1070); Me-nezes Leitão (*Direito das obrigações*, op. cit., p. 256); Mário Júlio de Almeida Costa (*Direito das obrigações*, 7. ed, Coimbra: Almedina, 1998, p. 939) e Antunes Varela (*Das obrigações em geral*, 6. ed., Coimbra: Almedina, 1995, v. II, p. 109). No direito argentino e à luz do Código Civil revogado, este também era o entendimento de Ramón Pizarro e Carlos Vallespinos (*Instituciones de derecho privado: obligaciones*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, t. 2, p. 665). No direito italiano assim se manifesta Maria Cristina Diener (*Il contratto in generale*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 146).

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 395, parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Art. 402. 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.

É com base nesses dispositivos que devemos analisar as consequências para o devedor diante de seu inadimplemento (absoluto ou relativo), ou melhor, quais são os prejuízos indenizáveis que o credor frustrado pode pleitear.

No caso da mora, não há dúvida de que o credor tem direito de exigir, após o cumprimento da obrigação que ainda lhe é útil (que fora cumprida fora do tempo ou em lugar/forma diversos daqueles pactuados) a indenização por todos os prejuízos que lhe foram causados, colocando-o na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido no tempo, modo e lugar pactuado (interesse contratual positivo).

Pensem no contrato de compra e venda de um apartamento em que o vendedor atrasa a entrega do imóvel por seis meses. Poderá o comprador exigir o reembolso dos valores que pagou a título de aluguel em outro imóvel durante esse período ou poderá pedir indenização pelo que deixou de lucrar com o imóvel comprado (por exemplo, rendimento com aluguerares).³⁵

Caso a mora torne a prestação inútil ao credor, poderá, nos termos do parágrafo único do art. 395 do CC, desfazer o negócio (revolver o contrato) e pleitear todos os prejuízos sofridos em decorrência do descumprimento. Veremos em seguida, com mais detalhe, essa situação ao abordar o art. 475 do CC.

Na hipótese de vício redibitório também se observa a possibilidade de indenização tanto no caso de redibição do contrato (desfazimen-

³⁵ Nesse sentido, entre outros, REsp 1454139/RJ, Ministra Nancy Andrighi, j. 03/06/2014.

to do negócio) quanto no caso de sua manutenção, porém com pedido de abatimento do preço (ação estimatória ou “*quanti minoris*”), ou de conserto, ou de substituição da coisa viciada, ou de complementação (em caso de vício de quantidade), ou ainda de reexecução do serviço (em caso de vício de qualidade do serviço), todavia aqui o legislador faz uma distinção no tipo de interesse protegido, levando em consideração se estamos diante de uma relação civil ou de uma relação de consumo (arts. 441 do Código Civil e 18, II, 19, IV e 20, II, todos do Código de Defesa do Consumidor).³⁶

Expliquemos melhor. Se estivermos diante de uma relação civil, diz o art. 443 do CC que o alienante só terá que indenizar pelos prejuízos causados ao adquirente se ele sabia do vício (dolo), posto que, se não tinha conhecimento dele, somente terá a obrigação de restituir o valor recebido, mais as despesas do contrato. Claramente se percebe a escolha do legislador pela teoria do interesse contratual positivo na hipótese de ter o alienante agido com dolo (ou culpa grave segundo parte da doutrina) e a adoção da teoria do interesse contratual negativo se ele agiu com mera culpa.

Por outro lado, se estivermos diante de uma relação de consumo, o vício autoriza, independente do conhecimento ou não do problema pelo fornecedor, a obrigação de indenizar o consumidor por todos os prejuízos sofridos. Assim, consta do art. 23 do CDC que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos ou serviços não o exime de responsabilidade”. Nesse caso, a opção legal foi pela teoria do interesse contratual positivo.

A título de exemplo pensemos na compra e venda, entre particulares, de um carro. Imaginemos que o comprador, no primeiro final de semana após o recebimento do automóvel resolve viajar para outra cidade e, no meio do caminho, o carro apresenta problemas no motor e para de funcionar. Diante disso, o comprador sofre vários prejuízos, como a perda do valor do hotel na cidade para onde se dirigia, despesas com o guincho, etc.

Como estamos diante de uma relação civil, o comprador só terá direito à indenização pelos prejuízos acima mencionados se provar que

³⁶ Para Jhering, na ação redibitória teríamos o interesse contratual negativo e na ação estimatória o interesse contratual positivo (*Culpa*, op. cit., p. 13), distinção esta com a qual, dentro de nosso ordenamento jurídico, não podemos concordar.

o vendedor tinha conhecimento do problema (ou devia ter) e não lhe informou. Caso contrário, o comprador, caso pleiteie o desfazimento do contrato, terá direito apenas às despesas feitas para a realização do negócio (compra e venda).

Se utilizarmos o mesmo exemplo, mas em vez da compra e venda ser entre particulares, ser entre um lojista (fornecedor) e um consumidor, terá este último direito à indenização por todos os prejuízos sofridos, mesmo que cumule este pedido com uma das alternativas acima mencionadas (desfazimento do contrato, abatimento do preço, conserto ou substituição do produto) e mesmo que o fornecedor não tivesse conhecimento do problema.

Vejamos agora a última hipótese, qual seja, o descumprimento contratual.

Neste tópico, parte da doutrina brasileira (e como vimos também parte da doutrina e da jurisprudência de outros países) vê a questão sob o seguinte prisma: Dizem que: a) se o credor optar por pleitear o cumprimento da obrigação terá direito também ao ressarcimento de todos os prejuízos sofridos (danos emergentes e lucros cessantes), ou seja, será colocado na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido voluntariamente e no modo/tempo/lugar devido (chamado interesse contratual positivo ou interesse de cumprimento); b) por outro lado, se o credor optar pela resolução do contrato, só poderá pedir de forma cumulada a indenização relacionada aos danos que sofreu pela alteração da sua posição contratual, ou melhor dizendo, será ressarcido na importância necessária para colocá-lo na mesma situação que estaria se o contrato não tivesse sido firmado (interesse contratual negativo).³⁷

³⁷ Essa posição é adotada por alguns de nossos julgadores. Assim, no TJSP, a 20ª Câm. de Direito Privado confirmou sentença que previa que “[...] Contudo, não cabe indenização no equivalente à diferença entre o orçamento do réu e o orçamento de um serviço de terceiro, pois isso não corresponde às perdas e danos passíveis de indenização em caso de rescisão do contrato, isto é, àquilo que a autora deixaria de perder, caso não houvesse celebrado o contrato com o réu (Interesse contratual negativo)” (cf. fls. 398-399)” (Ap. Civ., n. 9120164-31.2006, rel. Álvaro Torres Júnior, j. 13/6/2011). Ainda, o Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, pela sua 7ª Câmara Cível, decidiu que: “Promessa de Compra e Venda. O incumprimento contratual por parte da promitente vendedora, que injustificadamente deixou de entregar a obra no prazo ajustado, autoriza a resolução do contrato e a consequente devolução das importâncias pagas pelos promitentes compradores que sequer foram imbitidos na posse dos imóveis, devidamente corrigidas pelo CUB e acrescidas de juros de mora, não se justificando a adequação da cláusula penal aos limites do art. 924 do CCB, já que a resolução se deu por culpa da promitente vendedora. Indenização. Excluem-se os lucros

Entre os autores que acolhem essa distinção temos Judith Martins Costa, que, em parecer por ela elaborado, afirmou que:

A resolução tem como efeito fazer com que as partes retornem, na medida do possível, ao seu estado anterior, resultando, portanto, em obrigação de restituir. Em face da regra posta no art. 475 do Código Civil, o credor lesado pelo inadimplemento tem, à sua escolha, a seguinte opção: (a) ou exige o cumprimento específico da prestação e, não sendo mais este possível, pede uma indenização por perdas e danos pelo interesse positivo (ou “interesse do cumprimento”), mantendo-se, pois, vinculado à sua prestação e não recebendo de volta o preço eventualmente já pago pela coisa; ou, inversamente, (b) pleiteia a resolução do contrato, liberando-se de cumprir, recebendo de volta o já pago e recebendo perdas e danos pelo interesse negativo.³⁸⁻³⁹

Na mesma linha é a lição de Araken de Assis. Diz o autor, ao analisar um julgado envolvendo a resolução de um contrato de compra e venda de um bem, que:

Se o compromissário descumpre a obrigação de pagar o preço e o compromitente demanda o cumpri-

cessantes, pois os alugueres não integram o interesse “negativo” dos compromissários, não tendo, portanto, o domínio, não pode ela tirar proveito da coisa (art. 524 do CC [...]”). (Apelação Cível nº 196251193, Relator, Perciano de Castilhos Bertoluci, Julgado em 29/08/1997); também o mesmo tribunal, pela sua 8ª Câmara Cível entendeu que: “Promessa de Compra e Venda. Resolução promovida pelos compromissários. Prescrição. Interesse negativo. Perdas e Danos. Desconsideração da personalidade jurídica. O retorno ao estado prestimo, incluindo a restituição das parcelas, deriva da essência do mecanismo resolutório. Exegese do art. 1092, par. único do Código Civil”. (Apelação Cível nº 195140363, Relator: Geraldo César Fregapani, Julgado em 07/05/1996).

³⁸ COSTA, Judith Martins. Responsabilidade Civil Contratual. Lucros Cessantes. Resolução. Interesse Positivo e Interesse negativo. Distinção entre Lucros Cessantes e Lucros Hipotéticos. Dever de Mitigar o Próprio Dano. Dano Moral e Pessoa Jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo - reflexões sobre os 10 anos do código civil*. São Paulo: Athas, 2012. p. 563).

³⁹ Judith Martins Costa cita em apoio ao seu entendimento a opinião de Antonio Junqueira de Azevedo no artigo por este escrito “A boa-fé na formação dos contratos”, todavia, com todo respeito, temos que o que ali afirmado pelo memorável professor da Universidade de São Paulo não se aplica à hipótese de inadimplemento contratual, mas, sim, às situações envolvendo quebra de confiança na fase das negociações ou de anulabilidade dos contratos por vício do consentimento.

mento da prestação, terá ele direito ao preço e o acréscimo a ele correspondente (lucro). Isto parece líquido e certo e caracteriza, indubitavelmente, a indenização do interesse ‘positivo’.

Mas, na demanda de resolução, que implica retorno ao estado anterior, indenizar o interesse ‘positivo’ implica conceder ao compromitente aquela vantagem – preço –, devidamente corrigida, mais o respectivo lucro, ou seja, a valorização do imóvel. Ora, isto não se justifica, consoante o programa contratual: ao compromitente, que reterá o objeto da promessa no seu patrimônio, não se afigura razoável incorporar, ainda, a valorização da coisa, já integrada naquele, descontado o preço. Do ponto de vista do compromissário, os efeitos se afiguram dramáticos: ficará sem o bem e desfalcado de parte do respectivo preço. Claro está que, havendo o compromitente prestado, ou seja, passado a posse ao compromissário, fará jus à indenização pela privação do uso da coisa. Nesta hipótese, porém, indenizar-se-á interesse ‘negativo’, ou seja, o dano sofrido pela falta de conclusão do negócio.⁴⁰

Não vemos no art. 475 do CC, como o fazem esses autores, uma diferença no tipo de interesse tutelado (dano indenizável), seja quando se postula a resolução do contrato, seja quando se pleiteia o cumprimento da obrigação. *Data maxima venia*, não se observa, como pretende a professora Judith Martins Costa,⁴¹ o alegado “cárater substitutivo” do interesse contratual positivo; se o objetivo da norma fosse restringir o dano a ser indenizado teria, como fez nos arts. 182 ou 443 (no caso de culpa), ambos do CC, deixado isso claro. A interpretação restritiva feita não encontra, a nosso ver e com todo respeito, respaldo nas regras de hermenêutica e se afastam, como vimos e ainda veremos, da orientação que tem prevalecido nos principais ordenamentos jurídicos.

⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 147.

⁴¹ Judith Martins Costa (Responsabilidade, op. cit., p. 565).

Observa-se na corrente doutrinária acima citada que dois são, basicamente, os argumentos trazidos, sendo que o segundo é uma consequência lógica do primeiro. O primeiro argumento seria o de que a resolução do contrato tem efeito *ex tunc*, o que significa que as partes devem retornar ao estado em que se encontravam; o segundo teria como base uma suposta injustiça na situação e o enriquecimento indevido de um dos contratantes, já que, resolvido o contrato e retornando as partes ao estado anterior ao negócio, o credor que não cumpriu sua obrigação, manteria em seu patrimônio o bem objeto da prestação e ainda seria indenizado de todos os prejuízos sofridos.

Quanto ao primeiro argumento e com todo respeito, não podemos ver a resolução do contrato como um retorno absoluto das partes ao estado anterior, como se o negócio não tivesse existido. Trata-se de uma visão equivocada da extinção do contrato pela resolução, pois nesta o contrato existiu, é válido, porém não foi levado a termo pelo devedor. As consequências jurídicas e práticas, com todo respeito, devem ser diversas das hipóteses de nulidade absoluta ou relativa.

Mesmo no direito português, no qual há norma expressa afirmando que a resolução, como regra, tem seus efeitos equiparados aos da nulidade e da anulabilidade, não se faz essa interpretação. Sobre a questão afirma Mota Pinto que:

[...] a verdade é que uma irrestrita retroactividade da resolução poria evidentemente em causa, não só o fundamento de uma indemnização por não cumprimento, como, mesmo, o fundamento da resolução, isto é, a existência de um não cumprimento, já que o parâmetro contratual teria desaparecido *ex tunc* [...]. A contemplação da retroactividade da resolução por não cumprimento é, pois, justificada porque um efeito retroactivo ilimitado iria contrariar o fundamento e a própria finalidade da resolução (que é reagir a um inadimplemento, afastando as suas consequências sobre o sinalagma contratual).⁴²

⁴² Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1645).

Para Menezes Cordeiro:

A ideia de que, havendo resolução, não faria sentido optar pelo interesse positivo ou do cumprimento... por se ter desistido do contrato é puramente formal e conceitual. Com efeito, o incumprimento acarreta danos. Perante eles, há que prever uma indemnização integral. A pessoa que resolve o contrato apenas tenciona liberta-se da prestação principal que lhe incumbe: não pretende, minimamente, desistir da indemnização a que tenha direito.⁴³

Não é outra a opinião de autor italiano A. Luminoso quando afirma que:

A suposta incompatibilidade entre resolução (com eficácia retroativa) e resarcimento do dano positivo afigura-se constituir fruto de um exame superficial do fenômeno. Se, efetivamente, nos deslocarmos do terreno empírico (das impressões epidérmicas) para o de uma rigorosa análise dos perfis teleológicos destas duas técnicas de tutela, percebe-se que, por trás de uma divergência de efeitos que é apenas aparente, entre elas existe uma homogeneidade funcional que justifica perfeitamente a destruição (se necessária *ex tunc*) da relação negocial e, ao mesmo tempo, a manutenção da relevância jurídica da sua violação para fins resarcitórios.⁴⁴

Ainda no direito italiano e analisando o art. 1.458 do CC que prevê o efeito retroativo no caso de resolução do contrato, bem afirma Maria Cristina Diener que, quanto ao tipo de retroatividade, se observou que não se trata de retroatividade obrigatória em sentido restrito, posto que esta não reconstitui diretamente a situação precedente, mas se limita a obrigar as partes a restituição.⁴⁵⁻⁴⁶

⁴³ Menezes Cordeiro (*Tratado*, op. cit., p. 163).

⁴⁴ Apud Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1647, nota 4742).

⁴⁵ Maria Cristina Diener (*Il contratto in generale*, op. cit., p. 814).

⁴⁶ No direito brasileiro e no mesmo sentido vd. Ruy Rosado de Aguiar Júnior (*Comentários*, op. cit., p. 701/702).

Em relação ao segundo obstáculo, no sentido de que a concessão do interesse contratual positivo, quando do pedido de resolução, “importaria em enriquecimento sem causa, pois o credor receberia o já pago e, cumulativamente, o lucro do negócio, podendo, ainda, retornar ao mercado e encontrar novo parceiro que oferecesse a chance de lucro almejada”, não nos convence.

Para evitar este enriquecimento, caso o credor não tenha ainda cumprido sua obrigação, basta que se abata do que vier a ser recebido por ele, o valor de sua prestação.

Sobre essa questão Mota Pinto traz à baila a teoria desenvolvida na Alemanha da “diferença restrita ou atenuada” em que o credor, no contrato sinaligmático, teria a opção entre abater do valor indenizatório o valor de sua prestação ou receber integralmente a indenização e cumprir sua prestação ao devedor. Lembremos que se a prestação do credor for em dinheiro, esta escolha se torna irrelevante; no exemplo de Mota Pinto, se A compra de B um carro por 80 e ele vale 100, caso haja o descumprimento por parte do vendedor, tanto faz A pedir 100 e entregar 80 quanto pedir apenas a diferença de 20.

Pensemos em outro exemplo: “A” adquire de “B” uma máquina por R\$ 10.000,00, com o objetivo de fabricar camisas. “A” paga o preço e não recebe a coisa. “A” então pede a resolução do contrato (o que significa que o devedor deverá restituir o valor recebido) e uma indenização pelo que deixou de lucrar ao não produzir e vender as camisas. Ora, provado o prejuízo (lucro cessante, dentro dos limites do art. 403 do CC), o vendedor, se já devolveu o preço ao comprador, abaterá do valor a ser indenizado ao comprador aquela importânciia (R\$ 10.000,00); se ainda não devolveu, indenizará todo o valor pleiteado.

Importante ainda refletir sobre o fundamento trazido por Judith Martins Costa quanto ao caráter substitutivo do interesse contratual positivo. Afirma essa autora que:

Aliás, para bem compreender a inafastável lógica dessa construção basta pensar no mecanismo da indenização convencional, isto é, da cláusula penal: ao se pactuar uma indenização para o caso de inadimplemento absoluto, tem-se a chamada cláusula penal substitutiva (da prestação inadimplida), não havendo o retorno ao *status quo ante* justa-

mente porque, se a indenização é substitutiva da prestação inadimplida, não faria sentido permitir ao credor resolver o contrato, receber a sua contraprestação de volta e, ainda, cumulativamente, pleitear a cláusula penal.⁴⁷

O argumento trazido também não nos convence, pelo contrário, nos ajuda a reforçar a tese aqui defendida, sendo que o único obstáculo posto por essa doutrina pode, como já afirmado, ser facilmente contornado.

Sabemos que a cláusula penal nada mais é do que a estipulação prévia pelas partes dos danos que podem vir a sofrer em decorrência do inadimplemento (absoluto ou relativo). Assim, quando se estabelece em um contrato uma multa compensatória, pretende-se estipular um valor que compense o contratante frustrado, colocando-o na mesma situação em que estaria se o contrato tivesse sido cumprido.

Ocorrendo o inadimplemento, o credor tem então duas opções: a) exigir o cumprimento da obrigação ou b) resolver o contrato, aqui cumulando com o pedido de recebimento do valor indicado na cláusula penal (e até outros danos, se tiver deixado isso claro - parágrafo único do art. 416 do CC), valor este que em tese, como dito, tem por objetivo colocá-lo em idêntica situação em que estaria caso tivesse sido o contrato fielmente cumprido.

Pensem no seguinte exemplo: “A” vende para “B” um automóvel, com cláusula penal compensatória no valor de R\$ 10.000,00. “B” paga o valor pactuado de R\$ 50.000,00, porém “A” não entrega o carro. Nesse caso, “B” pode pedir a resolução do contrato, a devolução dos R\$ 50.000,00 já pagos e ainda os R\$ 10.000,00 de multa.

Pelos motivos acima expostos, temos que a melhor orientação está na tese oposta e aqui por nós defendida, que tem apoio na doutrina de Pontes de Miranda e Ruy Rosado de Aguiar.⁴⁸

Afirma o primeiro que:

[...] à diferença do direito alemão e do suíço, o direito brasileiro admite que se levem em conta o in-

⁴⁷ Judith Martins Costa (*Responsabilidade*, op. cit., p. 568).

⁴⁸ Ruy Rosado cita ainda como adepto desta posição Adalberto Pasqualotto (apud *Comentários*, op. cit., p. 707, nota 1099).

teresse negativo e o positivo (Tomo XXV, § 3.091). No direito brasileiro, não se indeniza só o que concerne ao interesse negativo, como em direito suíço. O que o contraente ou pré-contraente deixou de ganhar também é indenizado. Toma-se por base, por exemplo, o que valeria no momento da prestação da indenização, o bem a ser prestado. O que se indeniza é o dano que resultou de se ter tornado sem efeito o que se cria que teria efeito.⁴⁹

Já para o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado:

O art. 475 do Código Civil garante ao não inadimplente o direito de indenização por perdas e danos; ‘perdas e danos’, diz o art. 402 do Código Civil, salvo exceção expressa – que não é o caso – abrangem, além do que o credor efetivamente perdeu (despesas, preparação para a celebração e cumprimento do contrato etc.), o que razoavelmente deixou de lucrar, nessa parcela compreendido também o ganho que não teve em razão do incumprimento e da resolução. Nessas amplas disposições estão inseridas as vantagens que o credor não inadimplente auferiria com o recebimento da prestação.⁵⁰

Nossos tribunais também divergem sobre o assunto. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, no REsp 107426/RS, de relatoria do Min. Barros Monteiro, apesar de ter mantido decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que não admitiu o pedido de indenização por interesse contratual positivo (acórdão do Des. Araken de Assis), fez constar ser possível o pedido de indenização por interesse contratual positivo em caso de descumprimento contratual, mantendo a decisão do tribunal gaúcho, no caso concreto, por ausência de prova dos lucros cessantes.⁵¹

⁴⁹ Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado - parte especial*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXVIII, p. 340.

⁵⁰ Ruy Rosado de Aguiar Jr. (*Comentários*, op. cit., p. 706/707).

⁵¹ O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, pela sua 7^a Câmara Cível, entendeu que “PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE COMPRADOR. INDENIZAÇÃO. INTERESSES POSITIVOS. VIABILIDADE. Optando o promitente comprador, em face das circunstâncias, ver-se indenizado, admissível que se lhe reconheça o direito ao aumento do patrimônio, adviniente do negócio frustrado por causa para a qual não contribuiu, mas, pelo contrário, imputável ao outro figurante,

Com todo respeito aos adeptos da primeira posição acima indicada (e por nós criticada), a ideia de que na demanda de resolução por inadimplemento contratual só seria possível o pedido de indenização pelo interesse negativo, é um golpe de morte à confiança que se estabelece nos contratos e teria a consequência de desestimular as relações econômicas.

Dizem Fuller e Perdue, ao defenderem o interesse positivo em caso de resolução contratual, que:

A explicação jurídica em sua forma final é então dupla. Apoia-se a protecção da expectativa sobre (1) a necessidade de curar e prevenir os danos ocasionados pela confiança, e (2) sobre a necessidade de facilitar a confiança de acordos comerciais. Em suas palavras concluem que “the law measures damages by the expectancy in part because society views the expectancy as a present value.⁵²

Não é outra a visão de Pietro Trimarchi, ao defender a possibilidade de cumulação da resolução com o interesse contratual positivo. Sustenta o mestre italiano que:

[...] la responsabilità contrattuale non ha solo una funzione di incentivo per il debitore, ma anche di protezione degli interessi del creditore. In un

promitente vendedor. Apelo desprovido.” (Apelação Cível Nº 192206597, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, Julgado em 04/10/1995). O Tribunal de Justiça do Paraná, pela sua 10ª Câmara Cível, decidiu que “**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DESCUMPRIMENTO. DISTRATO. PROVA NÃO PRODUZIDA. INDENIZAÇÃO DO DANO CORRESPONDENTE AO INTERESSE POSITIVO. DANO CORRESPONDENTE AO INTERESSE NEGATIVO NÃO DEMONSTRATO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. RECURSOS NÃO PROVIDOS** O distrato, sendo de valor superior a dez salários mínimos, não pode ser provado exclusivamente por testemunhas. Recusando-se a tomadora dos serviços a aprovar os boletins de medição dos serviços prestados, o seu comportamento é causa da resolução do contrato de prestação de serviços. Para a indenização do dano emergente, o demandante tem o ônus de produzir a prova correspondente. A indenização do dano correspondente ao interesse positivo deve compreender exatamente aquilo que o contratante inocente lucraria caso o contrato prosseguisse até o seu término, descontados os gastos que a parte teria com equipamentos, pessoal, encargos, etc. Decaindo o demandante de parte substancial do pedido, ele deve arcar com parte dos ônus da sucumbência. Recursos não providos” (Ap. n. 218959-7, rel. Des. Albino Jacomel Guerios, j. 12/01/2006).

⁵² Fuller e Perdue. The reliance, op. cit., p. 10-11.

quadro molto ampio del sistema economico e sociale delle remunerazioni delle iniziative, sembra opportuno assicurare al creditore, leso dall'inaidempimento, l'equivante del risultato di un'iniziativa opportuna, che non ha potuto produrre tutti i suoi frutti solo per colpa altrui (o per fatti di cui altri si è assunto il rischio).⁵³

O mesmo autor italiano, ao analisar a função econômica do contrato, conclui que “[...] la responsabilità contrattuale ha la funzione di creare l'atmosfera di fiducia che è il necessario presupposto per la stipulazione dei contratti”.⁵⁴

Além dos argumentos acima expostos, a visão daqueles que impedem a cumulação do pedido resolutório com o pedido de indenização pelo interesse positivo vai contra a tendência que se observa hoje em vários ordenamentos jurídicos que têm por objetivo, num mundo globalizado, unificar as normas sobre o tema em debate.

Além da orientação já vista no direito americano, a Convenção da ONU sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias - UNCITRAL - VIENA - 1980⁵⁵ prevê em seu artigo 74 que:

Artigo 74. As perdas e danos decorrentes de uma violação do contrato cometida por uma das partes compreendem o prejuízo causado à outra parte bem como os benefícios que esta deixou de receber em consequência da violação contratual. Tais perdas e danos não podem exceder o prejuízo sofrido e o lucro cessante que a parte faltosa previu ou deveria ter previsto no momento da conclusão

⁵³ Numa tradução livre “a responsabilidade contratual não tem só uma função de incentivo ao devedor, mas também de proteção dos interesses do credor. Em um quadro muito amplo do sistema econômico e social de remuneração pela iniciativa, é oportuno assegurar ao credor, prejudicado pelo inadimplemento, o equivalente ao resultado de uma oportuna iniciativa, que não pôde produzir todos os seus efeitos somente por culpa de outro (ou por fato relativo ao qual o outro assumiu o risco)” (Pietro Trimarchi, *Il Contratto*, op. cit., p. 87).

⁵⁴ Numa tradução livre “a responsabilidade contratual tem a função de criar uma atmosfera de confiança que é um pressuposto necessário para a realização de um contrato” (Pietro Trimarchi, *Il Contratto*, op. cit., p. 85).

⁵⁵ Esta Convenção (CISG) se tornou efetiva nos Estados Unidos em 1988 e se aplica aos contratos de compra e venda entre Americanos e estrangeiros.

do contrato como consequências possíveis da violação deste, tendo em conta os fatos de que ela tinha ou deveria ter tido conhecimento.

Também nos Princípios *Unidroit* relativos aos Contratos Comerciais Internacionais de 2010 consta em sua seção 4 (perdas e danos) que:

Artigo 7.4.1 (Direito a indenização por perdas e danos)

Qualquer inadimplemento dá à parte prejudicada o direito a indenização por perdas e danos, seja em caráter exclusivo, seja em conjunto com outras medidas jurídicas, exceto quando escusável segundo estes Princípios.

Artigo 7.4.2 (Ressarcimento integral)

(1) A parte prejudicada tem direito ao ressarcimento integral pelos danos sofridos em razão do inadimplemento. Tais danos incluem tanto as perdas efetivamente sofridas quanto as vantagens que deixou de obter, levados em consideração quaisquer ganhos que a parte prejudicada haja obtido ao evitar gastos ou danos.

(2) Tais danos podem ser de natureza não-pecuniária e incluem, por exemplo, o sofrimento físico ou moral.

Apesar de entendermos que o CC brasileiro acolheu a teoria do interesse contratual positivo e permitiu a cumulação do pedido indenizatório com o pedido de resolução do contrato, não se pode admitir, por outro lado, que o lesado cobre do contratante faltoso qualquer prejuízo sofrido que não esteja diretamente ligado ao descumprimento. Como bem afirma Mota Pinto, entendimento contrário ao que acima mencionado:

[...] proporcionaria, assim, ao contraente fiel uma garantia contra quaisquer outras perdas (transformando o devedor num seu ‘segurador forçado’), causadas por esta celebração, mesmo para além daquela situação, em que o credor estaria se o contrato tivesse sido cumprido.⁵⁶

Entra aqui em jogo outro problema, também bastante delicado, que é saber quais são os danos passíveis de ressarcimento. A questão está então na interpretação das expressões “o que deixou de ganhar” prevista no art. 402 e “lucros cessantes por efeito dela direito e imediato”, prevista do art. 403, ambos do CC, porém deixamos este desafiante tema para outro momento, já que foge aos limites deste artigo.

⁵⁶ Mota Pinto (*Interesse*, op. cit., p. 1548).

Referências bibliográficas

- AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. *Comentários ao novo código civil* – da extinção do contrato, coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI, t. II.
- ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- ALTERINE, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; e CABANA, Roberto M. Lópes. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, p. 78/87, set./dez. 1992.
- BIANCA, Massimo. *Diritto civile – la responsabilità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. v. 5.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português II – direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. t. IV.
- COSTA, Judith Martins-Costa. Responsabilidade civil contratual. Lucros cessantes. Resolução. interesse positivo e interesse negativo. Distinção entre lucros cessantes e lucros hipotéticos. Dever de mitigar o próprio dano. dano moral e pessoa jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do código civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 559-595.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- DIENER, Maria Cristina. *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2002.
- DÍES-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1998. v. I/2.
- FULLER, L. L.; PERDUE Jr., William R. The reliance interest in contract damages. *The Yale Law Journal*, v. 46, p. 373-420, Jan. 1937.
- JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003. vol. II.
- MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações (parte especial) – contratos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – parte especial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXVIII.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra. 2008. vol. I e II.
- PIZARRO, Ramón Daniel; VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado: obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. t. 2.
- SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il Contratto*. 3. ed. Torino: Utet, 2004. t. II.
- SANTOS, J.M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. III.
- SUÁREZ, Orlando Tapia. *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. 2. ed. Santiago do Chile: LexisNexis, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. I, livro III.
- TRIMARCHI, Pietro. *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè, 2010.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. v. II.
- ZAMIR, Eyal. The missing interest: restoration of the contractual equivalence. *Virginia Law Review*, v. 93, p. 59, 2007. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=893792>>.

Responsabilidade civil por ato lícito

Paulo Rogério Bonini¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. O ato ilícito como resultado da culpa na conduta; 1.1. Qualificação da conduta como critério de identificação da ilicitude do ato; 1.1.1. Culpa como elemento do ato ilícito; 1.1.2. Abuso de direito como elemento do ato ilícito; 1.2. Qualificação do dano como fundamento do dever de indenizar; 1.2.1. Dano ilícito; 1.2.1.1. Decorrente de ato ilícito; 1.2.1.2. Decorrente de ato lícito; 1.2.1.3. Decorrente de ato lícito – exercício de posições jurídicas. Bibliografia.

1. O ato ilícito como resultado da culpa na conduta

O Código Civil adota o princípio geral da culpa para caracterizar a responsabilidade civil, sendo pressuposto para a imposição do dever de indenizar a reprovabilidade do comportamento tido pelo agente, quando a expectativa do corpo social e mesmo do ordenamento jurídico era outra.

O agente é responsável pelo fato de ter agido de uma determinada maneira, enquanto o ordenamento jurídico determina que deveria ou poderia ter agido de maneira diversa, seja adotando conduta positiva diversa da que adotou, seja evitando comportamento que se reprova. Este o **elemento objetivo da culpa**, ou seja, a violação de um dever jurídico geral de cuidado, violação que caracteriza o ato ilícito, gerando, como efeito interno do negócio ou ato jurídico, a sua nulidade e, como efeito externo, o dever de indenizar.²

¹ Mestre em Direito Civil comparado pela PUC/SP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIMEP/Piracicaba. Professor convidado de cursos de pós-graduação *lato sensu* (EPM e FADISP).

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Código civil comentado*. v. 2, p. 351.

Percebe-se, da teoria subjetiva da responsabilidade civil, a necessidade de direcionar a análise da situação fática caracterizadora do dever de indenizar ao agente, vez que inexistindo a qualificação da conduta como culposa, não há que se falar em dever de indenizar.³ Há, portanto, primazia da conduta do agente, pois afastada a imputabilidade do fato danoso a uma conduta voluntária, desnecessária seria a análise do dano em si, pois inexistente seria o dever de indenizar.

Seriam os casos de **danos decorrentes de atos não culposos** que, em âmbito geral, não se caracterizariam como ilícitos e, em linhas finais, apesar de danosos, não sujeitariam seu causador a um dever de reparar.

A observação prática demonstrou que a lógica da culpa era insuficiente para tutelar interesses socialmente relevantes, notadamente a partir da massificação das relações jurídicas e a elevação da exposição das pessoas a riscos em geral. Tais fenômenos deixaram clara a dificuldade na identificação do agente que agiu com culpa, bem como de se estabelecer a prova judicial do desvalor do comportamento gerador do dano.

Partimos de uma dificuldade científica e histórica. Isto porque a teoria tradicional da culpa como fundamento exclusivo da responsabilidade civil não mais atende aos anseios sociais, enquanto a teoria do risco, mais moderna e com adoção progressiva nos sistemas jurídicos atuais, não pode excluir por completo a teoria subjetiva tradicional.

Em face disso, a **ideia de responsabilidade, se nascera vinculada obrigatoriamente a uma ideia de culpa**, formada pela imputabilidade e pela capacidade, passou muito mais a se vincular com a **ideia de reparação do dano**.⁴ Este sim o objeto da responsabilidade civil, não importando mais o grau ou a incidência moral da culpa, mas, sim, o restabelecimento da condição da vítima anterior ao ato lesivo. Assim, “o interesse em restabelecer o equilíbrio econômico jurídico alterado pelo dano é a causa geradora da responsabilidade civil”.⁵

Alie-se a esta situação – **insuficiência do elemento culpa para justificar todos os casos de responsabilidade civil em sentido estrito** – aquelas que a legislação, a partir da busca de um equilíbrio na divisão social de danos sofridos por algum particular – que em sentido geral

³ Sobre a ideia da culpa como fundamento do dever de indenizar, diz Giovanna Visintini (*Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1999. t. 1, p. 8.) que “*la responsabilidad civil, al igual que la penal, aparece desde esta óptica como una sanción a un comportamiento moralmente reprochable.*”

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1, p. 12.

⁵ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 42.

chamaremos de **solidarismo** – escolhe, a partir de danos decorrentes de simples exercícios de posições jurídicas, lícitas, portanto, a distribuição do dever de indenizar determinados danos sofridos por uma das partes de tal relação. Na visão de João Calvão da Silva, tem-se a expansão da responsabilidade objetiva por conta do:

- 1) o *ethos* do Estado de Direito Social, do *welfare state* ou *État-Providence*, em que domina o sentimento democrático de uma sociedade solidária de ampla justiça social, reconhecedora de direitos e garantias sociais, ao lado dos direitos, liberdades e garantias individuais do Estado de Direito Liberal;
- 2) o desenvolvimento e aperfeiçoamento da técnica do seguro, seu efeito e fator propulsor.⁶

Ou seja, não só a partir de um ato que indique contrariedade a um dever de cuidado, mas também a partir de um ato que o legislador, buscando manter o equilíbrio nas relações sociais que provoquem danos, ainda que fundadas em ato lícito, a quem caberá o dever de manutenção de um *status quo ante* à conduta danosa. Cite-se, como exemplo, o direito à indenização do possuidor, não importando se de boa ou má-fé, pelo valor das benfeitorias necessárias realizadas no imóvel (arts. 1.219 e 1.220, CC).

Dante do conflito e da necessidade de se definir, Aguiar Dias parte da ideia de René Savatier de que a **culpa e o risco não são fundamentos, mas, sim, duas fontes da responsabilidade civil**:

Culpa e risco são títulos, modos, casos de responsabilidade civil. Não importa que a culpa conserve a primazia, como fonte da responsabilidade civil, por ser o seu caso mais frequente. **O risco não pode ser repelido**, porque a culpa muitas vezes é, sob pena de sancionar-se uma injustiça, insuficiente como geradora da responsabilidade civil.⁷ (grifo nosso)

⁶ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 373.

⁷ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 14. Neste aspecto, percebe-se a busca do autor em conciliar a teoria do risco, sem determinar a não aplicação total da teoria da culpa. Assim, falar-se em adoção da teoria do risco ou da culpa, de forma absoluta, seria um erro, já que os ordenamentos jurídicos modernos têm adotado posicionamentos ecléticos, ou seja, mantém-se a teoria da culpa, mas com aplicação, em situações específicas (em número cada vez maior) da teoria do risco em ainda, de fixação de outros critérios para atribuição a determinado agente do dever de indenizar.

Tal ideia, de desenvolvimento em conjunto da teoria da culpa e do risco, é resultado da necessidade de adequação da norma jurídica. Se o mundo evolui, há princípios que se mantêm solidificados e servem ainda de sustentáculo a um sistema legal, como aqueles que determinam que às “*pessoas a boa-fé, a fidelidade e a lealdade dos negócios jurídicos; os que proibem o dolo, a fraude e a torpeza*”.⁸

Podemos concluir que na responsabilidade civil moderna, o princípio da culpa permanece como base do sistema de reparação civil, sendo suplementado pela teoria do risco quando se fizer necessário, não havendo que se falar na adoção de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva.⁹

O que se percebe é que a responsabilidade civil, ante a evolução dos princípios da responsabilidade aquiliana, como meio de se atender a necessidades sociais, mudou seu foco de análise do problema. **Se a responsabilidade subjetiva tratava o problema por uma visão individualista, isto é, focada na atuação subjetiva do sujeito causador do dano (culpa), a teoria da responsabilidade objetiva fixa-se na ideia da necessidade de se reparar o dano, ou seja, foca-se na vítima (solidarista), recaindo na sociedade e naquele que tira proveito do risco a responsabilidade.**

A adoção de uma ou de outra teoria de fundamentação da responsabilidade civil não deve ocorrer em termos absolutos. Nesse sentido, já afirmava a doutrina na década de 30 do século passado que, em relação às teorias:

Ambas, porém, continuarão a subsistir, com forças paralelas, convergindo para um mesmo fim, sem que jamais, talvez, se possam exterminar ou se confundir, fundamentando, neste ou naquele caso, a imperiosa necessidade de ressarcir o dano, na proteção dos direitos lesados.¹⁰

⁸ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 15.

⁹ SILVA, João Calvão da. Op. cit., p. 376.

¹⁰ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 41. No mesmo sentido, afirmando a existência de diferentes critérios de imputação da responsabilidade pelos danos: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. t. II.

Maria Helena Diniz, após discorrer sobre diversas conceituações doutrinárias, define a responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).¹¹

Ou seja, conceitua-se a responsabilidade civil não por eventual conduta do causador do dano, mas, sim, como conjunto de critérios para atribuição do dever de indenizar um dano sofrido pela vítima.

1.1. Qualificação da conduta como critério de identificação da ilicitude do ato

Como visto, com a adoção da teoria da culpa como regra no Código Civil indica que a ilicitude da conduta é verificada a partir da análise e qualificação da conduta do agente. Quando a conduta se caracteriza pela violação de um dever legal e geral de cuidado (culpa), tem-se por ilícito o ato, gerando, por consequência, o dever de indenizar.

Mas não é só. Há situações excepcionadas em que a conduta em si, objetivamente considerada, não representa a violação de um dever legal de cuidado. Entretanto, suas razões ou finalidades, em sentido amplo, fogem a uma ideia de conformidade ao ordenamento jurídico, caracterizando em sentido geral o “abuso de direito”. Há ilicitude pela causa ou resultado objetivo da conduta, e não por esta objetivamente analisada.

Tem-se, pois, normativamente, ilicitude do ato por dois fundamentos distintos: a culpa e o abuso de direito (art. 186, CC).

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7, p. 34.

Entretanto, para fins de análise do dever de indenizar, é necessário se aferir que, ao lado de condutas qualificadas como “ilícitas” por romperem um dever geral de conduta, seja de cuidado (culpa), seja por não respeitarem, como resultado pretendido, as finalidades pretendidas pelo ordenamento jurídico como um todo (abuso de direito), há condutas caracterizadas como mero exercício de faculdades jurídicas que, a despeito de causarem danos a outras pessoas, não podem ser qualificadas como um desvio jurídico consciente e censurável, mas apenas e tão somente a existência de um direito controverso que acarreta dano e, eventualmente, dever de indenizar.¹²

Citado por Menezes Cordeiro, Jhering, ainda no século XIX, já diferenciava a existência do dever de indenizar por dano decorrente de mera controvérsia de direitos do dano decorrente do ato ilícito:

Qualquer pessoa sente a diferença que existe entre a pretensão do proprietário contra o terceiro possuidor de boa fé da coisa dele e a do roubado, contra o ladrão. Naquele caso trata-se, apenas, da existência do direito controverso, sem ser necessário confrontar-se, por parte do autor, com a censura de um desvio jurídico consciente e censurável.¹³

Assim, no dizer de Menezes de Cordeiro:

Em ambos os casos há contrariedade ao Direito; objetiva, no do possuidor de boa fé e subjectiva, no do ladrão. O ilícito (*Unrecht*) objetivo dispensa a culpa (*Verschuldunung*) mas não a vontade humana - ou teríamos uma força da natureza, juridicamente irrelevante.¹⁴

Tem a conduta, portanto, importância limitada à análise dos casos de ilicitude em sentido estrito, ou seja, nos casos em que o dever de

¹² CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2, t. 3, p. 329.

¹³ JHERING, Rudolf von. *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*. FS Birnbaum, 1867, p. 159, apud CORDEIRO, António Menezes de. Op. cit., p. 329.

¹⁴ CORDEIRO, António Menezes de. Op. cit., p. 329.

indenizar surja a partir de uma conduta voluntária e conscientemente desviada de um dever legal e geral de cuidado.

1.1.1. Culpa como elemento do ato ilícito

*“Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.”*¹⁵ A frase, repetida como mantra pelos doutrinadores e legislação que se inspiraram diretamente no Código Civil Francês, editado no final do século XIX, fixou a necessidade de se avaliar subjetivamente a conduta causadora do dano para fins de se atribuir desvalor à mesma.¹⁶ Tal culpa tem, segundo Savatier, dois elementos distintos para a sua caracterização: um dever legal violado (elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo).

Ato ilícito ocorrerá todas as vezes que o agente não seguir os preceitos gerais de cuidado (arts. 186 e 927, CC), bem como quando descumprir obrigação jurídico-contratual estabelecida (art. 389, CC).

A culpa, em sentido amplo, contém em si a ideia da necessidade de proteção dos direitos subjetivos que porventura venham a ser desrespeitados. Aquele que, mediante sua ação, causa dano a outra pessoa, agindo em desacordo com os ditames jurídicos, passa a ter o dever de ressarcir o prejuízo, tanto se atingir direitos pessoais como direitos reais. Assim, culpa, em sentido amplo, traz em si a ideia de violação de um dever jurídico.

No caso da existência do dolo, a violação de tal dever jurídico é intencional, ou então há a assunção voluntária do agente do risco de se produzir o resultado danoso previsto.

A culpa em sentido estrito, caracterizada como uma atuação livre do agente, sem a intenção de causar o dano, mas que pela falta de atenção ou atuação irregular do agente, fere um dever jurídico geral de cuidado imposto a todas as pessoas.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 40.

¹⁶ VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p. 9, afirmando que por conta do Código Napoleônico (arts. 1.382 e 1.383), “*la noción de culpa se convierte en una condición necesaria para que la responsabilidad civil se impute al autor del hecho danoso.*”

Para que se caracterize o ato ilícito que fundamente a responsabilidade civil é necessário que a atuação danosa seja consciente por parte do agente. Assim, se age com consciência do dano que irá causar e da ilicitude do mesmo, age com dolo. Ao contrário, se sabe dos danos que sua atividade pode provocar e assume o risco de produzi-los, age com culpa em sentido estrito, havendo consciência do risco de se produzir o evento danoso.

Sem consciência dessa ilicitude não há ato ilícito, já que também existe a imputabilidade do ato ilícito na esfera civil. Se o comportamento, apesar de antijurídico, não pode ser imputado à conduta consciente do agente, não caracteriza ato ilícito. Por exemplo, no caso do agente que deixa de pagar uma conta crendo-a paga; da pessoa que toma posse de um bem de propriedade de terceiro, achando-o seu pela semelhança.

Fácil é denotar, portanto, que a responsabilidade por ato ilícito carece, para sua aplicação, da análise do aspecto subjetivo da atuação do agente, já que a imputabilidade do comportamento lesivo somente lhe será atribuída se se demonstrar que o agente deveria ou podia agir de maneira diversa.

1.1.2. Abuso de direito como elemento do ato ilícito

Ao lado da culpa, como **elemento caracterizador da ilicitude do ato** – da conduta em si – tem-se, por expressa previsão legal (art. 187, CC), a previsão da ilicitude decorrente do abuso de direito.

São situações excepcionais nas quais a **conduta em si, objetivamente considerada, não representa a violação de um dever legal de cuidado**, mas sim a análise do direito exercido (posição jurídica) em confronto com limites pressupostos pelo fim econômico ou social do direito exercido (primeira figura), os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes (segunda figura).

Trata-se da materialização da ideia da inexistência de direitos absolutos, permitindo-se a relativização concreta do direito exercido se não se verifica, considerando o fim pretendido ou limites sociais concretos e objetivos, esperados de qualquer titular da mesma posição jurídica, a obediência a uma previsão de comportamento geral imposta pelo sistema.

1.2. Qualificação do dano como fundamento do dever de indenizar

A partir da objetivação da responsabilidade civil em sentido amplo ou, em outras palavras, **da alteração do fundamento do dever de indenizar da conduta ilícita para o resultado ilícito da conduta**, não importando se esta é lícita objetivamente, tem-se também a alteração da pedra de toque da responsabilidade civil. É que:

A ideia de ilicitude, nesse aspecto mais amplo, está ligada a outra que lhe é correlata, qual seja, a ideia de dano, e assim fala-se em ilícito objetivo e em ilícito subjetivo. Nesse sentido mais amplo, então, o ilícito aparece atrelado ao evento danoso e prejudicial, não necessariamente como decorrência de atos, mas também como consequência de fatos e atividades.¹⁷

Passa-se muito mais a se analisar o dano em si e não a conduta que o causou como fundamento do dever de indenizar, seja por ato ilícito, como no caso do abuso de direito, seja por ato lícito, quando se tem, por escolha legislativa fundada na busca de um equilíbrio material-econômico das partes envolvidas, a imposição a uma das partes envolvidas no exercício de um direito controvertido, o dever de indenizar algum dano sofrido pela outra parte. No dizer de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a alteração indica a responsabilidade civil como fixação das condições da relevância jurídica de um dano, as modalidades de imposições da obrigação de resarcir-lo, “sem que o responsável seja, necessariamente, o autor, uma vez que o objetivo não é, em si e por si, a descoberta da autoria do evento lesivo”.¹⁸

Percebe-se, assim, a variação do conceito próprio da responsabilidade civil da análise da conduta ilícita para a fixação de um dano

¹⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 1, t. II, p. 328.

¹⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 22.

indenizável e quem deverá indenizá-lo, se o caso for.¹⁹ Tome-se, por exemplo, os comuns casos de cobrança indevida por meio de negativação de débito em cadastro de inadimplente (ato em si lícito), estando o débito quitado. Não importa, no caso, a análise de quais foram os pressupostos de fato da conduta – por que inscreveu débito já pago – mas, sim, se o dano decorrente do fato deve ou não ser indenizado e por quem.

Haveria, pois, a partir de condutas ilícitas, danos ilícitos; a partir de condutas lícitas em si, danos lícitos ou ilícitos. Ou, no dizer de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, “ato ilícito e dano ilícito deixaram de ser expressões sinônimas. [...] a injustiça do dano deixou de ser enfocada do ponto de vista apenas da ilicitude da conduta que o determinou, de tal arte que mesmo conduta lícita passa a ser apta à causação de um dano que, ainda assim, possa dizer-se ilícito”.²⁰

A partir de tal alteração de paradigma, atribui-se o dever de indenizar não a partir da avaliação da conduta do agente em si – se ilícita em sentido amplo ou se causadora de risco que preferiu o legislador vincular à responsabilidade de seu causador – mas a partir da qualificação do dano em relação ao direito (posição jurídica) que o autor da conduta buscou tutelar. Há uma verdadeira ponderação de direitos e interesses entre a conduta lícita do causador do dano e a lesão a o interesse jurídico tutelado a aquele que sofre o dano.

A partir da atribuição da responsabilidade sob o ângulo da qualificação do dano e não da conduta – ilícita ou causadora de risco em sentido amplo – verifica-se, no dizer de Schreiber, que:

A responsabilidade objetiva parece revelar a sua verdadeira essência na contemporaneidade: não de uma responsabilidade por risco, mas a de uma responsabilidade independente de culpa ou de qualquer outro fator de imputação subjetiva, inspirada pela necessidade de se garantir reparação pelos danos que, de acordo com a solidariedade

¹⁹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 41, afirmando a existência de outros nexos de imputação que não a culpa, conclui que “*o imperativo de resarcimento, de recomposição da situação do ofendido, ainda que não culpado o ofensor. É a reparação do dano injusto, mesmo que oriundo de um ato ou atividades lícitos do agente [...] a questão está em que esse dano injusto pode caracterizar-se tanto pela injustiça da causação quanto pela injustiça que o suporte a vítima que o experimentou*”.

²⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 34.

social, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima – uma proposição, portanto, essencialmente negativa.²¹

O dano (*quantum*) e sua qualificação seria, por tal visão, não consequência natural do dever de indenizar (*an debeatur*), mas, sim, seu fundamento.²² Ou seja, indeniza-se a partir da verificação de que o dano sofrido pela vítima, a partir de um cotejo entre o interesse jurídico do causador do dano – pensando-se em casos de ato ilícito danoso – e o direito subjetivo da vítima afetado pela conduta objetiva do titular do contradireito. Seria o dano, assim, “elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos”.²³

1.2.1. Dano ilícito

Considerando o conceito amplo de dano (lesão a posição ou interesse jurídico), tem-se por dano ilícito aquele que o ordenamento jurídico não impõe a absorção por quem o sofre, imputando a seu causador (relação de causalidade direta) ou a quem a lei mande se responsabilizar pelo causador (responsabilidade civil complexa), o dever de indenizá-lo, retornando aquela parte à mesma condição que estaria se o dano não tivesse ocorrido (tornar indene).

Poderá o dano ilícito – indenizável, portanto – decorrer de um ato ilícito (culposo ou em abuso de direito) ou de um ato objetivamente lícito, nos casos em que a lei determine a aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva (sem culpa, mas pelo risco) ou nos casos em que, a partir do exercício daquela posição jurídica, haja determina-

²¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 30. No mesmo sentido NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 328, sustentando a transferência da ilicitude da conduta para o reflexo, no efeito (dano): “[...] o conteúdo do termo ilícito passa a dispensar a verificação de ser qualidade de uma conduta ilícita (culposa? dolosa?) para radiar-se a ilicitude, simplesmente, na potencialidade daquilo que gera dano: assim, o ilícito é aquilo que prejudica. A antijuridicidade da causa não está necessariamente nela, mas está no reflexo, no efeito, que por ser injusto, é antijurídico.”

²² No dizer de Cláudio Godoy, p. 34, “ato ilícito e dano ilícito deixam de ser expressões necessariamente sinônimas. Ou seja, a injustiça do dano deixou de ser enfocada do ponto de vista apenas da ilicitude da conduta que o determinou, de tal sorte que mesmo conduta lícita passa a ser apta à causação de um dano que, ainda assim, possa dizer-se injusto.”

²³ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 83.

ção legal ou por aplicação de princípios jurídicos, de atribuição a uma das partes do dever de reequilibrar a equação econômica da relação, pagando pelos danos sofridos pela outra parte.

Falar-se-ia, então, em ampliação do conceito de dano para além do dano ilícito e do dano lícito, mas, em relação a este, também a avaliação da existência de um dano lícito justo (não indenizável) ou injusto (indenizável).

1.2.1.1. Decorrente de ato ilícito

O dano ilícito é aquele que decorre de um ato ilícito (arts. 186 e 187 c.c. art. 927, *caput*, CC).

Este, o ato ilícito, pode não acarretar nenhum dano direto a interesse material da outra parte, não se visualizando o dano ilícito indenizável, pois a indenização mede-se, em regra, pela extensão do dano (art. 944, *caput*, CC), objetivamente verificável por aquilo que se retirou do patrimônio de quem o sofre ou que razoavelmente deixou de ingressar em seu patrimônio (art. 402, CC). Nesses casos, limitada a consequência jurídica do ato considerado ilícito ao reconhecimento de sua nulidade (art. 166, CC), caso se trate de negócio jurídico a forma de exteriorização do ato ilícito.

Entretanto, havendo qualquer interferência do ato ilícito no patrimônio jurídico da vítima, terá esta, a partir da combinação das mesmas normas (art. 927, *caput* c.c. 944, *caput* c.c. 402, todos do CC), o direito a pleitear ampla indenização, material e moral, dos danos que direta ou indiretamente decorram da conduta.

É a resposta dada pelo ordenamento jurídico à inobservância do dever geral de cuidado, da necessidade de respeito aos limites sociais e econômicos do direito exercício, da necessidade de observação de um dever geral de conduta face às legítimas expectativas da outra parte (boa-fé objetiva) e aquilo que a moral vigente preconiza para a vida em sociedade (bons costumes).

1.2.1.2. Decorrente de ato lícito

Paralela ao dano ilícito decorrente do ato ilícito, há expressa previsão legal (art. 927, parágrafo único, CC) para a adoção da teoria do risco como fundamento do dever de indenizar danos ilícitos decorren-

tes de atos objetivamente lícitos, mas que gerem risco, bem como nos casos em que a lei determine o dever de indenizar os danos independentemente da existência de conduta culposa (responsabilidade objetiva).²⁴

A teoria do risco deixa de analisar o elemento moral (subjetivo) e se preocupa exclusivamente com a reparação do dano, vinculando a reparação à simples existência do dano e da vinculação do mesmo a uma atuação, não dependendo da existência ou não da culpa nesta atuação.

Saleilles e Josserand foram os verdadeiros precursores da teoria do risco, com a publicação das obras *Les accidents du travail et la responsabilité civile* (1897) e *La responsabilité de fait des choses inanimées* (1897), respectivamente. Se foi em primeiro lugar preconizada pelos alemães, foi desenvolvida por doutrinadores franceses, que defendiam que a teoria clássica não era suficiente para resolver situações a respeito da responsabilidade pelo fato ou pelo risco criado. Fundamentavam suas ideias sobre a responsabilidade objetiva com base na legislação especial francesa, de caráter excepcional.

Raymond Saleilles adotou teoria mais radical que Louis Josserand. Aquele autor defende a ampliação do princípio objetivo do termo *faute*²⁵ do art. 1.382, do Código Civil Francês, isto é, interpretando-se simplesmente como o fato causador do dano, sem indagar-se sobre o elemento psicológico do agente.²⁶

Partindo da ideia de risco profissional na legislação francesa e canadense (Código Civil de Quebec), pois em 1910 já havia no Canadá legislação admitindo o risco profissional, Saleilles coloca o seguinte caminhar evolutivo: a princípio, a responsabilidade era subjetiva, segundo o sistema em voga na maioria dos países. A primeira evolução observou-se com a determinação da inversão do ônus da prova em alguns casos.

²⁴ STOCO, Rui. Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. In: *Responsabilidade civil*. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.1, p. 610. (Revista dos Tribunais, n. 731, set. 1996).

²⁵ Na lição de Menezes de Cordeiro (Op. cit., p. 324), pode-se considerar o termo *faute*, adotado pela Código Civil Francês como abrangente, a um só tempo, da ilicitude, da culpa e do nexo causal. No dizer de PLANIOL (*Traité élémentaire de droit civil*. 3. ed. [s.l.]: [s.n.], 1905. v. 2.), “A *faute* é a inobservância de uma obrigação preeexistente, cuja lei determina a reparação, quando tenha causado um dano a outrem”. (Apud CORDEIRO, Antônio Menezes de. Op. cit., p. 324).

²⁶ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 56.

Em 1909, foi criada a presunção legal de culpa no caso de responsabilidade pelo fato da coisa. A mudança de posicionamento dos Tribunais Canadenses deu-se na análise:

[...] de um caso de um empregado de uma fábrica, onde era encarregado de cuidar de determinado forno, que explodira, causando-lhe cegueira. A decisão de primeira instância entendeu que o forno causador do dano estava sob a guarda da companhia e que, portanto, esta era responsável. O Tribunal de revisão discordou. Encarregado da guarda da coisa era a vítima, que estava obrigado a dar prova de culpa da companhia e não havia feito. Por sua vez, o Tribunal de Apelação, quanto ao fato, decidiu que havia culpa da companhia e que, de direito, não havia necessidade de prová-la, porque se presume, uma vez demonstrado que o forno estava sob sua guarda.²⁷

Na verdade, o princípio que se estabeleceu foi o de que quem recebe as utilidades da coisa é responsável pelos prejuízos que ela causa (*ubi emolumentum, ibi onus*). No Canadá, baseado na evolução da doutrina francesa:

No caso de empresa de utilização de serviços, de exploração do trabalho alheio, a presunção legal de responsabilidade é absoluta e consagra um verdadeiro fato criador de risco (*fait de risque*). O mesmo sucede em relação às coisas cujo funcionamento pode causar dano a outrem. Isto reduz a dois os casos de isenção de responsabilidade, tanto no Canadá como em França: força maior e culpa exclusivamente da vítima.²⁸

Sobre a questão da distribuição dos riscos na teoria objetiva e a questão da limitação natural da iniciativa das pessoas, assim se mani-

²⁷ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 57.

²⁸ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 58.

festou Saleilles, criticando Planiol: “Há fatos criadores de riscos, fatos que objetivamente e por si mesmos se afastam do ‘normal’, como diriam os matemáticos, e que, portanto, implicam aceitação dos riscos”.²⁹ O que vale é a natureza objetiva do fato e não elementos subjetivos do agente.

Para Josserand:

A verdade de hoje, que deve, por sua vez, ceder o passo à verdade de amanhã, se deve ao caráter cada vez mais perigoso da vida contemporânea: o século do automóvel , do avião, da mecanização universal não pode, logicamente, ser uma era de segurança material. A falta desta acarreta uma geral aspiração de segurança jurídica. Se não estamos a coberto dos riscos, tenhamos pelo menos a certeza de que não sofreremos impunemente as consequências da atividade alheia. A fórmula ‘viver perigosamente’, replicamos com esta outra, que é sua sanção: ‘responder pelos nossos atos’.³⁰

Tendo em vista a adoção desses princípios, Josserand afirma que não haveria razão para se manter a noção tradicional de culpa, devendo-se adotar a concepção de que somos responsáveis não só por nossos atos culposos, mas por todos os nossos atos que venham a causar um dano injusto, anormal, superior àquele aceito pela coletividade naquela atividade específica. “O *faiseur d’actes* deve responder pelas consequências de suas iniciativas”.³¹

Ambas as posições dos autores deram origem a aquilo que se pode chamar de sistema-tronco de Saleilles-Josserand, ou sistema do risco-proveito. Além de seus principais defensores, encontramos outros doutrinadores que se posicionam a favor da responsabilidade objetiva: Gaudement, Veniamin, Teisseire, Savatier, Bettremieux, Demogue, Geny, Leclerq e Emmanuel Levy.

²⁹ Apud DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 59.

³⁰ JOSSERAND, Louis. *Évolutions et actualités*. Paris: Sirey, 1936. *Revista Forense*, v. 86, p. 548, tradução de Raul Lima, apud DIAS, José de Aguiar, op. cit., p. 60.

³¹ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 63.

A teoria do risco causou profundas discussões doutrinárias entre os defensores desta nova modalidade de responsabilidade e aqueles que pretendiam a permanência do conceito clássico de responsabilidade. Tal combate é simbolizado pela obra dos irmãos Mazeaud (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 3. ed. Paris: [s.n.], 1938), que reúne todos os argumentos contra a teoria objetiva.

Afirmam que os partidários da teoria objetiva jamais encontrarão solução completa, já que negam a necessidade de culpa.³²

Criticam o materialismo da teoria objetiva. Afirmam que o objeto e o destinatário da responsabilidade civil não é o patrimônio e, sim, a pessoa em toda a sua subjetividade. Sustentam tal posição com o exemplo do resarcimento do dano moral que, apesar de enquadrar-se plenamente na responsabilidade civil, nada tem a ver com o aspecto material-patrimonial das relações jurídicas:

A prova da falsidade da concepção objetiva, eles a enxergam em atitude que classificam de contraditória, porque reconhece a resarcibilidade do dano moral, o que, longe de apoiar o ponto de vista materialista, vem demonstrar que o problema exorbita do campo patrimonial e penetra no domínio da pessoa, de seu pensamento, de seus sentimentos, de suas afeições.³³

Criticam a teoria do risco como desenvolvimento do positivismo penal. Para eles, a ideia de que o dano a um indivíduo acarreta um dano à sociedade toda é errônea, já que anula a individualidade da pessoa e, em função disto, fragiliza a própria sociedade. O indivíduo continua em primeiro plano e a adoção da teoria do risco obrigaría este mesmo indivíduo à inércia, paralisando toda iniciativa. Misturam, enfim, o individualismo com o perigo econômico que acarretaria a adoção da teoria do risco. Sobre a doutrina do risco-proveito, afirma que não foi totalmente aceita, já que a lei francesa de acidentes de trabalho, que adota a responsabilidade objetiva, preconiza que o patrão arcará com metade do dano.

³² Tal crítica não é absolutamente correta, já que os partidários da teoria objetiva não negam a necessidade da culpa, apenas a consideram insuficiente.

³³ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 67.

Como resposta a esse conflito doutrinário insolúvel, surgiu a obra de Marton, sugerindo uma solução intermediária. Esta a **solução unitária de Marton**.

A base da solução encontrada por Marton é a de que **a responsabilidade é uma reação à infração de um dever preexistente**. Assim, uma obrigação prévia acarretaria uma responsabilidade posterior, sendo que aquela obrigação consistira em qualquer comportamento que a sociedade deseje e a lei contemple.

Desta forma, os fundamentos da responsabilidade civil passariam a ser:

a) princípio da prevenção: não requer o elemento culpa, mas exige causalidade entre o dano e o responsável.

b) princípios acessórios de caráter político-econômico:

b.1) princípio do interesse ativo: interessa se a atividade causadora do dano era exercida no interesse ou não de seu autor:

Delimita-se, em consequência, o princípio do interesse ativo pela fixação da ‘causa própria’ e da ‘causa estranha’, aquela que pertence à esfera de interesses do agente, esta, a que exorbita desse plano.³⁴

b.2) princípio do maior interesse social (*summum jus, summa injuria*): não se admite que a reparação de um dano cause um dano ainda maior. Aqui, haveria lugar para a observância da situação econômica das partes, na apreciação da responsabilidade pela reparação.

b.3) princípio da repartição dos danos: exigência econômica. Dano deve ser repartido entre os interessados, impedindo-se a concentração do ônus da reparação à somente uma parcela daqueles que participam ou tomam proveito do ato.

Aguiar Dias ainda acrescenta aos princípios de Marton o princípio da restituição, como complemento ao princípio da prevenção. Para tal princípio, deve-se buscar restituir a vítima do dano ao estado anterior à atitude lesiva. Para Marton, a restituição não seria um princípio autônomo, mas, sim, já faria parte da sanção.

³⁴ DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 99.

Além da teoria de Marton, há de se considerar, modernamente, a tendência da responsabilidade civil da socialização dos riscos e danos e a conjugação dos dois sistemas (culpa e risco).³⁵

Hoje, além de todas as ideias da teoria clássica da culpa, bem como da teoria do risco, poderíamos afirmar que “[...] o princípio que domina a responsabilidade civil na era contemporânea é o do ‘restitutio in integrum’, ou seja, da reposição completa da vítima à situação anterior à lesão”.³⁶

No caso de responsabilidade objetiva, não há necessidade de se configurar o elemento subjetivo do dano, ou seja, a imputabilidade ao agente de uma conduta contrária a um dever geral de cuidado.

Aqui, há responsabilidade, mas não há ato ilícito. O ato é lícito e permitido, porém gera risco pelo qual responde o causador, em atenção a um dever geral de proteção à coletividade, o risco produzido pelo ato é de inteira responsabilidade de seu causador. Note-se que o risco produzido deve ser originário da atividade exercida pelo agente de forma usual ou normal, ou seja, “o perigo deve resultar do exercício da atividade e não do comportamento do agente”.³⁷

O risco deve advir de o fato do agente explorar a indústria minadora, não do fato de não tomar as cautelas necessárias para tal mister. Caso observássemos a necessidade de se verificar a conduta do agente no momento da exploração, estariámos novamente diante da teoria clássica da culpa.

As atividades são enquadradas na teoria do risco com base em dois fatores. Primeiro, há responsabilidade objetiva para aquelas atividades que o próprio legislador entendeu suficientemente arriscadas para se exigir a comprovação da culpa numa eventual busca indenizatória. São os casos, por exemplo, das relações de consumo (Código de Defesa do Consumidor), da exploração de estradas de ferro (Dec. nº 2.681/12); a exploração da atividade aérea (Código da Aeronáutica - Lei nº 1.565/86); a exploração de mineração (Código de Mineração - Dec.-Lei nº 277/67); transporte marítimo (Dec.-Lei nº 116/67) e uso de veículos automotores (seguro de responsabilidade obrigatório - Dec. -Lei nº 73/66). Ainda, segundo a doutrina, se enquadrariam nessa ca-

³⁵ É o que se vê no Código Civil de 2002, que manteve a base da culpa em combinação com situações de adoção da teoria do risco.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 7.

³⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 48.

tegoria a responsabilidade do hoteleiro por furtos praticados por seus empregados contra hóspedes e a responsabilidade do banco que paga cheque falsificado (Súmula 28, STF).

Segundo, a responsabilidade objetiva decorrente da adoção da teoria do risco pelo Código Civil (art. 927, parágrafo único, e art. 931, CC). Tem-se o risco como nexo de imputação da responsabilidade paralelo à culpa, não havendo dever de indenizar porque há um *culpado*, mas, sim, o dever de indenizar pela escolha legislativa de um responsável pela indenização.³⁸

Nesse ponto, ganha interesse a construção feita pela doutrina francesa a respeito da diferenciação, para casos de responsabilidade objetiva pelo risco, dos conceitos de dano (a um bem jurídico tutelado) e o prejuízo, citando Geneviève Viney que em casos de situação de risco, a ausência de dano efeito não significa ausência de prejuízo indenizável, como no caso de despesas feitas pelo titular do direito ameaçado com medidas de prevenção da ocorrência do risco existente. Teria o titular do direito ameaçado que efetuou despesas para minizar o risco sofrido a possibilidade de atribuir dever de indenizar ao causador do risco, ainda que este não tenha se realizado, traduzindo uma responsabilidade pelo prejuízo do risco e não pelo dano efetivamente causado por este.³⁹

1.2.1.3. Decorrente de ato lícito – exercício de posições jurídicas

Ao lado da teoria do risco, em geral analisada dentro da teoria da responsabilidade civil, há de se considerar as situações em que se observe a existência de dano a partir do exercício de direito.

Nesses casos, o dever de indenização não se funda na conduta culposa causadora do dano, nem do risco assumido por conta da atividade continuamente realizada pelo causador do dano, em geral como atividade econômica, mas, sim, numa ideia de manutenção de um equilíbrio patrimonial entre as partes envolvidas. No dizer de Gustavo Ostorqui Castilha, citado por Rui Stoco⁴⁰, a ideia é a busca de

³⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 32.

³⁹ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 4. ed. Direção de Jacques Ghestin. Paris: LGDJ, 2013. p. 7 e p. 10.

⁴⁰ STOCO, Rui. Op. cit., p. 608.

um equilíbrio para que não haja crescimento de um patrimônio em detrimento de outro. Ao se tutelar tanto o exercício do direito quanto a situação do prejudicado, se busca, ao final, que nenhum dos patrimônios seja desprezado.

A obrigação de indenizar, aqui, decorre de um a situação típica, descrita em lei, pois tal obrigação não cumpre uma função sancionadora, não pressupõe uma situação de garantia, mas que impõe um equilíbrio entre interesses contrapostos tutelados pelo direito.⁴¹ Excluídas situações decorrentes do simples inadimplemento do negócio jurídico, tem-se que a reparação do dano:

Pode ser por haver **contrariedade a direito**, ou sem haver **contrariedade a direito**. Se há contrariedade a direito, há ilicitude, aí absoluta; se não há contrariedade a direito, não há ilicitude, e então a reparação se funda em que a esfera jurídica de alguém foi invadida sem que o ato invadente se considere contrário a direito.⁴²

Tem-se, pois, nestes casos, uma escolha legislativa, entre determinar que aquele que sofreu o dano o absorva em seu patrimônio, e impor a indenização de tal dano a seu causador material, ainda que não se observe a ilicitude da conduta. No dizer de Pontes de Miranda:

A licitude existiu, a despeito do dano: só se estabeleceu antijuridicidade; houve dano, e a lei estatui que seja indenizado. Assim, nem todas as indenizações em virtude de responsabilidade extranegocial são oriundas de atos ilícitos. Há sanção legal, que tem como *ratio legis* cobrir-se o que se perdeu, a despeito de a própria lei ter permitido.⁴³

⁴¹ STOCO, Rui. Op. cit., p. 608.

⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. t. LIII, p. 175.

⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. LIII, p. 143/144.

Nesse ponto, considerando-se a construção da teoria da responsabilidade civil por ato lícito, tem-se a necessidade de se alterar a regra de imputação, passando da conduta do agente causador do dano em si, seja por conta de conduta contrária a um comando legal genérico (culpa), seja pela assunção de um risco que lhe traga, de alguma forma, vantagem jurídica na assunção, para a existência do dano injusto, caracterizado como aquele que atinge direitos da vítima que não se mostrarem proporcionais aos interesses tutelados pelo causador do dano, que o faz a partir do exercício de uma posição jurídica fundada num direito também a ele reconhecido. A questão é, em linhas finais e simplista, de ponderação de valores, fundada na Constituição Federal.

Bibliografia

- ALPA, Guido. L'ingiustizia del danno. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Dir.). *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: UTET, 1987.
- ALPA, Guido. Legittima difesa e stato di necessità. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario (Dir.). *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: UTET, 1987.
- BENACCHIO, Marcelo. Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado contidos no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- CARVAL, Suzanne; GENEVIÈVE, Viney; JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil; les conditions de la responsabilité*. Direção Jacques Ghestin 4. ed. Paris: LGDJ, 2013.
- CHABAIS, François; MAZEUD, Henri; et MAZEUD, Léon; MAZEUD, Jean. *Leçons de droit civil*. 8. ed., Paris: Montchrestien, 1991. t. II, v. 1.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. (t. 3: Gestão de negócios, enriquecimento sem causa, responsabilidade civil).
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual. Rio e Janeiro: Forense, 1995, v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.

FRANZONI, Massimo. Il danno risarcibile. ALPA, Guido; BIN, Marino; CENDON, Paolo (Org.). *La responsabilità del produttore*. Padova: CEDAM, 1989.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.) *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne; GENEVIÈVE, Viney. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghustin. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Brinz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. t. II.

LENZ, Luís Alberto Thompson Flores. A responsabilidade civil do Estado pela prática de ato lícito. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, v. 205, p. 117/127, jul./set. 1999.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. pelo prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean; CHABAIS, François. *Leçons de droit civil*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1991. v. 1, t. II.

MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; CHABAIS, François. *Leçons de droit civil*. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1991. v. 1, t. II.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: T. LIII. São Paulo: RT, 2013.

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

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

SOARES, Ronnie Herbert Barros. Atividade estatal e perspectiva objetiva do ilícito. GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.) *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil pela prática de atos lícitos. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.1, p. 610. (Revista dos Tribunais, n. 731, set. 1996).

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice; CARVAL, Suzanne. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. 4. ed. Paris: LGDJ, 2013.

VISINTINI, Giovana. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tradução de Aída Kemelmajer de Carlucci. Astrea: Buenos Aires, 1999. (t. 1: La culpa como critério de imputación de la responsabilidad).

O dano na responsabilidade civil

Ralpho Waldo de Barros Monteiro Filho¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Renata Pinto Lima Zanetta

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

1. Dano e seu conceito

1.1. Conceito de dano

É comum ver o termo dano utilizado para designar realidades distintas. Ora para referir a lesão de *qualquer bem jurídico*, ora para significar afronta ao patrimônio. No primeiro sentido, como apontaram Lehmann e Ennecerus², equivale a toda desvantagem experimentada pelos bens jurídicos, aí inseridos bens patrimoniais e não patrimoniais (vida, honra, corpo, direitos de família etc.). No segundo, em sentido estrito, aponta para o desfalque de bem pecuniariamente apreciável.

Há, ainda, a palavra *perda* que, em nosso ordenamento, é usada para significar o mesmo que *dano*. Nesse sentido designariam, tanto perda quanto *dano*, o que se chama *dano emergente*. Daí Agostinho Alvim³ lembrar que melhor seria empregar a expressão *danos e interesses*,⁴ para abarcar não apenas aquele dano emergente, mas também o que se deixou de ganhar (*lucro cessante*).

Usa-se, ainda, a locução *perdas e danos*⁵ para designar uma só realidade, e não duas figuras autônomas. Nesse sentido, perdas e danos exprime a ideia de prejuízo.⁶

¹ Mestre em Direito Civil. Professor de Direito Civil na FMU-SP. Professor do Curso de Direito Imobiliário (convidado) da Pós-Graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professor assistente da Especialização em Direito Civil da Escola Paulista da Magistratura.

² *Derecho de obligaciones*. v. 1, parágrafo 10.

³ *Da inexecução*. p. 175.

⁴ Tal como faz o Código Civil francês em seus arts. 1.146 e 1.153 (*dommages et intérêsts*).

⁵ Em certa escala, é precisamente o que Pontes de Miranda entende ocorrer com a expressão *busca e apreensão*: “Os conceitos de busca e de apreensão fundiram-se aí mais ainda do que em perdas e danos. Não representam dois atos autônomos, posto que haja dois atos; nem atos simétricos, enantiomorfos, como em compra e venda.” (Comentários ao Código de Processo Civil, v. XII, n. 217).

⁶ MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 9.

Enfocada a questão, pois, sob o prisma do *desvalor*, dano é a diminuição do patrimônio ou menoscabo de bens imateriais. Decorre disso a tradicional sistematização do dano em *material* e *moral*: um calcado no desfalque patrimonial; outro, na agressão ao valor da personalidade.

2. Dano material e sua conformação

2.1. A ideia de patrimônio

Assentada a noção de que *dano material* é o prejuízo patrimonial, parece imprescindível o adequado entendimento de *patrimônio* para a sequência do estudo.

Nas raízes romanas, a expressão *patrimônio* designava os *bens da família*. A ideia de patrimônio era traduzida por *família*, como se percebe das expressões *familiae erciscundae (actio)* e *familiae pecuniaque*.

Definia Clóvis Beviláqua – patrimônio – como o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente⁷. Utilizou o civilista, como se vê, a expressão *complexo das relações jurídicas*, cuja principal virtude está em albergar, na ideia de patrimônio, tanto os elementos ativos quanto os passivos, ou seja, compõem-no as dívidas e os créditos, não se limitando aos bens da pessoa.

O acerto em seu emprego bem se verifica quando se constata que uma pessoa, no comércio social, trava diversas relações que produzem efeitos econômicos, seja adquirindo um direito (faculdade de exigir de outrem uma prestação), seja assumindo determinado compromisso de prestar algo em favor de alguém. Qualquer que seja a realização dessas operações *socioeconômicas* repercutirá no patrimônio de quem as pratica, positiva ou negativamente. No mais das vezes, é impossível saber se o resultado da operação negocial realizada trará ao seu praticante lucro e benefícios ou prejuízos. É situação imprevisível, ainda que, quando se celebre determinado negócio jurídico, em especial os empresariais, tenham as partes uma perspectiva (quase um seu desejo, ou *objetivo*) do que irá acontecer. Eventualmente, o negócio que se pretendia lucrativo se revela extremamente prejudicial. Mas a natureza da repercussão patrimonial, se positiva ou negativa, no patrimônio

⁷ Teoria geral do direito civil. p. 157.

da pessoa, não importa. Conta, apenas, que algum reflexo patrimonial a relação produzirá. E tudo isso porque o patrimônio é projeção da personalidade jurídica do ser humano, na medida em que ele, vivendo em sociedade, efetua e participa, a todo o instante, de relações jurídicas de expressão econômica⁸. Não há como se conceber pessoa, em sociedade, sem patrimônio. Nesses termos, o seu patrimônio é uma *necessidade* da vida social. Poder-se-ia imaginar uma pessoa *sem* patrimônio apenas em estado absoluto de natureza, na mais completa abstração da vida coletiva. Fora dessa imagem é inconcebível.

Por isso, o patrimônio não se compõe apenas de bens, mas também de outras *relações jurídicas*, cujo resultado na esfera patrimonial não é importante para a conceituação de patrimônio.

Se se considerasse *patrimônio* apenas o conjunto de bens da pessoa, as operações negociais por ela realizadas que obtivessem resultado negativo estariam fora do conceito. Como se disse, geralmente é impossível predeterminar o resultado de um negócio comercial, já no momento de sua celebração. Sem saber se o seu resultado será negativo, ou positivo, como então o qualificaremos no mundo jurídico, se de patrimônio não se trata?

Por evidente, essa dificuldade – se assim fosse considerado patrimônio – é insuperável. Daí, o grande acerto de Clóvis Beviláqua ao se referir a *conjunto das relações jurídicas*.

Do quanto dito, verifica-se que o patrimônio é composto de um lado positivo e outro negativo. Despreze-se, para definir o instituto, qual desses lados prepondera. Para bem compreender o instituto, isso não importa, ainda que em determinados momentos, eleitos pelo direito positivo, tal verificação seja essencial⁹. Se não fosse assim, isto é, se se admitisse como marca de existência do patrimônio a verificação de um saldo positivo, abater-se-ia do montante ativo todas as dívidas da pessoa. Se, em determinado momento os valores se equivalsessem (ativo igual ao passivo), chegar-se-ia à esdrúxula conclusão de que aquela pessoa não tem patrimônio.

Interessante, mas equivocada, é a opinião de Henri de Page, que reduz o conceito de patrimônio ao seu lado ativo. Para ele, é patri-

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense. v. 1, p. 393.

⁹ Por exemplo, na determinação e apuração da insolvência civil que, como se sabe, poderá influenciar na configuração da *fraude contra credores*.

mônio apenas o conjunto de bens penhoráveis de uma pessoa. A marca dessa teoria é a possibilidade de incidência da ação dos credores sobre determinados bens. As dívidas, segundo o autor, não integram o patrimônio, mas constituem encargo exterior, que gravam o ativo patrimonial¹⁰.

São insuperáveis as dificuldades para se aceitar a teoria de Henri de Page. No plano puramente prático, é impossível separar, em compartimentos, o patrimônio de uma pessoa em *ativo* e *passivo*. É um conceito abstrato, que transcende, para o Direito, a ideia dos objetos palpáveis e tangíveis de propriedade do homem. Nesse sentido, o patrimônio é incindível, albergado em apenas uma realidade. O patrimônio da pessoa, física ou jurídica, é um só¹¹. Ainda, como se disse, a aceitação dessa teoria poderia levar à negação do patrimônio, quando o passivo ultrapassasse o ativo. Mas essa negação se afasta do próprio entendimento do homem em sociedade, porque ele efetua diversas operações negociais, participando de relações jurídicas que percutirão em sua esfera econômica. Por essa razão, toda pessoa há de ter patrimônio porque justamente ele abarca todas essas operações negociais realizadas. Como não há pessoa sem patrimônio, por essas razões, não é possível dividi-lo tal como quer a corrente capitaneada por De Page, porque significaria, eventualmente, negar a existência do patrimônio em certos casos.

Poder-se-ia argumentar que o direito alemão, ao se referir ao patrimônio, enfoca apenas o seu lado ativo. Mas compete lembrar que os seus comentadores mantêm a tese, a despeito da lei, de que o patrimônio também açaibarca as obrigações da pessoa¹².

A questão acerca do passivo (dívidas e obrigações do indivíduo) integrar o patrimônio, contudo, não é pacífica.

Para a teoria *clássica*, ou *subjetiva*, o patrimônio é um direito indivisível, unitário e se apresenta como um prolongamento da perso-

¹⁰ *Traité élémentaire*. t. V, n. 572, p. 550.

¹¹ Ensina Caio Mário da Silva Pereira: “Somente por enorme esforço de abstração seria possível destacar os bens dos débitos, pois que uma pessoa, natural ou jurídica, em nenhum momento, tem a possibilidade de os distinguir em unidades separáveis”. (*Instituições de direito civil*, cit., v. I, p. 392).

¹² Nesse sentido, Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martin Wolff (*Tratado de derecho civil*. Revisado por Hans Carl Nipperdey e traduzida para o espanhol e comentada por Blas Pérez González José Alguer. Barcelona: Bosch, s.d. v. I, t. I, § 124, I, p. 607); da mesma forma Windscheid, Pandette, I, § 42 apud Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, cit., v. 1, p. 393.

nalidade. Motivo pelo qual dizem ser o patrimônio uma *universalidade de direito*.

Em contrapartida, para a teoria *moderna, realista ou da afetação* o patrimônio é constituído tão somente pelo ativo de um sujeito e, portanto, não se trata de um bem indivisível. Vale dizer, para esta última teoria o patrimônio é formado por vários núcleos individualizados, por exemplo, a herança, a massa falida etc.

2.2. Desfalque patrimonial e dano indenizável

É certo que, em princípio, não se há falar em obrigação de indenizar acaso inexistente dano. É o que se consagra nos arts. 402 e 403 do Código Civil. Disso decorre que mesmo ocorrendo violação de um dever jurídico, culposamente (se assim se exigir), não haverá direito de reparação ante a falta de dano. Nesse sentido, o *dano* é a *causa direta* da indenização. Sem ele, não se sustenta, até por critério de lógica, obrigação de reparar.

Não basta qualquer dano. Mister que seja, ainda, *atual e certo*.

3. Dano moral e sua conformação

No estudo da responsabilidade civil, o dano, como resultado da lesão ao patrimônio material ou imaterial, apresenta-se como ponto neurálgico à configuração da responsabilidade civil, despontando como o principal elemento para sua caracterização. Sabendo-se que a responsabilidade civil impõe a obrigação de reparar o dano, não se determinará a obrigação de reparar o dano sem a sua existência.

Consoante o entendimento quase unânime da doutrina, em conformidade com a legislação vigente, no âmbito dos danos, distinguem-se, de um lado, os danos patrimoniais, já objeto de explanação, e de outro, os danos morais, ou extrapatrimoniais, significando, respectivamente, o verdadeiro prejuízo econômico e o sofrimento moral, ao patrimônio desmaterializado.

Quanto à configuração do instituto, para Orlando Gomes, na preciosa definição de dano moral, impende distinguir, primeiramente, a lesão ao direito personalíssimo que repercute no patrimônio daquela que não repercute. A lesão poderá ocorrer nas duas órbitas, isoladamente ou

ao mesmo tempo. A lesão ao direito à boa fama e à honra de alguém pode determinar prejuízos na esfera patrimonial do ofendido ou apenas sofrimento moral. Assim, a expressão dano moral deve ser reservada para referir ao atentado que não implica qualquer efeito patrimonial, mas, se ocorrerem consequências de esfera patrimonial, o dano deixa de ser extrapatrimonial.¹³

Arnoldo Medeiros da Fonseca defende que o dano moral, na esfera do Direito, reflete todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico. Configuram danos morais, a título de exemplo, a lesões aos direitos políticos, aos direitos inerentes à personalidade humana, aos direitos de família, bem como lesões causadoras de sofrimento moral ou dor física, sem atenção aos respectivos reflexos no campo econômico.¹⁴

Henri Mazeaud e Léon Mazeaud, citados por Américo Luís Martins da Silva, acrescem que o dano moral não se restringe somente à lesão que afeta o domínio desmaterializado invisível dos sentimentos e pensamentos, mas também à lesão causada por sofrimentos físicos, sem consequência pecuniária, como, a título de exemplo, os resultantes de um acidente desprovido de reflexo econômico ou de uma cicatriz que desfigure o rosto do indivíduo.¹⁵

De acordo com Eduardo Zannonni:

Dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de que suporta um dano estético ou a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, já que cada pessoa sente a seu modo. O Direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas

¹³ Cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 332.

¹⁴ Cf. FONSECA, Arnoldo Medeiros da, apud Américo Luís Martins da Silva, *Dano moral e sua reparação civil*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 38.

¹⁵ Cf. Henri Mazeaud e Léon Mazeaud apud Américo Luís Martins da Silva. *Dano moral e sua reparação civil*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 38.

aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.

Assim, no caso de um indivíduo que presencia um atropelamento, não está legitimado a pleitear indenização, mesmo que a cena lhe provoque grande dor. Todavia, no mesmo exemplo, caso exista uma relação de parentesco próxima entre o indivíduo e a vítima, aquele será lesado indiretamente e, por conseguinte, como lesado indireto, tanto quanto a vítima, poderá postular a reparação civil do dano moral como um meio de atenuar, em parte, as consequências da lesão jurídica por ele (e pela vítima) sofrida.¹⁶

Nessa linha, o dano moral direto consiste na lesão a um interesse que objetiva a satisfação de um bem extrapatrimonial inserido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, a intimidade, o decoro, a imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Já o dano moral indireto, por sua vez, consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação de bens jurídicos patrimoniais, que produz depreciação a um bem extrapatrimonial (como a perda de coisa com valor afetivo).¹⁷

Em linhas gerais, a distinção de um dano patrimonial de um dano moral não se refere ao dano em sua origem, mas, sim, ao dano sob a ótica de seu efeito, na análise do caráter da repercussão sobre o lesado, de modo que a doutrina generalizada tem caracterizado o dano imaterial sob a forma negativa, em contraposição ao dano patrimonial: configurar-se-á o dano moral quando não estiverem presentes as características do dano patrimonial que é aquele que atinge o patrimônio do indivíduo.

Contudo, observa Yussef Said Cahali que o critério para a caracterização do dano moral a partir de um enfoque negativista, em contraposição ao dano material, mostra-se insatisfatório quando abstraímos o caráter estritamente econômico do patrimônio para, alargando o conteúdo, abranger valores desmaterializados. Desta forma, melhor caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos, como a privação ou diminuição dos bens que têm um valor primordial na vida do homem,

¹⁶ Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 39.

¹⁷ Idem.

seja por afetar parte social do patrimônio moral ou parte afetiva do patrimônio moral; dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial e dano moral puro.¹⁸

Nas palavras do autor:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualificando-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.¹⁹

No que tange à conformação do dano moral no Direito Brasileiro, antes da vigência do Código Civil de 1916, o Código Criminal de 1830, ao estabelecer que “a indenização será sempre a mais completa que for possível; no caso de dúvida, será a favor do ofendido”, não se reportava propriamente à reparação do dano moral, mas assinalava que a indenização deveria ser plena na responsabilidade decorrente de crime.

O Decreto 2.681/1912, ao disciplinar a responsabilidade civil das estradas de ferro do Brasil, já dispunha da reparação do dano moral, no artigo 21, estabelecendo que “no caso de lesão corpórea ou deformidade, além das perdas e danos, das despesas do tratamento e dos lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma *indenização conveniente*”. Tal “indenização conveniente” refere-se ao dano extrapatrimonial imposto em função de acidente em estradas de ferro.

¹⁸ Cf. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19-20.

¹⁹ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 20.

O Código Civil de 1916, embora não tenha feito alusão expressa à reparabilidade do dano moral, também não apresentou nenhum óbice decisivo à sua aceitação e vários de seus dispositivos suscitaram debates doutrinários e jurisprudênciais a respeito da admissibilidade ou não do dano moral, como o artigo 76: “para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral”, em seu parágrafo único: “o interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”; artigo 1.537: “a indenização, no caso de homicídio, consiste: I- no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II- na prestação de alimentos à pessoa a quem o defunto os devia”; artigo 1.547: “a indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que deles resulte ao ofendido”, em seu parágrafo único: “se este não puder provar o prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550)”; dentre outros.

A Lei 4.117/62, o Código Brasileiro de Telecomunicações, marcou o período de evolução do princípio da reparabilidade do dano moral, conquanto assegurou à vítima de calúnia, difamação ou injúria, veiculadas por radiodifusão, a reparação pelos prejuízos de natureza não patrimonial.

Também se destacaram na fase de evolução do princípio da reparabilidade do dano moral, a Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) e o Código Eleitoral (Lei 4.737/65).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da reparabilidade do dano moral puro foi textualmente consagrado na Lei Maior, dispondo o artigo 5º, inciso V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e o inciso 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”.

Assim, a Carta Maior, rompendo com o passado e afastando resistências, encampou a aceitação plena da reparação do dano moral, afirmando e protegendo a inviolabilidade dos bens inerentes à personalidade.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 186, expressamente assegura a reparabilidade do dano moral.

Entretanto, parte da doutrina sustenta o anacronismo do Código Civil de 2002 frente à Constituição Federal, eis que por ter sido

criado a partir de anteprojeto antigo que sofreu algumas alterações, engendrou uma desarmonia entre o instituto do dano moral consagrado no Código Civil com aquele da Carta Maior, conquanto a dimensão existencial da pessoa humana nele não mereceu a importância destacada pela norma constitucional²⁰, deixando o legislador ordinário de regular o dano moral e as consequências da violação dos direitos da personalidade.

Obtempera Rui Stoco²¹ que o artigo 186 do Código Civil limitou-se a fazer menção ao dano moral apenas de passagem, ao final de sua redação, o que foi fruto de inclusão posterior na redação final do preceito pela Comissão que desprezou a teoria da inviolabilidade da personalidade e do dever de compor a ofensa moral.

2.3.1. Tutela dos direitos da personalidade

O exame do tema da tutela dos direitos da personalidade, uma vez ausente disposição legal explícita, comporta admissibilidade da mais ampla proteção preventiva ou inibitória e da tutela específica, aptas a salvaguardar os direitos da personalidade, a impedir a consumação do dano moral, a reiteração ou o agravamento do dano mediante a imposição de obrigações de fazer e não fazer.

A modalidade de tutela dos direitos da personalidade atua sobre a conduta do autor da violação para que se abstenha da prática do ilícito; para que cesse a violação já iniciada; para que desfaça ou minimize o resultado de sua conduta ilícita, geradora, ou potencialmente, de um dano moral.

Com efeito, é no âmbito dos direitos da personalidade, despatrimonializados, que as tutelas preventiva e específica se revelam mais necessárias, precipuamente em razão da dificuldade de, uma vez consumada a violação ao direito da personalidade, obter-se uma adequada e justa reparação, preponderando aí o manejo de tutela antecipada ou liminar.

²⁰ Cf. REIS, Cleyton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 88.

²¹ Cf. Stoco, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1876.

2.3.2. Bens lesados e estruturação

De acordo com a classificação das modalidades de danos morais formulada por Roberto Brebbia:

A) daños morales originados por la violación de los derechos inherentes à la personalidade que protegen los bienes que integram el aspecto objetivo o social del patrimônio moral; a) honor; b) nombre; c) honestidad; d) libertad de acción; e) autoridade paterna; f) fidelidade conyugal; g) estado civil. B) daños morales originados por la violación de derechos inherentes à la personalidad que integran el aspecto subjetivo del patrimônio moral: a) aficiones legítimas; b) seguridad personal e integridad física; c) intimidad; d) derecho moral del autor sobre su obra; e) valor de afección de ciertos bienes patrimoniales.²²

A bem da verdade, os casos elencados na legislação, estudados pela doutrina ou analisados pela jurisprudência, resolvem-se na proteção dos chamados direitos da personalidade, eis que de sua violação resulta o dano moral reparável. Desta feita, os autores tendem a classificar os danos morais segundo a espécie do direito da personalidade lesionado.

Entretanto, em face da inviável enumeração exaustiva dos direitos da personalidade e dos danos morais possíveis, igualmente inviável a tentativa de sua classificação.

Sessarego, citado por Yussef Said Cahali, discorrendo sobre as tendências de proteção da pessoa, pondera que o direito, dentro de sua natureza tridimensional, é primordialmente vida humana interferida, mostrando-nos o ser humano como uma unidade ontológica, cuja realidade impõe a juristas que adotem um método integral e unitário protetivo da pessoa humana, condizente com a sua diversidade existencial.²³

²² Cf. BREBBIA, Roberto apud CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 47.

²³ Cf. SESSAREGO apud CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 48.

Para o autor, a pluralidade crescente de direitos do indivíduo não pode reclamar uma plural sustentação, pois cada um dos direitos não pode se fundar de modo autônomo em um interesse fragmentado, parcial, que protege sem proferir menção à inseparável unidade simbolizada pela pessoa humana. Assim, toda possível proteção jurídica de certo aspecto da complexa personalidade relaciona-se com o ser mesmo da pessoa, no quanto retrata o seu único e especial fundamento.

Conclui que a posição pluralista se afasta da realidade quando fragmenta em múltiplos aspectos isolados e autônomos algo que realmente é uma “unidade ontológica”. Além disso, também se aparta da realidade quando tenta conferir proteção jurídica, isoladamente, a cada um dos aspectos da personalidade, desconectando-os da referência à unidade existencial do ser humano, pretendendo encontrar, em cada um desses aspectos isolados da personalidade, de modo desconexo, o seu próprio fundamento. Todavia, tal vinculação é vital, eis que na pessoa humana convergem múltiplos interesses que, a despeito de poderem ser estudados isoladamente, não significa que todos estes interesses não mantenham entre si um denominador referencial comum que, servindo-lhes como único fundamento, confere uma conotação solidária.

Destarte, as “objeções” à teoria pluralista não têm o condão de propor a completa supressão de todas as situações subjetivas relativas à pessoa nos dispares ordenamentos jurídicos vigentes. Ao revés, têm o intuito de destacar que as situações jurídicas subjetivas, identificadas no plano da legislação comparada, não logram esgotar os múltiplos aspectos da pessoa humana, significando, pois, insuficientes para uma completa proteção do ser humano.

2.3.3. Reparação e sua natureza jurídica

No que pertine ao fundamento para a reparação do dano moral, a vinculação do dano imaterial ao regramento vigente acerca dos efeitos do dano patrimonial oriundo do ato ilícito já encontrou forte oposição por parte da doutrina.

Entre os principais argumentos dos oponentes à reparabilidade do dano moral, destacam-se: o de que a dor não tem preço e não admite compensação pecuniária; não é possível avaliar o preço da dor no dano moral; a incerteza de um direito lesado e de um dano real; a incerteza

em descobrir a existência do dano moral; a ausência de efeito penoso durável; a impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; a imoralidade da compensação da dor com dinheiro; extensão do arbítrio concedido ao juiz e o ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz; a impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação; a reparação do dano moral implica num enriquecimento sem causa do prejudicado; a reparação somente se daria no caso do ofendido ser pobre; só podem ser reparados os danos oriundos do extracontratual.²⁴

De acordo com Luiz da Cunha Gonçalves, distinguem-se quatro grupos entre os que negam a reparação do dano moral: i) o dos que negam em absoluto qualquer possibilidade de reparação do dano moral; ii) o dos que, dividindo a parte social do patrimônio moral (como a reputação, a honra, etc.) e a parte afetiva do patrimônio (a dor, o luto por morte de familiares, etc.), só admitem a reparação do dano moral quanto à parte social do patrimônio moral e negam a reparação da parte afetiva do patrimônio; iii) o dos que aceitam a reparação do dano moral quando anexa de responsabilidade criminal; iv) o dos que admitem a reparação do dano moral apenas se conjuntamente com o dano material.²⁵

Apesar da clássica controvérsia, restaram superadas as objeções levantadas no passado, eis que, como dito, o Código Civil de 1916 não inseria qualquer preceito alusivo à reparação do dano moral, hoje, tanto na doutrina e na jurisprudência, prevalece a possibilidade de reparação do dano moral que, inclusive, foi absorvida e consagrada no texto da Constituição Federal de 1988, elevando à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade de danos morais.

Hodiernamente, ainda que desprovida de reflexo ou repercussão econômica, prevalece a reparação do dano moral, que será fixada judicialmente por intermédio de arbitramento do *quantum* devido de prestação pecuniária de natureza compensatória em detrimento do causador do dano em benefício do lesado, objetivando suavizar os efeitos espirituais da lesão moral. Na avaliação do dano moral, o julgador elabora o sopesamento de elementos como, exemplificativamente, a culpa do agente, a extensão do prejuízo causado, a capacidade econômica do responsável, entre outros, para arbitrar uma reparação equitativa.

²⁴ Cf. SILVA, Américo Luís Martins da. Op. cit., p. 44.

²⁵ Cf. CUNHA, Luiz da Cunha apud Américo Luís Martins da Silva. Op. cit., p. 44.

Além da liquidação por arbitramento, o *quantum* poderá ser liquidado por artigos, caso haja necessidade de alegação de fato novo, em conformidade com artigos 606 e 608, ambos do Código de Processo Civil.

Inobstante a prevalência doutrinária atual pela reparação do dano moral, importante destacar que, enquanto no dano patrimonial busca-se a plena indenização do ofendido com a recondução de seu patrimônio ao estado que se encontrava no momento precedente ao fato danoso, operando-se, pois, o resarcimento do dano material, diversamente, a reparação do dano moral não se resolve em indenização propriamente dita, porquanto o conceito de indenização abarca a semântica da eliminação do prejuízo e de suas consequências. Na reparação do dano moral, o que se tem em mente é a compensação, e não o resarcimento, impondo-se ao causador do dano a obrigação de pagar uma quantia certa em dinheiro em favor do lesado, significando que ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio do causador proporciona ao ofendido uma compensação satisfatória²⁶.

Nessa linha, a compensação do dano moral exerce duas funções: a função expiatória, relativamente ao culpado pela lesão, atribuindo à compensação o caráter de pena e acarretando perda de patrimônio ao lesionador; a função de satisfação, relativamente à vítima ou ofendido, que recebe o pagamento de uma soma em dinheiro como forma de satisfação para destiná-la como melhor lhe convier, compensando, destarte, a perda ou dano que tenha sofrido.

Em nosso hodierno mundo capitalista e consumista, a pena pecuniária representa uma penalidade das mais significativas ao causador do dano, haja vista que a parte mais sensível do corpo humano é o bolso, revelando que esta modalidade de pena tem se mostrado o mais enfático corretivo para o lesionador.

Observa Yussef Said Cahali que a aceitação tardia da reparação do dano moral em nosso direito culminou em uma “demanda reprimida” que, algumas vezes, reflete exageros alarmantes, com excessos que podem comprometer a essência do instituto.²⁷

Para evitar tais excessos inaceitáveis, visando à preservação da dignidade do instituto, impende a compreensão da análise “da reparação do dano moral e sua evolução histórica, sua perspectiva no direito com-

²⁶ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 38.

²⁷ Idem.

parado, sua natureza e seus fundamentos, seus pressupostos e sua forma de indenização, a proporcionar informações proveitosa para a identificação do dano moral indenizável e parâmetros para sua liquidação".²⁸

2.4. Danos reflexos

No que se refere aos danos morais indiretos, reflexos ou por ricochet, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem, em hipóteses excepcionais, que terceiros sejam afetados moralmente, de modo reflexo e indireto, pelo dano moral sofrido pela vítima do ato ilícito. Apesar de cuidar-se de uma responsabilidade atrelada à mesma causa que originou a obrigação, tal direito se destaca para conservar sua autonomia no que concerne à titularidade e consequente exercício.²⁹

Por conseguinte, a terceira pessoa, prejudicada reflexamente, além daquela vítima imediata que recebeu os efeitos diretos do ato ilícito e sofreu o dano moral, será contemplada com a reparação do dano moral por direito personalíssimo autônomo.

Tais prejudicados reflexamente, lesados indiretamente, são aqueles que têm um interesse moral vinculado a um valor de afeição que lhes significa (ou representa) o bem jurídico da vítima imediata do dano, havendo, pois, uma presunção "iuris tantum" de dano moral indireto em favor de descendentes, ascendentes, cônjuges, irmãos, a título de exemplo, em caso de ato ilícito que cause dano moral a pessoa da família.

Com destaque para o princípio geral de que a ação de reparação do dano moral incumbe à vítima, Aguiar Dias salienta que em muitos casos se revela difícil a identificação do autor da ação rigorosamente como vítima, vez que o dano o afeta por intermédio de outra pessoa. O prejuízo pode ser experimentado não por uma pessoa, mas, sim, por uma pluralidade, atingindo várias pessoas. Daí, cada uma tem direito de exigir a reparação em detrimento do responsável, concluindo que o direito de exigir a reparação depende de prova do prejuízo ou da lesão à afeição.³⁰

²⁸ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 18.

²⁹ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 53.

³⁰ 3ª Câmara de Direito Público do TJSP, 14.04.2009, JTJ339/476.

Para Yussef Said Cahali, havendo uma multiplicidade de pessoas atingidas reflexamente pelo mesmo ato ilícito, apesar de inexistir óbice ao ajuizamento de ações autônomas, o caso seria de litisconsórcio ativo na ação de indenização, mas, em qualquer caso, tendo sido paga indenização única ao parente mais próximo, os demais seriam excluídos, *no pressuposto da unicidade da indenização.*³¹

Rui Stoco sustenta que, se dois ou mais legitimados ingressam com ação, a indenização deverá ser repartida. Caso, posteriormente, outro legitimado venha pleitear indenização pelo mesmo fato, na hipótese de outro já ter obtido indenização em ação judicial, a alternativa a este último é postular parte do valor que aquele já recebeu.³²

2.5. Novos danos

Na esteira evolutiva somatizada pelo Direito, seja pelos efeitos reflexos advindos das infindáveis mutações vividas pela sociedade ou pelo avanço tecnológico, novas modalidades de danos são destacadas pela doutrina.

A V Jornada de Direito Civil aprovou o Enunciado nº 456, que dispõe:

A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Para Anderson Schreiber:

Longe de ser restritiva ao âmbito probatório, esta flexibilização indica uma alteração gradativa e eminentemente jurisprudencial na estrutura da responsabilidade civil, a refletir a valorização de sua função compensatória e a crescente necessi-

³¹ Cf. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 57.

³² Cf. STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

dade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência de políticas públicas na administração e reparação dos danos³³.

De acordo com o jurista, os pressupostos da responsabilidade civil e que dão ensejo ao dever de indenizar, quais sejam: culpa e nexo causal, perdem importância frente a ascensão do dano que figura, a um só tempo, como objeto e como *ratio* da reparação. O dano, por tempos alcado a um patamar secundário, especialmente por sua fácil verificação materialista, vem, paulatinamente, ganhando papel de destaque na jurisprudência como “elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios diversos”³⁴.

Nesse contexto, despontam como novos danos, o dano estético, “perda de uma chance”, o dano moral coletivo e o dano social.

Tanto a doutrina como a jurisprudência tem conferido tratamento diferenciado ao dano estético, alcançando-o à categoria estanque do dano extrapatrimonial.

Tal tendência evolutiva pode ser inferida na edição da Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça que dispõe: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, sinalizando o tratamento dedicado ao dano estético como um novo dano reparável, distinto do dano moral.

Teresa Ancona Lopez define o dano estético como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe causa um “enfeamento” e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem a uma dor moral³⁵.

Para essa corrente que defende o dano estético como uma nova categoria de dano, autônoma frente ao dano material ou moral eventualmente existentes no caso concreto, enquanto no dano moral se verifica a dor mental, no sofrimento psíquico, de foro íntimo, o dano estético se projeta para além do aspecto psíquico, causando uma alteração morfológica no corpo da vítima, agredindo a visão e causando humilhações.

³³ SCHREIBER, Anderson apud TARTUCE, Flávio. *Direito civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 456.

³⁴ Idem.

³⁵ LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético, responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 46.

A despeito da corrente doutrinária e jurisprudencial que considera o dano estético como um novo dano, estanque do dano moral, ainda há destacada doutrina sustentando que o dano à estética é espécie do gênero dano moral³⁶ e, por conseguinte, inacumulável o pedido de indenização por dano estético e por dano moral, sob pena de configurar *bis in idem*.

Quanto à “perda de uma chance”, consagra-se como a reparação devida ao lesado que se viu frustrado de uma efetiva probabilidade de determinado proveito em decorrência de um fato imputável ao agente responsável³⁷.

De origem francesa, a doutrina tradicional refutava a reparação por perda de uma chance. Nessa vertente, René Demogue ressaltava a ausência de certeza definitiva de que se lograria êxito na consecução da vantagem patrimonial, mencionando como exemplo, no caso de um cavalo de corrida impedido de participar de uma carreira por falha do transportador, que nada garantiria que este cavalo, caso não tivesse sido impedido de concorrer, se consagraria campeão³⁸.

De outro lado, Henri Lalou argumentava que para a perda de uma chance bastava a certeza da probabilidade do dano, e não a certeza do dano efetivo, eis não existir dúvida do absoluto malogro da possibilidade de vitória do cavalo ocasionada pelo evento danoso, abortando, assim, a chance chegar em primeiro lugar³⁹.

No Direito comparado, discute-se sobre a correta classificação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, se na categoria do dano ou do nexo causal, dadas as dificuldades probatórias de se estabelecer a relação de causalidade entre o fato imputado ao agente e o dano final (causalidade parcial)⁴⁰.

Com ênfase para o objeto do presente artigo, na perda de uma chance, o dano corresponde à perda de uma probabilidade que era certa, de modo que o objeto da reparação deve representar a frustração de uma chance e não o dano final consubstanciado no proveito esperado pelo lesado e já definitivamente frustrado⁴¹.

³⁶ Cf. STOCO, Rui. Op. cit., p. 1411-1412.

³⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 166.

³⁸ René Demogue apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit. p. 167.

³⁹ Henri Lalou apud SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira, op. cit. p. 167.

⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 167.

⁴¹ Idem.

Assim, o que importa para o reconhecimento da chance perdida é a certeza da probabilidade, podendo-se estabelecer, “mediante a formulação de um juízo concreto de verossimilhança, que o fato futuro era fortemente provável ou plausível e que, com o evento danoso, frustrou-se uma chance considerável, e não meramente eventual”⁴².

Com relação à terceira modalidade de novo dano, Carlos Alberto Bittar Filho sustenta que as profundas mudanças enfrentadas pelo Direito neste século conduzem “ao primado insofismável do coletivo sobre o individual” e podem ser sintetizadas pela expressão “socialização”. As consequências desse cenário transformador estão desaguando no campo da teoria do dano moral, dando origem à figura do dano moral coletivo. Assim, no dano moral coletivo, o patrimônio valorativo de determinada comunidade, idealmente considerado, foi agredido de forma injustificável sob o enfoque jurídico, ferindo seu aspecto imaterial⁴³.

O dano moral coletivo, intrinsecamente atrelado à terceira geração do constitucionalismo: a solidariedade, dada sua natureza transindividual, destaca-se do dano moral individual por afetar um determinado círculo de valores coletivos de uma determinada comunidade, a exemplo de casos de propaganda enganosa ofensiva, de ofensa a valores de certa religião, discriminação de uma raça ou determinada comunidade, descumprimento de medidas estabelecidas por lei, como de cotas reservadas a deficientes físicos no mercado de trabalho, risco da saúde ou integridade física dos trabalhadores de uma empresa em razão da não adoção de medidas de segurança impostas, entre outros⁴⁴.

Por atingir direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis, a reparação do dano moral coletivo deve ser destinada a elas, vítimas⁴⁵.

Yussef Said sustenta que, em regra, a reparação dos danos morais difusos somente é cabível em ações que tratem de direitos indivisíveis (difusos ou coletivos), eis que nestes casos é, de fato, impossível repartir o valor da indenização entre as pessoas indetermináveis, destinando-se, pois, ao fundo previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85⁴⁶.

⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 171.

⁴³ Cf. Carlos Alberto Bittar Filho apud CAHALI, Yussef Said, op. cit., p. 308.

⁴⁴ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 544.

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito civil 2: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 468.

⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 309.

A questão é realmente controvertida e tem-se notado um incremento no número de julgados tratando de danos morais coletivos.

No Colendo Superior Tribunal de Justiça, a Primeira Turma julgou um importante precedente sobre o tema que foi veiculado em sede de ação civil pública envolvendo danos ao meio ambiente. Na ocasião, a Primeira Turma, por maioria de votos, decidiu pela impossibilidade do denominado “dano moral coletivo”, enfatizando a necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual e de determinação do *quantum* indenizatório⁴⁷.

A despeito da prevalência do entendimento majoritário adotado no julgamento desse importante precedente, destacou-se, na ocasião, o voto divergente do Ministro Luiz Fux que concluiu pela reparabilidade do dano moral coletivo, fundamentando estar relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental⁴⁸.

Outro importante precedente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a reparação dos danos morais coletivos, como nova modalidade de dano a ser reparado, é representado pelo caso notório, amplamente divulgado na mídia, acerca da indenização fixada a favor das mulheres que tomaram as pílulas de farinha e vieram a engravidar, sem planejamento⁴⁹.

⁴⁷ Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso Especial improvido. (STJ - 1ª T. - Resp. 5988.281/MG - Rel. Teori Albino Zavascki - DJ 01.06.2006 e Bol. STJ 10/27).

⁴⁸ “O dano moral ambiental caracterizar-se-á quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede ofensa ao sentimento difuso ou coletivo - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g.: a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano. Conseqüentemente, o reconhecimento do dano moral ambiental não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à transgressão do sentimento coletivo, consubstanciado no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental. Deveras, o dano moral individual difere do dano moral difuso e *in re ipsa* decorrente do sofrimento e emoção negativas. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, por quanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem coexistir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente saudável e equilibrado” (Voto Ministro Luiz Fux, STJ - 1ª T. - Resp. 5988.281/MG - Rel. Teori Albino Zavascki - DJ 01.06.2006).

⁴⁹ STJ, Resp 866.636/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 29.11.2007, DJ 06.12.2007, p. 312.

Observa Yussef Said que as dificuldades na quantificação do dano moral coletivo são comuns à fixação do dano moral em geral, devendo preponderar o aspecto afilítico ou admonitório da indenização. Igualmente, a constatação do dano moral coletivo é aferida a partir da prova do fato em si (lesão ao bem), sendo o dano *in re ipsa*, mormente se considerada a ampla garantia de proteção e defesa dos diretos coletivos⁵⁰.

Por fim, destaca-se como nova categoria de dano, que muito se assemelha ao dano moral coletivo, a proposta pelo jurista Antônio Junqueira de Azevedo, o dano social.

Para o jurista, os danos sociais caracterizam-se como “lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito de segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”⁵¹.

Dessa forma, o autor sustenta que os danos sociais são causa de indenização punitiva por dolo ou culpa grave especialmente se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população⁵².

Os danos sociais têm natureza de direitos difusos, sendo as vítimas indeterminadas ou indetermináveis.

Observa Flávio Tartuce que os danos sociais diferenciam-se dos danos morais coletivos pelas repercussões que geram. Enquanto os danos morais coletivos repercutem unicamente no aspecto extrapatrimonial, os danos sociais podem repercutir tanto no aspecto extrapatrimonial como no patrimonial⁵³.

O dano social emerge do regramento básico da socialidade adotado pelo Código Civil de 2002 que prega a valorização do coletivo em detrimento do individual⁵⁴. Encarando o estudo do instituto da responsabilidade civil a partir dessa nova ótica, sob a perspectiva de sua função social, impõe-se a compreensão do assunto em cotejo com o meio

⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 309.

⁵¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por um nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O código civil e sua interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 376.

⁵² Idem.

⁵³ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 476.

⁵⁴ Idem.

que o cerca e, por conseguinte, com os objetivos que as indenizações oriundas da responsabilidade civil devem assumir⁵⁵.

Nessa linha, a função social da responsabilidade civil concatena-se com a proteção da pessoa humana e da sua dignidade como valor fundamental. A cláusula geral de tutela da pessoa humana, condensada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, fundamentaria, destarte, o surgimento de novos danos reparáveis⁵⁶.

De acordo com o Enunciado nº 274 aprovado na IV Jornada de Direito Civil realizada pelo Conselho de Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, considerada no artigo 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Portanto, o importante enunciado doutrinário em exame reconhece a existência de novos direitos da personalidade, além dos direitos já sabidamente codificados, emergindo daí, efetivamente, a possibilidade de surgimento de novos danos reparáveis, como o dano social.

A parte final do enunciado estabelece que o conflito entre os direitos da personalidade deve ser resolvido concretamente pela técnica de ponderação, desenvolvida por Robert Alexy, representando a tendência da constitucionalização do Direito Civil⁵⁷.

Na elucidação de sua proposição, Antônio Junqueira de Azevedo esclarece sobre os comportamentos exemplares negativos:

O mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam à conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares – no sentido de que sobre eles cabe dizer “Imagine se todas

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 476.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 477.

as vezes fosse assim!” Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida - mais especificamente na qualidade de vida⁵⁸.

Entre os exemplos de danos sociais, a doutrina destaca: a empresa de transporte aéreo que atrasa sistematicamente os seus voos⁵⁹; a empresa que diminui a fórmula no medicamento⁶⁰; o pai que solta o balão com o filho⁶¹; o posto de combustíveis que explode⁶²; a loja do aeroporto que exagera no preço em dias de apagão aéreo⁶³; o sindicato de uma determinada categoria que, em ato de greve, resolve parar a cidade de São Paulo, fazendo sua manifestação na principal avenida da cidade, em plena sexta-feira à tarde⁶⁴.

Antônio Junqueira de Azevedo alerta para a dificuldade na questão da legitimidade e, desta feita, a quem atribuir o valor da indenização. Invocando o artigo 883, parágrafo único, do Código Civil, que trata do pagamento indevido e do destino em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz, o autor admite que o acréscimo de indenização resultante do dano social poderia, em tese, ir para um fundo como resarcimento à sociedade, como ocorre no caso dos danos ambientais⁶⁵.

Entretanto, conclui que a indenização por dano social deve ser entregue à vítima, que foi parte na ação e foi quem de fato trabalhou, embora agindo por interesse próprio, atuou em benefício de toda sociedade⁶⁶.

A proposição do dano social, como um novo dano a embasar a responsabilidade civil, começa a encontrar eco em nossos Tribunais.

A Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou brilhantemente o tema no julgamento de recurso de apelação em que figurou como relator o ilustre Desembargador Teixeira

⁵⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p.375.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 478.

⁶¹ Idem.

⁶² Idem.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 376, 377.

⁶⁶ Idem.

Leite, condenando a empresa Amil ao pagamento de indenização por danos sociais no valor de um milhão de reais, destinando a quantia ao Hospital das Clínicas de São Paulo⁶⁷:

Plano de saúde. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinando que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. Dano moral. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, consequentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. Dano social. Contratos de seguro de saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais, que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. Litigância de má-fé. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte. (TJSP, Apelação 0027158-41.2010.8.26.0564, 4ª Câmara de Direito Privado, Comarca de Origem: São Bernardo do Campo, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 07.2013).

⁶⁷ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 481.

Bibliografia

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva. 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O código civil e sua interdisciplinariedade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BENACCHIO, Marcelo. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *Dano moral e sua reparação civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.
- TARTUCE, Flávio. *Direito das obrigações e responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Método. 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey. Juarez de Oliveira. 2010.

Algumas considerações acerca da relação de causalidade na responsabilidade civil

Marcelo Benacchio¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

Nos últimos anos o instituto da responsabilidade civil tem visto o incremento da discussão acadêmica de seus pressupostos repercutindo diretamente na ampliação ou diminuição de seu campo de atuação.

O incremento científico, em velocidade nunca antes vista neste início de século XXI com o desenvolvimento de novas tecnologias, resulta na modificação da vida em sociedade, notadamente na indicação dos danos e critérios de imputação dos responsáveis.

Entre essas questões avulta a necessidade do estudo da relação de causalidade em virtude de seu papel fundamental na responsabilidade civil por determinar a extensão desta em conformidade a possibilidade de sua flexibilização para alcançar situações desfavoráveis, as quais, abarcadas pelo nexo causal se tornam danos permitindo sua transferência ao responsável indicado pelo ordenamento jurídico a tanto (responsável).

O nexo causal está presente em todas as espécies de responsabilidade civil sendo uma noção central dentro do estudo da responsabilidade civil, merecendo, portanto, detida consideração nos processos judiciais ante sua relevância e imprescindibilidade.

A relação de causalidade situa-se entre o fato lesivo e o dano, designando as partes na relação obrigacional (responsável e vítima) criada pelas normas de responsabilidade civil; selecionando as situações

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Mestrado em Direito e Graduação da Universidade Nove de Julho. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Associado Fundador do Instituto de Direito Privado. Juiz de Direito em São Paulo.

de mero prejuízo sem relevância para a responsabilidade civil daquelas que configuram dano indicando o responsável pela reparação.

A relação de causalidade, apesar da compreensão difusa na doutrina de encerrar uma condição da incidência da responsabilidade civil, é tratada de maneira secundária e até mesmo presumida nos processos judiciais envolvendo responsabilidade civil; dificilmente há considerações em conformidade ao seu papel fundamental, sobretudo nas lides de maior complexidade por redundar, como referimos, na extensão (ou não) da responsabilidade civil na reparação das vítimas de danos.

A correta aplicação do nexo causal impede a responsabilização por critérios não previstos no ordenamento jurídico permitindo, sobretudo nos casos do exercício de atividade econômica, certa previsibilidade de molde a diminuir ou excluir comportamentos passíveis de gerar responsabilidade civil.

Por essa razão optamos pela realização deste estudo na tentativa de responder questionamentos acerca da noção da relação de causalidade, as teorias incidentes e os aspectos de exclusão; objetivando chamar a atenção dos magistrados na importância deste requisito ou pressuposto da responsabilidade civil nas situações que lhes são postas para interpretação, qualificação jurídica e aplicação concreta da ciência jurídica.

Conforme as discussões que tivemos no grupo de estudos que originou a publicação desta pesquisa ficaram claras as dificuldades do juiz na coerência interna de suas decisões, bem como as implicações de ordem social e econômica no local do exercício da jurisdição. Nessa perspectiva, o nexo de causalidade repercutirá nos limites de atuação da responsabilidade civil em conformidade ao critério de imputação previsto pelo ordenamento jurídico.

A técnica de pesquisa utilizada neste estudo é a bibliográfica e documental, sob uma abordagem dedutiva acerca do tema.

1. Noção de relação de causalidade

A existência de uma relação de causalidade natural e de condicionalidade necessária entre um fato e um dano permite que se qualifique este último como consequência lesiva², entretanto, nem todas as con-

² TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè, 1967. p. 19.

sequências danosas permitem ressarcimento por outrem, daí o papel da relação de causalidade jurídica no sentido de limitar o ressarcimento e escolher quais as situações em que é cabível.

Da análise da realidade, os cientistas e filósofos, normalmente, buscam a explicação de um fenômeno pesquisando sua causa, ou seja, o motivo que determinou sua existência, o mesmo processo lógico e de experimentação é empregado pelo jurista de maneira a encontrar o liame, também uma causa, que deve existir entre o prejuízo e o fato lesivo, entretanto, enquanto os cientistas e filósofos partem de fenômenos conhecidos para sua causa, a princípio, desconhecida, os estudiosos do Direito têm de verificar se entre dois fatos conhecidos (dano e fato lesivo) existe uma relação de causalidade suficientemente caracterizada³.

Como exposto, o problema do nexo de causalidade, em matéria de responsabilidade civil, é colocado após a prática do fato lesivo e, normalmente, depois de produzido o dano, assim, a questão cuja análise se impõe é de como formular um juízo de probabilidade para o passado? A solução é que esse juízo, ainda que feito *ex post*, deve ser realizado por meio de uma abstração que deve considerar o momento da prática do fato e, a partir disso, verificar se os prejuízos que ocorreram eram prováveis consequências daquele, faz-se, desse modo, um *prognóstico a posteriori*⁴.

O nexo causal não é um conceito unicamente jurídico porquanto também decorre das leis naturais que devem ser analisadas e integradas com os conceitos jurídicos de maneira a se estabelecer quais as consequências danosas que comportam ressarcimento pelo responsável indicado pelo ordenamento jurídico.

A partir disso, conclui-se que a mera existência do dano não é suficiente para que se configure o dever de indenizar, se faz necessária a demonstração do nexo etiológico entre o fato que ocasionou a lesão e o seu efeito, assim, por meio do estudo da fixação da relação de causalidade é que serão identificados os danos que comportem reparação por serem juridicamente relevantes.

³ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1998. p. 153.

⁴ PESSOA, Fernando Jorge. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 394.

Desse modo, a relação de causalidade seleciona quais os danos que devem ser reparados afastando o dever de indenizar quanto aqueles que não se coadunem com seus critérios, por isso é que o nexo causal observa leis naturais no sentido do desdobramento causal e regras jurídicas quanto ao seu alcance maior ou menor conforme a finalidade objetivada pelo legislador. Desse modo, chega-se à clássica assertiva de que o liame existente entre o evento lesivo e o dano é no que consiste a relação de causalidade, cujo objeto é demonstrar que o dano adveio do fato.

A circunstância da relação de causalidade se dirigir tanto ao fato lesivo como ao dano redundou na construção doutrinária de que seu objeto seria duplo: de um lado haveria a ocorrência do fato que a norma de responsabilidade civil prevê e de outro o dano produzido por consequência deste, daí serem denominadas essas situações de causalidade como fundamento e causalidade como complemento⁵, ou causalidade de fato e causalidade jurídica⁶; respectivamente.

Desse modo, a pesquisa da relação de causalidade ocorreria em dois momentos, ou seja, se pesquisaria a descrição normativa e o sistema de imputação (responsabilidade objetiva ou subjetiva) para a verificação da materialização da hipótese legal abstratamente prevista, e após, se o dano cuja reparação se pretende é decorrente do fato em análise.

O estudo e a aplicação correta da causalidade jurídica na responsabilidade aprimoraram o conteúdo técnico das decisões judiciais impedindo responsabilizações indevidas. Interessante a respeito é a crítica de Anderson Schereiber⁷, como segue:

A análise das decisões em sua totalidade revela, no entanto, o efeito negativo dos expedientes empregados pela jurisprudência. A ampla margem de discretionariedade na aferição da causalidade jurídica não apenas produz decisões incoerentes, mas também resulta, por toda parte, em certa insegurança no que concerne às próprias responsabilidades. Pior: a liberdade com que o Poder Judiciário trata a questão do nexo causal estimula pedidos de re-

⁵ SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil*. 7. ed. Madrid: Montecorvo, 1993. v. I, p. 245.

⁶ SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 171.

⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 74-75.

paração, fundados mais na desgraça da vítima, que em uma possibilidade jurídica de imputação dos infortúnios ao sujeito que se considera responsável.

A flexibilização do nexo causal, como exposto, permite tanto estender quanto limitar o campo de aplicação da responsabilidade civil, daí a importância em sua exata compreensão científica com o escopo de impedir interpretações contrárias ao ordenamento jurídico e em desconformidade com os valores estabelecidos pelo sistema jurídico.

2. Distinção entre relação de causalidade e imputabilidade, e responsabilidade indireta

Cumpre salientar as diferenças existentes entre relação de causalidade e alguns institutos próximos, a saber, imputabilidade e responsabilidade indireta ou complexa.

A imputabilidade, principal elemento constitutivo da culpa por encerrar a prática de um ato por livre vontade, diferencia-se da relação de causalidade pelo fato de esta se referir a uma relação material, mecânica, de causa e efeito, objetivamente considerada, ao passo que a imputabilidade trata da pesquisa dos motivos psíquicos, internos, subjetivos, que ensejaram ao autor à prática do ato lesivo, portanto, a primeira cuida-se de uma *imputatio iuris* e a segunda de uma *imputatio facti*⁸. A diferenciação dos dois institutos pode ser esclarecida por meio do conhecido exemplo no qual uma pessoa entrega um copo de veneno a outra e a vítima, antes do veneno lhe produzir os efeitos letais, morre em virtude de um ataque cardíaco⁹, ora, no caso, há imputabilidade, entretanto não existe nexo causal.

A culpa é pressuposto ou elemento constitutivo da responsabilidade civil diverso da relação de causalidade e com a mesma não se confunde, pois, o campo de atuação e teorias incidentes são absolutamen-

⁸ DE CUPIS, Adriano, *Il danno*, 2. ed, Milano: Giuffrè, 1966, v. I., p. 183, após destacar a distinção entre relação de causalidade e culpa, finaliza: “Invero, per potersi dire che un danno è causato da un fatto umano, non ocorre in alcun modo che questo sia qualificato dalla colpa; la presenza della colpa aggiunge al rapporto di causalità un elemento che non può confondersi con esso”.

⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. V, p. 219.

te diversos. Não obstante, é comum a confusão entre esses institutos na aplicação do Direito.

A responsabilidade indireta ou complexa, exceção ao princípio geral de responsabilidade de que o homem somente é responsável pelos prejuízos causados diretamente por ele ao abranger a responsabilidade por fatos alheios e das coisas, diferencia-se da relação de causalidade, haja vista que a esta é suficiente a presença do fato e do dano dele decorrente, enquanto para a responsabilidade indireta somente isto não a qualifica, por depender de previsão legislativa no sentido de estabelecer a responsabilização de uma pessoa distinta do responsável imediato (preposto, menor, etc.); assim, a relação de preposição entre o comitente e o preposto, dos pais pelos atos dos filhos menores e do fato das coisas é diversa da relação de causalidade, pois, esta tem por finalidade estabelecer se existe uma relação entre o fato lesivo e o dano, de maneira que a responsabilidade complexa tem por escopo indicar quem deve responder pelos prejuízos ocasionados.

3. Principais teorias sobre a relação de causalidade

O estudo da relação de causalidade suscitou a elaboração de diversas teorias, sendo as de maior expressão e aceitação contemporânea a da equivalência das condições e a da causalidade adequada, as quais serão examinadas de modo a permitir a breve compreensão de seus aspectos gerais.

3.1. Teoria da Equivalência das condições

A teoria da equivalência das condições foi arquitetada por von Buri¹⁰ em fins do século passado fundado nas ideias de John Stuart Mill¹¹⁻¹², que definira, cientificamente, a causa como o *conjunto de condições de um resultado*¹³.

¹⁰ *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen beziehungen*, 1865 (cf. indicação bibliográfica de Nelson Hungria, *Comentários ao código penal*, Rio de Janeiro: Forense, 6. ed., v. I, t. II, p. 45).

¹¹ *A system of logic*, L. Green & Co., 1919 (cf. indicação bibliográfica de Nelson Hungria, op. cit.).

¹² Pietro Trimarchi (op. cit., p. 5) menciona que a teoria da equivalência das condições também é baseada nas ideias de Hume.

¹³ *Sistema da lógica deductiva e induutiva*, t. II, parág. 30, cf. comentários de adaptação e comparação do BGB à legislação espanhola in: ENNECCERUS, KIPP e WOLFF. *Tratado de derecho civil*, 2. ed., v. 1, t. II. e v. 2, *Derecho de obligaciones, traducción española*, Barcelona: Bosch, 1954.

Essa teoria é de grande simplicidade por conceber a relação de causalidade por meio da igualdade das situações (equivalência das condições) que ocasionaram o dano, assim, o ato ou fato que determinaram o dano, bem como as circunstâncias exteriores a eles, são colocados em pé de igualdade para serem considerados como causa do resultado danoso sob o entendimento de que a sua falta impediria a ocorrência do resultado, portanto, é suficiente que o ato ou fato lesivo sejam uma *conditio sine qua non* do dano. Por isso, essa teoria também é conhecida como da *conditio sine qua non* e da equivalência dos antecedentes.

Nessa senda inexiste distinção entre causa, aquilo que determina a existência de uma coisa, e condição, o que permite à causa a produção de seus resultados, assim, não há indagação acerca da maior ou menor eficácia da causa perante as condições em relação ao resultado, o que se faz é um juízo hipotético da verificação da possibilidade da ocorrência do dano sem a interferência do fato cuja relação de causalidade se examina quanto ao dano, se sem aquele não haveria este é ele considerado causa do dano, de outra parte se o dano teria ocorrido independentemente da existência daquele concluir-se que ele não é causa da lesão, e portanto, estaria afastada a relação de causalidade.

Essa teoria predomina na esfera penal de vários países¹⁴, inclusive no Brasil¹⁵.

A aplicação da teoria da equivalência das condições na responsabilidade civil levaria a uma extensão indefinida da cadeia causal levando o dever de reparar a sujeitos absolutamente estranhos a tal obrigação, daí o cuidado em não se efetuar sua aplicação em conformidade a sua essência.

¹⁴ *Tratado de derecho civil, Derecho de obligaciones*, 2. ed., t. II, v. 1, Bosch, Enneccerus, Kipp e Wolff, p. 65-66.

¹⁵ MONTEIRO, Washington Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 1, p. 279.

¹⁵ A teoria da equivalência das condições tem seu enunciado básico transcrito no caput do art. 13 do Código Penal, cuja redação é: “*O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”.

3.2. Teorias favoráveis a uma seleção entre as condições necessárias

Em oposição à teoria da equivalência das condições surgiram outras teorias que não aceitavam a sobredita igualdade de causas e, desse modo, passaram a buscar entre as causas e condições a de maior importância ou relevância quanto à ocorrência do dano.

Foi um meio de se evitar a extensão da responsabilidade para situações absurdas por meio de uma cadeia causal sem fim.

Ressalte-se que mesmo os adeptos da teoria da equivalência das condições reconheciam a existência das chamadas condições *irrelevantes*, que somente determinavam certas particularidades do dano, todavia, sem influenciar sua amplitude e natureza¹⁶.

Entretanto, isso não tinha o condão de convencer os partidários dessa outra corrente, que se firmou mediante a formulação de novas teorias, entre as quais destacamos a teoria da última condição e a da causalidade adequada, que ora serão examinadas.

3.2.1. Teoria da última condição ou da causa próxima

Para essa construção doutrinária somente a *última condição* é que deve ser considerada como a que gera obrigação de reparar o dano, pois, ainda que o desdobramento causal se dê por meio da interação das várias condições é lógico que sem a última não teria ocorrido o dano, de maneira que o cerne da força causal seria somente representado pela derradeira condição¹⁷, a qual guarda relação de maior proximidade com o prejuízo ocasionado.

Desse modo, as causas e condições longínquas ficam totalmente excluídas da relação causal, somente se reconhecendo forma causal à *conditio proxima*.

¹⁶ VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p. 160.

¹⁷ BARROS MONTEIRO, Washington, op. cit., p. 278, bem sintetiza o pensamento dessa corrente nos seguintes termos: “[...] até a última condição necessária reina uma espécie de equilíbrio entre as condições favoráveis e as condições desfavoráveis à verificação do dano. É a condição derradeira que rompe esse equilíbrio e determina o dano. Esta é que deve, portanto, ser havida como causa”.

Para a teoria em estudo, o fato lesivo ou ato ilícito devem ser a última condição do dano, assim, se aqueles geram um prejuízo e este redunda em outros, os últimos, por essa teoria, não seriam reparados por não terem ligação causal com fato inicial por não serem aqueles a última condição dos derradeiros prejuízos.

3.2.2. Teoria da causalidade adequada

Fora von Kries¹⁸ o precursor da teoria da causalidade adequada, cujas ideias foram reelaboradas por diversos autores, notadamente Rümelin¹⁹ e Traeger²⁰⁻²¹, ao estabelecerem um critério objetivo, independente do aspecto anímico, entre duas classes de eventos que seguem leis naturais, as quais permitem verificar por meio de um juízo de probabilidade da vida prática se existe uma relação causal entre um e outro, após a concretização de ambos²².

As modificações indicadas supra referiram-se ao aspecto da previsibilidade, que passou do agente (critério da previsibilidade subjetiva) para um observador normal (critério do prognóstico objetivo retrospectivo)²³, vencendo a última tese por se aproximar de um critério mais objetivo de molde a possibilitar sua aplicação a um sistema de responsabilidade civil objetiva e também por conduzir a uma ampliação do campo de incidência com o aumento das possibilidades de reparação dos danos²⁴.

Nessa senda, pela teoria em exame deve ser considerado causa do dano a condição que se mostra, abstratamente, adequada a produzi-lo. Essa adequação é mensurada em termos de probabilidade, segundo as circunstâncias da vida prática; assim, pela observação do que comu-

¹⁸ *Über den Begriff der objektive Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, 1888 (cf. indicação bibliográfica de Nenson Hungria, op. cit.).

¹⁹ *Die Verwendung der Causalbegriffe im Straf-und Civilrecht* (cf. apud 39 de TRIMARCHI, Pietro, op. cit.).

²⁰ *Der Kausalbegriff im Strafund Zivilrecht* (cf. apud 41 de TRIMARCHI, Pietro, op. cit.).

²¹ Rümelin e Traeger são indicados por Pietro Trimarchi como os autores de maior relevo, entretanto, além de Rümelin, Geneviève Viney e Patrice Jourdain (op. cit., p. 161) citam von Liszt e Washington de Barros Monteiro (op. cit., p. 279), Ennecerus.

²² TRIMARCHI, Pietro. Op. cit., p. 32-33.

²³ MONTEIRO, Washington Barros. Op. cit., p. 279.

²⁴ TRIMARCHI, Pietro. Op. cit., p. 37.

mente acontece, é possível dizer-se que se *posto o antecedente X se dá provavelmente o consequente y, haverá relação causal entre eles*²⁵.

Essa teoria busca a eleição por meio de juízos de probabilidades, e essa é a maior dificuldade que se lhe impõe, da condição ou condições antecedentes aptas a gerar o consequente de acordo com a experiência comum, desprezando as demais condições.

Situação grave objeto de julgamento judicial encerra a apresentação de um programa de televisão, no qual um mágico ateou fogo em si mesmo e, depois, demonstrou que não se ferira. Uma criança, inspirada por esse programa, ateou fogo nas pernas de seu irmão menor provocando-lhe graves leões. A decisão judicial entendeu pela ausência de dever de indenizar de emissora de televisão em razão do prejuízo não ter causa adequada (teoria da causalidade adequada) em relação ao programa transmitido.

No caso, o Ministro Marco Buzzi, do Superior Tribunal de Justiça, em trecho de seu voto no REsp 1.067.332/RJ, j. 05.11.2013, efetuou as seguintes considerações:

Partindo-se das premissas teóricas acima delineadas, no caso concreto, em face dos fatos reputados comprovados pelas instâncias ordinárias, a transmissão do programa de televisão, no qual se veiculou a apresentação de mágica, não pode ser concebida como causa necessária ou adequada à consecução dos danos alegados pelos autores, mormente diante das demais circunstâncias fáticas relacionadas ao caso.

Explica-se.

A conduta perpetrada pela criança, ao atear fogo ao corpo de seu irmão, bem assim os danos daí decorrentes, não pode ser considerada desdobramento possível/previsível ou necessário da exibição de número de mágica em programa televisivo. Ademais, a partir dos fatos acima delineados, observa-se que duas outras circunstâncias concretamente ensejaram a produção do resultado lesivo.

²⁵ PESSOA, Fernando Jorge. Op. cit., p. 392.

vo: (i) a ausência de vigilância dos pais, pois as crianças encontravam-se sozinhas em casa; (ii) a manutenção dos produtos inflamáveis ao alcance dos menores.

3.3. Apreciação crítica das teorias expostas

A teoria da última condição mostra-se a menos aceitável na medida em que é excessivamente simplista por não comportar os efeitos secundários do dano, os chamados danos mediatos, e também as hipóteses em que a condição do desdobramento causal não é a última e de maior proximidade ao dano, daí Geneviève Viney e Patrice Jourdain²⁶ concluirão estar superado este pensamento e mesmo rejeitado de forma quase unânime.

Diante disso, serão enfocadas em maior ênfase as teorias da equivalência das condições e a da causalidade adequada, que se contrastam, como visto, na medida em que a primeira generaliza as condições ao passo que a segunda as individualiza ou qualifica²⁷, entretanto, é entre elas que se dividem os autores na tentativa de compreender e definir o fenômeno jurídico da relação de causalidade.

A teoria da condição *sine qua non* não fornece uma solução sistêmica desejada ao clássico exemplo de uma pessoa que fere levemente outra que é transportada para um hospital e no caminho a ambulância que a transporta vem a sofrer um acidente ocasionando a morte do ferido ou vem este a falecer no nosocomio por força de um incêndio, pois, a relação causal reconhecida no caso afronta o sentimento comum de justiça da sociedade²⁸.

²⁶ Op. cit., p. 160.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 50.

²⁸ VARELA, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, 7. ed., Coimbra: Almedina, 1993, v. I., p. 883, acerca das imperfeições da teoria da equivalência das condições cita ainda os seguintes exemplos: “Suponhamos, de facto, que o motorista de táxi contratado para transportar o cliente, a certa hora, à estação do caminho de ferro, falta ao cumprimento da obrigação; por virtude disso, este é forçado a tomar um outro comboio, que descarrila, provocando o descarrilamento a morte do passageiro. Ou admitamos que a perda do comboio fez que o cliente perdesse a oportunidade que tinha de realizar um negócio altamente lucrativo. [...] Tanto num caso, como nos outros (e inúmeros exemplos deste tipo oferece a experiência a cada passo), o facto ilícito do devedor ou do agente pode ser apontado como condição do dano registrado (a morte do passageiro do táxi ou da vítima do acidente; a perda do negócio). E, todavia, repugna ao sentimento comum de justiça incluir esse dano no balanço da indenização a cargo do responsável.”

De outro lado, a equivalência das condições nos conduz a excelentes resultados nas hipóteses em que o fato desencadeia forças naturais ou artificiais (maquinários complexos) que determinam danos muitos superiores àqueles que normalmente adviriam da causa inicial.

Por sua vez, a teoria da causalidade adequada, fundada que é na previsibilidade e probabilidade do dano, acaba por desencadear uma confusão entre as noções de culpa e causalidade, pois, a pesquisa acerca da previsão do dano em face da atitude deságua na análise do comportamento devido do ponto de vista psíquico do responsável, ainda que comparado ao “homem médio”.

Não obstante, é inegável o sucesso da teoria da causalidade adequada no que concerne à exclusão dos resultados que não têm ligação plausível com o evento danoso, e também das causas distantes.

Do exposto aclara-se que ambas as teorias são possuidoras de acertos e desacertos²⁹, os quais, todavia, não se excluem, cabendo sua conciliação para uma possibilidade de melhor compreensão da noção de relação de causalidade³⁰.

Desse modo, a condição adequada teria de ser a condição *sine qua non* ou, de outra forma, a condicionalidade seria pressuposto da adequação³¹.

Por outro prisma, a teoria da equivalência da condições é de maior utilidade para a compreensão do fundamento do nexo existente entre o fato lesivo e dano, por se cuidar da condição necessária à existência e explicação do prejuízo (no que supera a vaga e abstrata ideia de previsibilidade), ao passo que a teoria da causalidade adequada tem seu campo de aplicação em matéria probatória em que o conceito de probabilidade objetiva vai aclarar o liame entre a condição necessária e o dano; portanto, da união das teorias ter-se-á a razão do aparecimento

²⁹ Sob o ponto de vista lógico, VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., p.162-163, concluem pela inadequação das duas teorias nos seguintes termos: “Ainsi, sur le plan de la stricte logique, ni “l’equivalence des conditions” ni la “causalité adéquate” ne s’imposent avec évidence , la première parce que chaque “condition sine qua non” n’aurait pas suffit, sans les autres, à provoquer l’apparition du dommage, la seconde parce que la “probabilité” ou la “prévisibilité” ne coïncide pas toujours avec la vérité.”

³⁰ A conciliação entre as duas teorias é defendida por VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit., e PESSOA, Fernando Jorge, op. cit.

³¹ PESSOA, Fernando Jorge. Op. cit., p. 393.

do dano (equivalência das condições) e um método para a solução da questão relativa à prova (causalidade adequada)³².

Assim, em um primeiro momento, a pesquisa da existência do nexo causal é feita por meio da teoria da equivalência das condições que deve ser limitada aos ditames da norma legal de maneira a não incidir em causas longínquas sob o risco de chegar a “causalidade do universo” e, num segundo momento, deve ser aplicada a teoria da causalidade adequada de forma a se estabelecer relevância do evento encontrado no sentido da possibilidade objetiva para produção do dano em exame.

4. O Direito Civil pátrio frente as teorias da relação de causalidade

Há divergências entre nossos juristas acerca da teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico, enquanto Sérgio Cavalieri Filho³³ e Aguiar Dias³⁴ sustentam a adoção da teoria da causalidade adequada, outros³⁵, capitaneados por Agostinho Alvim³⁶, pugnam pela presença da teoria do dano direto e imediato.

Antes de se ingressar na apreciação dos pensamentos em epígrafe cabe salientar que todas as alocuções se fundam na análise do art. 403 do Código Civil, cuja redação é a seguinte:

Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Portanto, aclara-se que a lei substantiva civil se afastou da igualdade das condições uma vez que optou pela eleição das mais apropriadas.

³² VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 163-165.

³³ Op. cit., p. 52-62.

³⁴ *Responsabilidade civil em debate*, Forense, p. 270-272, cf. apud de Sérgio Cavalieri Filho.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 388. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 275.

³⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Jurídica e Universitária, 1965. p. 331-355.

das, ou adequadas, *diretas e imediatas*, à produção do dano, donde se infere a exclusão da teoria da equivalência das condições.

A teoria do dano direto e imediato em nosso entender, na verdade, em seu cerne tem o mesmo conteúdo da teoria da causalidade adequada cuidando-se de um enfoque diverso sobre a mesma coisa e isto pode ser demonstrado pela seguinte síntese daquele que realizou estudo aprofundado acerca daquela teoria, ou seja, Agostinho Alvim, senão vejamos:

Em suma: pensamos que, das várias teorias sobre o nexo causal, nosso Código adotou a do dano direto e imediato, o que, aliás, é indiscutível, porque está expresso no art. 1060, e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária, não obstante as suas deficiências, que a rebeldia de certos práticos põe a descoberto. [...] Ao legislador, portanto, quando adotou a teoria do dano direto e imediato, repugnou-lhe sujeitar o autor do dano a todas as nefastas consequências do seu ato quando já não ligadas a ele diretamente³⁷.

Desse modo, quando se cogita de dano direto e imediato³⁸ está se afirmado o conceito de adequação da condição à produção do dano, uma vez que as ideias de proximidade e imediatividade nada mais são senão a probabilidade do fato para a causalidade do dano, destarte, a conclusão a que se chega é a de que nosso direito positivo se filiou à teoria da causalidade adequada.

³⁷ Op. cit., p. 352/353, cabe ressaltar que o comentário trata do artigo 1.060 do Código Civil de 1916 cuja redação é todo semelhante ao disposto no artigo 403 do Código Civil.

³⁸ Aliás, essa é também a orientação do Direito Civil Francês e Italiano, como se depreende de seus Códigos Civis, artigos 1.151 (*Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention*) e 1223 (*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (1382, 1479, 2056 e seguenti)*), respectivamente (grifos nossos).

5. A relação de causalidade na responsabilidade objetiva

A relação de causalidade na responsabilidade subjetiva tem maior facilidade em seu reconhecimento por ligar o dano a uma conduta do autor do ato ilícito. De outra banda, na responsabilidade objetiva como não se cogita de ato culposo do responsável, mas, sim, de um fato lesivo a ele imputável, há maiores dificuldades em se estabelecer o liame entre o responsável e o dano.

A situação pode ser bem exemplificada na hipótese de responsabilidade indireta ou complexa (responsabilidade do empregador pelos atos do empregado, art. 932, inc. III, do Código Civil) ou em relação de consumo (responsabilidade do fabricante por um fato do produto, art. 12 do Código de Defesa do Consumidor), nas quais não existe uma relação de causalidade natural entre o responsável pela indenização e o dano.

Desse modo, é de se reconhecer que na responsabilidade objetiva não é necessária uma relação direta entre o responsável e o dano, a relação de causalidade é movida para o fato³⁹ que é fonte da responsabilidade não se cogitando de ato pessoal, mas, sim, dos danos advindos do fato objetivamente considerado, que é imputado ao responsável por meio da descrição abstrata contida em lei.

6. Nexo de causalidade e omissão

A omissão é a ausência de comportamento já que do nada, nada surge (*ex nihilo nihil fit*) seria o caso de não se lhe reconhecer eficácia causal em virtude de que o que não existe não produz efeito algum, contudo, a causalidade jurídica da omissão não pode ser considerada nos termos estritamente materiais expostos acima, mas, sim, por meio de um juízo abstrato em que se indaga se a existência de uma atuação hipotética imposta pelo ordenamento jurídico teria evitado o dano, desse modo, há uma valoração jurídica acerca da intervenção física possível.

Diante disso, para compreender o que significa omissão na causalidade é preciso entender o que significar evitar, uma vez o Direito trata

³⁹ TRIMARCHI, Pietro. Op. cit., p. 14.

da omissão nesse aspecto como algo não completamente “causal” em contraste com os casos usuais de causalidade⁴⁰.

A dificuldade que se apresenta para a compreensão acerca da omissão na relação de causalidade consiste na exata fixação do comportamento devido, o que é estabelecido pelo aspecto normativo imposto pelo Direito como um dever de agir; assim, quando não se adota a atuação imposta pela norma jurídica, ocorrendo um dano em virtude desta omissão, cabe o reconhecimento da relevância causal dessa situação.

Santos Briz⁴¹ menciona que a omissão juridicamente relevante do ponto de vista da causalidade requer dois elementos: (i) que, com segurança, o dano teria sido evitado se se houvesse realizado a ação omitida e; (ii) que houvesse um dever jurídico determinando uma atuação que evitaria o resultado danoso.

Diante disso, aclara-se que o dano não é causado diretamente por aquele a quem é imputada sua reparação, mas, sim, indiretamente, na medida em que o responsável não realizou o comportamento que lhe era imposto pelo Direito (dever jurídico) de forma a impedir o resultado danoso com o qual contribui por meio de uma condição negativa no sentido de não impedir o desdobramento causal.

A relação de causalidade na omissão deve ser aferida objetivamente não se ingressando no aspecto anímico do responsável, uma vez que a causalidade não se confunde com a culpa, conforme já comentado, portanto, salvo as questões concernentes a um ato ou fato a ser realizado e analisado, não é de se reconhecer distinção de natureza da causalidade por omissão em *fattispecie* de responsabilidade subjetiva ou objetiva.

7. Concausa. Concausa preexistente. Concausa superveniente ou concomitante

A relação causal, no mais das vezes, desenvolve-se de forma complexa donde resulta a dificuldade em identificar a verdadeira causa do dano quando há a interferência de outras causas. Assim, a simplicidade

⁴⁰ MOORE, Michael S. *Causalidad y responsabilidad*. Tradução de Tobías J. Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 193.

⁴¹ Op. cit., p. 256.

da noção do dano somente ficar configurado quando seja possível ligá-lo ao ato ou evento lesivo contrasta com as dificuldades da aplicação prática da teoria do nexo causal⁴².

A determinação do papel de cada concausa na gênese do dano é certamente uma questão de muita complexidade se comparada à pesquisa da causa do dano de forma geral⁴³.

No estudo da relação de causalidade, concausa é uma outra causa que se associa à principal e concorre para o resultado sem o condão de determinar o surgimento do nexo causal ou interrompê-lo.

Essas circunstâncias causais, denominadas concausas, ainda que tenham o condão de modificar o dano decorrente da causalidade principal e inicial não afastam a responsabilidade daquele que deve reparar o dano pelo motivo de que fora, justamente, o fato lesivo, sob sua responsabilidade, que levou a vítima à condição de sofrer o dano, o qual não existiria somente por influência física das concausas.

Por isso, é irrelevante a hierarquia entre as causas determinantes do dano, pois, a causa imputada ao responsável não necessita ser a última e tampouco a mais próxima ao evento, basta que seja a *causa desencadeante* da cadeia causal de forma a determinar a ocorrência do dano⁴⁴, daí a não afetação da relação de causalidade pela existência de outras causas, além da principal.

As concausas podem ser preexistentes, supervenientes ou concomitantes, conforme o momento que ocorrem em relação à causa principal, ou seja, se são anteriores a ela, contemporâneas ou posteriores, e sempre, com influência causal sobre o dano.

Os exemplos clássicos de concausa preexistente referem-se a condições específicas de saúde da vítima do evento e/ou suas predisposições patológicas que agravam o dano, os de concausa superveniente ou concomitante ficam bem representados pela ausência de socorro à vítima⁴⁵ ou a situações a que bens são expostos de forma a facilitar sua deterioração. Contudo, a concausa por si só é insuficiente à produção do dano, do contrário constituir-se-ia na causa principal e não naqueloutra.

⁴² ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 326.

⁴³ QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Essai sur la causalité em droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2010. p. 299.

⁴⁴ SANTOS BRIZ, Jaime. Op. cit., p. 260-261.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., p. 63, cita o seguinte exemplo: “A vítima de um atropelamento não é socorrida em tempo, perde muito sangue e vem a falecer”.

8. Exclusão do nexo de causalidade

A situação da irrelevância da culpa na responsabilidade objetiva, a qual pode existir ou não, repercute na centralidade da relação de causalidade, a qual passa a um plano principal, pois, o exame acerca do dever de indenizar passa pela análise dos limites do nexo causal.

A causalidade não tem relação com o conceito de culpa, portanto, não é possível qualquer equiparação dos problemas da relação de causalidade com os postos quanto à culpa na responsabilidade subjetiva, pois, a relação de causalidade analisa o aspecto externo de uma causa pesquisando seu efeito segundo os parâmetros estabelecidos pelo Direito sem qualquer preocupação com o elemento psíquico, o qual, como é cediço, é do campo da culpa.

Desse modo, não tendo o dano decorrido do ato ou fato lesivo, está afastada a relação de causalidade, e, portanto, a responsabilidade civil.

Há situações nas quais uma pessoa participa do desdobramento causal de um evento lesivo do qual decorre um dano, todavia, não lhe compete o dever de reparar por se reconhecer que a causa determinante do evento não pode ser imputada ao suposto responsável, mas, sim, a uma condição a ele estranha. Essa situação externa ocorre nas hipóteses de fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior.

8.1 Fato exclusivo da vítima

O fato exclusivo da vítima⁴⁶ trata da atuação da vítima de maneira a ser a causa principal do dano, assim, dano não haveria não fosse o comportamento da vítima, o qual ocasionou o dano.

Relevante anotar que o ato da vítima deve ser totalmente externo à atuação do responsável, pois, acaso decorrente da atuação deste, o

⁴⁶ Alguns autores, seguindo da legislação, a exemplo de RODRIGUES, Silvio, Direito civil, 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, v. 4, p. 163-167, para denominar esta situação de exclusão de responsabilidade utilizam o termo “culpa exclusiva da vítima”, entretanto, respeitosamente, pensamos não ser de boa técnica em razão da culpa não ter qualquer influência na relação de causalidade por se cuidarem de institutos jurídicos distintos como referimos.

fato, ainda que praticado pela vítima, não mais exclui a relação de causalidade em virtude do motivo da eclosão do dano ter sido, também, o ato ou fato da órbita jurídica do responsável indicado pelo ordenamento jurídico.

Uma vez reconhecido o fato exclusivo da vítima está excluída a relação de causalidade, porquanto o suposto responsável não tem ligação com o dano, apesar de ter participado do evento do qual se originou aquele.

O exemplo que bem ilustra o fato exclusivo da vítima são as hipóteses de suicídio, nas quais a vítima se lança à uma via férrea ou à frente de um veículo em movimento de forma inopinada. Nesta situação, fica evidente que dos prejuízos ocasionados por esse comportamento não guardam relação causal com os condutores ou proprietários dos meios de transporte em questão, não obstante sua participação no evento.

A atuação da vítima deve ser exclusiva de maneira que, se com a atuação do lesado, há apenas o agravamento do dano que ocorria de qualquer maneira, permanece o dever de reparar por parte do responsável em virtude da causa do dano ter sido o evento a ele ligado, não obstante a maior amplitude do dano advinda do comportamento da vítima que criou um novo desdobramento causal. Nessa situação haverá uma diminuição do valor da reparação, não pela compensação de culpas, mas, sim, pela insuficiência do liame causal para gerar os danos com a intensidade com que se apresentaram, porquanto o agravamento se deu em razão do comportamento da vítima, de maneira que o responsável deverá responder em conformidade com o dano por ele gerado e que determinou apenas parte do dano.

Nesse caso, ocorrerá atenuação da responsabilidade civil da pessoa indicada pelo ordenamento jurídico, porquanto deverá ser excluída a participação da vítima na eclosão do dano ao momento da liquidação do dano.⁴⁷

⁴⁷ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 172.

8.2 Fato de terceiro

O fato de terceiro, tal como o fato exclusivo da vítima, é concorrente à atuação de um terceiro⁴⁸ que vem a determinar a ocorrência do dano independentemente do evento praticado ou sob a responsabilidade do suposto responsável.

Desse modo, aclara-se que o dano deve ser fruto, apenas, do desdobramento do fato do terceiro, de forma que fica excluída a relação causal entre o dano e seu eventual responsável.

Diversamente do que se dá com o fato da vítima, em havendo concorrência causal entre o fato do terceiro e o do responsável inicial pela reparação, ambos, responderão integralmente pela indenização por força da solidariedade em responsabilidade extracontratual ditada pelo art. 942, *caput*, segunda parte, do Código Civil⁴⁹, aplicável à situação.

Em comentários ao artigo 942 do Código Civil, Claudio Luiz Bueno de Godoy⁵⁰, com a habitual percuciência, trata da questão nos seguintes termos:

E, acrescente-se, havendo mais de um causador do dano a ser reparado, erige-se entre eles uma responsabilidade solidária, de tal arte que todos se vinculam à integralidade da prestação resarcitória, podendo por ele se exigidos juntos ou separadamente, à escolha da vítima.

Por fim, da mesma forma que se dá no fato exclusivo da vítima, em sendo o fato de terceiro oriundo da atuação do responsável, não pode este invocá-lo como motivo de exclusão da responsabilidade na

⁴⁸ O terceiro, conforme AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil, Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II, p. 680, pode ser definido como “qualquer pessoa além da vítima e do responsável. Ressalvam-se as pessoas por quem o agente responde, tanto no regime delitual (filhos, tutelados, prepostos, aprendizes etc.) como no campo contratual (encarregados da execução do contrato em geral), porque essas pessoas não são terceiros, no sentido de estranhos à relação que aqui nos interessa; quando muito, algumas de tais pessoas podem ser consideradas terceiros para efeitos do direito de regresso, mas esta matéria não influi nas relações entre a vítima e o responsável”.

⁴⁹ A redação do dispositivo legal em questão é a seguinte: “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

medida em que o desdobramento causal o indica como quem deve reparar o dano sendo o fato do terceiro uma mera condicionante da causa inicial provocada por aquele.

8.3 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e a força maior são situações não provocadas pelo suposto responsável pela indenização e sem possibilidade de serem antevistas ou afastadas por ele e que afetam a cadeia causal de maneira a excluir a relação de causalidade entre o evento e o dano, a exemplo de uma catástrofe natural (enchentes, tempestades, etc.) ou situações ligadas aos seres humanos (guerras, greves, roubos, etc.).

No passado, havia preocupação em se estabelecer a distinção entre o caso fortuito e força maior, na Idade Média, buscou-se a distinção a partir da origem do dano, donde a força maior seria um evento exterior absolutamente inevitável, como tempestades, guerras e atos de autoridade, noutra quadra o caso fortuito encerraria simplesmente um obstáculo interno próprio da atividade do devedor, como um vício de material, erro de um empregado, algo relativamente inevitável donde uma pessoa mais diligente e habilidosa poderia evitá-lo⁵¹.

Entretanto, o direito moderno, desde o Código Civil Francês de 1804⁵², não faz distinção entre caso fortuito e força maior, tratando-os como sinônimos e lhes atribuindo os mesmos efeitos; nosso Código Civil segue a mesma linha cuja primeira parte do art. 393, *caput*, prescreve:

O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior – e seu parágrafo único arremata – O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

⁵⁰ GODOY, Claudio Luiz de. In: PELUSO, Cesar (Coord.). *Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2007. p. 787.

⁵¹ TOURNEAU, Philippe le. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2004. p. 424.

⁵² Código Civil Francês, art. 1148 - Il n'y a lieu àaucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

Dante disso, caso fortuito e força maior não têm significado diverso, o primeiro termo (caso fortuito) evidencia o caráter da imprevisibilidade enquanto o segundo (força maior) aquele da irresistibilidade; contudo estes dois aspectos concorrem para evidenciar a mesma noção de evento inevitável frente ao comportamento diligente devido⁵³, destarte, a ideia entre as expressões é de complementação e não de diferenciação, não havendo interesse prático na distinção⁵⁴ *haja vista não apenas a identidade de efeitos, mas a efetiva sinonímia detectada pelo emprego da conjunção “ou”*⁵⁵ (constante do art. 393).

O caso fortuito ou de força maior não atua sobre o nexo de imputação (indicação do responsável pelo ordenamento jurídico a título de culpa ou outro critério, normalmente o risco), portanto, não se confunde com a exclusão de culpa, pois, em termos lógicos a pesquisa do nexo causal é anterior ao juízo de imputação, só depois de determinado o fato causado, levanta-se a questão de saber se esta pode ser imputada a alguém⁵⁶.

É impossível a formulação de juízos abstratos para a compreensão do fenômeno em estudo⁵⁷, competirá o exame do caso concreto⁵⁸ com o fim de se avaliar se o fato invocado pode ser qualificado como caso fortuito ou força maior afastando o dever de prestar.

As características do caso fortuito ou de força maior são a imprevisibilidade, a inevitabilidade e a exterioridade⁵⁹, contudo esta questão não é pacífica, alguns autores excluem a exterioridade e a imprevisibilidade ressaltando a inevitabilidade⁶⁰ e outros pugnam apenas pela imprevisibilidade e inevitabilidade⁶¹.

⁵³ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: la responsabilitá*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 662.

⁵⁴ PESSOA, Fernando Jorge, op. cit., p. 119; ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 989, registra o interesse da doutrina na diferenciação dos conceitos de caso fortuito e de força maior, contudo, pela identidade das consequências, afirma: *Trata-se, porém de meras classificações de escola*.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*: do inadimplemento das obrigações. São Paulo: Forense, 2003. v. V, t. II, p. 198.

⁵⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 634.

⁵⁷ ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 312.

⁵⁸ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 560.

⁵⁹ TOURNEAU, Philippe le. Op. cit., p. 426.

⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 202.

⁶¹ PESSOA, Fernando Jorge, op. cit., p. 122/123; VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice, op. cit, p. 233.

Noutra quadra, um fato imprevisível e inevitável, todavia interno à atividade do devedor, como o clássico exemplo do estouro do pneu de um ônibus de uma empresa de transporte de pessoas, não terá a característica da exterioridade, donde excluído o efeito liberatório do caso fortuito ou de força maior.

A imprevisibilidade cuida de um juízo de probabilidade acerca da ocorrência do evento interruptivo do curso normal ou esperado dos acontecimentos.

A inevitabilidade está ligada à impossibilidade de impedir as consequências do caso de fortuito ou de força maior após iniciado; assim, o desencadeamento fático não tem mais relação com o comportamento do responsável não sendo possível a ele resistir à situação, a qual o domina por completo, nada há a fazer de forma eficaz para removê-la, é uma fatalidade.

De outra banda, o fato inevitável, mas previsível, a exemplo do desgaste de peças de um maquinário, o envelhecimento de uma pessoa⁶², etc., não tem a característica de caso fortuito ou de força maior.

A exterioridade trata da circunstância do caso fortuito ou de força maior produzir-se fora da esfera do responsável, pois, sendo interna à sua atividade não haverá o efeito liberatório por se produzir nos limites da responsabilidade do devedor, devendo responder pela circunstância.

Desenvolvendo a ideia da exterioridade, nossa doutrina trata do fortuito interno e fortuito externo⁶³. Nessa concepção, o fortuito interno abrange os fatos relativos ao exercício da atividade econômica desenvolvida diante da obrigação assumida por meio da assunção dos riscos gerados pela ação dirigida pelo devedor; de outra parte, no fortuito externo há a exclusão da responsabilidade civil em razão do caso fortuito ou de força maior não fazer parte dos riscos gerados pela atividade econômica exercida pelo devedor.

Conforme mencionado acima, as espécies de caso fortuito e força maior são de duas ordens: forças da natureza e forças do homem⁶⁴.

⁶² Os exemplos são de PESSOA, Fernando Jorge, op. cit., p. 123.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 201.

⁶⁴ TOURNEAU, Philippe le. Op. cit., p. 434/439.

As forças da natureza tratam das catástrofes naturais caracterizadas pela intensa anormalidade e a consequente imprevisibilidade e irresistibilidade, como acontece com as tempestades, ventanias, enchentes, chuvas de granizo e nevascas.

Os eventos ligados ao homem são as violências de fato como as greves, guerras, roubos, etc., bem como as violências de direito como os atos da autoridade pública (fato do princípio), a exemplo de vedações administrativas e atos de concessionários de serviço público.

Proposições conclusivas

A responsabilidade civil tem sido objeto de intensa produção legislativa em virtude das novas tecnologias e, por conseguinte, novos critérios de imputação.

Os estudos, antes centrados fundamentalmente no campo da culpa, vêm sendo acrescidos da problematização do exame do nexo causal pelo fato de este ser fundamental nas hipóteses de incidência da responsabilidade civil.

Não obstante, na jurisprudência ainda não é comum considerações aprofundadas do nexo de causalidade, como acontece com o pressuposto da culpa.

O nexo de causalidade tem papel central na fixação dos limites de incidência da responsabilidade civil, sendo relevante a compreensão das teorias incidentes e seus resultados.

O nexo de causalidade por ligar o comportamento lesivo ao dano é dirigido a ambos, permitindo sua pesquisa com um juízo posterior, ou seja, parte-se do dano para verificar se há causalidade com a previsão normativa em relação ao responsável.

O nexo de causalidade não se confunde com a culpa ante a desnecessidade da análise do elemento anímico do responsável.

As teorias atinentes à relação de causalidade devem ser aplicadas de forma integrada e aberta mantido o rigor científico, assim, inicialmente é possível a pesquisa da existência do nexo causal por meio da teoria da equivalência das condições limitada à previsão normativa para, na sequência, ser aplicada a teoria da causalidade adequada com a finalidade de estabelecer a relevância do evento encontrado quanto à possibilidade objetiva para determinar o dano.

Na responsabilidade objetiva há importância no estudo da relação de causalidade ante a irrelevância da culpa, destarte, é o melhor meio científico para o esclarecimento de quais situações desfavoráveis podem ser transferidas para o responsável recebendo a qualificação de dano.

No caso de omissão, o nexo causal deve ser considerado desde a fixação de um dever jurídico ao responsável e a não realização do comportamento devido, ocasionando o dano, o qual seria evitado não houvesse aquela.

A con causa, enquanto causa diversa associada à principal concorrendo para o resultado, mas insuficiente a tanto de forma única, merece atento exame por serem difíceis os danos provocados apenas por uma causa bastante a sua realização.

O ponto fundamental é verificar se a causa principal abarca a con causa, como é comum ocorrer, ou se sua existência repercute em um dano de maior proporção. Nesse caso, cabe excluir da esfera do responsável a parte do dano havida com resultado da con causa.

A exclusão do nexo causal ocorre nas hipóteses de um fato externo ser unicamente determinante do dano e não o evento lesivo. Essas situações podem ser praticadas pela vítima, terceiro ou uma situação externa ao previsto no ordenamento jurídico, sendo o fato exclusivo da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou de força maior.

Pensamos com este estudo destacar a importância da relação de causalidade na fixação da responsabilidade civil, sobretudo dos magistrados em estabelecer exatamente sua extensão em conformidade aos critérios de imputação da responsabilidade civil.

Referências

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. II.
- ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Jurídica e Universitária, 1965.
- ANTUNES VARELA. João de Matos. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1993. v. I.
- BENACCHIO, Marcelo. Inadimplemento das obrigações. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Org.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. *Responsabilidade civil contratual*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: la responsabilità*. Milano: Giuffrè, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DE CUPIS, Adriano. *Il danno*. Milano: Giuffrè, 1966. v. I.
- ENNECCERUS, Luwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954. v. 1, t. II; v. 2.
- GODOY, Claudio Luiz de. In: PELUSO, Cesar (Coord.). *Código civil comentado*. Barueri: Manole, 2007.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso de direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Forense, 2003. v. V, t. II.
- MOORE, Michael S. *Causalidad y responsabilidad*. Tradução de Tobías J. Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2011.

- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1995.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 4.
- SALVI, Cesare. *La responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1998.
- SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil*. 7. ed. Madrid: Montecarlo, 1993. v. I.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. V.
- TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves. *Droit civil: les obligations*. 8. ed. Paris: Dalloz, 2002.
- TOURNEAU, Philippe le. *Droit de la responsabilité et des contrats*. Paris: Dalloz, 2004.
- TRIMARCHI, Pietro. *Causalità e danno*. Milano: Giuffrè, 1967.
- VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 2. ed. Paris: LG.D.J., 1998. p. 153.

Responsabilidade civil do incapaz. As relações contratuais de fato

Ana Lúcia Granziol
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Objetiva-se com este estudo analisar a mudança trazida pelo Código Civil de 2002 acerca da responsabilidade do incapaz, antes praticamente sem qualquer obrigação de indenizar pelos danos provocados.

O estudo passa por breves considerações sobre a incapacidade, seguindo-se com a análise da responsabilidade dos terceiros guardiões até chegar à obrigação destes, mencionando-se casos concretos.

E de alguma forma ligado à incapacidade, procura-se, ao final, trabalhar um pouco com a teoria das relações contratuais de fato, pouco desenvolvida no Brasil, mas que pode ter aplicação em algumas situações de fato.

Espera-se não seja uma leitura cansativa e o artigo não esgota os temas abordados, mas contribui para o estudo da responsabilidade civil.

1. Capacidade civil no direito atual e no direito romano

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1º, estabelece que toda pessoa, ente que pode figurar como sujeito ativo ou passivo em uma relação jurídica, é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Esta aptidão para adquirir direitos e contrair deveres se denomina capacidade de direito ou de gozo e é inerente a qualquer indivíduo.

Entretanto, no direito romano, nem todas as pessoas podiam ser sujeitos de direitos e deveres. Para tanto, era necessário o preenchimento de certos requisitos, sem os quais o indivíduo não tinha a plena capacidade de gozo.

O primeiro deles é a liberdade, o *status libertatis*. Somente o homem livre podia ser sujeito de direitos e contrair deveres, sem res-

trições. Já os escravos eram apenas objeto de relações jurídicas e não tinham a capacidade de direito. Mesmo libertado, o escravo sofria limitações em seus direitos, notadamente na área do direito privado, pois mantinha uma situação de dependência em relação ao ex-dono, denominada patronato.

Outro estado necessário para a pessoa ser sujeito de direitos e deveres era a cidadania, *status civitatis*. Isso quer dizer que o direito romano valia apenas para o cidadão romano e não para os estrangeiros. A estes se aplicavam as regras de sua cidade relativas ao testamento e à aquisição de propriedades. Somente não podiam usar o seu direito de origem os *pelegrini dediticii*, inimigos vencidos que não tiveram direito e independência política reconhecidos pelos romanos. Perdendo-se a liberdade, perdia-se também a cidadania romana.

O último dos requisitos era o *status familiae*, ou situação familiar, como menciona Thomas Marky (Curso elementar de Direito Romano. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 29/37.). Apenas aquele independente do pátrio poder, pessoa *sui iuris*, podia ter a completa capacidade de gozo se também fosse livre e cidadão romano. As pessoas *alieni iuris* eram as sujeitas ao pátrio poder e tinham alguma capacidade no direito privado. Podiam se casar, desde que com autorização do *paterfamilias*, e tudo que adquiriam o faziam para o detentor do pátrio poder. Thomas Marky ainda menciona que, no campo das obrigações, o *paterfamilias* somente respondia excepcionalmente pelas obrigações assumidas pelo *alieni iuris*. Mas com a evolução do direito romano, segundo o autor mencionado, cresceu a responsabilização do detentor do pátrio poder pelas obrigações de seus familiares.

Ainda no campo das obrigações no direito romano, José Cretella Junior, ensina que:

Era o pai que, na qualidade de responsável, teria que arcar com o dano causado pelo filho ou pelo escravo, salvo se optasse por abandoná-los à mercê do prejudicado em razão do instituto do abandono noxal (noxa, ae, culpa, prejuízo; noxalis, e prejudicial; nocere, prejudicar, causar dano).

Após fazer tal citação, José Fernando Simão afirma que a responsabilidade era independente de culpa do pater. (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 62, nota nº 33).

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira completam:

Ainda que preenchidos todos os ‘status’ acima mencionados, determinadas situações juridicamente estabelecidas limitavam a capacidade plena dos cidadãos, na medida em que o reconhecimento sócio-jurídico da sua integridade psíquica, física e social, não permitia fosse ele considerado plenamente capaz. Assim, havia no Direito Romano determinadas situações que restringiam a capacidade do indivíduo, especificamente, a sua capacidade de ação ou de fato, tais como o sexo, a idade, a prodigalidade, as enfermidades psicofísicas, a infâmia, a turpitude e a religião. A infâmia referia-se à conduta honrosa do indivíduo na sociedade, de modo que “qualquer pessoa que praticasse um ato considerado ofensivo à dignidade pública era considerado ‘infame’ e tinha diminuída sua capacidade jurídica.” A turpitude “era o comportamento indecoroso que ofendida o bom conceito do indivíduo na sociedade”. Por fim, a religião era causa de limitação da capacidade de fato, na medida em que “a partir de Constantino, os não-cristãos passaram a sofrer uma ‘capitis diminutio media’, ou seja, uma diminuição na sua capacidade de praticarem determinados atos da vida civil”, como ser herdeiro ou, em determinadas situações, contrair matrimônio. (*A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria dos incapazes no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 81-82.).

Atualmente, no direito brasileiro, pode-se dizer que, para que se possa exercer por si os atos da vida civil, exige-se que a pessoa consiga “distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial” DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 147.), segundo critérios dados pela lei, ou seja, a lei dirá quais pessoas estão inaptas a exercerem por si os atos da vida civil.

Em consonância com Maria Helena Diniz:

A capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, pois uma pessoa pode ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício por ser incapaz, logo, seu representante legal é o que o exerce em seu nome. A capacidade de exercício pressupõe a de gozo, mas esta pode subsistir sem a de fato ou de exercício (Op. cit., p. 147).

A limitação da capacidade no Brasil encontra previsão no Código Civil, que estabelece absolutamente incapazes para a vida civil, primeiramente, os menores de dezesseis anos de idade (art.3º, I).

É que se considera que, em razão da idade, a pessoa não possui o necessário discernimento sobre o lícito e o ilícito e não detém o amadurecimento e entendimento suficiente para não ser influenciado.

Nos dizeres de Zeno Veloso: “entendeu o legislador que o menor, enquanto não completa 16 anos, não tem desenvolvimento físico, amadurecimento psicológico, experiência suficiente para agir na vida civil, para manifestar, segura e eficazmente, a sua vontade” (*Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 42-43.).

Interessante, neste aspecto, o Enunciado nº 138 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, que dá credibilidade à vontade do menor de dezesseis anos, quando demonstrar possuir capacidade de entendimento. O Enunciado está assim redigido:

Art. 3º: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.

Este entendimento, aliás, é o que parece melhor se adequar aos padrões atuais e está em conformidade com as regras e princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, que identifica como relevante a vontade e opinião das crianças e dos adolescentes para definição de medidas a eles atinentes.

Falando sobre a incapacidade em razão da idade, Maria Helena Diniz cita a diferenciação em relação ao direito comparado, destacando que o Código Argentino estabelece que os menores de catorze

anos de idade têm total abstenção dos atos da vida civil. Já o Alemão considera totalmente incapaz aquele que não atingiu sete anos de idade e o Italiano os menores de dezoito anos, podendo, ainda, em situações especiais, estabelecer idade de 21 anos para a cessação da incapacidade.

Ainda no âmbito do direito comparado, a legislação francesa “não faz qualquer distinção entre capacidade absoluta e relativa dos menores, deixando que o juiz verifique se já chegaram ou não à idade do discernimento” (op. cit., p. 150).

Entretanto, como observa Zeno Veloso, citando Paulo Nader:

Embora seja certo que na prática há adolescentes que adquirem conhecimento e capacidade de determinação com menos idade, da mesma forma que há jovens com mais idade e que ainda não assimilaram o suficiente para uma segura manifestação de vontade: ‘A verdade é que a lei não pode deixar ao alvedrio do julgador a apuração, em cada caso, se a pessoa é portadora ou não de incapacidade absoluta em razão da idade, pois tal prática seria inassimilável pela sociedade e implicaria discriminação contra os jovens, justamente pela incerteza de sua condição’ (op. cit., p 43).

Já aqueles maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são considerados relativamente incapazes e não estão totalmente privados da capacidade de exercício.

A segunda hipótese de proibição total do exercício do direito no Direito Civil Brasileiro é a relacionada aos que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (CC, art. 3º, II).

Trata-se, pois, de situação que visa salvaguardar pessoas “acometidas de doença mental impediente de administrar a si e a seus bens”, como menciona Nestor Duarte (*Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 18.).

O mesmo fundamento pode ser extraído em relação à terceira hipótese de totalmente incapaz, que diz respeito aos que, mesmo por causa transitória, não podem exprimir sua vontade (CC, art. 3º, incisos I, II e

IIII), como ocorre, exemplificadamente, com aqueles que estão hospitalizados sem possibilidade de expressar sua vontade conscientemente.

Já os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido, ou os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, bem como os pródigos, são considerados relativamente incapazes pelo Código Civil, consoante artigo 4º, incisos II, III e IV, e, assim como aqueles que possuem idade entre dezesseis e dezoito anos, podem praticar por si atos da vida civil, desde que assistidos pelo representante legal.

2. O dano causado por absolutamente incapazes e a obrigação de indenizar

2.1 Responsáveis por atos de terceiros (pais, tutores, curadores)

Tradicionalmente se afirma que são pressupostos da responsabilidade civil o dano, a conduta culposa ou dolosa e o nexo entre o primeiro e o segundo requisitos. Trata-se, pois, da ideia da responsabilidade subjetiva. E para essa doutrina clássica, o absolutamente incapaz é irresponsável, na medida em que não possui o necessário discernimento sobre o certo e o errado.

Exemplo disso é o artigo 2.046 do Código Civil Italiano que estabelece que aquele que não possui capacidade de entender e de querer, não responde pela consequência do fato danoso, salvo se o estado de incapacidade decorrer de culpa do agente. O dispositivo assim dispõe:

Non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso (Cod. Pen. 85 e seguenti), a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa.

Acerca do tema, Angelo Venchiarutti escreveu:

La capacità rappresenta dunque un presupposto indeclinabile della responsabilità. Affinché un atto

umano possa diventare fonte di responsabilità, esso deve essere valutato in funzione dell'atteggiamento psicologico - doloso o colposo - che l'ha determinato, ed essere collegato ad un impulso di libera e effettiva volontà del suo autore VENCHIARUTTI, Angelo. La responsabilità dell'incapace. In: ALPA, Guido e BESSONE, Mario (Dir.). *La responsabilità civile una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: U.T.E.T., 1987. v. 1, p. 201-224.).

Em outras palavras, a responsabilidade civil está ligada à imputabilidade, à capacidade de entendimento e determinação, como comumente dizem os penalistas. Nos dizeres de José Fernando Simão, citando Atilio Anibal Alterini, é a:

Ideia de que o agente faz uma opção, um juízo crítico. Assim, é por escolh a que transgride a norma e causa dano a outrem. Exclui-se, em consequência, a responsabilidade quando houver uma incapacidade do agente de efetuar um juízo de valor de sua própria conduta, seja esta situação permanente ou transitória" (op. cit., p. 119).

E seguindo essa linha, que, segundo o autor, encontra base no direito romano, os danos praticados por inimputáveis só são passíveis de reparação por seus representantes ou vigilantes (CC, art. 932, I), posição, todavia, que tem se abrandado, ao menos em termos legislativos, pois, cada vez mais países têm admitido a responsabilidade direta e pessoal do incapaz, o que será posteriormente discutido.

Também outros pressupostos da responsabilidade subjetiva têm sofrido mitigações, como a culpa e o nexo. Anderson Schreiber afirma que o:

Estágio atual da responsabilidade civil pode justamente ser descrito como um momento de 'erosão dos filtros tradicionais' da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculos ao resarcimento dos danos na dinâmica das ações de resarcimento" (SCHREIBER, Anderson. *Novos pa-*

radigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11-12.). Em outras palavras, pode-se dizer que, atualmente, a responsabilidade civil tem como foco o dano e, sobretudo, a vítima prejudicada.

E falando do esmorecimento da culpa, Schreiber aponta que o Código Civil de 2002, atendendo ao comando constitucional da solidariedade social no âmbito da reparação de danos:

Converteu em objetiva a responsabilidade aplicável a uma série de hipóteses antes dominadas pela culpa presumida, como a responsabilidade por fato de terceiro e por fato de animais " (ob. cit., p. 21).

É o que se verifica ao se analisar o artigo 932 do Código Civil de 2002, que, entre outras coisas, estabelece, nos incisos I e II, que os pais respondem pela reparação ocasionada pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, assim como os tutores e curadores respondem pelos pupilos e curatelados. E, na sequência, o artigo 933 dispõe que eles respondem, ainda que não haja culpa de sua parte. Ou seja, para o caso dos incapazes, aqueles que os têm em sua guarda e companhia (pais, tutores e curadores), respondem pela reparação objetivamente, não podendo se eximir ainda que demonstrem que não foram negligentes.

Essa previsão legal acaba por tratar de verdadeira hipótese de responsabilidade independentemente de culpa e que não se baseia na teoria do risco contida na cláusula geral do parágrafo único do artigo 927, preocupando-se, na verdade, com o resarcimento da vítima (reparação integral).

Consoante este pensamento (de que a responsabilidade dos artigos 932, I e II, e 933 não advém da teoria do risco), posicionou-se Sérgio Cavalieri Filho. O autor entende que o caso tem como fundamento o dever de guarda e vigilância de forma objetiva por imposição legal, não se ligando a um risco.

Contrapõe-se a tal entendimento José Fernando Simão. Para ele, o Código Civil adotou uma nova teoria do risco, denominada "risco

dependência” e fugir disso (do risco) seria se afastar do fundamento da responsabilidade objetiva e de sua evolução histórica (op. cit., p. 71-75).

Segundo expõe, todo inimputável é potencial causador de um dano, justamente por não ter o discernimento do certo e do errado, e necessita de um representante. Os pais, ao optarem pela paternidade ou maternidade, assumem os riscos da dependência dos filhos menores e os tutores ou curadores assim respondem por exercerem um múnus.

Como ficou claro em parágrafo antecedente, este não é o nosso posicionamento, pois, para nós, a objetivação no caso foi uma opção do legislador para garantir os interesses legítimos da vítima, para quem, como já mencionado, está voltada, a nosso ver, atualmente a responsabilidade civil, e que teve interesses violados. Não parece coerente encarar esta objetivação da responsabilidade como risco, sob pena de não mais existirem limites, pois tudo oferece um risco: “viver é um risco”.

A previsão legal atual, na verdade, pode ser atribuída à:

Tendência à criação de direitos novos, incluindo aí o emblemático direito à integridade do patrimônio, bem como à ampliação do que se considera dano injusto, a fim de se utilizar a responsabilidade civil como chave para a solução de todos os problemas (cf. citação nº 96 feita por Ana Frazão de (THIENE, Arianna. *Nuovi percorsi della responsabilità civile. Dalla condotta alio status*. Milano: Cedam, 2006, p. 3-4.), no artigo “Principais Distinções e Aproximações da Responsabilidade Civil nos Modelos Francês, Alemão e Anglo-Saxão”) (FRAZÃO, Ana, *Responsabilidade civil contemporânea - em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 765.).

Por ser interessante e até bem humorada a crítica, vale a pena a transcrição das palavras de Sérgio Cavalieri Filho sobre o tema:

Há quem sustente que a responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores e a dos tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados es-

tariam fundadas na teoria do risco. Chegam a dizer que se o pai põe filhos no mundo corre o risco de que da atividade deles surja dano para terceiro. A levar a teoria do risco a tal extremo, tudo passará a tê-la por fundamento, até o próprio nascimento. Parece-nos exagero falar em risco de ter um filho, risco de ser pai, e assim por diante. Na tutela e curatela a impropriedade de se falar em risco é ainda maior, porque representam um ônus para quem as exerce, verdadeiro ‘*munus publicum*’. O fundamento dessa responsabilidade é realmente outro. É o ‘dever objetivo de guarda e vigilância’ legalmente imposto aos pais, tutores e curadores. Depreende-se isso do próprio texto legal, da expressão “estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Esse dever de guarda e vigilância é exigível daquele que tem autoridade sobre outrem, e enquanto o tiver em sua companhia.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 237.).

Contudo, seja encarando o fundamento da responsabilidade dos pais, tutores ou curadores como decorrentes do risco ou do dever legal de guarda e vigilância (vide art. 1.642, II, CC), indubitável que a responsabilidade a eles atribuída pelo Código Civil de 2002 é objetiva, constituindo-se em inovação em relação à legislação anterior.

É que o Código Civil de 1916 possibilitava ao responsável pelo incapaz a exoneração da responsabilidade, caso comprovasse não ter sido negligente na guarda (o Código Civil de 1916 dispunha em seu artigo 1.521 o seguinte:

São também responsáveis pela reparação civil: I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. II. O tutor e 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 deles (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 educado-

res. V. os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia.

Já o 1.523 assim estabelecia: “Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte)”, o que acarretava, muitas vezes, que o prejudicado inocente ficasse sem resarcimento. A previsão legal anterior, portanto, adotava a presunção de culpa, presunção relativa, já que possibilitava sua exclusão.

De forma semelhante à legislação anterior, o Código Civil Italiano (art. 2047) ainda prevê a possibilidade de exclusão da responsabilidade do representante, se este provar não ter podido evitar o fato (“*In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere (Cod. Pen. 85 e seguenti), il risarcimento è dovuto da chi e tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto*”).

Especificamente em relação aos pais e tutores, a legislação italiana dispõe que aqueles são responsáveis pelos danos ocasionados pelos filhos menores não emancipados e os segundos pelos tutelados, desde que vivam em sua companhia. Todavia, em todas as hipóteses é possível a exclusão da responsabilidade se os responsáveis provarem que não puderam evitar o fato danoso. Este o teor do artigo 2.048:

Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati (314 e seguenti, 301, 390 e seguenti) o delle persone soggette alla tutela (343 e seguenti, 414 e seguenti), che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.

I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti (2130 e seguenti) nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto.

Acerca disso discorreu Angelo Venchiarutti, no artigo *La Responsabilità Dell'incapace* (op. cit., p. 218), deixando claro, entretanto,

que cabe ao genitor, tutor ou curador a prova da exoneração da responsabilidade, denotando também preocupação com a vítima:

La persona tenuta alla sorveglianza dell'incapace è, infatti, responsabile per effetto della negligenza dimostrata: risponde cioè per fatto colposo. Si suole tradizionalmente parlare, in questo caso, di culpa in vigilando (Cass., 13-IV-1972, n. 1055, in Rep. Foro it., 1972, voce Resp. civ., n. 100; Id., 15-XII-1972, n. 3617, in Giust. civ., 1973, I, 418; contra RoDOTÀ, Il problema della responsabilità civile cit., 156, 160, secondo cui la norma in esame imputa direttamente «senza il medio di una colpa» il fatto dannoso a persona individuata in base alla sua qualifica).

La vittima del danno cagionato dall'incapace non ha, inoltre, l'onere di provare a colpa del sorvegliante: l'art. 204 7, 1 o comma c. c. pone senz'altro a carico dello stesso sorvegliante la responsabilità. Spetterà a quest'ultimo soggetto fornire la prova liberatoria, ossia dimostrare di non aver potuto evitare il prodursi del danno (CORSARO, L'imputazione del fatto danno cit., 150). Per quanto concerne l'ipotesi inversa, il caso in cui cioè a cagionare il danno sia stato il sorvegliante dell'incapace, la Cassazione (Cass. Sez. Un., 6-XII-1951, n. 2732, in Resp. civ. prev., 1952, 334) - in mancanza di specifiche disposizioni e sulla base delle norme generali in tema di rappresentanza legale - ha ritenuto responsabile l'interdetto dell'illecito posto in essere dal suo tutore, il quale aveva agito in nome e nell'interesse del primo (in dottrina v. BRANCA, Responsabilità extracontrattuale e tutela dell'interdetto, in Foro pad., 1952, I, 1311).

No Brasil, como já se disse, não há mais espaço para discussão sobre a possibilidade de o genitor, tutor ou curador se exonerarem da responsabilidade civil demonstrando que não foram negligentes ou que não puderam evitar o fato danoso por ser ela objetiva, desatrelada da culpa.

Entretanto, para existir o dever de reparar, o fato ensejador do dano, praticado pelo incapaz deverá se enquadrar como “culposo”,

abstratamente falando, caso contrário não terão incidência os artigos 932 e 933 do atual Código Civil.

Embora a ideia de culpa esteja ligada à imputabilidade moral (capacidade de entendimento e autodeterminação), quando se diz que deve estar presente a conduta culposa do incapaz para que os pais, tutores ou curadores respondam pelos danos ocasionados por seus filhos, tutelados ou curatelados, quer se dizer que se deve analisar se o ato por estes praticado é coincidente ou não com o direito, ou seja, deve-se verificar se o ato, caso praticado por imputável, nas mesmas condições, seria considerado culposo ou doloso para se aferir a responsabilidade dos representantes. Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves:

Nada impede o magistrado de apreciar o ato do menor inimputável – ato que ocasionou o dano – em face das suas circunstâncias objetivas, externas, para concluir se o ato incriminado foi normal, regular, coincidente com as regras do direito, ou não. Se provado ficar que o ato do menor privado de discernimento, abstratamente considerado, não violou nenhuma obrigação preexistente, força é convir que a ação promovida pela vítima contra o pai do menor inimputável deverá ser prontamente repelida, pois não se compreenderia que os representantes do menor incapaz, culpados por presunção legal, continuassem “culpados” pela prática de um ato que ocasionou um prejuízo, mas não vulnerou nenhuma norma jurídica (Responsabilidade Civil, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169).

Em outras palavras, para existir o dever de indenizar, deverá haver situação correspondente à da responsabilidade subjetiva em relação ao inimputável, caso contrário o terceiro não responderá.

Um questionamento que se pode fazer acerca da responsabilidade dos pais é se ela subsiste, mesmo quando o filho menor praticar o ato danoso quando não estiver sob sua autoridade ou em sua companhia, circunstâncias mencionadas pelo artigo 932, inciso I, do CC. E a conclusão a que se chega é que essa “restrição” deve ser lida com reservas para que a vítima, por fim, não acabe ficando sem o respectivo resarcimento, como mais adiante se verá em um julgado.

Sérgio Cavalieri Filho aponta que, para exonerarem-se da responsabilidade, os pais deverão comprovar que perderam, jurídica e justificadamente, o poder de direção sobre o filho menor. Cita os seguintes exemplos:

Pais separados, um deles ausente ou interdito, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção. Se, de maneira contínua e fora do domicílio paterno, o menor é confiado à guarda dos avós, de educador, de estabelecimento de ensino, ou trabalha para outrem, a estes caberá a responsabilidade durante o período em que exercerem o poder de direção sobre o menor (op. cit., p. 240).

Importante ainda anotar que os pais responderão pelos atos dos filhos se estes forem emancipados voluntariamente. Acerca do tema, o Enunciado nº 41 da Jornada de Direito Civil, que dispõe: “A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do artigo 5º, parágrafo único, inciso I, do Código Civil”.

2.2. Responsabilidade do incapaz – responsabilidade subsidiária

Como já salientado, o Código Civil Italiano prevê a responsabilidade daquele sobre quem recai o dever de vigilância. Entretanto, essa regra não é absoluta e encontra mitigação na segunda parte do artigo 2.047, que possibilita ao juiz condenação do autor do dano (o incapaz) a uma indenização equitativa, após considerar as condições econômicas da parte, se a vítima não obtiver o resarcimento do detentor do dever de vigilância (*“Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità”*).

O Código Civil Brasileiro de 2002 contém previsão semelhante, responsabilizando diretamente o incapaz, caso os guardiões não tenham condições de fazê-lo. O artigo 928, que cuida da questão, dispõe

em seu *caput*: “Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.”

O fundamento para isso é a atenção aos:

Princípios de garantia e assistência social, que sacrificam o direito para a Humanidade. O restabelecimento do equilíbrio social violado pelo dano deve ser o denominador comum de todos os sistemas de responsabilidade civil, estabelecendo-se, como norma fundamental, que a composição ou restauração econômica se faça, sempre que possível, à custa do ofensor. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 42.).

Embora tal previsão legal esteja contida de forma antecedente ao disposto nos artigos 932 e 933 do Código Civil, o que, por certas regras de interpretação, pode fazer presumir que prevaleça em relação às subsequentes, na verdade trata de responsabilidade subsidiária do incapaz, na medida em que, em consonância com a redação da lei, este somente responderá se aquele por ele responsável não tiver condições financeiras de fazê-lo.

Acerca do tema, oportunas as anotações feitas por Angelo Venchiarutti, na obra já citada (p. 223-224):

Il principio che stabilisce l’irresponsabilità dell’incapace di intendere e di volere (art. 2046 c. c.) viene sensibilmente attenuato, sotto il profilo pratico, dal disposto dell’art. 2047, 2° comma, c. c., che costituisce una novità assoluta rispetto alla precedente legislazione (POGLIANI, op. ult. cit., 126). Nel caso in cui il danneggiato non sia riuscito ad ottenere il risarcimento del sorvegliante, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l’autore del danno di un’equa indennità (secondo PATTI, Ancora sul favor del diritto civile per gli incapaci ci t., 642, l’art. 2047, 2° comma c. c., prevede una disciplina che conferma il favor del diritto civile per gli in-

capaci. In senso critico DE CUPIS, Postilla sul favor del diritto civile per gli incapaci, in Riv. dir. civ., 1984, II, 254 il quale rileva nel 2º comma dell'art. in esame un semplice «fattore di alleviamento» della severità del legislatore, nei confronti dello stesso incapace).

Ispirata a evidenti ragioni equitative, la figura va collocata fra ipotesi di responsabilità oggettiva (COMPORTE, op. cit., 237; TRIMARCHI, Illecito (dir. priv.) cit., 110; ALPA e BESSONE, La responsabilità civile, Milano, 1980, 2a ed., II, I) sia pur con la precisazione circa la necessità che nel fatto dell'incapace siano presenti tutte le componenti di cui all'art. 2043 c. c. (LI SERRE, In tema di concorso colposo del danneggiato incapace, cit., 352; CENDON, Il dolo cit., 356, nota 3).

La condanna dell'incapace ha comunque natura sussidiaria: la vittima potrà richiedere l'indennità solo nel caso in cui non sia possibile ottenere il risarcimento dal sorvegliante: o perché il sorvegliante stesso non esisteva, o perché il sorvegliante si è rivelato insolubile, oppure perché questi è riuscito a fornire la prova liberatoria (Cass., 28-1-1953, n. 216, in Giur. it., 1953, I, I, 496, con nota di TRAVI, Indennizzo dovuto dall'incapace; v. anche App. Napoli, 5-V-1957, in Arch. resp. civ., 1968, 178).

É verdade que o artigo 928, além de autorizar a responsabilidade do incapaz quando o pai, tutor ou curador não tiverem bens para a reparação, também dispõe que ele (o incapaz) responderá nos casos em que seu responsável não tiver tal obrigação.

Tal disposição, em princípio, parece permitir a exoneração da responsabilidade dos curadores (termo aqui usado em sentido amplo) em caso de produzir prova liberatória afastando sua negligência, como ocorre no direito italiano. Todavia, esse entendimento não se mostra possível no Brasil, diante da responsabilidade objetiva estipulada pelos artigos 932 e 933.

Carlos Roberto Gonçalves explica:

A afirmação de que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsá-

veis “não tiverem obrigação de fazê-lo”, tornou-se inócuas em razão a modificação da redação do art. 928, caput, retrotranscrita, ocorrida na fase final da tramitação do Projeto do novo Código Civil no Congresso Nacional. O texto original responsabilizava tais pessoas por culpa presumida, como também o fazia o diploma de 1916, permitindo que se exonerassem da responsabilidade provando que foram diligentes. A inserção, na última hora, da responsabilidade objetiva, independente de culpa, no art. 933 do novo Código, não mais permite tal exoneração. Desse modo, como dito anteriormente, a vítima somente não será indenizada pelo curador se este não tiver patrimônio suficiente para responder pela obrigação (op. cit., p. 48).

Apesar dessa explanação, considerando-se que a lei não contém palavras inúteis, essa parte do dispositivo legal não pode ser tida como inaplicável sempre.

Como dispõe o artigo 932, incisos I e II, os pais, tutores e curadores respondem pela reparação civil em razão de danos ocasionados pelos filhos, pupilos ou curatelados, desde que estes estejam sob a autoridade e companhia daqueles.

Isso quer dizer que, se as pessoas elencadas acima comprovarem que não possuem o incapaz sob sua autoridade e companhia, não responderão pelos danos e a indenização deverá ser buscada diretamente em relação ao incapaz. Isso é o que explica Cláudio Luiz Bueno de Godoy ao comentar o artigo 928 do Código Civil (*Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012. p. 928.).

A pergunta que se faz, todavia, é a de que ponto os curadores poderão se exonerar da responsabilidade civil com este argumento, ou seja, na ausência de autoridade sob o incapaz, que também não estava em sua companhia no momento da conduta danosa.

Neste aspecto, deve-se averiguar se o ato praticado pelo incapaz, principalmente no que tange aos filhos, decorre de falha no exercício do poder familiar.

É o que se observa ao ser analisado o julgamento da Apelação nº 0003576-07.2010.8.26.0404, pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que teve como relator o Des. Francisco Loureiro.

No caso concreto, uma aluna, após ofender a professora em sala de aula, prometeu danificar seu automóvel, o que de fato fez enquanto estava na escola. O Tribunal reconheceu a responsabilidade dos pais, embora a garota não estivesse sob sua autoridade e em sua companhia. Sustentou-se que a responsabilização no caso não decorre do dever de vigilância, que foi transferido à entidade de ensino durante o período letivo, mas, sim, de violação ao dever de formação moral e de educação impostos pelo poder familiar. Desse modo, como não atendidas satisfatoriamente as obrigações decorrentes do familiar, reconheceu-se a obrigação dos pais e não da escola.

Abaixo, transcreve-se a fundamentação encontrada no acórdão:

Poderia se cogitar, ainda, de eventual responsabilidade da escola, e não dos pais, uma vez que na data do fato a menor não estaria sob a autoridade e a companhia dos genitores, requisito expresso no artigo 932, I, do Código Civil.

Impende esclarecer, no entanto, que, no caso dos autos, a responsabilidade dos pais pela conduta da menor não se funda na violação ao dever de vigilância, transferido pelos pais à escola, durante o período letivo.

Na realidade, a responsabilidade dos pais decorre de violação aos deveres de formação moral e de educação, com origem no poder familiar.

Isso porque os atos praticados pela menor indicam, muito mais do que simples traquinagens de criança, grave deformação da personalidade e falha dos pais no dever de educar e instruir a filha. Com efeito, a ré N. demonstrou um preocupante grau de desrespeito a uma de suas professoras, ignorando sua autoridade e a ofendendo verbalmente com palavras de baixo calão. Além disso, danificou dolosamente o veículo da autora, conduta altamente reprovável.

A violação do dever de formação dos filhos menores, ainda que não se encontrem na companhia dos pais no momento do ato ilícito gera o dever de indenizar. Note-se que não se cogita de culpa ‘in vigilando’ ou ‘in ommittendo’ dos pais, uma vez que a relação interna entre genitores e os ilícitos praticados por seus filhos é objetiva .

Em outra situação, o C. STJ, ao afastar o interesse recursal do filho menor, também sustentou que a responsabilidade é, em princípio, dos pais, objetiva e decorre do poder familiar. Quanto ao menor, a responsabilidade é apenas subsidiária, afastando-se a hipótese de solidariedade contida no artigo 942 do Código Civil.

A Ministra Nancy Andrighi assim escreveu:

O Código Civil, no seu art. 932, trata das hipóteses em que a responsabilidade civil pode ser atribuída a outrem que não seja o causador do dano. Dentre elas, no inciso I, está a dos genitores pelos atos cometidos por seus filhos menores. Trata-se de responsabilidade objetiva decorrente do exercício do poder familiar.

Conforme mencionado, o recorrente procura justificar seu interesse recursal argumentando que essa responsabilidade é solidária com seu genitor, nos termos do art. 942, parágrafo único, do Código Civil.

Referido dispositivo legal, de fato, prevê que “são solidariamente responsáveis com os autores, os coautores e as pessoas designadas no art. 932”. Todavia, essa norma deve ser interpretada em conjunto com aquela dos arts. 928 e 934 do Código Civil, que tratam, respectivamente, (i) da responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz e (ii) da inexistência de direito de regresso em face do descendente absoluta ou relativamente incapaz.

Na lição de Maria Helena Diniz, o art. 928 e parágrafo único “substitui o princípio da irresponsabilidade absoluta da pessoa privada de discernimento (em razão de idade ou falha mental) pelo princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária (Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 7, Responsabilidade Civil, 26^a ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 558/559).

Assim, o patrimônio dos filhos menores pode responder pelos prejuízos causados a outrem desde que as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. E, mesmo assim, nos termos do parágrafo único do art. 928, se for o caso de atingi-

mento do patrimônio do menor, a indenização será equitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam.

Em outras palavras, o filho menor não é responsável solidário com seus genitores, pelos danos causados, mas subsidiário. E “a responsabilidade do pai, portanto, se o causador do dano for filho inimputável, será substitutiva, exclusiva e não solidária” (Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho, in *Comentários ao Novo Código Civil*, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), v. XIII, 3^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 355).

Na hipótese analisada, todavia, nem se chegou a cogitar acerca da atribuição de responsabilidade ao menor recorrente, tendo a ação sido proposta unicamente em face de seu genitor.

Ademais, mesmo que o pai do recorrente venha efetivamente a ressarcir os danos causados à vítima em decorrência das agressões sofridas, cumprindo os termos da sentença condenatória, o patrimônio do recorrente não será atingido porque, embora nos outros casos de atribuição de responsabilidade, previstos no art. 932, seja cabível o direito de regresso em face do causador do dano, o art. 934 afasta essa possibilidade na hipótese de pagamento efetuado por ascendente. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

“Essa ação regressiva apenas não está disponível para o ascendente que paga por ato de descendente, absoluta ou relativamente incapaz, pois essa responsabilidade pertence ao rol dos deveres do pátrio poder ou poder familiar. Nesse caso, a obrigação fica restrita ao plano moral” (*Direito Civil*, v. IV, 11^a ed., São Paulo, Atlas, 2011, p. 89)..., p. 89). (REsp nº 1.319.626-MG (2011/00220737-5)).

De forma diferente se entendeu, em outro julgamento, em relação a uma pessoa tida como inimputável em razão de transtorno psiquiátrico, responsabilizando-a diretamente pelos danos provocados, porquanto, na época dos fatos, não possuía curador.

O caso tratado na Apelação nº 0005571-40.2009.8.26.0291, julgada pela 10^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado

de São Paulo, de relatoria do Des. Carlos Alberto Garbi, diz respeito à conduta de uma pessoa diagnosticada, no processo criminal, como portadora de “transtorno delirante persistente”, que matou o filho dos autores da ação reparatória e foi absolvido na esfera criminal, por conta da inimputabilidade, com imposição de medida de segurança de internação em hospital de custódia.

Entendeu o E. Tribunal que havia responsabilidade direta do incapaz e não de sua esposa, ré também na ação cível, porquanto, na época dos fatos, esta não era sua curadora e não exercia a curatela, já que ele, até o evento danoso, administrava seus bens, cuidava do sustento da família e, embora apresentasse ânimo alterado, não tinha tido nenhum comportamento agressivo. Abaixo, parte da ementa que interessa ao tema aqui mencionado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. HOMICÍDIO PRATICADO POR INCAPAZ. Pretensão dos autores, pais da vítima, à indenização por danos morais e materiais.

1. Embora tenha sido reconhecida a inimputabilidade do réu em incidente de sanidade mental instaurado no juízo criminal, deve ele responder, na esfera cível, pelos danos causados, com fundamento na teoria da responsabilidade mitigada e subsidiária, (art. 928 do Código Civil).

2. O Código Civil de 1916 nada dispunha a respeito da responsabilidade do incapaz. Havia o entendimento de que o incapaz, por não ter a capacidade de autodeterminação, não podia responder pelos danos decorrentes de seus atos, pois não agia com culpa. Assim, a ele não era atribuída responsabilidade.

Entretanto, o novo Código Civil inovou ao reconhecer a responsabilidade do incapaz, responsabilidade esta mitigada e subsidiária. A nova disposição legal manifestou consonância a diplomas legais de outros países, pois passou a ter importância os princípios de garantia e assistência social, de modo que não se revelava justo negar à vítima o direito à reparação. Neste cenário tem menos relevância a culpa ou dolo do ofensor em face do dano sofrido pela vítima, que precisa ser reparado.

A moderna responsabilidade civil já superou há muito a culpa subjetiva para determinar a imputa-

ção do dano e da obrigação correspondente de indenizar, abandonando a rígida ideia de que a culpa requer o reconhecimento de um comportamento socialmente reprovável. Prevalece hoje a ideia de que o dano causado de forma ilícita deve ser reparado pelo autor de um comportamento objetivamente diverso dos parâmetros de valoração social, independentemente da capacidade de entender e agir. Há, portanto, clara separação entre os elementos da culpa e aqueles da imputabilidade do dano.

Responde o incapaz pelo ato ilícito que praticou, independentemente da culpa subjetiva, porque o dano daí resultante é injusto. O ato praticado pelo incapaz é ainda ilícito, mesmo que ele não responda por ele, mas por ele responda terceiro (o curador, os pais ou tutor). É que, reconduzida a culpa a uma noção objetiva, em razão da não conformidade a um modelo objetivo de comportamento diligente, pode o comportamento do incapaz ser qualificado como culposo. Tal comportamento pode ser qualificado objetivamente como antijurídico se ele realiza a hipótese material da violação de uma norma jurídica que tutela um relevante interesse na vida de relação. Ao causar dano injustamente à vítima, o incapaz pratica o ilícito que autoriza a sua responsabilização, independentemente da culpa subjetiva, de forma direta quando não puder responder pela indenização as pessoas que são responsáveis por ele, como é o caso.

Não obstante o reconhecimento do ilícito e consequentemente a responsabilidade do incapaz pelo dano que causou, a lei brasileira se orientou bem quando estabeleceu uma forma mitigada de responsabilização nesse caso. É que a despeito da crítica feita pela doutrina a uma norma que isenta o incapaz da responsabilidade, porque incompatível com a moderna visão da responsabilidade civil que olha mais para a vítima do que para o autor do fato danoso e que defende antes a tutela da vítima do que a sanção ao causador do dano, o que se deve ter em conta não é somente o interesse do prejudicado, mas o interesse do incapaz.

Não há nos autos elementos a respeito da capacidade econômica do réu. Por esta razão, as indenizações ora concedidas, deverão ser objeto de liquidação de sentença, a fim de que possam ser eventualmente ajustadas em consonância aos recursos do réu, incapaz, que não pode ser privado do necessário à subsistência e tampouco seus dependentes (art. 928, parágrafo único, do Código Civil). Esse é o princípio que deve prevalecer neste caso e para o qual deverá estar atendo o D. Magistrado na liquidação da sentença, assegurando-se que a execução da dívida não possa retirar do incapaz o que lhe é necessário para viver.

3. No que tange à responsabilidade da corré, que seria curadora do réu e, por isso, deveria responder pela falta de cuidado no exercício da curatela, fato que, segundo alegaram os autores, concorreu para os danos sofridos (art. 932, inc. II, do CC), a prova oral produzida esclareceu que o réu, quanto acometido por doença psiquiátrica, tinha vida normal. Administrava as atividades de seu sítio. Produzia safras de limão e garantia o sustento de sua família. As testemunhas ouvidas também confirmaram que, embora estivesse com o ânimo alterado à época dos fatos, não tinha, até então, apresentado qualquer comportamento agressivo, razão pela qual seus familiares sequer intencionaram propor sua interdição. Nessas condições, não se exigia que a ré guardasse estreita vigilância de seu marido, pois cumpriu o papel que lhe incumbia, como esposa, ao conduzi-lo a tratamento psiquiátrico. Neste ponto, portanto, deve ser mantida a sentença, que reconheceu a ilegitimidade passiva da corré. Logo, tampouco se cogita da responsabilidade subsidiária da ré que, por não ser curadora, não tem obrigação de reparar o dano causado, o que confirma, portanto, a responsabilidade exclusiva do réu incapaz (art. 928, primeira parte, do Código Civil).

Analizando-se estes julgados, o que se percebe, na verdade, é que o pensamento jurisprudencial atual acompanha a tendência mundial em proteger o interesse da vítima, foco da responsabilidade civil.

Entretanto, não se descuida também do interesse do incapaz, cuja importância social se mantém e não deve ser esquecido. Daí porque a previsão de que, no caso de responsabilidade direta do incapaz, a indenização deverá ser equitativa.

3. Indenização equitativa

Conforme já exposto, o artigo 928 do Código Civil prevê a responsabilidade direta, embora subsidiária, do incapaz. Entretanto, o dispositivo legal impõe que a indenização será equitativa e não poderá privar o incapaz, ou as pessoas que dele dependam, do necessário para a sobrevivência.

Equidade, segundo Milton Paulo de Carvalho Filho:

Possui várias conceituações e uma delas é a de que se trata de “princípio ético por meio do qual se visa a mitigar o rigor da lei ou buscar atingir seu espírito - fins sociais e bem comum - para que a igualdade e a justiça prevaleçam no caso concreto. CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 29.).

E aquela tratada no artigo 928, parágrafo único é classificada por Arruda Alvim como judicial e ocorre quando o legislador incumbe ao juiz utilizá-la na decisão do caso concreto, analisando:

Circunstâncias não estabelecidas pela lei, como por exemplo, a extensão e o montante do dano causado à vítima do ato praticado pelo incapaz, sua situação financeira após a prática desse fato e a condição econômica do amental na época em que cometeu o ato ilícito. (op. cit., p. 88-89).

Embora se estabeleça que a indenização devida pelo incapaz, em caso de responsabilidade direta, deva se pautar na equidade, não significa que ela será sempre reduzida, ou seja, que será em valor menor que o prejuízo sofrido pela vítima. O que deve ser observado, para se

fixar a indenização equitativa, nesses casos, é principalmente a condição econômica do ofensor.

Isso quer dizer que, se o incapaz tiver patrimônio abastado, superior ao montante dos danos acarretados, poderá ser condenado a reparar a vítima integralmente, desde que isso não o prive do necessário para a sobrevivência, assim como aqueles que dele dependam, nos termos da parte final do parágrafo único do artigo 928 do CC.

Assim agindo o juiz não estará atuando contra a equidade. Ao contrário, ele a estará observando, vez que a vítima não ficará privada daquilo que realmente faz jus, ou seja, da reparação integral, proporcionando-se, assim, justiça no caso concreto.

Este é o entendimento esposado por Cláudio Luiz Bueno de Godoy nos comentários ao artigo em estudo:

Lembre-se que o fundamento do dispositivo está na injustiça da falta de reparação da vítima diante de um incapaz com condição de fazê-lo, sem risco a si ou a quem dele dependa. Bem por isso, e ainda que a posição se possa tornar minoritária, não se considera que essa indenização equitativa deva ser necessariamente menor que a extensão do dano; nem que sua fixação em importe integral sirva a equiparar o tratamento do incapaz ao do capaz, tal qual se vem sustentando. Cuida-se apenas de dar cabo à exigência da equidade e não olvidar a situação específica de um incapaz que, preenchidos os requisitos legais possa reparar completamente a vítima, que é a finalidade do sistema, sem nenhum dano maior à sua existência digna. De resto, quando quis uma indenização equitativa reduzida, o Código Civil o mencionou, como no art. 944, parágrafo único [...] (*Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole. p. 928.).

No mesmo sentido, aponta Milton Paulo de Carvalho Filho que a indenização pode reparar total ou parcialmente os danos. Sendo possível, o julgador deverá conceder o resarcimento integral para recolocação da vítima no estado anterior (op. cit., p. 94), posto que este é o objetivo da responsabilidade civil e isto não prejudicará o autor do

dano, mostrando-se relevante a análise de cada caso para que o juiz obtenha a melhor solução.

Significa dizer que não há uma regra fechada e decisões diferentes podem ser proferidas sobre o mesmo tema, não de forma conflitante, mas sempre em atenção ao caso concreto. É isso, na verdade, que possibilita a equidade: o juiz poderá fixar a indenização integral ou não, em consonância com o caso em análise, sobretudo no que toca à condição financeira do incapaz, suas necessidades e de sua família ou daqueles que dele dependam, sem deixar de se atentar para vítima.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, o juiz deve:

Procurar expressar, na solução do caso, aquilo que corresponda a uma ideia de justiça da consciência média, que está presente na sua comunidade. Será, em suma a justiça do caso concreto, um julgamento justo, temperado, fundado no sentimento comum de justiça. (*Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 159).

4. Relações Jurídicas de Fato e a responsabilidade civil

A doutrina que adota a teoria dualista diferencia a responsabilidade civil contratual da extracontratual. Além de outras, Carlos Roberto Gonçalves aponta como um dos elementos diferenciadores a capacidade do agente causador do dano (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.).

Referido autor cita e concorda com Jousserand, que:

Entende que a capacidade sofre limitações no terreno da responsabilidade simplesmente contratual, sendo mais ampla no campo da responsabilidade extracontratual. A convenção exige agentes plenamente capazes ao tempo de sua celebração, sob pena de nulidade e não produzir efeitos indemnizatórios. Na hipótese de obrigação derivada de um delito [extracontratual], o ato do incapaz pode dar origem à reparação por aqueles que legalmente são encarregados de sua guarda (op. cit.).

Na linha desse pensamento, e em conformidade com o artigo 166, inciso I do Código Civil, os negócios jurídicos praticados pelos incapazes são considerados nulos e o reconhecimento dessa nulidade implica em fazer com que as partes retornem ao estado anterior.

Isso é o que pondera Antonio Junqueira de Azevedo ao falar desse resultado, diferenciando os negócios nulos dos atos ilícitos: “o nulo diz respeito a ato preceptivo e sua consequência é a volta ao ‘statu quo ante’, o ilícito é o ato reprovado pelo sistema e sua consequência habitual é o pagamento de perdas e danos” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 30.).

Entretanto, entendimento um pouco diverso deve ser adotado em relações denominadas “relações contratuais de fato” ou “relações para-contratuais”, termo mencionado pelo saudoso Professor da USP, em que uma aparente nulidade não faz com as partes retornem ao estado anterior, aplicando-se as mesmas regras de uma relação contratual comum.

A teoria das “relações contratuais fáticas” foi algo desenvolvido pelo alemão Günter Haupt e ele considerou que, “sem um acordo ne-gocial válido, relações jurídicas de direito contratual se estabeleciam em razão de que uma ‘fatispécie social vinculante para os envolvidos que se realiza conforme a praxe cotidiana’” (LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Tradução de Alessandro Hirata. *Revista Direito GV*, v. 2, n.1, p. 57, jan.-jun. 2006.).

O primeiro deles refere-se às relações contratuais fáticas “em virtude de contatos sociais”, que dizem respeito, na visão do autor, aos deveres de cuidado e consideração pré-contratuais, estabelecidos pela entrada nas negociações contratuais.

O segundo grupo diz respeito às denominadas “coletividades fáticas”, que, apesar da nulidade do contrato, a relação é estabelecida em razão de uma prestação de fato realizada, como no contrato de trabalho e de sociedade.

O terceiro grupo mencionado por Haupt refere-se às “relações contratuais fáticas em virtude de uma obrigação de prestar social”, afetas principalmente aos contratos de transporte “que se realiza por meio da utilização de um bonde ou de um outro meio de transporte público” (LARENZ, Karl, op. cit., p. 57).

Esta denominação comum para três categorias diversas é criticada por Karl Larenz, por entender que são “manifestações bastante

diversas” (op. cit.). Para Larenz, as relações obrigacionais tratadas decorrem de comportamentos sociais típicos, referindo-se, em seu artigo, ao transporte público, pelo qual a empresa está obrigada a prestar os serviços e não pode recusar um passageiro sem um motivo real. Segundo apontou, a relação obrigacional entre eles somente estará estabelecida se o usuário de fato fizer uso do transporte. Neste caso, embora inexista um acordo prévio de vontades, as partes passarão a ter “deveres de prestação e de comportamento” e a “relação de transporte” se baseará em dois atos correspondentes de ambos os envolvidos (empresa de transporte e usuário), assemelhando-se ao aperfeiçoamento de um contrato (por isso o alargamento do conceito de contrato para alguns autores mencionado por Larenz), sem com ele se confundir (op. cit., p. 58-59).

O autor justifica seu pensamento argumentando que o comportamento do usuário não se baseia em expressão de vontade própria de se obrigar, não há declaração de vontade, mas será entendido em conformidade com os usos do tráfego, servindo como “‘resposta’ ou ‘reação’ social típica à oferta e tem, por isso, o significado socialmente típico de uma fonte de obrigação”. A consequência para o usuário, com a utilização do serviço, é o pagamento da “contraprestação de costume”, segundo as tarifas fixadas (op. cit., p. 60).

Larenz pontua que, por se entender que não há declaração de vontade nessas relações, os vícios a ela atrelados não têm qualquer importância. Do mesmo modo, os dispositivos relacionados à capacidade são irrelevantes. Neste tocante (em relação à capacidade de fato), entretanto, observa que o usuário deve ter ao menos a “capacidade de reconhecer o significado social típico”, sob pena de não poder exigir dele a contraprestação costumeira, pois aqui prevalece a proteção ao incapaz (ob. cit. p. 61). Assim, cita que, se uma criança que não sabe do dever de pagar pela passagem viajar por brincadeira em um bonde, o cobrador não poderá exigir dela o valor correspondente.

No Brasil essa teoria foi pouco desenvolvida. Antônio Junqueira de Azevedo mencionou essa matéria em sua obra “Estudos e Pareceres” e, para ele, os contatos sociais, primeiro fato típico mencionado por Haupt, não se caracterizam como relação contratual de fato. Apenas as demais podem ser consideradas como relações paracontratuais e têm como ponto comum serem “relações sinalagmáticas de longa duração” (op. cit., p. 31).

Apesar de pouco desenvolvida, a teoria já foi aplicada em um caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal. Abaixo transcreve-se a ementa do julgado:

Agravo de Instrumento. 2. Trabalhador rural ou rurícola menos de quatorze anos. Contagem de tempo de serviço. Art. 11, VII, da Lei 8.213. Possibilidade. Precedentes. 3. Alegação de violação aos arts. 5º, XXXVI, e 97, da CF/88. Improcedente. Impossibilidade de declaração de efeitos retroativos para o caso de declaração de nulidade de contratos trabalhistas. Tratamento similar na doutrina do direito comparado: México, Alemanha, França e Itália. Norma de garantia do trabalhador que não se interpreta em seu detimento. Acórdão do STJ em conformidade com a jurisprudência desta Corte. 4. Precedentes citados: AgRAI 105.794, 2^a T., Rel. Aldir Passarinho, DJ 02.05.86 e RE 104.654, 2^a T., Rel. Francisco Rezek, DJ 25.04.86. 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AI 529.694-1/RS, DJ 11.03.2005).

Conforme se infere da referida ementa, o caso dizia respeito à possibilidade da contagem do tempo de serviço exercido por menor de quatorze anos para fins previdenciários, em razão da proibição constitucional da realização de qualquer trabalho por pessoas com esta idade.

No caso, o Ministro Gilmar Mendes, confirmando o que havia sido decidido pelo STJ, reconheceu a contagem de tempo de serviço do trabalhador rural menor de 14 anos e citou em seu acórdão a doutrina alemã das “Relações Contratuais Fáticas” para dar soluções ditas adequadas às consequências de contratos nulos, principalmente nas “relações de engajamento”, considerando como tais os contratos de sociedade e de trabalho.

Extrai-se do acórdão que eventual nulidade do contrato de trabalho não pode inviabilizar a pretensão aos benefícios previdenciários. Segundo apontou, não se mostra adequado considerar que o contrato não se verificou, aplicando-se a teoria clássica da nulidade dos negócios jurídicos, devendo prevalecer como válido, ao menos enquanto foi executado, até porque as partes não podem ser repostas ao estado

anterior (consequência da nulidade). Sobre este ponto, no corpo do julgado, considera que a energia empregada na realização do trabalho não pode ser devolvida e, pela teoria em estudo, a relação seria válida, pelo menos no que diz respeito ao passado.

O Ministro refere que Flume ensina que:

A despeito da invalidade, há de se reconhecer significação jurídica ao negócio que venha sendo executado pelas partes nos casos em que as normas relativas ao enriquecimento sem causa (Bereicherungsrecht) se mostram inadequadas, como ocorre nos contratos de sociedade, nos contratos de prestação de serviços e de trabalho.

E continua citando o autor:

Constitui entendimento amplamente majoritário que o menor que, sem autorização de seu representante legal, celebra um contrato de trabalho ou de prestação de serviço, tem pretensão ao salário ou à remuneração pela execução do trabalho, como se o contrato tivesse sido eficazmente celebrado, subsistindo seus direitos com fundamento nas normas jurídicas de proteção. Em geral, essa problemática é tratada sob a epígrafe das ‘relações de trabalho fáticas’ (*faktisches Arbeitsverhältnis*). Como a lei determina a ineeficácia de contrato celebrado pelo menor sem a anuência de seu representante legal tendo em vista precipuamente a proteção do incapaz, não pode corresponder ao sentido do conceito a recusa à legitimidade das pretensões oriundas dos contratos, em caso de sua execução (do contrato). Daí porque se deve limitar as consequências de ineeficácia ao efetivo sentido da lei. Fundamento das prestações não é apenas o trabalho como fato, se não o próprio contrato.

A abordagem também é feita no âmbito do direito francês, para o qual, “considerando o caráter sucessivo do contrato de trabalho e a necessária proteção ao salário”, não se admite, em princípio, a retroatividade dos efeitos da nulidade, mesmo quando infringidos princípios

de ordem pública. E no direito italiano, menciona que se exclui a retroatividade da nulidade do contrato de trabalho, salvo quando ilícito o objeto ou a causa.

E no caso julgado, pontua que, ainda que se declare inválida a relação de trabalho, as pretensões dela decorrentes devem ser consideradas legítimas, sob pena de se aplicar uma norma protetiva contra os interesses do protegido, no caso, do menor.

Todavia, há diversos autores que criticam a teoria e o próprio Laurenz chegou a mudar seu discurso, como apontam alguns. Antunes Varela é um dos críticos e sustenta que as figuras já criadas pela legislação (no caso, portuguesa) são suficientes para regular essas situações. Diz:

Não se demonstra , porém, que seja indispensável recorrer a uma figura especial, distinta do contrato, como seja a das (*faktischen Vertragsverhältnisse*) relações contratuais de facto para cobrir as soluções fundadamente propugnadas por HAUPT e seus continuadores.

No tocante à primeira categoria, bastará observar que o princípio básico da boa fé se estende, não apenas à execução do contrato (ao cumprimento da obrigação e ao exercício do correlativo direito de crédito: art. 762º, 2), mas também ao período da preparação e formação do contrato (cfr. art. 227º, 1).

Relativamente à segunda, cumpre também salientar que ao conceito naturalístico da nulidade (*quod nultum est nullum producit effectum*) e à própria concepção da invalidade do negócio como um direito de crítica se sobrepõem os conceitos normativos (ou valorativos) da nulidade, da anulabilidade ou da inoponibilidade, perfeitamente amoldáveis, não apenas pelas suas causas, mas também pelos seus efeitos, à extrema variedade das situações jurídicas a que se aplicam.

E continua:

Maiores dificuldades pode suscitar o enquadramento dogmático das situações incluídas na terceira categoria, ou seja, *das relações contratuais abreviadas ou simplificadas*, em que é fértil o comércio

jurídico de massas do mundo contemporâneo, perante o esquema clássico do contrato.

Há, todavia, uma disposição especial da nossa lei civil (o art. 234.º, correspondente ao § 151, I do Código alemão), que ajuda a compreender e enquadurar uma parte importante desse fenómeno negocial.

Diz-se nesse preceito que «quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a *declaração de aceitação*, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta».

Trata-se, por conseguinte, de casos em que, mercê de circunstâncias especiais (tiradas da proposta contratual, da sua natureza, das circunstâncias concomitantes do negócio ou dos próprios usos), a lei tem o contrato por concluído sem *declaração de aceitação*, embora se não prescinda da vontade de aceitação (da intenção de aceitar).

E completa:

Por outro lado, quem pratica qualquer daqueles actos a que LARENZ chamava, antes da última edição da sua obra sobre a parte geral do direito civil (2), *formas de comportamento social típico*- muitos dos quais, pelo menos, cabem no conceito amplo de *declaração negocial* expressa ou tácita aceite na nossa lei (art. 217.º, 1)- não pode naturalmente pretender que o acto não seja interpretado (e qualificado) de harmonia com o sentido que ele reveste aos olhos do grande público (e da contraparte), vista que a sua reacção não passaria de *uma protestatio facto contraria* (ou de um *venire contra factum proprium*, condenado no art. 334º do Cód. Civil) (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina. v. 1, p. 222-224).

Seja como for, o que interessa, na verdade, é tornar certas determinadas obrigações que, a rigor, seriam nulas por não existir declaração de vontade ou por esta não ser, em princípio, válida. Como escre-

veu Luis Renato Ferreira da Silva (*Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 124.):

Efetivamente, em havendo uma nulidade no contrato, em muitas situações, mormente aquelas de trato sucessivo, surgem efeitos que se mantêm (no caso dos exemplos tradicionalmente citados do contrato de trabalho de fato e da sociedade de fato). A rigor, estando ausente a declaração de vontade, porque nula, dever-se-ia extraír a consequência do desfazimento. Porém, via de regra, não só em relação aos terceiros (para quem a explicação poderia estar na confiança gerada pela aparência), mas em relação às próprias partes, validam-se as obrigações.

Para referido autor a relação contratual de fato decorre não da declaração de vontade, mas de um deslocamento patrimonial, gerando obrigação:

A existência de uma relação contratual de fato decorria da presença de outro elemento do contrato que não a declaração, qual seja, o deslocamento patrimonial. Denominar-se isto de comportamento social típico significa procurar-se o que está tipificado e parece ser a relação de reciprocidade, pois é típico que de um deslocamento patrimonial (que não seja liberalidade) decorra o correspondente (op. cit., p. 135).

E é esse deslocamento patrimonial e a correspondência que devem ser verificados nas relações contratuais de fato e que devem subsistir. Analisa-se, como pontua Antônio Junqueira de Azevedo, a equivalência objetiva da prestação e da contraprestação ou o “equilíbrio entre os deslocamentos patrimoniais, nas relações entre duas pessoas que ou não contrataram ou não contrataram validamente” (op. cit., p. 31).

Mantêm-se, na verdade, válidas essas relações, sobrevindo daí as mesmas consequências daquelas decorrentes de relações contratuais desprovidas das causas que poderiam ensejar conclusão de nulidade ou inexisteência. O que se busca, como último fim, é o equilíbrio e a justiça.

5. Conclusão

A sociedade se modificou e institutos jurídicos também. É em decorrência dessa alteração social que novos fundamentos passaram a existir no âmbito da responsabilidade civil. Não se justifica mais, nos dias atuais, a visão individualista outrora existente e a proteção a determinadas pessoas, sem se preocupar com contexto integrativo entre todos os componentes da sociedade.

É em decorrência disso que, adequadamente, sem se olvidar das necessidades do incapaz, estabeleceu-se a possibilidade de responsabilizá-lo, sobretudo quando abastado e a responsabilidade não possa ser atribuída ao seu guardião, porquanto inviável manter a vítima irresarcida apenas por não ser possível identificar o elemento volitivo na prática do ato danoso.

Mais que falar em culpa, deve-se atentar à solidariedade estabelecida pela Constituição Federal, à dignidade da pessoa humana e ao equilíbrio social que deve haver para ser possível a vida em sociedade, concretizando-se isso com a responsabilidade do incapaz, ainda que subsidiariamente e com equidade.

É também voltada para esses valores que se deve reconhecer a validade de comportamentos sociais típicos, como nas relações contratuais de fato, sob pena de se inviabilizar o próprio interesse tutelado. Busca-se, em última análise, o ideal de justiça.

Referências bibliográficas

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no Novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- FRAZÃO, Ana. *Responsabilidade civil contemporânea - em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LARENZ, Karl, O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). Tradução de Alessandro Hirata. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan.-jun. 2006.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PELUSO, Cezar (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. Barueri: Manole, 2012.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *A capacidade dos incapazes: saúde mental e uma releitura da teoria dos incapazes no direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina. v. 1.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENCHIARUTTI, Angelo. La responsabilità dell'incapace. In: ALPA, Guido e BESSONE, Mario (Dir.). *La responsabilità civile una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: U.T.E.T., 1987. v. 1.

Sites consultados

www.stj.jus.br

www.tjsp.jus.br

www.stf.jus.br

Responsabilidade civil pela perda de uma chance

Paulo Henrique Ribeiro Garcia¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Théo Assuar Gragnano

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. Pressuposto jurídico da análise. III. Pressuposto fático da perda da chance – a situação subjetiva do lesado. IV. A reparação da perda da chance. V. Chances perdidas como dano certo. VI. Chances reais e sérias. VII. A quantificação do prejuízo-chance. VIII. Conclusão. IX. Bibliografia.

I. Introdução

Chance é a possibilidade, a probabilidade de ocorrência de um evento que, favorável a alguém, configura uma vantagem potencial e desperta o interesse na sua concretização, frequentemente mobilizando esforços e balizando decisões.

Está relacionada, portanto, a situações fáticas de desfecho incerto nas quais alguém toma parte, voluntária ou involuntariamente, sem saber se obterá ou não uma vantagem ao final. A vantagem mostra-se possível, mas não certa, como se dá, por exemplo, na participação em um concurso literário (em relação a determinado concorrente), na aposta em um jogo (relativamente ao apostador), num processo judicial (em relação à parte) ou no tratamento de uma doença (quanto ao paciente).

A incerteza quanto ao resultado final de determinado evento pode ter diversas origens, como o desconhecimento das regras de causa e efeito ou das leis da natureza. Seja qual for a causa, dado evento será taxado de aleatório ou incerto, como ensina Daniel Amaral Carnaúba,

¹ Especialista em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura.

porque não dispomos de todas as informações necessárias para dizer se ele existirá ou não.²

A sociedade, em desenvolvimento, conhece cada vez mais e melhor os fenômenos naturais, sejam físicos, químicos ou biológicos. Simultaneamente, avançam os conhecimentos da estatística, conferindo algum grau de previsibilidade a eventos aleatórios³.

De resultado mais ou menos previsível, certo é que eventos aleatórios, das mais variadas ordens, caracterizam diversos fenômenos sociais e constituem fator de influência às decisões individuais, podendo, inclusive, em determinadas circunstâncias, ingressar no tráfego jurídico como objeto de trocas.

Na medida em que balizam decisões, mobilizam esforços, investimentos e constituem, enfim, objeto de legítimo interesse humano, os eventos aleatórios, especificamente as chances de obtenção de uma vantagem ou de coarcação de um prejuízo têm reclamado a tutela do direito, notadamente quando frustradas, dissipadas ou perdidas por conduta imputável a outrem.

Essa é a questão que se pretende abordar neste artigo, no âmbito da responsabilidade civil.

II. Pressuposto jurídico da análise

Destaca Alain Bénabent⁴ que o Direito Privado prevê um sistema de proteção dos interesses aleatórios, considerando os dois vetores do direito das obrigações: o contrato⁵ e a responsabilidade civil.

Quanto ao sistema de responsabilidade civil, nosso ordenamento, semelhantemente ao direito francês, está estruturado em um modelo de cláusula geral⁶ ou aberto (artigos 186 e 927, *caput* e parágrafo úni-

² *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Método, 2013. p. 1.

³ CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Método, 2013. p. 7-8.

⁴ Citado por Daniel Amaral Carnaúba, in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, São Paulo: Método, 2013, p. 76.

⁵ Contrato aleatório, teoria da imprevisão, exceção de insegurança são exemplos de dispositivos contratuais destinados a disciplinar eventos aleatórios.

⁶ Nesse sentido, a lição de Claudio Luiz Bueno de Godoy que enfatiza a existência de uma cláusula geral da responsabilidade civil tanto para a responsabilidade subjetiva, desde o Código Civil de 1916, como também para a responsabilidade sem culpa do vigente artigo 927, do Código Civil de 2002 (in: *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181).

co, do Código Civil), no qual os interesses cuja violação caracteriza um dano reparável não são enumerados em rol fechado⁷.

Desse modo, a partir da norma genérica, necessário se apresenta a construção de uma diretriz conceitual apta a enfrentar o problema básico que o sistema de responsabilidade civil busca solucionar, que consiste em definir em que casos e sob quais condições será permitido ao lesado fazer repercutir o dano sofrido sobre a esfera jurídico-patrimonial de outrem⁸.

Satisfaz, para tanto, aquele conceito unitário de responsabilidade proposto por Marco Comporti, de reação a um dano injusto mediante a atribuição resarcitória a determinado sujeito, por intermédio de um dos diversos critérios de imputação oferecidos pelo sistema normativo⁹.

O dano injusto espelha aquele prejuízo que a vítima não deveria experimentar e cujos efeitos, por isso, não deve suportar. Não se restringe, porém, aos casos de violação de um direito subjetivo previsto pela norma, estendendo-se às expectativas consideradas legítimas, ou seja, a certas posições subjetivas. Disso decorre a consagração do conceito de dano como a lesão de um interesse legítimo juridicamente protegido (definição que compreende as duas figuras: direito subjetivo e posição subjetiva)¹⁰.

A partir do reconhecimento da centralidade da Constituição¹¹, da força normativa dos princípios nela consagrados e da adoção das denominadas cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, tem sido possível observar, impulsionado pelo princípio da dignidade humana, da solidariedade (ou solidarismo) e da reparação integral, um movimento de flexibilização do nexo causal e uma vertiginosa expansão dos danos indenizáveis.¹²⁻¹³

⁷ VISINTINI, Giovanna, in: *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Astrea, 1999, v. 2, p. 4.

⁸ A principal função da responsabilidade civil consiste em assegurar à pessoa lesada a reparação de seu dano (VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les effets de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J, 2010. p. 1).

⁹ Citado por Claudio Luiz Bueno de Godoy, in: *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

¹⁰ VISINTINI, Giovanna, in: *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Astrea, 1999, v. 2, p. 5.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo - os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 360-372.

¹² “Ao estudar a grande modificação engendrada pelo surgimento do paradigma solidarista, observa-se que os autores costumam indicar a relativização de apenas um dos requisitos aludidos como consequência da objetivação da reparação de danos: a culpa. Entretanto, acredita-se que o desenvolvimento contemporâneo da responsabilidade civil também provoca modificações profundas em outros

Constata-se, com José Oliveira de Ascenção, que o “*Direito Civil é cada vez mais valorativo e menos formalista*” e a sua aplicação “*torna-se assim menos segura; mas torna-se muito mais justa, porque a solução pode ser moldada ao caso a regular*”. Tais características não podem, todavia, descambar para o voluntarismo judicial, sob pena de solapar-se a segurança jurídica e abalar um dos pilares do Estado de Direito (a divisão funcional dos poderes):

O sistema não pode desaguar no sentimentalismo, que faz desaparecer a previsibilidade e, portanto, a segurança das pessoas, nem no empirismo, em que se perde a coerência do sistema. Supõe necessariamente uma racionalização. Deve fundar-se em princípios rationalmente fundados, logo comprováveis. Só assim as cláusulas gerais podem servir de respiradouro sem pôr em risco a justificação racional de cada decisão¹⁴.

A posição subjetiva daquele que se encontra em um processo aleatório (situação fática), com legítima expectativa de um resultado que lhe seja favorável (efeitos jurídicos), não pode ser sempre valorada, de maneira apodíctica, como algo insignificante, pelo só fato de ser incerta a obtenção do benefício visado. O interesse aleatório, como já afirmado, baliza decisões e mobiliza esforços, relacionando-se fortemente ao poder de autodeterminação do indivíduo.

A proteção jurídica dos interesses aleatórios pode se justificar, desde que a situação subjetiva do respectivo titular se amolde àquele conceito de interesse legítimo relacionado ao dano injusto, cujos pressupostos impende verificar.

requisitos tradicionais, como o nexo de causalidade e o dano”, Rafael Pateffi da Silva, in: Responsabilidade civil pela perda de uma chance, 3. ed., Atlas, p. 6.

¹³ As profundas transformações verificadas no âmbito da responsabilidade civil não cessaram com o derruimento da culpa. Seguem avançando sobre os demais pressupostos tradicionais, atingindo o nexo causal e o conceito de dano resarcível, a ponto de a mais autorizada doutrina falar em *erosão dos filtros da reparação*. Nesse sentido, a obra de Anderson Schreiber, Novos paradigmas da responsabilidade civil, com o expressivo subtítulo: *da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*.

¹⁴ Direito Civil. Teoria Geral. Introdução. As Pessoas. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2010. v. 1, p. 23-24.

III. Pressuposto fático da perda da chance – a situação subjetiva do lesado

Embora não se possa considerar a responsabilidade pelas chances perdidas um tema propriamente novo, se levado em conta o direito estrangeiro¹⁵, o fato é que no Brasil apenas recentemente se pôde observar a multiplicação de demandas invocando esta teoria e a repercussão favorável na jurisprudência em relação a algumas das hipóteses submetidas aos tribunais¹⁶.

A responsabilidade pela perda de uma chance tem sido invocada em casos de: (i) falhas cometidas por advogado que privaram o cliente da chance de obter êxito na demanda judicial (STJ, Resp n. 993.636/RJ, j. 27.03.2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão); (ii) erro médico por força do qual foram subtraídas ao paciente chances de cura ou sobrevida (STJ, REsp 1.254.141/PR, Rel. Min. Nancy Andighi, j. 4.12.2012); (iii) falha em sistema antifurto que reduziu as chances de evitar a subtração de bens (TJPR, Apelação Cível n. 551308-0-, Rel. Des. Albino Jacomel, j. 15.10.2009); (iv) indevida exclusão de concorrente de sorteio, eliminando as chances de ser contemplado (STJ, EDcl no AgRg no AI 1.196.957/DF, Rel. Min. Isabel Gallotti, j. 10.04.2012); (v) formulação de pergunta sem alternativa de resposta correta, na última fase de competição de perguntas e respostas, eliminando as chances de êxito do concorrente (STJ, REsp n. 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 8.11.2005).

Essas hipóteses todas têm ao menos quatro elementos em comum, que caracterizam e distinguem a situação fática da perda de uma chance.

A preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório é o primeiro elemento necessário para a configuração da situação subjetiva

¹⁵ Alguns autores indicam, como pioneiro, acórdão proferido pela Câmara de Recursos da Corte de Cassação francesa em 17.07.1889. Daniel Carnáuba sustenta, porém, que essa decisão não aplicou o conceito de perda de uma chance, adotado realmente apenas em 1932 (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica*, Método, 2013, p. 11 e 96).

¹⁶ Rafael Pettefi da Silva aponta o acórdão proferido na Apelação Cível n. 58907996, do TJRS, relatada pelo então Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior e julgada em 12.06.1990, como o primeiro em que a teoria da perda de uma chance foi mencionada, embora não tenha sido efetivamente aplicada. A apelação versa hipótese de erro médico e o órgão julgador entendeu que estava provado o nexo causal entre a conduta do réu e o dano final, afastando, assim, a aplicação da teoria da perda de uma chance (op. cit., p. 210). O *leading case*, porém, é identificado com o célebre caso do Show do Milhão, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2005 (Resp n. 788.459/BA, rel. Min. Fernando Gonçalves).

da perda de uma chance, conforme lição de Daniel Amaral Carnaúba.¹⁷ Observa-se o curso de um processo fático cujo desfecho, potencialmente benéfico a alguém, é aleatório (o processo judicial, o tratamento de uma doença, o curso de um delito, um sorteio ou o concurso de perguntas e respostas). Há probabilidade de superveniência do resultado favorável e, assim, o interessado no benefício potencial tem chances de que ele se concretize (chances de obter sucesso no processo judicial, a cura da doença, a não concretização da subtração de seus bens, o sorteio de seu nome e a vitória no concurso de perguntas e resposta).

Esse resultado aleatório pode ser positivo (chance de se obter vantagem) ou negativo (chance de se afastar um prejuízo) e há, quanto à sua ocorrência, uma incerteza intrínseca ao processo fático em curso e não criada pelo autor do ilícito.

O segundo elemento, que inspira o nome da teoria, é a *perda da chance*. Ocorre a eliminação ou diminuição da chance de se obter o resultado favorável em virtude da conduta comissiva ou omissiva de alguém¹⁸.

Essa diminuição ou perda da chance somente adquire relevância se a ela se soma a certeza do infortúnio, isto é, se o resultado aleatório desejado se frustra definitivamente. A existência da álea no curso dos fatos (incerteza) é substituída por uma certeza: a não obtenção do resultado aleatório desejado (no processo judicial no qual o advogado perdeu o prazo, sobreveio decisão definitiva desfavorável ao cliente; o paciente cujas chances de cura ou sobrevida foram subtraídas faleceu ou experimentou a consolidação das lesões; os bens do tomador do serviço de alarme que não funcionou foram efetivamente furtados; o sorteio do qual um dos concorrentes se viu indevidamente excluído foi realizado)¹⁹.

Como terceiro elemento, exige-se uma *conduta comissiva ou omissiva de alguém que interfere no regular curso do processo fático aleatório*, subtraindo ou diminuindo as chances do interessado. Tal

¹⁷ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013.

¹⁸ Em se tratando de perda de chance, a conduta do agente não cria o risco, ao contrário, elimina a álea e a própria chance de obter a vantagem. Se o agente cria o risco, que posteriormente se desencadeia em um dano à vítima, a questão foge do âmbito da perda de uma chance e se situa no campo da responsabilidade por risco criado.

¹⁹ Se a perda da vantagem é elemento lógico e automático decorrente da privação total das chances de obtenção do resultado favorável, o mesmo não se pode dizer a respeito da situação em que existe apenas a diminuição das chances, hipótese em que se exige o término do processo aleatório a fim de se constatar se a diminuição da chance foi significativa ou não.

conduta não se insere na álea do processo fático e tem por consequência a privação, total ou parcial, das chances de o interessado obter o resultado favorável por ele desejado. O efeito direto da conduta é a privação ou diminuição das chances.

A perda do prazo pelo advogado tem como consequência a subtração das chances de vitória na demanda, o equívoco no tratamento dispensado pelo médico diminuiu as chances de cura ou sobrevida, o não funcionamento do sistema alarme privou a vítima das chances de evitar a subtração patrimonial, a indevida exclusão do nome do concorrente do sorteio o privou das chances de ser contemplado e a formulação de pergunta sem alternativa de resposta correta subtraiu ao participante a chance de sagrar-se campeão do concurso de perguntas e respostas.

Mas não se pode afirmar, em nenhum desses casos, o nexo de causalidade jurídica entre a conduta do lesante e o prejuízo final experimentado pelo lesado, uma vez que tal prejuízo poderia ter se verificado a despeito da conduta daquele.

Em relação ao resultado final desejado pelo lesado, a conduta do lesante tem por efeito direto apenas inviabilizar o conhecimento sobre se a vantagem seria ou não obtida.

Essa é a quarta característica da situação subjetiva da perda de uma chance: a *incerteza contrafactual*, adotando-se aqui o expressivo termo utilizado por Daniel Amaral Carnaúba²⁰.

Em lógica, contrafactual é a situação ou evento que não aconteceu, mas poderia ter acontecido. Assim, a incerteza contrafactual representa a dúvida em relação àquele que teria sido o resultado do processo aleatório, ou seja, o que teria ocorrido caso o agente não tivesse atuado.

Não é possível saber se o autor seria vitorioso sem a falha do advogado; se acabaria curado não fosse a falha do médico; se preservaria seus bens acaso o sistema antifurto houvesse funcionado adequadamente; se o sorteio o contemplaria caso seu nome não tivesse sido indevidamente excluído; ou, finalmente, se venceria o concurso de perguntas e respostas se uma questão válida houvesse sido formulada.

Nas precisas palavras de Daniel Carnaúba, isso se dá porque, olvidada uma ou mais regras causais ou um dado da realidade impassível de revelação:

²⁰ Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica. Método. 2013.

A persistência de um elemento desconhecido atinge um dos pilares de nosso pensamento: as regras de causa e efeito. A ignorância impede que a causalidade seja posta em prática e, por essa razão, a determinação do evento considerado aleatório torna-se matematicamente impossível, de forma que nenhuma afirmação categórica sobre sua existência pode ser feita [...] A confirmação ou a negação de um evento aleatório depende de uma variável, incerta por definição”²¹.

Para que exista a incerteza contrafactual, portanto, deve ser inconclusiva a tarefa de estabelecer o nexo de causalidade jurídica entre a perda do benefício que o lesado poderia auferir ao final do processo aleatório e a conduta tida como lesiva²².

IV. A reparação da perda da chance

A histórica solução para casos de perda de uma chance, ante os pressupostos fundamentais da responsabilidade civil (conduta, dano e nexo causal), era de rejeição da pretensão indenizatória, uma vez que não se identificava o nexo causal entre a conduta do réu e a perda da vantagem esperada pelo lesado ao final do processo aleatório; vantagem que, aleatória, não se amoldaria ao conceito de dano certo.

Considerando insuficiente essa resposta, a jurisprudência francesa, pelo menos desde os anos trinta do século passado, em caminho que recentemente começou a ser trilhado pelos tribunais brasileiros, passou a conceder reparações às chances (de obtenção de uma vantagem ou coarctação de um prejuízo) de que o lesado foi privado pela conduta do réu.

Os primeiros julgados da Corte de Cassação francesa diziam respeito a falhas de advogados que resultaram na perda de todas as chan-

²¹ Op. cit., p. 4-5.

²² “A incerteza contrafactual atinge duas condições da responsabilidade civil: de um lado, ela impede a constatação de um prejuízo certo; de outro, ela se opõe à idéia de causalidade jurídica.” (Daniel Amaral Carnaúba, in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica*, Método, 2013, p. 65).

ces de obtenção de resultado favorável em processo judicial e a atrasos no serviço de transporte de cavalos que desaguararam na perda da oportunidade de o animal vencer o páreo, os quais se tornaram casos clássicos de perda de uma chance.

Na década de sessenta do século passado, a Corte de Cassação aplicou pela primeira vez a teoria da perda de uma chance a um caso de falha médica, suscitando veemente crítica de René Savatier, o qual não considerava tais hipóteses, em que – diversamente daquelas até então enfrentadas – já se tem ciência do resultado do processo aleatório (a morte ou incapacidade do paciente), passíveis de solução pela teoria da perda de uma chance, sustentando que caberia ao juiz, diante da consolidação do resultado danoso, avaliar a presença do nexo causal entre a conduta do médico e a morte ou incapacidade, para conceder ou negar a reparação integral (do dano final)²³.

A crítica de René Savatier repercutiu na doutrina francesa, que passou a defender a distinção entre os casos médicos e aqueles ditos clássicos de perda de uma chance, afirmando que nos primeiros estaria prevalecendo uma desvirtuação do conceito de causalidade jurídica e não a concepção das chances perdidas como dano autônomo em relação à vantagem aleatória esperada.²⁴

A jurisprudência daquele país, todavia, ignorou essa questão e seguiu aplicando aos casos de responsabilidade médica, e a outros em que a conduta do réu não enseja a completa interrupção do processo aleatório, a técnica da perda de uma chance.²⁵

Essa distinção - entre hipóteses de erro médico (ou outros casos em que a conduta do réu não acarreta a interrupção do processo aleatório) e as ditas clássicas - também não surtiu efeito na jurisprudência brasileira, ao menos até agora, mas ela é relevante para evidenciar a dificuldade de enquadramento jurídico da questão nas categorias dogmáticas tradicionais: as chances perdidas constituem, enfim, uma espécie de dano ou elas relativizam o nexo causal entre a conduta do réu e a vantagem final que era esperada pelo lesado?

A questão se afigura relevante para elucidar a efetiva reparabilidade das chances perdidas à luz do conceito de dano e de nexo causal vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

²³ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 84.

²⁴ Idem, p. 89.

²⁵ Idem, p. 89

Volta-se, visando elucidar o problema, aos julgados franceses relativos aos casos da seara médica, em que a falha do profissional não acarreta a interrupção do processo aleatório e não elimina todas as chances do paciente, e que suscitaram a crítica de utilização de um conceito distorcido de causalidade jurídica. Rafael Pateffi cita, a esse propósito, o magistério de Jean Penneau:

Na perspectiva clássica da perda de chances, um ato ilícito está em relação de causalidade certa com a interrupção de um processo do qual nunca se saberá se teria sido gerador de elementos positivos ou negativos: em razão deste ato ilícito um estudante não pôde apresentar-se ao exame, um cavalo não pôde participar de uma corrida. Assim, devem-se apreciar as chances que tinha o estudante de passar no exame ou o cavalo de ganhar a corrida. Portanto, aqui, é bem a apreciação do prejuízo que está diretamente em causa. A perda de chances de cura ou de sobrevida coloca-se em uma perspectiva bem diferente: aqui, o paciente está morto ou inválido; o processo foi até o seu último estágio e conhece-se o prejuízo final. A única incógnita é, na realidade, a relação de causalidade entre esse prejuízo e o ato ilícito do médico: não se sabe com certeza qual é a causa do prejuízo: este ato ilícito ou a evolução natural da doença²⁶.

De acordo com essa visão, portanto, diante de casos em que, a despeito da conduta do réu, o processo aleatório teve curso, culminando na consolidação do prejuízo *final* (morte ou incapacidade, nos casos médicos), não seria possível compreender a perda de chances (de cura ou sobrevida) como um prejuízo autônomo. Restaria apenas investigar a presença do nexo causal entre a conduta e o prejuízo final, isto é, se a morte ou a incapacidade têm como causa o erro médico, adotando-se a solução *tudo ou nada*. O recurso à teoria da perda de uma chance (de cura ou de sobrevida) nessas hipóteses seria “o paraíso do juiz inde-

²⁶ Op. cit., p. 86-87.

ciso” e implicaria “um desvirtuamento da utilização dos princípios da causalidade civil e um risco para a certeza de todo o sistema”²⁷.

Acaso procedente essa distinção, o acolhimento, entre nós, da responsabilidade pela perda de uma chance em tais hipóteses (em que o processo aleatório teve curso e desaguou no prejuízo final) reclamaria uma acentuada flexibilização do nexo causal²⁸.

Daniel Carnaúba aponta que a única diferença entre as duas hipóteses (os casos em que a conduta do réu ensejou a interrupção do processo aleatório e aqueles em que o processo se desenvolveu a despeito da conduta do réu) está em que nos casos ditos tradicionais de perda de uma chance a conduta do réu é *causa suficiente* da perda da vantagem aleatória, porque subtraiu todas as chances de obtenção do resultado aleatório favorável (assim o advogado que perde o prazo para interpor o recurso ou retarda o ajuizamento da ação até a ocorrência da prescrição da pretensão), o que normalmente não se verifica nos casos médicos, em que apenas algumas chances de cura ou sobrevida foram subtraídas pela conduta do réu. A causalidade suficiente (diferentemente da causalidade necessária), todavia, ressalta o referido autor, é juridicamente irrelevante, porque não basta para estabelecer legalmente o nexo causal; em ambas as hipóteses, “o ato imputado ao réu não é uma causa necessária à perda de vantagem esperada”, de modo que essa distinção não se justificaria e desaguaria na atribuição de efeitos jurídicos diversos a casos essencialmente semelhantes²⁹.

Fernando Noronha também afirma que se as críticas da doutrina francesa (à extensão da responsabilidade pelas chances perdidas aos casos médicos) “fossem inteiramente válidas, procederiam também contra a teoria clássica” e considera que nas hipóteses de erro médico é prescindível a flexibilização do nexo causal para autorizar a reparação.

Propõe o eminentíssimo civilista uma distinção entre as hipóteses de “frustração da chance de obter uma vantagem futura” e de “frustração da chance de evitar um prejuízo efetivamente ocorrido”, esta última podendo configurar-se “em razão de fato de outrem” ou “em razão de

²⁷ Rene Savatier, citado por Peteffi, op. cit., p. 89.

²⁸ Rafael Peteffi defende que em todos os casos em que o processo aleatório seguiu seu curso, não apenas aqueles pertinentes à seara médica, seja como regra investigada a presença do nexo causal entre a conduta do réu e o dano final, adotando-se a perda de uma chance apenas em último caso, a bem do paradigma solidarista, op. cit., p. 106, 154 e 252-253.

²⁹ Op. cit., p. 64.

fato do próprio lesado, mas em consequência de falta de informação devida por outrem". Os casos médicos se enquadrariam na primeira subdivisão da segunda categoria e, "diversamente do que acontece nos casos que cabem na perda de chance clássica, agora as chances não dizem respeito a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são relativas a algo que poderia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado"³⁰.

Tanto nos casos em que a conduta do lesante interrompeu o processo aleatório como naqueles em que este processo seguiu seu curso (a despeito da conduta do lesante), isto é, tanto nos casos ditos clássicos de perda de uma chance como nos casos médicos, não é possível estabelecer o nexo de causalidade jurídica entre o comportamento imputável ao lesante e o prejuízo final sofrido pelo lesado. Isso porque é impossível determinar se o processo aleatório, numa ou noutra hipótese, *eliminada a conduta comissiva ou omissiva do réu*, desaguaria no benefício almejado pela vítima ou evitaria o prejuízo por ela experimentado.

Daniel Carnaúba afirma que a incerteza:

Inerente aos casos de perda de chance, atinge num só golpe a certeza do prejuízo e o nexo causal. Neste, a incerteza impede a constatação de relação de necessidade; naquela, ela impede a constatação de uma lesão certa a um interesse da vítima³¹.

O Superior Tribunal de Justiça, em magnífico acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, enfrentou detidamente a questão da distinção entre os casos ditos clássicos e os de erro médico, concluindo que a reparabilidade das chances perdidas prescindia, também nos últimos, de uma flexibilização do nexo causal.

Colhe-se da ementa do julgado que:

Conquanto seja viva a controvérsia, sobretudo no direito francês, acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade pela perda de uma chance

³⁰ *Direito das obrigações*. 4. ed. Saraiva. p. 722.

³¹ Op. cit., p. 68.

nas situações de erro médico, é forçoso reconhecer sua aplicabilidade. Basta, nesse sentido, notar que a chance, em si, pode ser considerada 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” (REsp n. 1.254.141-PR, j. 4.02.2012).

Parece-nos correta a consideração de que as chances perdidas, ainda que se relacionem estreitamente com o nexo de causalidade jurídica (porque só entram em cena quando esse nexo não se estabelece entre a conduta e o prejuízo final), não reclamam a flexibilização deste para ensejarem reparação, tanto nos casos ditos clássicos como nos demais, bastando que assumam a característica de dano certo.

É verdade que não se pode ignorar que a pretensão da vítima nunca foi inicialmente relacionada à chance perdida em si mesma, mas àquela vantagem final que a participação no processo aleatório poderia lhe proporcionar. Essa circunstância evidencia duas características: a) a situação subjetiva da vítima sempre indicará a existência de dois eventos danosos, um de maior intensidade relacionado à vantagem aleatória e outro de menor intensidade referente à chance perdida; e b) a subsidiariedade da perda de uma chance; esta sempre será um interesse secundário ante a vantagem aleatória desejada.

O fato de o princípio da reparação integral colocar em primeiro plano a reparabilidade da lesão maior, representada pela perda do resultado favorável desejado, não autoriza a exclusão, quando aquele não puder ser indenizado por ausência de nexo causal, da eventual reparação do dano da perda da chance, cujo caráter subsidiário deve ser reconhecido³².

Nos casos inicialmente enfrentados pela jurisprudência francesa, em que a responsabilidade pela perda de chances foi acolhida, não era possível se determinar o nexo causal entre a conduta do réu e o desfecho que seria favorável à vítima, mas era certo que a interferência do

³² “Esses dois prejuízos jamais poderiam ser reparados ao mesmo tempo, visto que isso implicaria a dupla indenização do demandante”. (Daniel Amaral Carnaúba, in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica, Método*, 2013, p. 103).

agente havia eliminado *todas as chances* de o lesado obter um resultado favorável e provocado a interrupção do processo aleatório no qual ele estava inserido, como nos casos em que o advogado havia perdido o prazo para interposição do recurso de apelação ou em que o transportador não entregara o animal a tempo para a competição.

Tendo por pressuposto a possibilidade de se isolar o dano representado pelas chances perdidas daquele – incerto e sem relação de causalidade jurídica com a conduta do réu – consistente na perda da vantagem final desejada pela vítima, essa concepção evidenciou a desnecessidade do recurso a um conceito heterodoxo de causalidade para conceder a reparação.

A chance isolada é concebida, desse modo, “como uma propriedade incluída no [...] patrimônio e [...] totalmente independente do dano final”³³; propriedade que, tendo sido diretamente lesada pela conduta do réu, acarreta o dever de indenizar de acordo com os requisitos tradicionais da responsabilidade civil.

Assim encarada, a adoção da teoria depende, entre nós, apenas da assimilação das chances perdidas pelo conceito de dano, o que se mostra possível mediante a compreensão deste como a lesão de um legítimo interesse da vítima e não necessariamente de um direito subjetivo.

Trata-se de técnica de deslocamento da reparação, como afirma Daniel Amaral Carnaúba: “em vez de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima, concede-se reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem”³⁴.

A avaliação do nexo causal estabelecerá qual dano será objeto de indenização, pois se a perda da vantagem, em que pese aleatoriedade em um primeiro momento, eventualmente surgir como causa necessária da conduta do agente ou, por outro lado, com ela não tiver qualquer relação, nem sequer se discute a figura da perda de uma chance.

O prejuízo final pode ser integralmente reparado com fundamento em imputação objetiva ou em presunções, quando houver ensejo para a aplicação dessas técnicas, estabelecendo-se então o nexo de causalidade jurídica entre a conduta do lesante e o dano final experimentado.

Uma questão que, por exemplo, se pode resolver a partir da imputação objetiva é aquela hipótese apontada por Fernando Noronha em

³³ SILVA, Rafael Peteffi da. Op. cit., p. 86.

³⁴ Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 103.

que “havia uma oportunidade de o lesado tomar uma decisão esclarecida, que se frustra em razão da quebra de um dever de informar que recaía sobre o indigitado responsável”³⁵.

São casos em que está em curso um processo aleatório cujo desfecho desfavorável se concretiza mediante decisão tomada pelo próprio lesado, o qual, todavia, poderia ter deliberado diferentemente, de modo a evitar ou minorar o prejuízo, acaso as informações devidas pelo apontado responsável não houvessem sido sonegadas.

Para ilustrar essa hipótese, Noronha refere caso mencionado por J. Penneau em que um paciente acometido por surdez foi submetido a cirurgia que, embora tenha curado o mal de que padecia, acarretou paralisia facial, a qual consistia em risco conhecido a respeito do qual o paciente não havia sido informado; a cirurgia, ademais, não era a única opção de tratamento, pois a surdez poderia ter sido parcialmente corrigida com o uso de aparelhos. O médico não incorreu em imprudência, imperícia ou negligência, mas suprimiu, com a sua conduta omissiva, uma chance, que o lesado tinha, de optar pelo outro tratamento. Tal profissional foi condenado a indenizar o paciente.³⁶

Em um primeiro momento, não é possível estabelecer a causalidade necessária (jurídica) entre o dano e a quebra do dever de informar, de modo que a discussão a respeito da aplicação da perda de uma chance poderia ser invocada.

A Corte francesa, porém, responsabilizou os profissionais pelo dano final, como informa Rafael Pateffi, com fundamento na teoria do risco, em razão da realização de procedimento perigoso sem o consentimento informado do paciente³⁷.

Noutros casos, dependendo do modo e do momento em que a conduta do agente produz seus efeitos no processo aleatório, será eventualmente possível identificá-la como causa necessária da perda da vantagem almejada³⁸.

³⁵ Op. cit., p. 715.

³⁶ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 735.

³⁷ Op. cit., p. 164.

³⁸ Exemplos: 1) Um espectador de uma corrida de maratona que invade a pista e abraça um dos competidores logo no início da prova, afeta apenas o curso aleatório dos fatos, eliminando ou diminuindo as chances de vitória. Se referido espectador invade a pista em seu trecho final e abraça aquele que está em primeiro lugar, a poucos metros da linha de chegada, segurando-o por tempo suficiente de modo a ocasionar a ultrapassagem do segundo colocado que assume o primeiro posto e vence

A técnica da presunção, por sua vez, se dá mediante um raciocínio lógico, fundamentado em juízo de probabilidade, pelo qual o aplicador do direito afirma a existência de um fato controverso como prognóstico de resultado derivado de fatos antecedentes por ele conhecidos.

Não se trata de adivinhação, devendo haver probabilidade excepcionalmente grande para se presumir a realização de um evento favorável, conforme esclarece Daniel Amaral Carnaúba, que ainda traz o seguinte exemplo:

A partir de seu excelente histórico escolar, o estudante que foi injustamente impedido de realizar um exame poderia demonstrar que sua aprovação no teste em questão era bastante verossímil. Se esses argumentos convencerem o juiz, seu pedido de reparação será acolhido. O magistrado presumirá que a situação contrafactual seria a aprovação e que tal situação não se produziu em razão de fato imputável ao réu. Por outro lado, a conclusão inversa é igualmente possível. Constatando que o candidato não estava se preparando para o exame, o juiz pode concluir que sua reprovação era inevitável, não havendo assim qualquer motivo para conceder-lhe direito à reparação.³⁹

As presunções podem, portanto, afastar o deslocamento da reparação para a perda de uma chance, seja quando autorizam a indenização referente à vantagem desejada, seja quando afastam por completo a possibilidade de indenização, eliminando a incerteza contrafactual.

A perda da chance não pode ser invocada, todavia, para resolver problema de falta de prova do nexo causal, sendo por isso indispensável a presença do elemento da incerteza contrafactual para permitir o deslocamento do interesse objeto da reparação.

a prova, existe interferência do próprio resultado. 2) O gandula que invade o campo durante uma partida de futebol e altera o trajeto da bola chutada em direção ao gol, quando já inalcançável pelo goleiro e demais jogadores, de modo a impedir o gol que daria a vitória para uma das equipes, não elimina ou diminui chances, mas altera o próprio resultado do jogo, se faz isso nos segundos finais da partida.

³⁹ *Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica*, Método, 2013, p. 88-89.

V. Chances perdidas como dano certo

A teoria da perda de uma chance, segundo Daniel Amaral Carnaúba, “antes de ser um tipo de prejuízo ou uma nova teoria causal é um conceito forjado pelos juízes para deslindar as dificuldades trazidas pela intromissão da incerteza no seio da responsabilidade civil”⁴⁰.

Por meio dessa técnica, há sempre um deslocamento da reparação:

Em vez de visar à vantagem aleatória desejada pela vítima – um prejuízo incerto e que não tem relação causal com o ato do réu –, os juízes concedem a reparação de outro prejuízo, a saber, a chance que a vítima tinha de obter essa vantagem”⁴¹ ou de evitar o prejuízo experimentado.

Essa técnica de deslocamento da reparação exige, evidentemente, que as chances sejam encaradas como um dano certo⁴².

Anderson Schreiber, ao sustentar a necessidade de retomar a noção de dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado, afirma que a sua vinculação ao decréscimo matemático é a causa da “histórica resistência, no Brasil, à indenização por perda de uma chance”⁴³.

A compreensão do dano indenizável à luz da teoria da diferença, segundo a qual “o prejuízo a ser reparado corresponde à diferença entre o valor atual do patrimônio do lesado e aquele que teria caso não tivesse sido afetado pela ocorrência do ilícito”⁴⁴, é mesmo um aparente embaraço à assimilação das chances perdida pelo conceito de dano. Porque não é possível saber qual seria o patrimônio da vítima sem a conduta lesiva, já que o desfecho do processo aleatório no qual ela estava inserida poderia lhe ter sido favorável ou desfavorável a despeito da conduta do réu.

⁴⁰ Op. cit., p. 12.

⁴¹ Op. cit., p. 103.

⁴² “Evidentemente, esse deslocamento pressupõe que a privação de uma chance representa, em si, um prejuízo sofrido pela vítima. Tal é a condição fundamental da técnica, visto que é sobre essa espécie de prejuízo que a reparação será deslocada”, op. cit., p. 21.

⁴³ Op. cit., p. 105.

⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

E ainda que concebido o dano como lesão a um interesse juridicamente tutelado ou, mais abrangentemente, como “lesão a um interesse não proibido pela ordem jurídica”⁴⁵, tem-se o aparente óbice da certeza, uma vez que a lesão será certa “todas as vezes em que a vítima se encontraria em uma situação mais vantajosa sem a conduta imputável ao réu”⁴⁶ e, incerto por definição o desfecho do processo aleatório, é impossível afirmar que a vítima estaria numa posição mais vantajosa sem a conduta do réu.

É inegável, porém, que, ao suprimir ou diminuir as chances de obtenção de uma vantagem, o réu atingiu legítimas expectativas da vítima. Antes da conduta apontada como lesiva, a vítima conservava as chances de obter um desfecho favorável no processo aleatório que se desenvolvia, mantinha essas chances em seu patrimônio.

Anota com precisão Fernando Noronha que:

O dano final é a irreversível perda da vantagem que era almejada, ou a efetiva ocorrência do prejuízo que não foi oportunamente impedido. O dano de perda de chance, que se contrapõe ao final, é constituído pela oportunidade, que se dissipou, de obter no futuro a vantagem que era almejada, ou de evitar o prejuízo que veio a acontecer⁴⁷.

Por isso é que se justifica o deslocamento da reparação, a fim de tutelar o interesse não sobre a vantagem esperada, mas “sobre as chances de obter essa vantagem”⁴⁸, a probabilidade do resultado favorável, cuja supressão, total ou parcial, surge então como *lesão certa a um interesse aleatório da vítima*.

Trata-se, pois, de dano certo e também atual, segundo Massimo Bianca, justamente por dizer respeito à perda de uma ocasião favorável (chance).⁴⁹ Não é, portanto, a perda do lucro que eventualmente se verificaria, mas o dano certo e atual que deriva da perda em si da probabilidade de resultado favorável, consistindo em dano emergente⁵⁰.

⁴⁵ Paulo de Tarso Sanseverino, com apoio em Eduardo A. Zannoni, op. cit., p. 144-145.

⁴⁶ CARNAÚBA, Daniel. Op. cit., p. 53.

⁴⁷ Op. cit., p. 697.

⁴⁸ CARNAÚBA, Daniel. Op. cit., p. 103.

⁴⁹ *Diritto civile - la responsabilità* - V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 182.

⁵⁰ Anderson Schreiber. In: *Novos paradigmas da responsabilidade civil* - da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013. p. 207.

Se antes da conduta do réu a vítima conservava o interesse aleatório na obtenção de determinada vantagem ou no afastamento de certo prejuízo, depois dela as chances de auferir a vantagem ou evitar o prejuízo estão definitivamente perdidas. A chance ou a probabilidade existia e dela o lesado foi privado. Daí Henri Lalou falar, ao abordar as chances perdidas, em “certeza da probabilidade”⁵¹.

E se não é possível conceder uma reparação que conduza o lesado à situação (incognoscível) em que ele estaria sem a conduta do lesante, se afigura possível, ao menos, restituir o *status quo ante*: “no lugar de reparar aquilo que teria sido (uma reparação impossível), a reparação de chances se volta ao passado, buscando a reposição do que foi”⁵².

VI. Chances reais e sérias

Para ser digna de tutela, a chance perdida deve representar um interesse real e sério⁵³, “muito mais do que uma simples esperança subjetiva”⁵⁴, o que impõe, ao aplicador do direito, a valoração da incerteza contrafáctual para legitimar o interesse aleatório.

Existe dúvida insuperável em relação àquele que teria sido o resultado do processo aleatório, então: qual era a probabilidade de obtenção do resultado favorável à vítima, não fosse a atuação do autor do ilícito?

Massimo Bianca anota que, na jurisprudência italiana, exige-se um juízo de prognóstico superior a cinquenta por cento para ser objeto de resarcimento, caso contrário será uma perda economicamente irrelevante.⁵⁵

Sérgio Savi ressalta o mesmo entendimento, apontando precedente da Corte de Cassação italiana no qual se assentou que “a chance perdida somente será indenizável nos casos em que se produza prova de que a possibilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%⁵⁶”.

⁵¹ Citado por Paulo de Tarso Sanseverino, op. cit., p. 167.

⁵² Carnaúba, op. cit., p. 109.

⁵³ Carnaúba, op. cit., p. 123; Peteffi, p. 138-142; Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 15. ed., Saraiva, p. 366.

⁵⁴ Peteffi, op. cit., p. 138.

⁵⁵ *Diritto civile - la responsabilitá* - V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 180.

⁵⁶ *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed., Atlas, 2012. p. 31.

Essa fixação de critério apriorístico, contudo, não conta com respaldo doutrinário e jurisprudencial entre nós. Basta lembrar que no célebre caso do “show do milhão”, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a seriedade das chances da autora, ainda que tenha estimado em 25% a probabilidade de obtenção da vantagem final almejada. Noutro caso mais recente, a mesma Corte concedeu indenização a uma consumidora que concorria, com outras 899 pessoas, ao sorteio de 30 casas e cujo nome não foi incluído no momento do sorteio; entendeu-se que o dano material não correspondia ao valor de uma das casas, mas “à perda da chance, no caso, de 30 chances, em 900, de obter o bem da vida almejado”⁵⁷.

Ainda a esse propósito, a V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, editou o enunciado n. 443, assentando que “a chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos”.

E a duplicidade de qualificação da perda da chance (séria e real) não é meramente retórica, encerra mesmo dois distintos requisitos⁵⁸.

A realidade é um requisito objetivo, que diz respeito à efetiva existência de uma probabilidade de ocorrer o resultado favorável no curso do processo aleatório.

A seriedade, por seu turno, diz com a dimensão daquela probabilidade e sua relação com a vítima. A chance diminuta não constituirá interesse digno de proteção, porque não é séria, embora real, ao passo que a elevada possibilidade de um resultado positivo será digna de tutela.

Essa advertência é feita por Massimo Bianca ao estabelecer como premissa para a reparação a existência de uma elevada probabilidade e não mero potencial quanto ao resultado favorável objeto da chance perdida⁵⁹.

⁵⁷ REsp n. 788.459/BA.

⁵⁸ Nesse sentido, Flávio da Costa Higa, citado por Daniel Amaral Carnaúba: “a realidade antecede a seriedade, embora somente a conjugação de ambos torne a vítima apta a pedir a reparação do dano. É possível haver uma chance real que não seja séria, mas não é possível cogitar de uma chance séria que não seja real”. E exemplifica: “o enfermo cientificamente condenado não possui uma chance real, logo ela não é séria; já o possuidor de um bilhete com uma chance de 50 milhões possui uma chance inegavelmente real - tanto assim que adquire o bilhete mediante paga -, mas que, para efeitos jurídicos, não pode ser considerada séria”. (in: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance* - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 182).

⁵⁹ *Diritto civile - la responsabilitá* - V. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 180.

Esse raciocínio de probabilidade pode ser feito com fundamento nas regras de experiência ou ainda com apoio da estatística, com o eventual auxílio de prova pericial.

Além da elevada probabilidade, a seriedade da chance reclama que o resultado favorável constituísse um interesse relevante para a vítima⁶⁰.

Jungida ou não a critérios apriorísticos, a aferição da seriedade e realidade das chances perdidas é de subida importância para evitar demandas aventureiras. Constitui mesmo requisito sem o qual a teoria “redundaria no direito ao sonho: o réu estaria obrigado a reparar todas as aspirações da vítima; o único limite dessa dívida seria a imaginação do prejudicado”⁶¹.

VII. A quantificação do prejuízo-chance

Ao deslocar a reparação do prejuízo final experimentado para as chances efetivamente perdidas, tutelando o interesse aleatório do lessado, a teoria da responsabilidade pela perda de uma chance supera o problema da incerteza do dano, mas o transfere em alguma medida para a sua quantificação:

E é por essa razão que podemos afirmar que a reparação de chances perdidas envolve sempre uma certeza e uma probabilidade. A primeira é constatada quando da identificação do prejuízo a reparar; e a outra entra em cena no momento da mensuração do prejuízo⁶².

⁶⁰ Daniel Amaral Carnaúba oferece o seguinte exemplo da jurisprudência francesa: “A alta Corte casou, em 1961, uma decisão que denegava a uma jovem, vítima de um acidente, a reparação das chances de se tornar comissária aérea. A despeito do fato de que a demandante não exercia, na época do acidente, nenhuma atividade assalariada, a Corte de Cassação ressaltou que ela acabara de concluir estudos específicos e de realizar uma viagem à Inglaterra para melhorar seus conhecimentos de inglês, com o objetivo de se preparar para a profissão de comissária de bordo, e que desse modo o acidente a havia impedido de aproveitar sua aptidão para o emprego em questão, aptidão essa obtida com seu trabalho especialmente realizado para tanto e pelas despesas que incorreu em sua preparação”. (in: Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica, Método, 2013, p. 127).

⁶¹ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 123.

⁶² CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 108.

Parece evidente que a reparação será sempre inferior ao benefício final esperado pela vítima ou ao prejuízo por ela experimentado⁶³, uma vez que se está a indenizar precisamente as chances, frustradas pela conduta do lesante, de obtenção desse benefício. De modo que se deve considerar, no dimensionamento do prejuízo-chance, “o grau da probabilidade que havia, no processo aleatório que estava em curso, de ser alcançada a vantagem em expectativa, ou inversamente, de ser evitado o evento final danoso”⁶⁴.

O Superior Tribunal de Justiça teve ocasião de se pronunciar sobre a questão, expressando que:

Admitida a indenização pela chance perdida, o valor do bem deve ser calculado em uma proporção do prejuízo final experimentado pela vítima [...]. O acórdão recorrido não reconheceu ao médico a responsabilidade pela morte do paciente. Não pode, assim, fixar reparação integral, merecendo reparo nesta sede (REsp n. 1.254.141/PR, Min. Nancy Andrighi, j. 4.12.2012).

No mesmo sentido, o desembargador Énio Zuliani, abordando a responsabilidade civil do advogado, obtemperou que, na ação ajuizada pelo cliente prejudicado:

O juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance⁶⁵.

Prepondera, pois, aquele cálculo em duas etapas defendido por Daniel Amaral Carnaúba:

⁶³ Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., p. 367; Peteffi, op. cit., p. 226 e ss.; Fernando Noronha, *Direito das obrigações*, Saraiva, 4. ed., p. 700; Sérgio Savi, op. cit., p. 68; Carnaúba, op. cit., p. 179.

⁶⁴ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 700.

⁶⁵ In: *Responsabilidade civil do advogado*, Seleções Jurídicas, Rio de Janeiro, COAD, out./nov. 2002, citado por Carlos Roberto Gonçalves, op. cit., p. 365.

Num primeiro momento, determina-se qual seria o ganho auferido ou a perda evitada, se a vítima tivesse obtido o resultado aleatório. Depois, esse valor será multiplicado pela porcentagem de chances que a vítima perdeu em função do ato imputável ao réu. O resultado dessa conta será o montante a ser indenizado em razão da perda da chance⁶⁶.

O método revela também que a indenização pela perda de uma chance deve ter a mesma natureza do dano que a perda do resultado favorável aleatório teria o efeito de causar⁶⁷. Se a perda da vantagem teria como consequência somente um hipotético dano moral, deve-se, na primeira etapa, mensurar o valor apto a compensar a lesão hipotética, para, em um segundo momento, reduzir aquele montante, conforme o percentual da chance. O mesmo raciocínio vale para o dano patrimonial, que não pode ter a chance perdida indenizada como se dano moral fosse.

VIII. Conclusão

No “choque entre velhas estruturas (da responsabilidade civil) e novas funções”⁶⁸, há que se identificar critérios dogmáticos seguros para se aferir a reparabilidade dos novos danos, sem perder a consciência de que a transposição de certos parâmetros não prescinde de modificações no direito positivo.

De partida, a compreensão do conceito de dano como a lesão de um interesse legítimo juridicamente protegido é fundamental para o desenvolvimento dessa tarefa.

A chance, em determinadas circunstâncias, configura uma situação subjetiva que confere ao respectivo titular um legítimo interesse aleatório, cuja perda, em certas condições, é digna de reparação.

A reparação pela perda de uma chance, contudo, tem natureza subsidiária, uma vez que o princípio da reparação integral exige, de maneira prioritária, a indenização do próprio resultado final (vanta-

⁶⁶ In: *Responsabilidade civil pela perda de uma chance - a álea e a técnica*, Método, 2013, p. 180.

⁶⁷ CARNAÚBA, Daniel Amaral. Op. cit., p. 181.

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 7.

gem final que se almejava auferir ou prejuízo final que se esperava conjurar). Assim, antes do deslocamento da reparação para a perda da chance, é necessário aferir a reparabilidade do próprio resultado aleatório desejado.

Nessa tarefa, a causalidade desempenha papel relevante.

Não se realiza o deslocamento da reparação – do dano final para as chances – caso seja possível (por meio de outras técnicas como a das presunções ou da imputação objetiva) o reconhecimento do nexo causal entre a conduta do agente e a perda da vantagem final almejada pelo lesado ou, ainda, caso seja descartada por completo a possibilidade de nexo causal entre a conduta do agente e a perda do resultado.

Afastado o nexo de causalidade jurídica entre a conduta e o prejuízo final (a vantagem que o lesado poderia auferir ao final do processo aleatório ou o prejuízo que ele esperava conjurar), deve-se verificar a presença de todos os elementos necessários para a caracterização da situação subjetiva referente à perda de uma chance: a) a preexistência de um interesse sobre um resultado aleatório; b) a eliminação ou diminuição da chance de se obter o resultado favorável; c) o nexo causal entre a conduta do indigitado responsável e a eliminação ou diminuição das chances; e d) a incerteza contrafactual, isto é, a incognoscibilidade a respeito de qual seria o desfecho do processo aleatório sem a conduta tida como lesiva.

Os pressupostos fáticos da reparação civil da perda de uma chance são distintos daqueles que dão ensejo à indenização do prejuízo final (da vantagem final que se frustrou), circunstância que conduz a uma observação relevante do ponto de vista prático: a diversidade de causas de pedir em relação aos pleitos. Logo, em se tratando de perda de uma chance, exige-se a adequada descrição dos pressupostos na petição inicial, sob pena de não se poder conhecer do pedido.⁶⁹

Presentes os pressupostos fáticos da perda de uma chance, passa-se à valoração da realidade e seriedade do interesse aleatório, predados sem os quais não se reconhece a presença de interesse legítimo, digno de tutela jurídica.

⁶⁹ Esse é o entendimento esboçado pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no RESP nº 1.190.180-RS: “*a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos matérias absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da perda de uma chance, condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais*”.

Por fim, afere-se a indenização do interesse aleatório, real e sério, relacionado à perda da chance, a qual corresponderá a uma proporção, conforme a maior ou menor probabilidade de obtenção do resultado final, da indenização que seria devida pela vantagem final.

Observados esses parâmetros, a reparação das chances perdidas não será fruto da indecisão ou da arbitrariedade do magistrado e, conferindo proteção jurídica a interesses legítimos que balizam decisões de vida e mobilizam esforços e investimentos, surge como imposição do princípio da reparação integral.

IX. Bibliografia

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2010. v. I.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Saraiva: São Paulo, 2009.
- BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile – la responsabilitá* – V. 2. ed. Milano: Giuffrè. 2012.
- CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance – a álea e a técnica*. São Paulo: Método, 2013.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 15. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.
- JOURDAIN, Patrice; VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil – les effets de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J, 2010.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. Saraiva: São Paulo, 2013.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. Saraiva: São Paulo, 2010.
- SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. 3. ed. Atlas: São Paulo, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil – da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2013.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. Atlas: São Paulo, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade: temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil – les effets de la responsabilité*. Direção de Jacques Ghestin. Paris: L.G.D.J, 2010.

VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil*. Tradução de Aída Kemelmajer de Carlucci. Buenos Aires: Astrea, 1999.

Responsabilidade civil por abuso do direito

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

“Um mestre em qualquer arte evita o excesso e a falta, buscando e preferindo o meio termo – o meio termo não em relação ao próprio objeto, mas em relação a nós”.

(Aristóteles, *Ética a Nicômacos*)

Sumário: Introdução. 1. Delimitação do conceito: o abuso do direito como o exercício inadmissível de posições jurídicas. 2. O critério objetivo de delimitação do abuso do direito para a fixação da responsabilidade civil dele decorrente. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

Introdução

O presente artigo visa tratar especificamente de dois pontos examinados quando de nossos estudos antes realizados a respeito da responsabilidade civil por abuso do direito. Em primeiro lugar, a sempre controversa e árdua delimitação do seu conceito. Em segundo, o critério objetivo de identificação do abuso do direito para o estabelecimento de responsabilidade civil e para a fixação do dever de reparação dos danos dele decorrentes. Conquanto expressamente apresentado e referido como uma fonte de responsabilidade civil pelo Código Civil de

¹ Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professor dos cursos de especialização em Direito do Consumidor, Direito Civil e Direito Processual Civil da EPM. Coordenador dos cursos de especialização em Direito Civil e Direito do Consumidor da EPM/ Sorocaba. Palestrante na PUC/SP-COGEAE, EPM e FDSCB. Professor assistente ao Professor Doutor Renan Lotufo nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Civil na PUC/SP (2011/2012). Coordenador e autor de obras e artigos jurídicos.

2002 no seu artigo 187, há mais de uma década de vigência, portanto, pairam ainda dúvidas no que concerne à fixação dos limites de referido conceito jurídico. Ficam registrados os nossos agradecimentos à Escola Paulista da Magistratura, na pessoa de seu Diretor Desembargador Fernando Antonio Maia da Cunha, que torna possível, uma vez mais, a produção científica e a reflexão crítica dos magistrados que compõem Grupo de Estudos de Direito Civil da EPM que ora vem a público. Sentimo-nos particularmente honrados pela confiança na coordenação do grupo de estudos de Direito Civil da EPM em parceria com o Professor Doutor Marcelo Benacchio, a quem rendemos nossas sinceras homenagens. Fica a anotação de que as ideias destacadas nessa reflexão se encontram em maior profundidade na obra monográfica publicada a respeito do título objeto do presente artigo².

1. Delimitação do conceito: o abuso do direito como o exercício inadmissível de posições jurídicas

O exame do abuso do direito, na história do próprio Direito, partiu da noção de direito subjetivo. O direito subjetivo, em linhas gerais, pode ser compreendido como o poder jurídico atribuído para a vontade do sujeito e garantido pelo ordenamento jurídico que se destina a obter a satisfação dos interesses próprios. Na sua estrutura, os elementos que compõem o conceito de direito subjetivo são o interesse e a vontade humana. É uma expressão da liberdade individual, por certo. No dizer de Francisco Amaral, o direito subjetivo “é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”. Cuida-se de uma permissão conferida pela ordem jurídica pela qual se está autorizado a satisfazer os interesses dos sujeitos de direito, de um lado, e, de outro, a exigir de outrem o cumprimento do seu respectivo dever sob pena de imposição da sanção previamente fixada pela ordem jurídica.³ Renan Lotufo, com apoio em

² GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³ Segundo Francisco Amaral, “À semelhança da norma e da relação jurídica, o direito subjetivo constitui-se em categoria fundamental do direito, apresentando duas vertentes: uma técnica, outra ética. [...]. O direito subjetivo é mais do que um conceito técnico usado para facilitar a aplicação do direito. Tem também reconhecido significado ético que se manifesta nas funções que desempenha, tanto na defesa das liberdades públicas ou direitos fundamentais, sob a forma de direitos subjetivos públicos nas relações entre o Estado e os cidadãos quanto na realização dos interesses da pessoa na órbita de suas relações particulares.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 188-189).

Garcia Maynez, leciona que o direito subjetivo é a *facultas agendi*. Trata-se do poder atribuído à vontade individual de se autossatisfazer. Os sujeitos de direito, acentua ele, têm o poder de agir no meio social para a realização dos seus próprios interesses. O direito objetivo é a *norma agendi*. Diz respeito às normas que disciplinam a conduta dos homens em sociedade. O direito subjetivo existe em razão do direito objetivo. Corresponde, diz o autor, a um dever alheio. E os deveres somente existem quando previstos em normas componentes do ordenamento jurídico, assinala.⁴

O direito subjetivo não assume, entretanto, a feição um direito discricionário, absoluto e incontrastável. Ao revés, tem como sua pedra angular a relatividade, notadamente na concepção solidarista que lhe imprime o fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil largamente aceito no Direito contemporâneo, o qual lhe pauta, entre outros, pelos valores da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. Na verdade, há a necessidade de equilibrar os interesses individuais e os interesses da coletividade. Como refere Pedro Baptista Martins⁵, no momento histórico da Revolução Francesa, a missão maior do Direito consistia em salvaguardar a autonomia da vontade e a liberdade das convenções. Pretendia-se excluir o Estado o mais intensamente possível das intervenções nas relações das partes contratantes. Ocorre que a proteção extrema da autonomia da vontade e da liberdade de contratar passou a ser deletéria com o advento dos problemas sociais surgidos na Era Industrial, no início do século XX. A complexidade das relações surgidas entre o capital e o trabalho impôs soluções além da doutrina predominante de caráter puramente individualista.

Sob o ideário da Revolução Francesa, como refere a doutrina, as noções de direito e de abuso eram, em princípio, noções antinômicas. É dizer, sob o argumento de que o exercício de um direito não poderia causar danos a quem o exerce, houve realmente abusos no proceder do titular dos direitos subjetivos. O Direito, nesse quadro, passou a permitir o arbítrio das partes e a impunidade de todos aqueles que, a pretexto de exercê-lo, desvirtuavam a sua finalidade social para causar um dano injusto contra terceiros. O argumento de apenas e tão só se estar a exercitar um direito reconhecido por lei era invocado com frequência

⁴ LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 42.

⁵ MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 2.

e, em princípio, era o suficiente para que se afirmasse a licitude das ações humanas. De início, é verdade, não houve limitações impostas ao exercício dos direitos pela própria finalidade da norma jurídica. Sucedeu que toda norma jurídica, por certo, é em si vocacionada a produzir a paz social. A partir do final do século XIX, surge então uma reação à noção de absolutismo dos direitos individuais: constata-se que não somente o poder do Estado é de ser relativizado, como também devem ser relativizados os próprios direitos conferidos para o homem. Significa dizer: o direito subjetivo passa a encontrar limites nas próprias regras de convívio social, nas noções de bem-estar e nas exigências de justiça social. A compreensão do abuso do direito permite então avaliar e equilibrar os interesses em disputa. Viabiliza ao intérprete apreciar os motivos que legitimam o exercício dos direitos, condenando como antissociais todos os atos que não se harmonizam na sua essência com o espírito e com a finalidade da lei, embora sejam praticados em uma aparente conformidade com as disposições normativas.⁶

A nosso ver, o conceito de direito subjetivo não é o central para a compreensão do abuso do direito. É ele substituído pelo conceito de situação jurídica. Daí dizer que o abuso de direito é, na verdade, um exercício inadmissível de situação/posição jurídica. O conceito de direito subjetivo é centrado no papel de um sujeito de direito. Visa disciplinar o contato mantido entre os titulares na autorregulação dos seus interesses. Os conflitos postos a solução pelo ordenamento jurídico decorrem, como regra, da atribuição de determinados objetos de direito para certas pessoas. O conceito de situação jurídica é uma evolução do conceito inicial de direito subjetivo. Encerra uma mais apropriada acomodação entre o ser e o ter com base no objeto da relação jurídica. Há uma integração entre o fato, o objeto e os sujeitos envolvidos.

Pietro Perlingieri afirma ser hoje preciso modificar a compreensão do exercício dos direitos por meio da figura situação jurídica

⁶ De acordo com Pietro Perlingieri, como referimos em obra monográfica a respeito do tema, não se há confundir o abuso do direito com o excesso de poder. No excesso de poder, não se trata de um desvio do exercício de um poder que se tem ou de uma superação dos limites impostos pela ordem jurídica. “O abuso é exercício contrário ou de qualquer modo estranho à função da situação subjetiva. Se o comportamento concreto não for justificado pelo interesse que impregna a função da relação jurídica da qual faz parte a situação, configura-se o seu abuso. [...]. Em definitivo, tem-se abuso toda vez que um comportamento ainda que coincidindo com um conteúdo do direito considerado de um ponto de vista formal, substancialmente constitui um seu desvio.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 735).

e não mais a partir da estrutura do direito subjetivo. Nas suas palavras, “a relação jurídica, sob o perfil estrutural, é uma relação entre situações complexas, que pode ser ora de simples coligação (como entre poder jurídico e interesse legítimo), ora [...] de contraposição e de conflito [...]”⁷. A conexão das situações subjetivas em uma relação jurídica, segundo o autor, impõe ao intérprete a necessidade de valorar o comportamento na descrição dos efeitos jurídicos e no momento de regulamentação dos interesses envolvidos, acentua, o que identifica a “realização concreta do programa predeterminado na disciplina do fato jurídico.” No seu entender, o contemporâneo conceito de situação jurídica permite que ingressem os valores sociais no ordenamento jurídico para a melhor proteção das situações de fato por ele afetadas. O Direito atua sobre os fatos sociais e procura organizá-los conforme os valores do ordenamento jurídico, por certo. Com efeito, o fenômeno da compreensão do Direito é indissociável da própria efetividade da norma jurídica na realidade social. O ordenamento jurídico, assim, no seu entender, pode ser melhor compreendido como o conjunto de valores abstratos aptos para a produção de efeitos sociais concretos a partir de sua incidência sobre os fatos sociais. Ocorre que a incidência dos valores sobre os fatos sociais não se dá por meio de uma única regra, mas, sim, por meio de um conjunto de normas incidentes sobre a realidade econômica e social. E justamente do resultado dessa incidência múltipla poder-se-á extrair o conteúdo da situação jurídica existente considerando as pessoas que a ordem envolve ou relaciona.⁸

Dito por outras palavras, a situação jurídica consiste em um conjunto de disposições normativas que atribuem para um sujeito determinados direitos e obrigações consistentes em comportamentos que podem ser opostos e exigidos num aspecto estrutural dinâmico, anota o autor. Há um desenvolvimento constante dos deveres e dos correlativos

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 734.

⁸ Renan Lotufo adverte: “Diante das profundas divergências entre os doutrinadores quanto aos conceitos de direito subjetivo, dever, obrigação, relação jurídica etc., o tema situações jurídicas vai ganhando relevo em razão da análise conjunta que enseja uma visão global. Procura-se estabelecer na relação intersubjetiva, o que delimita o sujeito ativo em termos de direitos, de possibilidade de exigir comportamentos do sujeito passivo, de deveres que são imputados ao mesmo, bem como de qual a sanção aplicável na hipótese de descumprimento desses deveres prescritos na norma” (LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de Direito Civil*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 134-135)

direitos em conformidade com as relações existentes e o seu desenvolvimento perante os outros sujeitos de direito. A situação jurídica é precipuamente dinâmica, adverte a doutrina. E em virtude da funcionalização dos direitos e do seu exercício, Pietro Perlingieri⁹ afirma que uma relação jurídica é uma relação entre as situações subjetivas. É, diz, a compatibilização de distintos centros de interesses a partir da interação estabelecida pelo ordenamento jurídico.¹⁰

Segundo Francisco Amaral, as situações jurídicas são os conjuntos de “direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que eles desenvolvem”. Para o autor, surgem como efeitos dos fatos ou dos atos jurídicos. Realizam-se, diz, como a “possibilidade de ser, pretender ou fazer algo de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito”. Nas suas palavras, são uma “categoria geral abrangente”. Abarcam as diversas manifestações do poder e do dever que se contém no conceito de relação jurídica. Em tais manifestações de poder, encontram-se os conceitos de direito subjetivo e de dever subjetivo. Sintetiza com acerto Francisco Amaral que:

A crítica atual à complexidade de direito subjetivo, considerado insuficiente para atender à complexidade e à variedade dos efeitos jurídicos da atividade humana, faz com que as situações jurídicas tenham hoje especial importância na doutrina jurídica.¹¹

⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 115-116.

¹⁰ Pietro Perlingieri explica: “A doutrina prevalente detém-se na relação entre sujeitos. A relação jurídica seria relação entre sujeitos regulada pela norma, isto é, pelo ordenamento no seu complexo. [...]. Na relação jurídica, a relação é entre situações subjetivas, ainda que confluentes na titularidade de um mesmo sujeito. A ligação essencial de um ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica. [...]. Não se pode distinguir as situações subjetivas - a não ser em termos quantitativos - em ativas e passivas, já que aquelas ditas ativas compreendem também deveres e obrigações e aquelas ditas passivas contêm frequentemente alguns direitos e poderes. A relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro. [...]. A relação sob o perfil estrutural é relação de situações complexas, que pode ser ora de simples correlação (*collegamento*) (assim entre *potestá* e interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentes no campo do direito civil, de contraposição e de conflito [...].” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 114-116)

¹¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 186.

A situação jurídica revela a posição jurídica de uma pessoa em uma determinada situação (fato jurídico) conformada pela incidência do ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico impõe aos sujeitos direitos e deveres a partir de tal condição.¹²

Como acentua Pontes de Miranda¹³:

[...] todas as relações jurídicas são, especificamente, relações de adaptação. Não podiam, pois, ser absolutamente rígidas. Como concebemos o mundo qual conjunto de átomos que se condicionam, temos de considerar o mundo jurídico como um conjunto de relações jurídicas, de direitos. A coincidência da imagem é fecunda, porque em todo átomo há o elemento negativo e o positivo. São as relações de adaptação as relações de direito se, entre si, todas se tocam, ou podem tocar-se, não seria concebível que, sendo as relações adaptativas, não se conciliassem. [...]. O individualismo, querendo engendrar a limitação aos direitos subjetivos, a existência deles como autônomos e sóis, criou o que não entrava nos seus planos: a relatividade de todos esses direitos concebidos pelo atomismo social [...].

Do exposto, devemos nos afastar, a nosso ver, da compreensão do abuso do direito a partir do conceito de direito subjetivo. Como fez Renan Lotufo¹⁴, o abuso do direito pode ser então definido como “o abuso de situações (jurídicas) causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido”.

¹² Nelson Rosenvald enfatiza: “Comentar o abuso do direito significa abrir canais e pontos entre dois pontos de maior relevância no direito: a boa-fé e o exercício dos direitos subjetivos. Só é possível conceber um laíme entre eles no contexto das obrigações complexas, nas quais a vontade livre dos contratantes perde a exclusividade, pois o nível de atuação dos direitos subjetivos é funcionalizado em vista do adimplemento da relação jurídica. A boa-fé atuará no sentido de conceder renovado perfil à autonomia privada, conduzindo os direitos subjetivos a limites equilibrados, prestigiando o princípio da solidariedade e, em última análise, a dignidade das partes.” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116)

¹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. LIII, p. 63.

¹⁴ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 499.

Nas palavras de Pontes de Miranda:

[...] O estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros e dos ferimentos que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, senão desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludi, a vida sempre obrigou que os direitos se adaptassem entre si no exercício do direito. Conceptualmente, os seus limites, os seus contornos, são os que a lei dá, como quem põe objetos na mesma maleta ou no mesmo saco. Na realidade, quer dizer, quando se lançam na vida, quando se exercitam, têm de coexistir, têm de conformar-se uns com os outros.^{15,16}

Fernando Augusto Cunha de Sá, autor de excelente obra monográfica a respeito do abuso do direito a partir do teor do art. 334º do Código Civil de Portugal, afirma ser o abuso do direito um ato ilegítimo que se revela pelo excesso no exercício de um determinado direito subjetivo, assim ultrapassando os lindes impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelos fins sociais e econômicos do direito.¹⁷ Jorge Manuel Coutinho de Abreu¹⁸, ainda em Portugal, destaca acertadamente que os direitos subjetivos são os instrumentos para que se prossigam determinados interesses. São os meios de satisfação das necessidades pessoais. Afirma que, em sendo invocado um determinado direito para legitimar um comportamento inadequado àquela funcionalidade

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. LIII, p. 67.

¹⁶ Pontes de Miranda leciona: “[...] repugna a consciência moderna a ilimitabilidade no exercício do direito; não nos servem mais as fórmulas absolutas no direito romano. Ao *neminem laedit qui suo iure utitur* consagrou a jurisprudência europeia limitações importantes, já que chegaram ao conceito final do abuso do direito. Já a doutrina alemã, firmada na concepção germânica, declarava que todos os direitos implicavam deveres e continham, pois, algo de *indilatável*; donde o limite moral inerente a todos” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. LIII, p. 62).

¹⁷ SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 103.

¹⁸ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso do direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 43-45.

social, tal invocação de direito deve ser considerada espúria justamente porque tal comportamento não pode traduzir as faculdades em que o direito se sustenta precisamente naquele contexto de fato. Assim se comportando o agente em uma determinada situação jurídica, não se pode falar no exercício de um direito propriamente dito, pois se está apenas diante da aparência de existência de um direito¹⁹. Em arremate, destacando a disfuncionalidade própria do abuso do direito, tira-se António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro²⁰:

A conduta contrária ao sistema é *disfuncional*. A disfuncionalidade intrassubjetiva constitui a base ontológica do abuso do direito [...]. Um sistema jurídico postula um conjunto de normas e princípios de direito ordenados em função de um ou mais pontos de vista. Esse comportamento projeta um sistema de ações jurídicas – portanto, de comportamentos que, por se colocarem como actuações juridicamente permitidas ou impostas, revelam para o sistema. O não acatamento de imposições e o ultrapassar do âmbito posto às permissões contraria o sistema: *há disfunção*. [...]²¹

2. O critério objetivo de delimitação do abuso do direito para a fixação da responsabilidade civil dele decorrente

Estabelece o artigo 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifesta-

¹⁹ Ana Prata destaca: “O exercício de um direito subjetivo deve situar-se dentro dos limites da regra de boa-fé, dos bons costumes e ser conforme com o fim social e económico para que a lei conferiu esse direito: sempre que se excedam tais limites, há abuso do direito. A ilegitimidade (do abuso do direito) não resulta da violação formal de qualquer preceito legal concreto, mas da utilização manifestamente anormal, excessiva, do direito” (PRATA, Ana. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. I, p. 14-15).

²⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agenda'*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 66. Ainda: “[...] a natureza funcional de uma ação jurídica afere-se, simplificando, pela sua conformidade com uma norma. [...] O abuso do direito reside na disfuncionalidade de comportamentos jurídico-subjetivos por, embora consentâneos com normas jurídicas permissivas concretamente em causa, não confluírem no sistema da materialidade subjacente apontaria para limitações externas” (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agenda'*. Coimbra: Almedina. p. 506-507).

²¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa 'in agenda'*. Coimbra: Almedina. p. 506-507.

mente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Não há mais dúvidas, no estágio atual do desenvolvimento da ciência jurídica, que o dano injusto proveniente do ato praticado em abuso do direito deva ser objeto de indenização. Segundo Silvio de Salvo Venosa, sendo o abuso o direito a transgressão de um direito no seu exercício e (e não na sua existência), diz, as suas consequências devem ser as mesmas do ato ilícito. O ato é contrário ao direito no modo de exercer. Como tal, ocasiona responsabilidade do agente pelos danos causados a outrem.²² Importa no momento presente analisar como aferir a ocorrência do abuso do direito para a imputação da responsabilidade civil do agente. É dizer, importa perquirir se há a necessidade ou não de comprovação de que incorreu o agente em culpa ao exceder os limites impostos pelo artigo 187 do Código Civil para somente assim responsabilizá-lo civilmente. A nosso ver, adiantemos, o Código Civil de 2002 prescinde da noção de culpa no seu artigo 187. Adota, acertadamente, o chamado critério objetivo-finalístico para a configuração da responsabilidade civil por abuso do direito.

No regime do Código Civil de 1916, como refere Agostinho Alvim²³, a culpa era a regra à responsabilidade civil. Inspriou por séculos as legislações e foi adequada para resolver os problemas relativos ao resarcimento de danos no passado. No entanto, o desenvolvimento da indústria e dos meios de transporte revelou a insuficiência de tal critério para a solução de expressivas hipóteses de danos. Passa a culpa, então, justamente por isso, a ser um elemento dispensável em vários diplomas normativos. Por certo, uma das maiores dificuldades que a teoria da culpa oferece é a caracterização precisa do seu elemento objetivo: a infração de um dever jurídico. A infração de um

²² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 587. Na lição de Giselda Hironaka, a responsabilidade civil é um tema que guarda relação com a proteção do ser humano consagrada em termos constitucionais. Revela a proteção aos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana. No seu dizer, "há algo de intríseco, de anterior, de pressuposto, na concepção do dever de reparar o dano causado; algo que está antes da essência do homem, ou mais que isso, está na essência da Humanidade, da qual ele faz parte. A este algo - dentro de nós há alguma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos - se dá o nome de dignidade da pessoa humana. Assim, indissociável da qualidade de pertença da Humanidade, este algo de pressuposto, reconhecido pela razão, consagra-se pela expressão da norma que assegura a sua concreção, a sua efetividade" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 348).

²³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 269-279.

dever jurídico não se confunde com a infração da lei propriamente dita. Como assinalado, o desenvolvimento do comércio jurídico no mundo contemporâneo revelou ser a teoria da culpa insuficiente para que as vítimas não restassem irresarcidas, mormente nos casos que diziam respeito aos acidentes nas indústrias e nos transportes de passageiros. Neles, a vítima remanesce ao desamparo do sistema jurídico justamente diante da inviabilidade (por força da extrema dificuldade) de produzir a prova da culpa do agente causador do dano. Passa-se então o Direito a afirmar que, por vezes, o fato em si valeria como a culpa. O fundamento da objetivação da responsabilidade civil reside, num primeiro estágio da evolução, justamente em eliminar a culpa como um requisito do dano indenizável (responsabilidade civil sem culpa). Ou seja, admitindo-se a responsabilidade sem culpa, afirma-se que cada homem deve responder pelo risco de seus atos. Surge, então, o embrião da teoria do risco.

A nosso viso, em se tratando de responsabilidade civil por abuso do direito, a culpa é meramente accidental para a configuração do dever de indenizar. Por conseguinte, a prova da culpa do agente no exceder dos limites fixados pelo artigo 187 do Código Civil não é ser exigida pelo intérprete, como adverte Silvio de Salvo Venosa²⁴. O enunciado 37 da 1ª Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciais do Conselho de Justiça Federal, realizada em Brasília/DF, no ano de 2002 afirma: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Segundo Giovanni Ettore Nanni²⁵, o artigo 187 do Código Civil consagra a teoria objetiva do abuso do direito. Há abuso do direito, no seu entender, sempre que forem desrespeitados os limites impostos pela regra jurídica independentemente da prova da intenção do agente ou da consciência de que se excedem os limites delimitados pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e econômico do direito. É suficiente, acentua o autor, que tais limites sejam ultrapassados em uma análise objetiva dos fatos. Nada mais²⁶.

²⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1, p. 592.

²⁵ NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 751.

²⁶ Nas palavras de Giovanni Ettore Nanni, “sendo o abuso do direito orientado pela concepção objetiva, ele dispensa o aspecto subjetivo para a sua caracterização, pelo que não será necessária a apreciação de conduta culposa ou dolosa do agente, desprezando-se, consequentemente, a análise do

Como acentua Judith Martins-Costa:

[...] foi só na década da virada para o século XXI que a jurisprudência passou a caminhar [...] no sentido da objetivação do abuso. Seja em razão das grandes mudanças legislativas ocorridas desde 1988 [...] e em especial nos anos 90 [...]; seja, enfim, por força da criação e do papel desempenhados desde então pelo Superior Tribunal de Justiça, o fato é que começam a pipocar arrestos a invocar o abuso prescindido dos elementos subjetivos, sendo digno de especial nota o acolhimento jurisprudencial da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no caso de abuso da personalidade. Mas, mesmo então, nenhuma referência há aos elementos de concreção do abuso que viriam a ser consagrados no Código Civil de 2002, quais sejam, a boa-fé, os bons costumes e o fim econômico ou social do direito, situação que até hoje perdura, invocando-se o art. 187, mas fundamentando-se o decidido nos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade a rejeição do abuso”.²⁷

Na realidade anterior ao Código Civil de 2002, Judith Martins-Costa refere que o abuso do direito era uma “figura tímida”, acentua,

espírito intencional do comportamento do sujeito. Será relevante o manifesto excesso – elemento objetivo – na ação ou omissão praticada pelo agente, em desacordo com o direito, que exceder os limites de sua finalidade econômica ou social, e, ainda, da boa-fé e dos bons costumes.” (NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 751). No Direito italiano, sustenta Virgilio Giorgianni, em tradução livre: “O elemento pelo qual se conforma o dano causado pelo exercício abusivo do direito se apresenta como o pressuposto suficiente para surgir a responsabilidade individualizado na deformidade do interesse ou do valor que está no critério da qualificação normativa em termos de direito subjetivo que por ele se faz justamente o exercício do direito, assim como por uma atitude subjetiva que se configura pelo menos como imprudência ou imprevidência das consequências: atitude coexistente com a realização do exercício do direito de modo valorativamente disforme. Assim, no caso da responsabilidade por exercício abusivo do direito, a perda deve ser imputada não a quem a suporta, mas a quem a causa, porque o ato causador do dano é caracterizado por um elemento subjetivo solidário com o elemento objetivo de deformidade valorativa” (GIORGIANNI, Virgilio. *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano: Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova; Giuffrè, 1963. p. 245).

²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 63.

“ainda subjetivada e fundamentalmente assistemática”. A sistematização que se podia reconhecer encontrava-se na interpretação que se realizava do quanto dispunha no inciso I do artigo 160 do Código Beviláqua. Naquele contexto legislativo, pontua, “talvez por conta de seus próprios limites estruturais”, o abuso do direito era “posto quase como um apêndice da cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana do art. 159 do Código Civil”. No antigo regime, é cediço, o artigo 159 ensejava o conceito da ilicitude civil a partir da consequência patrimonial que se estabelecia com a fixação do dever de indenizar. E pelo fato de se estabelecer no sistema do Código Civil de 1916 uma vinculação pelo intérprete entre os conceitos de culpa, de ilicitude e de responsabilidade civil, o abuso do direito era reduzido a uma acepção “mais subjetiva e geradora de uma única medida de eficácia, qual seja: a eficácia indenizatória, se do abuso resultasse dano patrimonial”²⁸. A regra do artigo 187 do Código Civil de 2002 não estabelece qualquer vinculação expressa ao conceito de culpa como elemento para o reconhecimento do abuso do direito. Se o legislador não alude à culpa (como fez no artigo 186 do Código Civil de 2002) ao tratar do abuso do direito, não compete ao intérprete exigir-lá.

Pontifica Judith Martins-Costa:

[...] o modo de exercerem -se os direitos, faculdade, poderes, pode levar à contrariedade ao Direito compreendido como ordenamento. Essa contrariedade, porém, não precisa ser culposa. Basta que seja imputável, isto é, atribuível a alguém, segundo a ordem jurídica, compreendendo-se o verbo *imputar* no sentido corrente na língua portuguesa de *atribuir algo a alguém* e não, restritamente, como atribuição de poderes referentes à capacidade de fato: imputar, em suma, significa determinar se alguém deverá arcar com as consequências do ato ou fato, e quem deverá arcar, e em medida, tendo Hans Kelsen precisado que o *modo específico de imputação do direito* está em ligar ao ato praticado por uma pessoa uma consequência

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 68.

jurídica. Essa ligação entre a ação (ou omissão) e a sua consequência é informada por *critérios normativos*, sendo o mais corriqueiro, no Direito Civil, o critério da culpa. Porém, ainda que no terreno civil seja quantitativamente prevalecente a imputação informada pelo critério culpa, esse não é o único critério. Também há essa atribuição segundo outros critérios [...]. Como consequência admite-se uma complexa dimensão da ilicitude que engloba a chamada ilicitude subjetiva e objetiva: é subjetiva quando a norma determina seja o nexo de imputação balizado pela culpa, impondo-se a verificação da negligência ou da imprudência ou, ainda, no caso do dolo, também da intencionalidade; é objetiva quando não é necessário averiguar se subjacente ao ato ou conduta, houve ato negligente ou imprudente, pois a ilicitude estará caracterizada pelo desvio ou pela contrariedade à norma de dever-ser imposta pelo Ordenamento, compreendido – como acima se explicitou – como o conjunto de princípios e regras derivadas das quatro fontes de normatividade e destinadas em última instância, a assegurar a coexistência de liberdades.²⁹

No mesmo sentido são as lições de Teresa Ancona Lopez³⁰. Segundo a autora, o conceito de ilicitude não se confunde com o conceito de

²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 70-71.

³⁰ LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Héleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarielli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 666. Anota: “Na doutrina francesa há duas correntes principais sobre a teoria do abuso do direito: a subjetiva, na qual o que se tem como abusivo é a intenção de prejudicar terceiro mesmo quando não há nenhum interesse para seu autor. Podemos dizer que essa vertente consagra a teoria dos atos emulativos. É a mera intenção de prejudicar. Por outro lado, no critério objetivo, não se indaga a intenção, mas examina-se o ato e o dano causado pelo abuso. A concepção objetiva alcançou seu auge com Josserand para quem haverá abuso do direito quando seu titular utilizá-la em desacordo com a finalidade social para qual os direitos subjetivos foram concedidos, ou seja, devem ser usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição. Essa visão objetiva dos atos em abuso do direito se distancia da antiga proibição dos atos de emulação que vinha com carga de subjetivismo” (LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Héleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo código civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarielli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 667).

culpa. O ato ilícito é o ato contrário ao direito, assinala. O ilícito concerne ao ato em si, isto é, ao ato objetivamente considerado e como tal desligado do que anima a intenção do agente. O ato praticado em abuso do direito tem, no seu sentir, um conteúdo ilegítimo em si. A sua aferição salienta, independe da culpa justamente porque basta que o ato, nesse *exceder da situação jurídica*, exceda aos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico para o seu exercício. A culpa pode ser um pressuposto da responsabilidade civil, é certo, mas não é um requisito da ilicitude que diga respeito ao próprio ato, anota a autora. A concepção do abuso do direito é objetiva, salienta Lopez, não sendo necessária a consciência de que se atinge com o seu exercício a boa-fé, os bons costumes ou o fim social ou econômico do direito conferido. Basta que concretamente os fira, acentua. Nas suas palavras:

A sanção ao uso abusivo de um direito subjetivo é a reparação do dano, pois se trata de ato ilícito e de natureza objetiva. *Repita-se, independentemente de dolo ou culpa.* A avaliação do caráter abusivo do ato fica a cargo do juiz que deverá observar se o exercício desse direito excedeu manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons-costumes.³¹

Também José de Aguiar Dias afirma que o abuso do direito prescinde da prova de culpa para a conformação da responsabilidade civil que dele decorre, sob pena de se “desfazer (o abuso) em mera expressão da fantasia”³².

Em Portugal, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada³³ afirma que o reconhecimento do abuso do direito prende-se à tutela da confiança despertada pela parte no meio social. A regra de conduta de boa-fé representa, no seu entender, uma prescrição de

³¹ Sintetiza Teresa Ancona Lopez: “O abuso do direito como previsto no Direito Brasileiro atual e que tem como fonte o artigo 334º do Código Civil Português vem dessa interpretação objetiva, do uso do direito subjetivo, com vistas à finalidade e função dos institutos jurídicos e ainda o prestígio à boa-fé objetiva quando se tratar de relações contratuais” (LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Helena Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 668)

³² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 539.

comportamento dos indivíduos em sociedade. O abuso do direito apresenta, assim, uma eficácia inibitória no exercício dos direitos. O abuso do direito, portanto, traduz a “preclusão do exercício de certa posição jurídica”. Revela-se por meio de uma função balizadora (“sindicadora”), diz, da atuação das posições jurídicas em si mesmas, conforme as normas que formalmente as atribuem. Acena o autor no sentido de que o ato abusivo deve ser objetivamente compreendido, como ora se adverte. No seu dizer, “é precisamente o que ocorre no *venire*, que frustra a confiança alheia: através do abuso, a ordem jurídica reage aí [...] à injustiça da situação de facto que se produziria em virtude de um comportamento inconsequente”³⁴. A invocação do abuso do direito por desrespeito à boa-fé alicerça a responsabilidade civil pelo rompimento da confiança.³⁵

Em síntese de todo o exposto, o conceito legal de abuso do direito previsto no artigo 187 do Código Civil (e da responsabilidade civil que dele pode surgir) não alude hoje ao elemento culpa para a sua caracterização. O Código Civil de 2002 promoveu uma distinção nítida entre o ato ilícito e a responsabilidade civil que dele pode advir. É dizer, os artigos 186 a 188 do Código Civil brasileiro estabelecem o tratamento do ato ilícito propriamente dito e nada mais. O artigo 927³⁶, por sua vez, refere então à responsabilidade civil de tais dispositivos decorrente. Cria o legislador uma nova forma de manifestação da ilicitude no artigo 187 do Código Civil ao consagrar expressamente como ato ilícito o exercício de posições jurídicas fora dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O artigo 187 do Código Civil é uma fonte de

³³ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 853-856.

³⁴ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. p. 857.

³⁵ Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, a preocupação manifestada em relação ao princípio da confiança decorrente do princípio da boa-fé “trata-se, no fundo, de acolher a idéia de que, em certos casos, deve relevar juridicamente a confiança justificada de alguém no comportamento de outrem, quando este tiver contribuído para fundar essa confiança e ela se justifique igualmente em face das circunstâncias do caso concreto. Essa relevância jurídica pode levar a atribuir efeitos jurídicos a uma situação tão-só aparente, ou ficar-se, como sucederá normalmente, por criar a obrigação de indemnização pela frustração das legítimas expectativas” (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 127).

³⁶ Código Civil. Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

obrigação civil, não há dúvidas. Preocupa-se em disciplinar a conduta ilícita gerada por uma restrição da liberdade imposta pelo caso concreto ao exercício de situações jurídicas, a qual é aferível após a solução que resulta da análise do conflito de interesses e de liberdades posto a desate. Nas palavras de Cláudia Maria Cachapuz:

[...] É um ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente, a culpa, mas configurado por uma situação objetiva e concreta decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso tendente à configuração de uma restrição à liberdade do homem.³⁷

Exemplifica com nitidez o caráter objetivo da aferição do abuso do direito para identificação da responsabilidade civil o julgado tirado do Superior Tribunal de Justiça assim ementado e referido em obra monográfica de nossa autoria a respeito do tema, com os nossos destaques:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais. Concessionária de serviço público. Dissídio pretoriano não-demonstrado. Fornecimento de energia elétrica. Suspensão. Alegada violação dos artigos 186 e 188, I do CC. Não-ocorrência. Abuso de

³⁷ CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do artigo 187 do novo Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 838, p. 121-122, ago. 2005. Daniel M. Boulos afirma: “ao contrário do que alguns poucos autores brasileiros de renome vêm defendendo, norma contida no artigo ora comentado traz a concepção objetiva do abuso do direito. Trata-se da consagração legislativa da teoria objetiva da ilicitude que, como visto, defende que o juiz de valor que redonda na antijuridicidade do ato não leve em conta o espírito e sequer a consciência do sujeito que o praticou. Portanto, a fim de caracterizar o abuso do direito, ou, mais amplamente, o exercício abusivo de posições jurídicas subjetivas, não é necessária a prova da intenção ou sequer da consciência do agente de que se está ultrapassando tais limites impostos pela lei. [...] Nesse plano, não se há falar, quer em dolo, quer em culpa stricto sensu, sob qualquer de suas modalidades, negligência, imprudência e imperícia. Para caracterizar-se a hipótese normativa do artigo 187, e, consequentemente, o abuso qualificado pela lei de ilícito, é mister apenas que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do referido direito” (BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 135).

direito. Configuração de ato ilícito (CC, art. 187). Ressarcimento devido. Doutrina. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

1. A divergência jurisprudencial deve ser devidamente demonstrada, conforme as exigências do parágrafo único do artigo 541 do CPC, c.c. o artigo 255 e seus parágrafos do RISTJ, não bastando, para tanto, a simples transcrição de ementas.

2. A questão controvertida neste recurso especial não se restringe à possibilidade/impossibilidade do corte no fornecimento de energia elétrica em face de inadimplemento do usuário. O que se discute é a existência ou não de ato ilícito praticado pela concessionária de serviço público, cujo reconhecimento implica a responsabilidade civil de indenizar os transtornos sofridos pela consumidora.

3. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes (art. 187 do CC).

4. A recorrente, ao suspender o fornecimento de energia elétrica em razão de um débito de R\$ 0,85, não agiu no exercício regular de direito, e sim com flagrante abuso de direito. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. A indenização por danos morais foi fixada em valor razoável pelo Tribunal *a quo* (R\$ 1.000,00), e atendeu sua finalidade sem implicar enriquecimento ilícito à indenizada.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(STJ, RESP n. 811.690/RR, 2006/0013155-4, Rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 18.05.2006).

Do corpo do voto da ministra relatora Denise Arruda infere-se que a concessionária não agiu no exercício regular de direito ao deliberar suspender o fornecimento de energia elétrica em face de inadimplência mínima do usuário/consumidor (R\$ 0,85). No seu correto entender, houve flagrante abuso do direito no caso, o que constitui ato ilícito a teor do que estabelece o artigo 187 do Código Civil, destaca no voto. Valendo-se das lições de Sérgio Cavalieri Filho, sustenta que se deve

adotar, diante da redação da regra em foco, uma concepção objetiva do abuso do direito. Com efeito, diz ela, o legislador não exige “a consciência de se excederem, com o seu exercício, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do direito; basta que se excedam esses limites”.

Nas palavras da ministra Denise Arruda:

Filiou-se nosso Código à doutrina de Saleilles, a quem coube definir o abuso do direito como exercício anormal do direito, contrário à destinação econômica ou social do direito subjetivo que, reprovado pela consciência pública ou social, excede, por consequência, o conteúdo do direito.

Destaca no corpo de seu voto, por fim, que o abuso do direito (e a responsabilidade civil que surge, por conseguinte) não tem como gênesis uma ofensa frontal a um direito de outrem ou a violação de uma norma que tutela um interesse alheio, mas, sim, um exercício anormal (isto é, *disfuncional*) de um direito próprio. Segundo ela, como acertadamente acentua, no abuso do direito, “a conduta é respaldada em lei, mas [...] fere ostensivamente o seu espírito”. E bem destaca, na passagem final de seu voto, que o exercício abusivo caracteriza-se pelo “uso anormal ou antifuncional do direito independentemente do interesse de prejudicar alguém”, assim adotando a chamada teoria objetiva do abuso do direito para fins de responsabilização civil do agente.

Proposições conclusivas

A nosso ver, o exercício dos direitos, como a vida em si, pressupõe a moderação. Notadamente em uma perspectiva contemporânea da compreensão do fenômeno jurídico, deve-se compreender que o Direito foi criado pelo homem para ser respeitado pelos próprios membros de um determinado grupo social. A tradicional visão repressiva/sancionatória do Direito é hoje substituída por uma perspectiva funcional/promocional da Ciência jurídica. A ordem social e jurídica, como já se observou em estudo monográfico a respeito, deseja, afinal, que os comportamentos sejam conformes as suas prescrições e não a elas dissonantes. Não deseja a ordem jurídica à sanção por si, entendida

como uma reação contrária e necessária aos comportamentos humanos contrários às regras de conduta preestabelecidas, como é próprio da responsabilidade civil, de índole notadamente repressiva e sujeita às limitações indentárias. A origem do abuso do direito reside, assim, na repulsa de defesa do titular de um direito contra todo aquele que se excede em uma determinada situação jurídica. É, por assim dizer, a reação contra o desrespeito ao limite axiológico na aplicação concreta do Direito. No abuso, a nosso ver, como se disse no início, o que ocorre é a perda do sentido de proporcionalidade e de moderação próprios dos comportamentos de todos os titulares de posições jurídicas em relação aos demais membros da coletividade.

O que se deseja deixar salientado nessa reflexão é, em primeiro lugar, o necessário afastamento do apego excessivo ao conceito de direito subjetivo para a compreensão da figura do abuso do direito. O abuso do direito é, a nosso ver, o abuso de situações jurídicas causado por todo aquele que ultrapassa os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelas finalidades socioeconômicas do direito, como estabelece o artigo 187 do Código Civil de 2002. Pretende-se, ademais disso, em se tratando de responsabilidade civil por abuso do direito, deixar vincado que a culpa é de ser considerado um critério accidental para a configuração do dever de indenizar nessas hipóteses. O Direito Civil contemporâneo, nomeadamente no que interessa à responsabilidade civil, adota a teoria objetiva do abuso do direito, como se afirma no enunciado 37 da 1^a Jornada de Direito Civil do (CEJ-CJF), segundo o qual “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Há abuso do direito sempre que forem desrespeitados os limites impostos pela regra jurídica em referência independentemente da prova da intenção do agente ou da própria consciência de que se excedem os lindes do artigo 187 do Código Civil (a boa-fé, os bons costumes ou o fim social e econômico do direito).

Referências bibliográficas

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso do direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1999.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do artigo 187 do novo Código Civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v. 838, ago. 2005.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de acção e culpa ‘in agendo’*. Coimbra: Almedina, 2005.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.
- GIORGIANI, Virgilio. *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*. Milano: Facoltá di Giurisprudenza dell'Universitá di Genova; Giuffrè, 1963.
- GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*. Homenagem a Tullio Ascarielli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Parte Especial, t. LIII.

NANNI, Giovanni Ettore. Abuso do direito. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Cords.) *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 2005.

PRATA, Ana. *Vocabulário jurídico*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2008. v. I.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2005.

Responsabilidade civil contratual e o Direito Norte-Americano

Roque Antonio Mesquita de Oliveira¹
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. Introdução

A responsabilidade no Direito Norte-Americano é conhecida em inglês como *liability* – termo que designa tanto a responsabilidade contratual como a extracontratual. Para esta última também é utilizada a expressão *tortious liability*.

No Direito Norte-Americano o estudo da responsabilidade civil apresenta uma peculiaridade diversa daquela que caracteriza o Direito Brasileiro, considerando que a cultura norte-americana é mais pragmática e realista, o que leva as pessoas a serem mais abertas e honestas quando se vinculam às outras através de um acordo de vontades.

Quando alguém é lesado pelo inadimplemento ocorre a chamada *loss distribution*, que pode ser entendida como distribuição das perdas, ou seja, as perdas suportadas pelo lesado devem ser distribuídas ao agente causador do dano ou mesmo a um terceiro, caso, por exemplo, do contrato de seguro.

2. A punição como um caráter simbólico

Outro aspecto interessante no direito da *Common Law* é a existência da punição da conduta ilícita, conhecida como *punishment of wrongful conduct*, a qual tem um caráter mais simbólico de punição para o agente causador do dano (*damages*), sendo usual que o lesado faça jus aos punitive damages, que nada mais são do que indenizações

¹ Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

punitivas ou exemplares que não visam atuar como compensatórias da perda sofrida, mas como um sobre valor com vistas a punir o ilícito perpetrado, ou seja, além daquilo que é devido em face do dano, fixar um valor que tenha por escopo o desencorajamento de condutas posteriores semelhantes àquela que motivou a busca do Poder Judiciário.

No Direito Brasileiro não existe esse tipo de providência, o que deve ser motivo de reflexão dos nossos juristas a fim de se alcançar a possibilidade de propor a sua instituição, motivando o Poder Legislativo para a elaboração da respectiva lei. Essa providência, ao meu sentir, além do seu aspecto jurídico propriamente dito, terá grande repercussão nos aspectos social e econômico.

É certo que o art. 884 do Código Civil obsta o enriquecimento sem causa e esta norma pode servir de pretexto para que as *punitive damages* não sejam reconhecidas no Direito Brasileiro. Todavia, há que se encontrar uma fórmula de compatibilizar essa teoria com o referido dispositivo, uma vez que a finalidade é apenas a de educar a pessoa para que ela se sinta desmotivada a repetir a conduta violadora do pacto e assim prevenir novo comportamento danoso. Evidente o estrito caráter pedagógico da referida teoria.

E essa providencia está em harmonia com o pensamento de Bentham, que defendia a tese de que “o Direito é um instrumento para se perseguir quaisquer funções sociais consideradas desejáveis dentro de uma sociedade” (GALLIGAN, D.J. *Law in modern society*. Oxford University Press, p. 193, 2007, apud ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. A função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro e no sistema da common law. In: GUERRA, Alexandre; Benacchio, Marcelo (Coord.). *Coletânea sobre direito imobiliário brasileiro*.

3. A qualificação das obrigações no Direito Brasileiro

Apenas com o escopo de melhor ilustrar este trabalho com foco na responsabilidade civil no Direito Norte-Americano é de rigor considerar que no Direito Brasileiro, antes de se determinar qual será o direito aplicável à relação jurídica o aplicador da lei deverá definir se existe um contrato ou um ato jurídico puro e simples. O processo de qualificação envolve um conjunto de operações descritivas de divisão, síntese e conceituação jurídicas, necessário ao enquadramento da matéria à categoria geral contemplada na norma de regência. Contrato, como se

sabe, é noção jurídica, e não de fato, assim também a responsabilidade extracontratual. Fatos não trazem, em si, qualificação jurídica; apenas os institutos jurídicos, que necessitam, pois, de qualificação.

Para o Direito Brasileiro, a qualificação opera-se segundo a *lex fori*, ou seja, conforme a própria lei brasileira. Porém, o sistema comporta duas notáveis exceções, que afastam a *lex fori* para realizá-la conforme a *lex causae*. A primeira exceção diz respeito aos bens (art. 8º, caput, da LNDB) que são qualificados segundo a lei do país em que estiverem situados. Confira-se: “Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”. A *lex rei sitae*, portanto, é que dirá se os bens são públicos ou privados, móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis etc. A segunda exceção diz respeito às obrigações (art. 9º, caput, da LNDB) e ordena que sua qualificação obedeça a lei do país em que se constituírem.

4. Considerações sobre o Direito Norte-Americano das obrigações

O Direito Norte-Americano, diversamente do nosso, foi construído com base em precedentes judiciais, como sua maior fonte de inspiração: o *common law* inglês. Em virtude de contingências históricas relacionadas à formação dos Estados Unidos, o papel do legislador cresceu significativamente, resultando na inserção de inúmeras disposições estatutárias (*statutes*) em domínios antes reservados exclusivamente à criação jurisprudencial.

Na tradição do *common law*, em geral, e do Direito Norte-Americano, em particular, há grande resistência à categorização dos institutos jurídicos, de modo inverso ao que ocorre no direito brasileiro, de tradição romano-germânica.

No entender de J. H. Merryman (*The Civil Law Tradition*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1985. p. 90-91.):

Uma das características mais marcantes da civil law tradicional é o alto grau de ênfase e confiança na validade e utilidade formal das definições e distinções. Enquanto os advogados da “*common law*” tendem a raciocinar na divisão da lei como uma convenção, isto é, como produto de uma mistura

de história, conveniência e costume, a *influência* dos juristas, e particularmente da ciência jurídica, têm direcionado os advogados da “*civil law*” a tratar da questão da divisão da lei em termos mais normativos. Quando aprimorados cientificamente, eles são incorporados em uma reconstrução sistemática da lei que é o objeto da ciência jurídica. Portanto, a descrição se funde com a prescrição. A ênfase dos juristas no sistema, abstração, formalismo, e pureza amplia o aparente impacto oficial das distinções e definições da ciência jurídica. As definições e categorias se tornam parte da estrutura jurídica sistemática que são empregadas por juristas, pensadas por estudantes de direito e assim incorporadas ao direito.

Momento no direito privado, regras de conduta são classificadas e estudadas da perspectiva da resolução de problemas concretos, seguindo a origem pretoriana do *common law*. Em suma, o civilista norte-americano não confere caráter normativo às categorizações, como se faz aqui no Brasil. Segue a regra da conveniência e a ética dos julgados.

Daí porque, em primeiro lugar, o direito das obrigações norte-americano, mesmo quando compilado sob a forma de um código, como no estado de Nova York ou no *Restatement (Second) of Contracts*, divide-se em categorias muito distintas das que conhecemos. Naturalmente, isso também ocorre com os manuais de *contract law* e de *tort law* (responsabilidade civil), cujos capítulos correspondem, de modo geral, aos fatos da vida sobre os quais existe uma regra estabelecida.

Em outras palavras: jamais se encontrará no direito de Nova York uma codificação ou classificação dos contratos à brasileira, de inspiração europeia continental. Consequência disso é que temas qualificados no direito brasileiro como pertinentes à responsabilidade civil integram os manuais de *contract law*. E, ao reverso, temas contratuais são ensinados no bojo do *tort law*, revelando que a responsabilização civil é mais abrangente e flexível que no direito pátrio, podendo ser tanto contratual como extracontratual.

Nos Estados Unidos, são os princípios do *common law* que disciplinam os contratos. Não há, como aqui, um direito civil uniforme, co-

dificado pelo legislador federal, que regule o direito contratual geral. Aliás, pela própria conformação política do país, cada um dos 50 estados norte-americanos é competente para editar suas próprias normas de direito civil e dos contratos.

Na ausência de um regramento nacional dos contratos, advogados, juízes, árbitros e professores recorrem a diversas fontes para identificar o direito vigente. Em primeiro lugar, pontifica o *Restatement (Second) of Contracts*. Trata-se do repositório de princípios e normas do common law mais autorizado e citado nos Estados Unidos, em juízo e fora dele. Em segundo lugar, e apenas para espécies contratuais frequentemente utilizadas no comércio interestadual, como a compra e venda de mercadorias (*sale of goods*) e a locação (*lease*), a maioria dos estados norte-americanos, entre eles o de Nova York, pragmaticamente aderiu ao *Uniform Commercial Code (UCC)*.

Segundo o *Restatement*, contrato define-se de modo amplo, como “uma promessa ou conjunto de promessas para cujo descumprimento o direito provê um remédio, ou cuja execução o direito de algum modo reconhece como um dever”. Como exemplo temos o contrato de mútuo (*loan agreement*), o qual é definido pela *Court of Appeals* – o mais importante tribunal do estado de Nova York – da seguinte maneira:

Um mútuo é definido no *Webster's New Twentieth Century Dictionary* (1964) como algo fornecido para utilização temporária a uma pessoa mediante sua solicitação, sob a condição de ser restituído, ou o seu equivalente, com ou sem remuneração pelo seu uso.

O inadimplemento de um contrato de mútuo corresponde ao *breach of contract* do direito contratual em vigor no estado de Nova York, sendo matéria compilada no *Restatement* e contida em todos os manuais norte-americanos de *contract law*.

Para a jurisprudência de Nova York, o inadimplemento do mútuo insere-se no domínio do direito contratual, por exemplo, o famoso caso *The Chase Manhattan Bank v. Motorola Inc.* julgado pela *United States District Court, S.D.*, New York.

5. A boa-fé na relação contratual norte-americana

Quanto à boa-fé e à lealdade negocial, o *Restatement* cuida destes temas no § 205, estabelecendo que “todo contrato impõe a cada uma das partes um dever de boa-fé e lealdade negocial no seu cumprimento e na sua execução”. Os comentários são feitos como segue:

Significados da boa-fé. Boa-fé é definida no Uniform Commercial Code §1 - 201 (19) como “a honestidade, de fato, na conduta ou na transação respectiva. “No caso de um comerciante Uniform Commercial Code § 2-103(1)(b) prevê que boa-fé significa honestidade, de fato, e observância de padrões comerciais razoáveis de lealdade negocial naquele ramo de comércio. A expressão ‘boa-fé’ é utilizada em vários contextos, e seu significado varia de acordo com o contexto. A boa-fé no cumprimento ou execução de um contrato enfatiza a fidelidade a um propósito comum previamente acordado e consistência com as expectativas justificadas da outra parte; exclui vários tipos de conduta caracterizados como ‘má-fé’ porque estas condutas violam padrões ordinários de decência, justiça e razoabilidade. O remédio apropriado para a violação do dever de boa-fé também varia de acordo com as circunstâncias.

A boa-fé, segundo a jurisprudência norte-americana, constitui obrigação implícita (*implied covenant*) em todos os contratos regidos pelo direito do estado de Nova York, como se vê, por exemplo, no caso paradigmático *Village on Canon v. Bankers Trust Co.*, julgado pela *United States District Court, S.D.*, New York.

6. O enriquecimento sem causa no Direito Americano

Trata-se de matéria ínsita à relação contratual entre as partes, segundo o direito de Nova York e neste ponto o direito aplicável contrasta com o direito brasileiro, pois classifica o tema sob a categoria de restituição (*restitution*) e cria-lhe uma ficção legal denominada “contrato

implícito segundo a lei” (*contract implied in law*), assim caracterizada no *Restatement (Second) of Contracts*:

§ 2.20. Natureza e Papel da Restituição. Finalmente, voltamo-nos para a possibilidade de o pleito de uma parte basear-se no enriquecimento sem causa da outra parte – uma espécie de pleito dignificada por uma ficção como a baseada em um contrato implícito segundo a lei... Pleitos pecuniários fundados na ideia de restituição continuam a ser deduzidos, contudo, em várias outras situações nas quais uma parte estaria alegadamente enriquecendo injustamente se autorizada a reter, sem pagar por isso, algum benefício que lhe tenha sido conferido [...].

Segundo a jurisprudência dos tribunais de Nova York, existindo contrato entre as partes, qualquer discussão sobre o enriquecimento sem causa de uma delas há de se conter nos limites da relação contratual, sendo vedado formular pleito autônomo, sujeito a regime jurídico diverso.

7. O dever de informar no Direito Americano

O dever de informar está incluído no dever geral de boa-fé e tem natureza contratual, sendo tratado pelo *Restatement (Second) of Contracts* da seguinte maneira:

§ 161. Quando a violação do dever de informar é equivalente a uma assertiva. Definição: a omissão, por uma pessoa, de um fato por ela conhecido é equivalente a uma assertiva de que tal fato não existe, apenas nos casos seguintes: (a) quando a pessoa sabe que a divulgação do fato é necessária para evitar que uma prévia afirmação configure erro ou esteja envolvida de fraude ou falsidade; (b) quando a pessoa sabe que a divulgação do fato corrigiria um erro da outra parte em relação a premissa básica na qual a outra parte se baseou para

contratar e se a omissão do fato equivale a uma quebra do dever de agir de boa-fé e segundo padrões razoáveis de lealdade negocial; (c) quando a pessoa sabe que a divulgação do fato corrigiria um erro da outra parte em relação ao conteúdo ou efeitos de um escrito, que evidencie ou corporifique um contrato, no todo ou em parte; (d) quando a outra pessoa tem o direito de conhecer o fato em virtude da relação de confiança entre elas.

8. A doutrina da “economic loss”

Ela foi construída a partir de célebre decisão da Suprema Corte norte-americana segundo a qual não é lícito à parte basear seu pleito de comportamento negligente nas regras de responsabilidade civil (*tort law*) quando, entre ela e o suposto autor do dano existir uma relação contratual. O *tort* do direito anglo-saxão equivale à responsabilidade extracontratual do direito civil continental, mas não exclui a responsabilidade derivada de uma relação contratual. Observe-se que a responsabilidade civil não tenciona compensar as partes por prejuízos sofridos em virtude do descumprimento de deveres assumidos exclusivamente por contrato. Para obter compensação com base na responsabilidade civil, o autor deve alegar fatos que demonstrem o descumprimento de algum dever imposto por lei, em vez de imposto no contrato entre as partes, e deve haver demonstração de prejuízo que seja distinto das expectativas frustradas que se originam apenas do contrato.

9. Conclusão

O Direito anglo-americano é baseado na evolução da sociedade inglesa, que não sofreu rupturas em seu processo histórico, ao contrário do que ocorreu com o Direito oriundo do sistema romano-germânico, que se instalou em países que apresentaram rupturas nesse processo, representadas pelas revoluções, cujo exemplo maior é a Revolução Francesa.

Por serem baseados em povos e culturas diferentes, cada um dos sistemas jurídicos desenvolveu características próprias, adaptando-se às novas realidades e aos novos campos sociais de aplicação. As situações novas apresentavam novos desafios aos juristas da *common law*.

Este trabalho teve como escopo mostrar uma pequena comparação entre o Direito Brasileiro e o Direito Norte-Americano, com foco na responsabilidade civil contratual, esperando, com isso, provocar reflexões para o aprimoramento dos estudos referente a este instituto tão importante do Direito Civil.

Bibliografia

- ANDREWS, Neil. *Direito contratual na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Magister, 2011.
- BRANDELLI, Leonardo. *Estudos de direito civil, internacional privado e comparado: coletânea em homenagem à Professora Véra Jacob de Fradera*. São Paulo: Universitária de Direito. 2014.
- COLE, Charles. *Comparative constitutional law: Brasil and United States*. Birmingham: Samford University Press, 2006.
- DAVID, Rene. *O direito inglês*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado (Parte Especial)* – contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. II.
- FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.
- GALLIGAN, D. J. *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- GLENN, H. P. *Legal traditions of the world – sustainable diversity in law*. New York: Oxford University Press, 2000.
- MERRYMAN, J. H. *The civil law tradition*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 1985.
- ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. A função social da propriedade imobiliária no direito brasileiro e no sistema da common law. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Coletânea sobre direito imobiliário brasileiro*.

ROBERTSON, A. H. *Characterization in the conflict of laws*. Cambridge: Harvard University Press, 1940.

RODAS, J. GRANDINO. Elementos de conexão do direito internacional privado relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, Grandino (Coord.) contratos internacionais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VETRI, D.; LEVINE, L. C.; FINLEY, L. M. *Tort Law and practice*. 3. ed. LexisNexis, 2006.

A responsabilidade civil sob o aspecto econômico

Marcelo Barbosa Sacramone¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Renata Mota Maciel Madeira Dezem²

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Análise econômica do direito e sua relevância em matéria de responsabilidade civil. 2. A responsabilidade civil como custo de transação. 3. Responsabilidade objetiva e seu impacto nos preços. 4. Responsabilidade social das sociedades empresárias. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O presente estudo tem o objetivo de analisar a responsabilidade civil sob um prisma muitas vezes deixado de lado, sobretudo à luz do direito do consumidor, que é a visão da empresa e os aspectos econômicos em matéria de responsabilidade civil.

Não se trata de estabelecer uma dicotomia pró-empresa ou pró-consumidor, mas de verificar, a partir de critérios econômicos, as consequências do sistema jurídico vigente, assim como das decisões judiciais para a empresa e a forma como são repassados os custos decorrentes dessas decisões.

Muito se fala, mesmo sem base empírica, que o custo da responsabilidade civil é repassado ao consumidor, e que tais custos já são calculados, desde o início, como externalidades pela empresa, o que não pode, sumariamente, ser considerado ilegítimo.

¹ Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Empresarial, Econômico e Negocial da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Autor de obras e artigos jurídicos.

² Doutoranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora de Direito Empresarial da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Autora de obras e artigos jurídicos.

A preocupação com esse contexto econômico deveria pairar sob todos os envolvidos no processo de responsabilização civil do fornecedor de produtos e serviços.

Há muito tempo que o número de processos envolvendo relações de consumo cresce exponencialmente, os quais, talvez boa parte, envolvem a responsabilidade civil decorrente da prática de ato ilícito, com o reconhecimento da responsabilidade objetiva. Alguns chegam a sustentar que condenações em valores elevados, sobretudo quando se fala em danos morais, seriam uma possível solução para coibir a avalanche de processos, medida de certo modo simplista, se considerado o contexto econômico no qual inserida.

As válvulas de escape para o repasse de custos certamente existem e continuarão a existir e, em muitos casos, comportam-se de acordo com as consequências decorrentes da regulação e dos comandos judiciais comuns.

O mesmo acontece nas demais operações empresariais, entre empresários e não apenas com consumidores. De qualquer modo, optaremos por abordar o segundo caso.

Por esse quadro é que serão revisitadas as teorias relacionadas à análise econômica do direito e sua relevância em matéria de responsabilidade civil, assim como os impactos na empresa, reconhecida a responsabilidade civil como custo de transação.

Do mesmo modo, não se pode olvidar que a responsabilidade objetiva tem impactos sob o aspecto das externalidades, com o repasse dos custos ao consumidor e mesmo com impacto nos preços.

Finalmente, serão abordadas a responsabilidade social e sua concretização a partir da responsabilidade civil, como meio de resolver os custos sociais integrantes da cadeia de produção e circulação de bens e serviços.

1. Análise econômica do direito e sua relevância em matéria de responsabilidade civil

Como destaca Alejandro Bugallo Alvarez, “a novidade da análise econômica do direito, na avaliação de Posner, está na sua aplicação às normas reguladoras da conduta, quer esta seja pertinente a mercados

explícitos, quer não integre mercados”³, em que podemos incluir o instituto da responsabilidade civil.

Essa teoria teve início nos trabalhos elaborados por Ronald Coase, Guido Calabresi e pelo próprio Richard Posner, e caracteriza-se, em síntese:

[...] pela aplicação da teoria econômica na explanação do direito, especificamente pela aplicação das teorias e instrumentos teóricos da teoria microeconômica neoclássica, em geral, e de um de seus ramos desenvolvidos neste século, a Economia do bem-estar, em particular, na explanação e avaliação das instituições e realidades jurídicas⁴.

Especificamente em matéria de responsabilidade civil, a análise econômica do direito pode apresentar-se muito útil nas escolhas tomadas pelo empresário, sobretudo em relação às cautelas para evitar ilícitos civis, situação que ganha contornos se pensarmos que hoje a responsabilidade objetiva é praticamente uma constante nas relações entre fornecedores (normalmente empresários) e consumidores, diante do microssistema consumerista.

A noção de prevenção não pode ser vista apenas sob o enfoque do empresário, mas também da vítima. Como destaca Posner, uma solução eficiente para ambos os envolvidos passa pelo incentivo de que tanto um como outro tome precauções para que os danos civis não ocorram⁵.

Transportada essa ideia para o direito brasileiro, seria o mesmo que dizer que as regras que reconhecem a culpa da vítima como excludente da responsabilidade civil devessem ser revistas, a ponto de que não sejam reconhecidas como causa de exclusão apenas a culpa exclusiva da vítima, mas toda a conduta que contribuir, a partir de parâmetros determinantes, para o evento danoso.

³ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. p. 55. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/287/260>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

⁴ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Op. cit., p. 52.

⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 220.

Não se está com isso tentando refutar toda a construção que culminou no reconhecimento da responsabilidade objetiva, porém, da forma como posto e utilizado na atualidade, os custos são repassados ao consumidor de forma geral, o que importa dizer que a vítima paga por sua falta de precaução assim como pela negligência do fornecedor de serviços.

Ainda com a ideia de Posner⁶, não se pode esquecer que sob o aspecto econômico a consideração da falta de precaução de ambas as partes agrega um custo de administração mais elevado, assim como o custo de litígios nos quais será necessário este tipo de discussão é mais elevado, circunstância que demanda uma cuidadosa análise de custo, para saber se, na prática, realmente é mais benéfica.

Outro aspecto relevante da análise econômica do direito para o estudo proposto é a noção das consequências das decisões judiciais sob o prisma econômico.

Parece-nos clara a noção de que o movimento dos tribunais tem reflexos evidentes nos cálculos dos custos de transação do empresário. É o que acontece, por exemplo, com o valor das indenizações por danos morais decorrentes de atos ilícitos. A posição dos tribunais em matérias recorrentes é conhecida do empresário e integra o valor dos produtos postos à disposição do consumidor. Seria ingênuo pensar que a absorção dessa externalidade é assumida pelo empresário, sem o repasse ao preço final dos bens a serem adquiridos muitas vezes pela própria vítima.

Como destaca Coase⁷:

Os tribunais influenciam diretamente a atividade econômica e, por isso, é desejável que os tribunais entendam consequências econômicas de suas decisões e, na medida do possível, evitem criar incertezas sobre a própria situação jurídica, levando em conta essas implicações econômicas ao tomar suas decisões. Mesmo quando é possível alterar a delimitação legal de direitos por meio de operações de mercado, é obviamente desejável reduzir a necessidade de tais transações e, assim, reduzir o emprego de recursos na execução dos mesmos.

⁶ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 222.

⁷ COASE, R. H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, p. 19, Oct. 1960.

Portanto, repensar a questão sob esse enfoque é urgente e altamente produtiva na busca da melhor acomodação dos riscos.

Se as questões apontadas acima (sem a intenção de esgotar o tema) podem servir de alicerce para a análise econômica do direito nos mais diversos aspectos do sistema jurídico, interessa-nos, de forma mais acurada, o texto de Guido Calabresi, “Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts”⁸, no qual o autor analisa a distribuição de riscos e de perdas relacionadas aos ilícitos civis.

Para o autor, o mais desejável sistema de distribuição de perdas, sob uma rigorosa teoria de alocação de recursos, é aquele no qual os preços dos bens refletem com precisão o seu custo total para a sociedade, o que exige que o custo dos danos devam ser suportados pela atividade que lhes causou, como um verdadeiro custo real dessa atividade, o que não poderia ser confundido como outros sistemas de alocação de perdas sob o título geral “distribuição de risco”.

Portanto, a partir do reconhecimento de que toda escolha implica um risco, parece inevitável percorrer a noção de que o risco da atividade empresarial em dada medida passa pelas opções no exercício da atividade de produção e circulação de bens ou serviços.

Se partirmos dos três pilares da Economia, sustentados por Posner, quais sejam: a relação inversa entre o preço e a demanda – Lei da Demanda; o custo de oportunidade; e a otimização dos recursos, como forma de compreender as opções racionais relacionadas aos interesses envolvidos, talvez seja mais fácil visualizar a responsabilidade civil a partir de uma análise econômica.

Nesse aspecto, ganha relevo a noção de custo de oportunidade, pois, para o economista, “o custo é o de oportunidade, ou seja, o benefício sacrificado ao se empregar um recurso de tal forma que impeça seu uso por alguém mais”¹⁰.

Como se vê, é possível extrair uma visão diferente da responsabilidade civil a partir da análise econômica do direito, sem que com isto

⁸ CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, p. 499-553, Mar. 1961. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/view-content.cgi?article=3035&context=fss_papers>. Acesso em: 15 jul. 2015.

⁹ CALABRESI, Guido. Op. cit., p. 505.

¹⁰ CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de. Análise econômica do direito e o contrato. In: BENACCHIO, Marcelo; SOARES, Ronnie Herbert Barros (Coord.). *Temas atuais sobre a teoria geral dos contratos*. São Paulo: CVR, 2014. p. 242-289, p. 261.

se afastem as demais abordagens. Por tudo isso é que a proposta deste breve estudo é trazer um novo enfoque à responsabilidade civil no contexto da empresa, o que nem sempre é feito. Sem a pretensão de encontrar verdades absolutas, a abordagem aqui pretendida tem por objetivo trazer novos elementos que permitam compreender o todo – ou seja, a visão da vítima e do responsável pelo dano.

Nesse aspecto, é preciso esclarecer que a análise econômica do direito não constitui teoria que apresenta respostas exatas ao sistema jurídico. Como destaca Leandro Fernandez:

Concepções deste tipo fundam-se numa incompreensão das próprias premissas do pensamento econômico. Em Economia, examina-se o comportamento humano diante de dada estrutura de incentivos, ou, exposto de outro modo, analisam-se escolhas e suas consequências¹¹.

Esse o alicerce para a análise dos demais pontos aos quais no promos neste estudo e que deve passar pela responsabilidade civil reconhecida como custo de transação.

2. A responsabilidade civil como custo de transação

Ao contrário do que acontece nas relações contratuais ou envolvendo direito de propriedade, na responsabilidade civil os custos de transação nem sempre podem ser assimilados naturalmente pelos envolvidos.

Como destacam Cooter e Ulen, para alguns tipos de danos os custos de negociação são tão elevados que as partes não podem cooperar entre si. É o que acontece na responsabilidade civil, em que o causador dos danos não tem como celebrar um contrato com todas as potenciais vítimas de acidentes ou danos¹².

¹¹ FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. *Ciência Jurídica ad litteras et verba*, ano XXVI, v. 164, mar./abr. 2012, p. 145-176, p. 157.

¹² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1998. p. 370.

Nesse aspecto, a responsabilidade civil tem o escopo de internalizar aqueles custos que, via de regra, a empresa tenta justamente impor a terceiros, valendo lembrar a ideia de externalidade.

Como destaca Rachel Sztajn:

Externalidade, termo largamente empregado pelos economistas, ligado a benefícios ou custos nascidos e presos ao exercício de atividade que não são suportados pelo exercente, por quem lhes dá causa, mas recaem sobre terceiros externos à sua origem, pessoa, grupos de pessoas ou a sociedade. Externalidades são comuns na vida de relação e, muitas vezes, são desejadas e fomentadas¹³.

Como destacam Cooter e Ulen, o propósito econômico da responsabilidade civil é o de induzir os causadores do dano a internalizar os custos, a partir da indenização às vítimas e, diante deste quadro, serão incentivados a investir em segurança a um nível eficiente. Em suma, a essência econômica da responsabilidade civil é utilizar a responsabilidade para internalizar as externalidades criadas pelos custos de transação elevados¹⁴.

Os custos de transação envolvidos na responsabilidade civil são relativamente elevados¹⁵, situação que impõe uma espécie de cálculo à empresa, em relação aos possíveis custos decorrentes de seus atos.

Para analisar a responsabilidade civil a partir de uma teoria econômica, é preciso interpretar economicamente os conceitos de dano, conduta e nexo causal, o que nem sempre se faz e, por certo, gera distorções no tratamento dado aos ilícitos civis.

A responsabilidade civil, portanto, pode ser considerada custo de transação, entendido como:

¹³ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudo em homenagem ao Professor Almíro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 317.

¹⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fundo de Cultura Económica, 1998. p. 371.

¹⁵ La responsabilidad de los ilícitos culposos es sólo uno de varios instrumentos disponibles para internalizar las externalidades creadas por los costos de transacción elevados. Otros instrumentos son los estatutos penales, las regulaciones de seguridad y los incentivos fiscales. Cada uno de éstos tiene sus ventajas y desventajas (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fundo de Cultura Económica, 1998. p. 371).

[...] aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação¹⁶.

Nesse aspecto, a responsabilização objetiva decorrente do fornecimento de bens ou serviços ao consumidor constitui custo de transação, que é calculado para se optar por resolver a questão sem resistir à pretensão do consumidor, ou aguardar o acionamento judicial, hipótese que também está inserida na estratégia do agente econômico, como custo de transação.

Por outro lado, o contrato pode servir como gerenciador dos riscos, sobretudo quando versar sobre cláusula de não indenizar ou mesmo de limitação do valor da indenização nos casos de danos decorrentes do cumprimento do contrato ou por uso do produto¹⁷, hipóteses que podem, muitas vezes, incidir em contratos de consumo.

Por isso é que muitas decisões judiciais acabam provocando alterações na própria alocação de recursos, passando a integrar o processo produtivo, com a sua transferência à sociedade¹⁸, em um verdadeiro repasse dos prejuízos decorrentes de decisões judiciais.

Em síntese, o sistema jurídico de responsabilidade civil internaliza as externalidades criadas por custos de transação elevados¹⁹, ao passo que a aplicação deste sistema pelo Poder Judiciário acaba criando mais um custo de transação, o que não constitui um problema em si, mas um dado que não pode ser relevado no momento da tomada de decisão e mesmo na noção de política judiciária, a qual, embora não expressa, integra o processo judicial.

¹⁶ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudo em homenagem ao Professor Almíro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 320.

¹⁷ FERNANDES, Wanderley. Contrato de adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação. In: CONTRATOS de consumo e atividade econômica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88. (Série GVLaw).

¹⁸ SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito*: estudo em homenagem ao Professor Almíro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 322.

¹⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1998. p. 415.

3. Responsabilidade objetiva e seu impacto nos preços

A justificativa filosófica do direito é a busca do bem comum. Como o direito e sua aplicação deveriam promover uma justiça social, com a igualdade de todos perante a lei, nos termos do art. 5º, da lei de introdução às normas do direito brasileiro, eventuais danos sofridos por apenas alguns indivíduos deveriam ser reparados.

A imputação da responsabilidade ao causador do referido dano em razão de seu comportamento negligente, imprudente ou sem perícia ocorre desde a Lei Aquilia²⁰. Referida imputação, baseada na culpa do agente causador, pressupõe um ideal equilíbrio entre as partes e, no âmbito da análise econômica, como veremos, exige a possibilidade de um comportamento bilateral, tanto do agente causador quanto da vítima, para prevenir a ocorrência dos danos.

Ao final do século XIX, entretanto, as codificações consideraram insuficientes a regra de responsabilização baseada na negligência do agente causador. Numa perspectiva jusfilosófica, com a industrialização e a massificação das relações sociais, o aumento da quantidade de acidentes e a dificuldade de prova de culpa dos agentes causadores tornava a responsabilidade subjetiva insuficiente à garantia da justiça social, vista como uma justiça distributiva, em que os danos causados a apenas alguns exigiam a reparação das vítimas para torná-las novamente nas mesmas condições dos demais²¹.

Essa constatação implicou um rompimento do direito com os pressupostos do ideal equilíbrio entre as partes e de sua igualdade formal. O Estado passa a interferir para limitar o poder de uma das partes e garantir, no âmbito contratual e extracontratual, a igualdade substancial entre os agentes e melhores condições para o exercício de sua autonomia de vontade. Uma dessas formas de intervenção para a garantia do bem comum é a imputação de responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente da demonstração da culpa, ao causador do dano.

Preconizou o Estado, nesse particular, que as partes não estão, diante de um dano causado, no mesmo patamar para prevenir o dano ou para obterem soluções para se ressarcir dos prejuízos sofridos.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, n. 93, p. 40, 1991.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sério. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. . 143-145.

No âmbito da análise econômica do direito, essa transformação da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva pode ser explicada através da criação de incentivos pela norma legal para garantir a maior eficiência entre os agentes econômicos e a redução dos danos a terceiros em situações em que os agentes não estão em igualdade de condições.

Se ambos os agentes estiverem em igual possibilidade de tomar medidas preventivas para evitar os danos causados, a imputação de responsabilidade civil subjetiva, segundo um parâmetro de diligência, poderá reduzir a quantidade de danos gerados.

Isso porque o causador do dano tomará todas as precauções até o parâmetro esperado de diligência para que não tenha que arcar com eventuais prejuízos causados pelos seus atos. Por seu turno, a vítima, na ausência de ato negligente do causador do dano, será obrigada a se ressarcir integralmente pelos prejuízos gerados. Desse modo, diante dessa situação de não resarcimento pelo causador dos prejuízos, tomará a vítima a maior quantidade de medidas preventivas, até o ponto em que seu custo for maior do que a redução dos danos decorrentes do ato, para evitar sofrer prejuízos com a conduta da parte contrária²².

Na hipótese de as condutas que possam minimizar os danos causados somente puderem ser realizadas por uma das partes, a norma legal não incentivará a sua redução mediante a imposição do dever de ressarcir baseado em uma violação do dever de diligência do agente. Não se alcançará um ponto ótimo de prevenção pela imposição de diligência.

Para Cooter e Ulen, a prevenção de danos será ótima quando o agente econômico verificar que os custos do aumento da prevenção serão maiores do que a diminuição dos valores referentes aos danos causados por uma determinada atividade ou produto²³.

Se os custos e os benefícios desses comportamentos recaírem sobre o mesmo agente econômico, este terá incentivos para maximizar sua utilidade e, portanto, buscará o ponto ótimo de prevenção. Dessa forma, se for responsável pelos danos e com o seu comportamento puder preveni-los, tomará todas as medidas necessárias para prevenir

²² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 394.

²³ Op. cit., p. 387.

os custos do dano, até o ponto em que as medidas preventivas sejam mais custosas do que o benefício com a redução do dano a ser obtido.

Se os custos de prevenção não recaírem integralmente sobre o mesmo agente que sofrerá todos os custos do dano, entretanto, não se alcançará uma prevenção efetiva de danos. Casos os custos não recaiam sobre o mesmo sujeito que receberá os benefícios de sua conduta, este não terá incentivos para prevenir prejuízos, haja vista que procurará maximizar seus lucros.

Veja-se, por exemplo, uma situação de ausência de responsabilidade do causador do dano. Na ausência de qualquer redução do benefício gerado com o ato, o causador do dano não tem qualquer interesse em arcar com custos para reduzir os danos causados além do ponto em que ele não sofrerá qualquer responsabilização. Caso as medidas de prevenção possam apenas ser tomadas pela vítima, esta não as realizará se o causador for responsável integralmente pelos danos que esta sofreu, mas o fará na maior medida se não houver qualquer responsabilização do causador e a própria vítima tiver que arcar também com todos os danos que sofreu²⁴.

Dante de uma vulnerabilidade informacional, técnica ou econômica de um grupo de agentes econômicos²⁵, de atividades arriscadas aos direitos de terceiro²⁶, ou de danos a um direito coletivo ou transindividual²⁷, por exemplo, verificou-se a impossibilidade efetiva de as vítimas alterarem seu comportamento para prevenir os danos sofridos.

O consumidor não buscará maiores informações sobre o produto, porque referida informação é custosa demais para ser obtida e os danos eventualmente causados com a aquisição do produto serão, em regra, menores do que os danos sofridos. Do mesmo modo, o dano ao meio ambiente, embora possa ser grande em face de toda a coletividade, é de pequena monta em face de um indivíduo determinado, o que o

²⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 387-390.

²⁵ O art. 12, do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que os fabricantes, produtores, construtores e importadores respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes dos produtos.

²⁶ O art. 927, do Código Civil, em seu parágrafo único estabelece que 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.

²⁷ O art. 14, parágrafo primeiro da Lei 6.938/81 determinou que os poluidores, independentemente da existência da culpa, deveriam indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente a terceiros afetados por sua atividade.

desincentiva a tomar quaisquer medidas custosas de prevenção para evitá-lo.

Em atividades arriscadas, por seu turno, os acidentes ou o dano causado a terceiros não serão reduzidos em razão de um comportamento diligente do agente que o causou. A atividade, por si só, independentemente do grau de perícia, diligência ou prudência do agente, submete terceiros ao risco de sofrerem dano em razão de seu exercício, o qual dificilmente podem evitar.

Nessas atividades, para que o agente tome as medidas necessárias para evitar o dano, deverá responder integralmente pelos prejuízos causados, independentemente da demonstração de sua culpa.

O causador do dano deverá responder integralmente pelos prejuízos causados, ainda que não possa reduzir a quantidade de acidentes pelo emprego de maior diligência na sua atividade. Isso porque, ao contrário da imputação aos demais agentes, o aumento dos custos repercutirá na quantidade de atividade.

Ainda que não possa reduzir, como nas atividades arriscadas, a probabilidade de serem causados danos em virtude de um incremento no seu dever de diligência, os acidentes poderão ser reduzidos pelo decréscimo da quantidade de atividade produzida até o ponto em que o custo de sua redução compense o crescimento dos valores pelo não resarcimento de maiores prejuízos causados.

Nessas situações em que a prevenção pode exigir medidas apenas de uma das partes, uma responsabilidade com base no padrão de culpa é ineficiente, assim como a ausência total de responsabilidade. Na ausência de responsabilidade, o causador não responderá pelos prejuízos causados, apenas a vítima. Isso significa que, se essa não tem condição de tomar medidas preventivas ou é custoso demais para que o faça, o causador também não o fará. Esse, diante da ausência de responsabilidade, não terá incentivos econômicos para arcar com esses custos, haja vista que não terá prejuízos caso não o faça.

A responsabilidade subjetiva, nessas situações, por outro lado, também é ineficiente. O causador do dano apenas tomará medidas até o ponto em que forem suficientes para alcançar o padrão de diligência para evitar qualquer reparação do dano. Alcançado referido padrão, o risco residual do dano causado permaneceria com a vítima, que não poderia realizar comportamentos preventivos para obstar o surgimento de prejuízos.

Outrossim, diante de situações em que o próprio causador pouco conseguiria prevenir, uma responsabilidade subjetiva seria ineficiente porque os custos de seu comportamento permaneceriam totalmente com a vítima, embora todos os benefícios fossem internalizados por ele. Apenas com a atribuição de uma responsabilidade objetiva poder-se-á alcançar o ponto ótimo de prevenção, pois, ainda que não possa o agente controlar o dever de diligência, haverá o controle da quantidade de atividade.

A responsabilidade objetiva, nesse ponto, provoca a mais eficiente alocação de recursos. Como as pessoas procuram satisfazer suas necessidades com o que lhes é mais conveniente, a função do preço seria permitir que estas comparassem os custos de produção das coisas que pretendem. Dessa forma, ainda que não exista culpa no prejuízo causado, o dano é um real custo daquela atividade e deve refletir-se no preço de aquisição de determinado produto, de modo a influenciar na preferência dos adquirentes²⁸.

A imposição de responsabilidade ao fabricante obrigará que este aumente os custos de seu produto. Com o aumento do preço, parte dos consumidores substituirá referido produto por outro de outro fabricante ou mesmo por outro produto não idêntico, mas similar. Nesses termos, como haverá menor aquisição de produtos em razão do maior valor, será reduzida a produção dos referidos bens, o que provocará a diminuição da quantidade de danos a terceiros²⁹.

Nem sequer a assimetria informacional impedirá a ótima alocação desses recursos. Pela imposição da responsabilidade objetiva ao fornecedor, o que repercutirá no preço dos produtos, o consumidor poderá optar por adquirir o produto com o menor risco de defeitos ainda que inconscientemente. Embora o consumidor possa não ter sido informado sobre os processos produtivos do fabricante ou sobre os danos causados a terceiros pelo produto disponibilizado, como o preço reflete o custo relativo à maior quantidade de defeitos provocados, o consumidor optará pelo bem mais barato em igualdade de condições, o que o afastará dos produtos que possam produzir maiores prejuízos a ele³⁰.

²⁸ CALABRESI, Guido. Op. cit., p. 502-505.

²⁹ POSNER, Richard A. Op. cit., p. 232.

³⁰ Op. cit., p. 232.

4. Responsabilização social das sociedades empresárias

Como já vimos, na responsabilidade civil procura-se internalizar externalidades criadas em razão de altos custos de transação. Como os prejuízos resultantes da atividade do agente são imputados a um terceiro, o qual poderá não receber, em igual medida, o benefício dessa atividade, a maior eficiência do processo produtivo seria alcançada pela concentração na mesma pessoa dos custos e dos benefícios envolvidos. As normas legais de responsabilização do agente causador do dano, nesses termos, internalizam esses prejuízos causados a terceiros como despesas ao agente produtor da atividade.

Responsabilização outra é a que se pretende imputar às sociedades empresárias pelo lucro obtido. A responsabilização social das companhias procura sujeitar as sociedades empresárias à obrigação de reparar danos sociais não diretamente relacionados à atividade produzida.

A responsabilização social da empresa surge a partir da demanda por uma postura mais ativa da companhia – sobrelevada a instituição dominante – com relação aos problemas sociais relacionados, ainda que não diretamente, ao seu processo de produção e interferência social³¹.

Sua discussão remonta à controvérsia sobre a função social³² da propriedade, que, já desde o início do século XX, com a pioneira positivação da Constituição de Weimar, vem ocupando os juristas³³. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o instituto no art. 170,

³¹ Num novo contexto político-econômico instaurado a partir do século passado, os problemas econômicos supranacionais, ligados ao fluxo de divisas e à concentração de investimentos, vão assumindo caráter primordial frente aos problemas pátrios. A limitação da autonomia decisória do Estado frente à emergência da empresa como novo centro de poder provoca o deslocamento do poder decisório para estes novos agentes (IANNI, O. Teorias da globalização. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 59). Em contraposição ao referido poder alcançado, pretende-se atribuir a esses agentes econômicos também a obrigação de implementar o bem-estar da coletividade.

³² Na língua latina, o substantivo *functio* é derivado do verbo *deponere fungor*, cujo significado é o de cumprir algo, ou desempenhar-se de um dever ou de uma tarefa. Função “significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo”. Por outro lado, o adjetivo social restringe esse fim a um interesse coletivo e não a qualquer interesse de julgamento do proprietário (COMPARATO, F. K. Estado, empresa e função social. Revista dos Tribunais, ano 85, v. 732, p. 40, 1996). A função social da propriedade emerge, assim, como “o dever do proprietário de exercer o seu direito de propriedade de modo a satisfazer determinados interesses da sociedade” (SZTERLING, F. A função social da empresa no direito societário. p. 45. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo).

³³ Em seu artigo art. 153, determinava a Constituição que “a propriedade obriga. Seu uso deve igualmente ser um serviço ao bem comum”.

III, assim como a legislação infraconstitucional, tanto o Código Civil de 2002, no art. 421, quanto principalmente a Lei de Sociedades por ações, que determinou que, em seus arts. 116, 117 e 154, a companhia tem deveres e responsabilidades para com os que nela trabalham e a comunidade em que atua.

Em virtude desses princípios institucionais insertos na Lei 6.404/76, autores como Comparato³⁴, Leâe³⁵, Valladão³⁶ e Lamy Filho³⁷ sustentam que, para a caracterização do interesse coletivo da companhia, que deve orientar toda a sua atuação, ou interesse social, deveriam ser considerados, além dos interesses dos sócios, também os interesses dos trabalhadores, de seus dependentes, e da coletividade de pessoas afetadas pelas atividades da companhia como um todo.

Do ponto de vista econômico, entretanto, a imposição dessa obrigação legal à companhia não poderia ser eficaz, sob pena de a própria companhia se extinguir.

A promoção de interesses outros que não o interesse exclusivo da companhia de maximizar seu lucro acarreta custos à companhia. Referidos custos com a promoção de interesses de terceiros, entretanto, não poderão ser transferidos livremente aos consumidores.

O implemento de interesses desses terceiros, a princípio, poderá não reverter em vantagem alguma à companhia, seja através da redução de outras despesas ou encargos, seja através de um aumento de benefícios. Ainda que a norma, nesse caso, seja imposta indistintamente a todas às companhias, que ainda deverão permanecer sob fiscalização para satisfazer tal encargo, – de modo a evitar comportamento oportunista de uma em relação às outras –, estas, à míngua de qualquer especificação do montante a ser gasto com a satisfação desses interesses, realizarão apenas o mínimo possível para que não sofram consequências negativas de seu comportamento.

³⁴ COMPARATO, F. K. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 300-301.

³⁵ LEÂES, L. G. P. B. *Comentários à Lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2, p. 248.

³⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesse nas assembleias de S. A.* São Paulo: Malheiros, 1993. p. 55-56.

³⁷ Para o autor, a reforma do Decreto-Lei nº 2.627/40 deveria adotar uma posição conciliatória entre uma solução plublicista e uma solução privatista do instituto (LAMY FILHO, A. A reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 7, p. 140, 1972).

Num mercado competitivo, entretanto, em que os comportamentos oportunistas dos agentes econômicos para se desincumbirem da obrigação legal não forem eficientemente reprimidos, as companhias não poderão transferir esse custo adicional ao preço do produto. Como os consumidores não serão beneficiados, como adquirentes do produto por si só, das referidas práticas empresariais – pelo contrário, eles serão beneficiados da mesma forma se adquirirem produtos mais baratos dos concorrentes do referido empresário que não tenham incorrido em custos para satisfazer sua responsabilização social –, haverá redução da aquisição dos produtos do empresário responsável e, consequentemente, da quantidade de sua atividade produtiva³⁸.

A companhia terá incentivos para efetivar a responsabilização social apenas se os interesses extrassociais a serem preservados coincidirem com o interesse comum da sociedade na maximização de seus lucros.

A companhia, por exemplo, poderia efetivar *voluntariamente* sua função social, ao atender aos desígnios da comunidade com a adoção de uma política ambiental de reflorestamento, de diminuição da emissão de poluentes atmosféricos ou ainda ao considerar os interesses dos funcionários, com a melhoria das condições de trabalho ou a construção de creches para seus dependentes. Os custos desse comportamento, todavia, apenas seriam arcados pela companhia se gerasse aumento de seus resultados econômico-financeiros.

Numa comunidade em que os consumidores preferem a aquisição de produtos ou serviços de companhias comprometidas com a solução de problemas do meio em que atua, conforme tendência crescente mundial, a responsabilidade ambiental da companhia poderia ensejar aumento das vendas ou a avaliação positiva do mercado, refletindo na cotação das ações da sociedade na bolsa de valores³⁹.

³⁸ POSNER, Richard A. Op. cit., p. 573. A inclusão no preço do bem de um custo não relacionado à sua atividade resultaria numa constatação falsa do custo da produção da coisa pelos consumidores, o que levaria a sua menor produção. Nesse sentido, “placing a cost not related to the scope of an enterprise on that enterprise results in an overstatement of the costs of those goods, and leads to their underproduction” (CALABRESI, Guido. Op. cit., p. 514).

³⁹ SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 114, p. 34-38, 1999.

Sob essa perspectiva é que se deve compreender a introdução do parágrafo único do artigo 140 da Lei das Sociedades Anônimas pela Lei 10.303/01, conforme dispõe: “o estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem”.

Ao acionista cabe, através de alteração estatutária, permitir que interesses dos trabalhadores sejam considerados na execução da atividade corporativa. O envolvimento dos empregados com as metas do empregador poderia implicar acréscimo da produtividade, melhoria da qualidade dos produtos, maior assiduidade e redução das demandas trabalhistas em virtude da maior satisfação com a companhia, gerando, consequentemente, maiores lucros e dividendos.

Conclusão

A análise econômica da responsabilidade civil é importante instrumento para auxiliar a ciência jurídica a implementar a justiça distributiva e a igualdade substancial entre as diversas pessoas da sociedade. Pela concepção dos elevados custos de transação, a análise econômica propicia à norma jurídica a produção de incentivos adequados a uma melhor alocação de recursos entre os agentes no mercado.

No campo da responsabilidade civil, sua incidência permite aos juristas e aplicadores identificarem situações em que é necessária a diferenciação entre padrões de responsabilização do agente causador do dano. Conforme a possibilidade de realização de medidas preventivas pela vítima e/ou causador, a imposição legal de uma especial responsabilização pela norma poderá motivar a realização de comportamentos de modo a ser obtido o ponto ótimo de precaução.

O desconhecimento da análise econômica como instrumento auxiliar de compreensão à ciência jurídica, por outro lado, poderá permitir que a norma jurídica se torne geradora de ineficiência econômica e, eventualmente, provoque o agravamento do prejuízo que tentava proteger ou o próprio comprometimento da atividade desenvolvida pelo agente econômico, em detrimento de uma melhor alocação dos recursos e do bem-estar da coletividade.

Bibliografia

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações*. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/287/260>>. Acesso em: 15 ago. 2015.
- CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, v. 70, n. 4, March 1961, p. 499-553. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers>. Acesso em: 15 jul. 2015.
- CAMARGO, Caio Pacca Ferraz de. Análise econômica do direito e o contrato. In: BENACCHIO, Marcelo; SOARES, Ronnie Herbert Barros (Coord.). *Temas atuais sobre a teoria geral dos contratos*. São Paulo: CVR, 2014. p. 242-289.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COASE, R. H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. III, p. 1-44, Oct. 1960.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 732, 1996.
- _____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. México: Fundo de Cultura Económica, 1998.
- FERNANDES, Wanderley. Contrato de adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação. In: *Contratos de consumo e atividade econômica*. Série GVlaw. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da pesquisa e a análise econômica do direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. *Ciência Jurídica ad litteras et verba*, ano XXVI, v. 164, p. 145-176, mar./abr. 2012.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesse nas assembleias de S. A.* São Paulo: Malheiros, 1993.
- LAMY FILHO, Alfredo. A reforma da Lei de Sociedades Anônimas (Seminário). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 7, 1972.

- LEÃES, L. G. Paes de Barros. *Comentários à Lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os fundamentos da responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, n. 93, 1991.
- IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011.
- SCAFF, Fernando Campos. A responsabilidade do empresário pelo fato do produto e do serviço do Código Civil ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. In: DOUTRINAS essenciais – responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. III, 2010.
- SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 114, 1999.
- _____. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do estado de direito: estudo em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. Incerteza legal e custos de transação: casuística jurisprudencial. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 155/156, São Paulo, p. 40-65, 2010.
- WALDMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito: uma análise jusfilosófica do parágrafo único do art. 927 do Novo Código Civil. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 56, 2005.

Punitive damages nos Estados Unidos e danos morais no Brasil

Wendell Lopes Barbosa de Souza¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. *Punitive damages*. 1.1 Conceito e finalidade. 1.2 Classificação das formas indenizatórias nos EUA. 1.3 Teses pró. 1.4 Teses contra. 1.5 Pressupostos para aplicação dos *punitive damages (an debeatur)* - o caso *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*. 1.6 Elementos para valoração dos *punitive damages (quantum debeatur)* - o caso *BMW of North America v. Gore*. 2. A *tort reform* - uma tendência nos EUA ao *Civil Law*. 2.1 A *tort reform* nos estados da Federação americana. 2.1.1 Estados que admitem incondicionalmente os *punitive damages*. 2.1.2 Estados que proíbem os *punitive damages*. 2.1.3 Estados que limitam o valor dos *punitive damages*. 3. Relação entre a indenização por danos morais no Brasil e os *punitive damages* nos EUA. 3.1 O posicionamento da doutrina brasileira. 3.2 A questão no Tribunal de Justiça de São Paulo. 3.3 A questão no Superior Tribunal de Justiça. 3.4 A questão no Supremo Tribunal Federal. 4. Nossa posição. Bibliografia.

1. *Punitive damages*²

1.1 Conceito e finalidade

Os *punitive damages* são definidos como: “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”.³

¹ Titular da 3ª Vara de Família e Sucessões Central da Capital, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIFIEO, Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura, Mestre em Direito Civil e Doutor em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, estudante do programa *visiting scholar da Fordham University* de Nova Iorque e participante do curso sobre os recentes desenvolvimentos do Direito Americano em julho de 2012 - e-mail: wlopesbarbosadesouza@yahoo.com.br.

² Capítulo reformulado para palestra realizada na Escola Paulista da Magistratura no ano de 2013 por iniciativa do Instituto de Direito Privado, extraído da tese apresentada na PUC/SP intitulada “Danos Morais no Brasil e *Punitive Damages* nos Estados Unidos e o Direito de Imprensa”.

³ *Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit* (GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law dictionary*. St. Paul: West, 2004. p. 448).

William L. Prosser, John W. Wade e Victor E. Schwartz afirmam que os *punitive damages*, às vezes chamados de *exemplary* ou *vindictive damages*, ou *smart money* — ao pé da letra “dinheiro esperto” — consistem numa soma adicional acima da remuneração, para a vítima dos danos sofridos, concedida com a finalidade de punir o réu e de advertí-lo a não fazê-lo de novo, além de intimidar os outros com o exemplo.⁴

Os *punitive damages*, até a metade do século XX, não eram frequentes nos Estados Unidos.⁵ Mas, a partir daí, a concessão de indenizações punitivas se tornou um dos mais controversos e importantes aspectos da responsabilidade civil no Direito americano.⁶ E é por isso, então, que, naquele país, a política de concessão de indenizações punitivas tem sido objeto de muita disputa.⁷

Além das denominações antes indicadas, outras, menos usuais, são empregadas para fazer referência aos *punitive damages*, entre as quais: *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *pre-sumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies*, *penal damages* e *retributory damages*.

Diz-se que, “na realidade, cada vez mais, vê-se uma tendência limitativa dessa forma de indenização”⁸. Mas um estudo de natureza híbrida, de caráter social e jurídico, feito nos Estados Unidos, concluiu que as indenizações punitivas fixadas pela justiça daquele país ainda são altamente variáveis e arbitrárias⁹.

1.2 Classificação das formas indenizatórias nos EUA

O surgimento da responsabilidade civil como um ramo independente do Direito, ao contrário do que se pensa, veio muito tarde na

⁴ PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566.

⁵ HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages - a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011. p. 5.

⁶ LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. *Foundations of tort law*. New York: Foundation Press, 2009. p. 394.

⁷ PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566.

⁸ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 354.

⁹ PAYNE, John W. et al. *Punitive damages - how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002. p. 74.

história dos Estados Unidos, sendo lecionada pela primeira vez numa escola de Direito no ano de 1870, com o primeiro livro publicado sobre o tema quatro anos depois.¹⁰

Afirma-se que a responsabilidade civil extracontratual americana, o common law of torts, é complexa, bagunçada e portadora de uma gama enorme de vários objetivos¹¹, e que não existe um só aspecto de vida contemporânea dos americanos que não esteja ligado à responsabilidade civil e aos seguros como consequência.¹²

Diz-se, por isso, que em determinado momento a sociedade americana se viu obrigada ao pagamento de um novo tributo, que veio com o nome de *tort tax*. Para os adeptos dessa ideia, a *tort tax* é uma prática não muito antiga, que, apesar de já existir há séculos no Direito, só recentemente saiu do segundo plano e alçou lugar de destaque, isso a partir dos anos 1950 na legislação e com uma nova geração de juristas dos anos 1960 e 1970.¹³

São variadas as modalidades indenizatórias no Direito americano, como a seguir.

Os “actual damages ou compensatory damages (integrantes da categoria substantial damages) constituem uma soma estabelecida em favor da vítima para a compensação de perdas e danos comprovados”¹⁴, e, assim, “correspondem à tradicional indenização reparatória ou compensatória, pois visam a restabelecer a situação patrimonial que a vítima apresentava anteriormente ao dano”.¹⁵

Já os nominal damages, “constituem uma soma de valor insignificante e simbólica estabelecida em caso de lesão que não causa dano material, ou quando este não é demonstrado em sua extensão”.¹⁶

A expressão general damages (também chamados direct damages ou necessary damages) serve como “referência a danos não redutíveis a pecúnia e que independem de comprovação, tais como a perda de um

¹⁰ WHITE, Edward. *Tort law in America*. New York: Oxford University Press, 1985. p. 3.

¹¹ MADENN, M. Stuart. (Ed.). *Exploring tort law*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 336.

¹² ABRAHAM, Kenneth S. *The liability century, insurance and tort law from the progressive era to 9/11*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 1.

¹³ HUBER, Peter W. *Liability, the legal revolution and its consequences*. New York: Basic Books, 1988. p. 4.

¹⁴ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 184.

¹⁵ Ibid., p. 184.

¹⁶ Ibid., p. 184.

ente querido, o dano à reputação, a diminuição da expectativa de vida, a dor e o sofrimento em geral".¹⁷

Os *special damages* fazem referência tanto às perdas e danos comprovados pelo lesado, incluídos aí os danos emergentes e os lucros cessantes, quanto à indenização correspondente a tais prejuízos.¹⁸

Os *punitive damages*, pela sua natureza, constituem figura à parte em relação às demais espécies de indenizações, constituindo "uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão".¹⁹

Até de "camaleão do direito" já foram chamados os *punitive damages*, já que existe muita discordância a respeito de seus objetivos e por consequência de seu nome²⁰.

1.3 Teses pró

Os *punitive damages* têm sido defendidos como um método saudável de desencorajar maus motivos e como um remédio parcial para o processo civil americano permitir a compensação das despesas de litígio gastas pela vítima, incluindo honorários advocatícios, bem como uma forma de retirar dos demandantes o desejo de vingança e ingressarem em canais pacíficos, além de também servirem para corrigir uma longa série de pequenos casos de indignação e opressão.²¹

Também a favor dos *punitive damages* afirma-se que a mera indenização por danos materiais, muitas vezes, não é o bastante para compensar as vítimas de atos ilícitos, sequer para pagar seus advogados ou as taxas do processo.²²

¹⁷ Ibid., p. 184-185.

¹⁸ Ibid., p. 185.

¹⁹ Ibid., p. 186.

²⁰ GROVES, John R. (Ed.). *Extracontractual damages - torts and insurance practice section*. Chicago: American Bar Association, 1983. p. 106.

²¹ PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566.

²² PHILLIPS, Jerry J. et al. *Tort law: cases, materials, problems*. New Jersey: LexisNexis, 2006. p. 711.

1.4 Teses contra

De acordo com André Gustavo de Andrade, “os partidários da *tort reform* argumentam que os *punitive damages* são contrários à longa tradição do Direito norte-americano, que separa o Direito Civil do Criminal”, já que “o Direito Criminal se preocupa em punir o ofensor, enquanto o Direito Civil tem o objetivo de reparar ou compensar o dano sofrido pela vítima”.²³ Argumenta-se que as multas tipicamente penais são destinadas ao Estado, enquanto os *punitive damages* são pagos à vítima, para a qual o montante indenizatório constitui um ganho inesperado e em certa medida uma fonte de enriquecimento sem causa (*windfall*).²⁴

Também se argumenta que não seria justo que o júri impusesse uma condenação economicamente nefasta contra uma pessoa sem que tenha elementos seguros para tanto.²⁵ Isso porque, como se sabe, o corpo de jurados é formado por leigos, que são reunidos para um julgamento específico, sendo incumbidos de decidir os fatos em litígio, aplicando o Direito a tais fatos em conformidade com as instruções fornecidas pelo juiz. E, no que concerne à existência desse tipo de tribunal, enquanto exteriorização de uma das peculiaridades do sistema processual americano, a Professora Toni M. Fine²⁶ constata que “a presença do júri como o investigador do fato gera desafios especiais e uma dinâmica única”.

Alguns chegam a afirmar que a maior preocupação a respeito dos *punitive damages* hoje é que nos Estados Unidos estão “out of control”, isto é, fora de controle.²⁷ E, por isso, as empresas começam a ser impactadas pelos *punitive damages* conferidos frequentemente em valores muitas vezes excessivos quando comparados com os *compensatory damages*.²⁸

²³ ANDRADE, André Gustavo de. Op. cit., p. 197.

²⁴ Ibid., p. 197.

²⁵ PHILLIPS, Jerry J. et al. *Tort law: cases, materials, problems*. New Jersey: LexisNexis, 2006. p. 711.

²⁶ FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 4.

²⁷ LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. *Foundations of tort law*. New York: Foundation Press, 2009. p. 394.

²⁸ HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages - a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011. p. 6.

1.5 Pressupostos para aplicação dos *punitive damages* (*an debeatur*) – o caso *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*²⁹

No ano de 2003, a Suprema Corte americana se posicionou sobre os pressupostos necessários à aplicação da indenização punitiva, especificando os requisitos que os tribunais devem verificar presentes no caso concreto para a imposição de *punitive damages*, isto quando do exame da lide judiciária denominada o caso *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*.

Tratou-se de uma ação ajuizada por um casal (os Campbell) em virtude da prática de ilícitos contratuais por parte da seguradora *State Farm Mutual* contra os autores e outros de seus segurados, consistentes no não pagamento de indenizações devidas.

Em primeira instância, o valor da condenação foi de US\$ 2,6 milhões como indenização compensatória e de US\$ 145 milhões a título de indenização punitiva. Embora o Tribunal de Apelação tenha reduzido o valor da compensação a US\$ 1 milhão, bem como a punição a US\$ 25 milhões, a Suprema Corte de Utah restaurou a condenação original, motivando sua decisão no intuito de punir a *State Farm Mutual Insurance Co.* pelas reiteradas operações fraudulentas praticadas, em nível nacional, pela companhia de seguros contra seus clientes.

A Suprema Corte, contudo, avaliou que a indenização punitiva determinada pela Corte de Utah teve, na verdade, o objetivo de punir e desestimular comportamentos que não tinham qualquer nexo de causalidade com os danos sofridos pela parte em julgamento. Entendeu que a companhia deveria ser julgada e eventualmente condenada, só e exclusivamente, com base nas ações que causaram danos unicamente às vítimas daquele processo, e não também por “fatos considerados desagradáveis ao corpo de jurados”. Com base nessas premissas, a decisão de condenar a *State Farm Mutual Insurance Co.* a pagar a indenização punitiva de US\$ 145 milhões pareceu à Suprema Corte de impossível justificação, determinando a devolução dos autos à origem para a fixação de um novo valor.

²⁹ A narrativa deste caso foi extraída da obra de André Gustavo de Andrade, já citada por diversas vezes neste trabalho, tal a sua importância no tema, qual seja, *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 200-202.

Assim, nesse caso, o exelso tribunal americano indicou novos critérios para uniformizar o exame acerca da determinação do grau de repreensão da conduta do réu a gerar a possibilidade de indenização punitiva. Dessa sorte, aos tribunais cumpre avaliar, essencialmente: I - se o dano causado à vítima é um dano físico ou se tem caráter econômico; II - se o dano é resultado de dolo, de fraude ou de grave negligência do réu; III - se o dano é resultado de ações reiteradas por parte do réu ou se representa apenas um fato isolado; e IV - também ser levada em conta a conduta do réu para verificar se é reveladora de absoluta falta de consideração e/ou de respeito pela vida ou pelos interesses de outrem.

1.6 Elementos para valoração dos *punitive damages (quantum debeatur)* – o caso *BMW of North America v. Gore*³⁰

No ano de 1995, a mesma Suprema Corte americana teve a oportunidade de se pronunciar também acerca da quantificação dos *punitive damages*, ao apreciar o caso *BMW of North America v. Gore*.

O médico Ira Gore Jr. moveu a ação em face da BMW pelo seguinte fato: em 1990, o autor adquiriu um automóvel BMW no valor de US\$ 40 mil; nove meses depois, detectou que algumas partes do carro tinham sido repintadas, embora o automóvel tivesse sido vendido como novo; aparentemente o dano fora causado por uma chuva ácida durante o transporte do veículo da Alemanha aos Estados Unidos.

Convencido de que houve omissão de informação relevante, Gore Jr. propôs ação em face da *BMW of North America* (o distribuidor estadunidense da BMW), alegando que o veículo por ele adquirido valia 10% menos (cerca de US\$ 4 mil) do que um automóvel inteiramente novo, não repintado. A esse valor somava-se um pedido, a título de *punitive damages*, de US\$ 4 milhões, correspondente ao prejuízo sofrido por compradores de cerca de 1.000 automóveis repintados, nas mesmas condições do seu, que haviam sido vendidos como novos pela BMW nos Estados Unidos.

Além da condenação ao pagamento de US\$ 4 mil dólares (como compensação), o júri do Tribunal de Birmingham aceitou o pedido de Ira Gore e condenou a BMW a pagar 4 milhões de dólares como *punitive*

³⁰ Repita-se que a narrativa deste caso foi extraída da obra de André Gustavo de Andrade, já citada por diversas vezes neste trabalho, tal a sua importância no tema, qual seja, *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 200-202.

damages, entendendo que a política de não divulgação de danos adotada pela ré constituía omissão fraudulenta.

Inconformada, a BMW interpôs recurso de apelação perante a Suprema Corte do Alabama. Sustentou que a política por ela adotada obedecia à lei de 25 Estados da Federação. A Suprema Corte do Alabama condenou-a a pagar US\$ 2 milhões em *punitive damages*, determinando a redução no valor inicialmente fixado pelo júri, porque este, impropriamente, teria levado em conta, para estabelecer a pena pecuniária, o número de vendas realizadas nos Estados Unidos e não somente as vendas efetuadas em determinados Estados, com legislação semelhante à do Alabama.

Em 1995, foi interposto recurso perante a Suprema Corte americana, que aceitou analisar o caso e considerou “enormemente excessivo” o valor indenizatório a título de *punitive damages*. Em síntese, a Corte entendeu que “a decisão de 2 milhões de dólares a título de indenização punitiva é enormemente excessiva e portanto ultrapassa o limite constitucional”, diante da “garantia fundamental contra indenizações arbitrárias ou iracionais”.

A partir da decisão *BMW v. Gore*, considera-se violado o dispositivo constitucional do *Due Process* sempre que se verificar arbitrariedade na fixação dos *punitive damages*. Como consequência, restaram fixados três critérios para analisar situações desse gênero, já que a falta de razoabilidade na fixação da indenização no caso em exame, vista como atentatória da *Due Process Clause* em seu aspecto substancial, foi deduzida dos seguintes argumentos: I - o grau de repreensão da conduta do ofensor; II - a relação entre o valor da indenização compensatória e o valor da indenização punitiva; e III - a diferença entre o valor da indenização punitiva e das penalidades civis ou criminais impostas em casos semelhantes no Estado.

2. A *tort reform* – uma tendência nos EUA ao Civil Law

2.1 A *tort reform* nos estados da federação americana³¹

Em quais situações é possível a aplicação dos *punitive damages* e quão reprovável deve ser a conduta do causador do dano para justificar

³¹ As informações contidas neste capítulo a respeito da reforma no sistema indenitário dos Estados Unidos foram extraídas do site da ATRA - American Tort Reform Association. Disponível em: <<http://www.atra.org>>. Acesso em: 13 dez. 2011, que nos foi indicado pela obra retro citada de André Gustavo de Andrade, p. 196.

esta espécie de indenização, além da própria problemática da fixação do *quantum* indenitário, é algo que varia consideravelmente de um para outro estado dos EUA, no que toca ao trato tanto legal quanto, por consequência, ao jurisprudencial do tema.

Por autorização da Emenda X, acrescentada à Constituição Federal americana original, está reservada aos estados, e não à União, a competência legislativa acerca da temática referente à responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Assim, em tese, nos Estados Unidos não há como existir legislação federal que determine critérios de aplicação universal dos *punitive damages* em todo o país.

Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 Estados dos EUA. Em alguns Estados vêm previstos em lei, em outros têm sua origem no *common law*.

Hoje os *punitive damages* são o centro das maiores batalhas contemporâneas no tema da responsabilidade civil americana, por meio da *tort reform*.³²

Os valores das indenizações estabelecidas a título de *punitive damages* têm sido objeto de acirrada controvérsia entre partidários e opositores da *tort reform*, ou, em outras palavras, da reforma do sistema de indenização americano. Alguns sustentam que os montantes indenizatórios estão fora de controle, o que é atribuído, de um lado, a um excessivo poder discricionário entregue ao júri, e, de outro, à falta de preparo dos jurados para estabelecer estes valores.³³

Convencidos do acerto desses argumentos, muitos estados da federação americana têm fixado limites aos valores dos *punitive damages* e até mesmo requisitos à sua imposição, por meio de estatutos legais, o que se denominou *tort reform*. Em outras unidades da Federação o tema permanece sem disciplina normativa, ficando a aplicação e a fixação do valor dos *punitive damages* a critério único da Justiça.

³² SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The American Law of Torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A, p. 352.

³³ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 198.

Chama atenção a mensagem que se encontra inserta no site da ATRA³⁴, da lavra de seu presidente Tiger Joyce, para quem a *Tort Reform* é, em última análise, uma questão econômica, não uma questão política, e que é visível o fato de empregadores e empresas estarem fugindo dos Estados em que são impostas altas indenizações a título de *punitive damages*, como a Califórnia, Illinois e Nova York.

2.1.1 Estados que admitem incondicionalmente os *punitive damages*

Alguns estados dos EUA não proíbem nem sequer limitam os valores dos *punitive damages* por meio de leis, ficando a decisão inteiramente à mercê do Poder Judiciário, apenas respeitada a condição de produção de prova clara acerca do dolo, má-fé, fraude ou malícia do causador do dano. Tais requisitos, entretanto, como se viu, consubstanciam-se em pressupostos gerais estabelecidos pela Suprema Corte para toda e qualquer imposição de indenização punitiva, sem que seja necessária a edição de lei para sua observância, em virtude do próprio sistema de precedentes.

No caso da Califórnia, estabelece seu *Civil Code* (3.294, “a”):

Em uma ação fundada no descumprimento de obrigação não derivada de contrato, quando estiver comprovado por provas claras e convincentes que o réu atuou com opressão, fraude ou malícia, o autor, em adição à indenização reparatória, pode fazer jus a uma indenização que exerça a finalidade de exemplo e tenha o propósito de punir o réu.³⁵

Interessante notar que as unidades federativas onde estão situadas as três maiores e mais pujantes cidades dos Estados Unidos: Nova York (estado de Nova York), Los Angeles (estado da Califórnia) e Chicago (estado de Illinois), nessa ordem de grandeza, não possuem qualquer proibição ou limitação à fixação das indenizações punitivas.

³⁴ ATRA - American Tort Reform Association. Disponível em: <<http://www.atra.org>>. Acesso em: 13 dez. 2011.

³⁵ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 188.

2.1.2 Estados que proíbem os *punitive damages*

Como se viu, considerável é o movimento de vários segmentos da sociedade americana em busca da implementação de reformas no campo da responsabilidade civil³⁶, e a denominada *tort reform* tem levado à adoção de várias medidas restritivas em relação aos *punitive damages* no âmbito estadual.

Muitos estados buscam a abolição do instituto ou, ao menos, o estabelecimento de normas que restrinjam os casos de aplicação dos *punitive damages* e limitem os valores indenizatórios.³⁷

E, talvez por isso, por essa proliferação de leis, já se tenha propugnado por uma suposta crise do *common law*.³⁸

Assim, à vista de tal movimento, das 50 unidades federadas estadunidenses, já não admitem os *punitive damages* os estados de Massachusetts, Louisiana, Nebraska e Washington.³⁹

Diga-se que alguns estados ainda desenvolveram legislações disciplinando os *punitive damages* de outra forma, como em New Hampshire, onde os *punitive damages* não são possíveis, mas quando o ato ilícito envolve arbítrio, malícia ou opressão, a indenização compensatória pode refletir estas circunstâncias agravantes.⁴⁰

2.1.3 Estados que limitam o valor dos *punitive damages*

Num caminho intermediário, nem autorizando ilimitadamente nem proibindo a imposição dos *punitive damages*, encontra-se a grande maioria dos Estados, valendo a breve menção da disciplina de alguns deles que podem contar com regras especiais sobre julgamento em processo separado com relação à indenização punitiva e até mesmo in-

³⁶ Ibid., p. 196.

³⁷ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 196.

³⁸ BRUDNER, Alan. *The unity of the common law - studies in hegelian jurisprudence*. Berkeley: University of California Press, 1995. p. 1.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 57, abr./jun. 2004.

⁴⁰ SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The American Law of Torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A, p. 229.

dicar uma terceira entidade a ser beneficiada com parte do respectivo montante indenizatório, juntamente com a vítima, evitando o alegado enriquecimento sem causa, como Michigan, Alabama, Nova Jersey, Texas etc.

3. Relação entre a indenização por danos morais no Brasil e os *punitive damages* nos EUA

A possibilidade de se indenizar o dano moral sofrido por uma pessoa, em tese, nenhuma relação guarda com a concomitante punição a ser impingida ao causador do prejuízo. Indenizar, como sabido, trata-se da recomposição do patrimônio material daquele que se viu vítima de um infortúnio. Em princípio, deveria a palavra “indenização” ser empregada apenas para a reparação do dano material. Com alguma divergência, entende a grande maioria da doutrina que o dano moral não pode ser reparado, porquanto a dor espiritual não tem conteúdo econômico, daí não poder ser mensurada a respectiva indenização. Para os casos de dano moral, nesse quadro, teria cabimento uma mera compensação da dor sofrida pela vítima por uma quantia em dinheiro. Assente, então, que o dano material se indeniza e o dano moral se compensa por valor em espécie.

Nada obstante, tanto a doutrina quanto a jurisprudência aceitam, sem problemas, o termo “indenização” para tratar da reparação do dano material e da compensação do dano moral. Resumindo, não há qualquer equívoco ao se falar em “indenizar” o dano material ou o dano moral. Isto posto, pode-se dizer que, tendo sido praticado um ato causador de dano material ou moral, terá cabimento uma indenização, por meio da qual uma quantia em dinheiro servirá como reparação pelo prejuízo material e como compensação pelo prejuízo imaterial.

Veja-se, entretanto, que, em momento algum, mencionou-se a indenização como instrumento hábil à punição do agente causador do dano, mesmo tendo este atuado imbuído de dolo, má-fé ou culpa grave. Por outro modo, em termos técnicos, não se poderia pensar na indenização como meio para se apenar o agente causador de dano, tampouco como instrumento para dissuadir a prática de outras condutas danosas idênticas. Não poderia, assim, a indenização desenvolver os aspectos de repressão e prevenção quanto à prática de atos causadores de prejuízos materiais e morais, como se dá com a indenização punitiva americana.

Como dito, entretanto, apenas no trato estritamente técnico do tema é que se pode chegar a tal conclusão. Isso porque a pesquisa de boa parcela da doutrina e da jurisprudência brasileiras aponta conclusão diversa da acima mencionada. Para essa parcela, a indenização não tem como única finalidade a recomposição do dano material e a compensação pelo dano moral, mas também a possibilidade de servir como instrumento de punição ao agente causador do prejuízo, da forma como atuam os *punitive damages* dos Estados Unidos.

Ora, afinal, então, tem ou não a indenização por danos morais no Brasil a função punitiva ao agente causador do dano, atuando como instrumento de repressão e prevenção, como a pena criminal?

3.1 O posicionamento da doutrina brasileira

Maria Celina Bodin de Moraes, com fundados argumentos, externa seu posicionamento contrário à tese punitiva da indenização por danos morais, afirmando que “não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais”.⁴¹

Ao contrário, chama a atenção para o fato de que “o instituto dos chamados (erroneamente) danos punitivos foi, por diversas vezes, rejeitado pelo legislador nacional”.⁴²

Com efeito, o artigo 16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, que contemplava a indenização punitiva, foi vetado quando da sanção do Código. Assim, afirma Maria Celina Bodin de Moraes que:

Relevante parece ser o fato de que quando se teve a melhor oportunidade para tanto, isto é, no âmbito da proteção ao consumidor, cujo correspondente americano é a *tortius liability*, onde os *punitive damages* alcançaram a fama e o sucesso, a opção brasileira foi no sentido de não adotar qualquer caráter punitivo na reparação do dano.⁴³

⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 18, p. 47, abr./jun. 2004.

⁴² Ibid., p. 47.

⁴³ Ibid., p. 47-48.

Também acabou rejeitado o Projeto de Lei n° 6.960, apresentado em 2/06/2002, pelo deputado Ricardo Fiúza, que previa a inclusão de um novo parágrafo ao artigo 944 do Código de 2002, com a seguinte redação: “Art. 944, § 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Ainda, argui-se que a quantia fixada a título de indenização punitiva atuaria como elemento de enriquecimento sem causa, como alertado por Giovanni Ettore Nanni, já que, “assim procedendo, estar-se-ia concedendo uma indenização superior ao dano efetivo, o que, em princípio, configuraria um enriquecimento sem causa”⁴⁴, concluindo que, “à luz dessas vertentes, apesar de consistir tema arenoso, não parece ser apropriada a adoção da linha oriunda da *common law* para aplicação de danos punitivos ou ditos *punitive damages* no Direito Brasileiro”.⁴⁵

Por outro lado, mesmo diante dos fortes argumentos acima alinhavados, é torrencial a doutrina nacional que enxerga na indenização por danos morais também um aspecto dos *punitive damages*, como se demonstra adiante.

Segundo Wilson Melo da Silva, o quantum indenizatório “apresentaria um aspecto iniludível de pena”.⁴⁶ Para Sérgio Cavalieri Filho:

A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de retribuição).⁴⁷

Carlos Roberto Gonçalves chama atenção para que “a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor”.⁴⁸ Para Arnaldo Rizzato, “domina a teoria do duplo caráter da reparação, que se estabelece na finalidade da digna compensação pelo mal sofrido e de uma correta punição do causador do ato”.⁴⁹ Silvio de Salvo Venosa aponta que “a indenização

⁴⁴ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 358.

⁴⁵ Ibid., p. 354.

⁴⁶ SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 371.

⁴⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

⁴⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 628.

⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 261.

por dano exclusivamente moral denota um cunho eminentemente punitivo e não indenizatório”.⁵⁰

Por fim, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler se posicionam favoráveis à indenização punitiva afirmando que os instrumentos colocados à disposição pelo sistema jurídico nacional, sobretudo a cláusula de indenizabilidade irrestrita da Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X), são suficientes à fixação de quantia em favor da vítima desde que respeitadas algumas condições, como a prática de um ilícito pelo agente imbuído de dolo ou até mesmo culpa grosseira.⁵¹

Em arremate da questão, a função pedagógica da responsabilidade civil foi consolidada na Jornada nº. IV de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, resultando no enunciado nº 379: “O CC 944 caput não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

3.2 A questão no Tribunal de Justiça de São Paulo

A decisão mais franca com relação ao caráter punitivo no âmbito da responsabilidade civil deu-se no caso de negativa de cobertura de um plano de saúde por parte da Amil Assistência Médica Internacional, no mês de julho de 2013. A 4ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, relatoria do Desembargador Teixeira Leite, fixou indenização por danos morais à segurada em R\$ 50.000,00, além de indenização punitiva de “cunho social” no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) destinados não à autora da ação, mas ao Hospital das Clínicas de São Paulo, pela reiteração no descumprimento contratual por parte da seguradora de saúde (Apelação 0027158-41.2010.8.26.0564).

Ementa:

PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida

⁵⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 204.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana de Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, DF, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2011.

cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, consequentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo.

3.3 A questão no Superior Tribunal de Justiça

No STJ não está autorizada a franca e aberta utilização da expressão *punitive damages*:

A aplicação irrestrita das “punitive damages” encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente no art. 884 do Código Civil de 2002. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito (Ag 850273/BA). (grifei)

Mas, note-se, apenas por uma questão de literalidade, porque o conteúdo dos julgados aponta sem nenhuma dúvida para que a indenização por danos morais também se reveste de um caráter punitivo ao ofensor:

1. Na fixação do valor da reparação do dano moral por ato doloso, atentando-se para o princípio da razoabilidade e para os critérios da proporcionalidade, deve-se levar em consideração o bem jurídico lesado e as condições econômico-financeiras do ofensor e do ofendido, sem se perder de vista o grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano no meio social e a gravidade do ato ilícito. 2. Sendo a conduta dolosa do agente dirigida ao fim ilícito de causar dano à vítima, mediante emprego de reprovável violência física, o arbitramento da reparação por dano moral deve alicerçar-se também no caráter punitivo e pedagógico da compensação, sem perder de vista a vedação do enriquecimento sem causa da vítima. 3. Na hipótese dos autos, os réus espancaram o autor da ação indenizatória, motorista do carro que colidiu com a traseira do veículo que ocupavam. Essa reprovável atitude não se justifica pela simples culpa do causador do acidente de trânsito. Esse tipo de acidente é comum na vida diária, estando todos suscetíveis ao evento, o que demonstra, ainda mais, a reprovabilidade da atitude extrema, agressiva e perigosa dos réus de, por meio de força física desproporcional e excessiva, buscarem vingar a involuntária ofensa patrimonial sofrida. 4. Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte a quo, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. 5. Considerando o comportamento altamente reprovável dos ofensores, deve o valor de reparação do dano moral ser majorado para R\$50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 6. Recurso especial provido. (REsp 839923/MG; RECURSO ESPECIAL: 2006/0038486-2; Rel. Min. RAUL ARAÚJO; T4; 15/05/2012). (grifei)

E essa posição, que confere também uma conotação de pena pecuniária à indenização por danos morais visando dissuadir a prática de atos da mesma espécie, não é tendência só na 4^a Turma do STJ como

acima visto, mas também na sua 3^a Turma, como se verifica da ementa do REsp 1.171.826/RS, relatoria da Eminentíssima Ministra Nancy Andrighi:

1. Tanto a averiguação de caso fortuito como da força maior dependem de reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 7/STJ. 2. Quando a função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o quantum da compensação. Precedentes. 3. Em se tratando de indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual, os juros de mora incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54/STJ). 4. Recurso dos familiares supérstites provido, majorando-se a indenização a R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) para cada ofendido. Recurso da empresa concessionária conhecido parcialmente e negado provimento. (grifei)

3.4 A questão no Supremo Tribunal Federal

Por derradeiro, cumpre citar a ementa de recente julgamento de relatoria do Eminentíssimo Ministro Decano Celso de Mello, na qual se alude, expressamente, aos *punitive damages* (AI 455846/RJ).

A r. decisão tratou de deixar isenta de dúvidas a conclusão de que o Supremo Tribunal Federal acompanha expressamente o raciocínio que atribui “dupla função da indenização civil por dano moral (reparação-sanção): (a) caráter punitivo ou inibitório (“*exemplary or punitive damages*”) e (b) natureza compensatória ou reparatória”.

4. Nossa posição

Vê-se o Poder Judiciário, hoje, colocado na berlinda como última tábua de salvação dos direitos civis, sobretudo dos interesses dos simples consumidores contra enormes conglomerados econômicos, que, tendo como único norte o lucro, reiteram na lesão a direitos alheios.

Com efeito, estudos e mesmo a experiência forense apontam que empresas dos ramos bancário, telefônico, securitário, médico e até

prestadoras de serviços essenciais como água e energia elétrica, além de, é claro, o próprio Poder Público, tratam o consumidor como um “nada”!

Resultado disso é, como se viu, a prolação de julgados, cada vez mais comuns em primeira instância, devidamente confirmados em segundo grau, na instância especial (Superior Tribunal de Justiça) e na extraordinária (Supremo Tribunal Federal), impondo indenizações que, camuflando a roupagem de compensação por danos morais, em verdade, têm como intuito a imposição de uma pena civil ao agente ofensor.

E não há como negar a correção desta postura judicial, certo do fato de que nem sempre o direito criminal, sobretudo em tempos de adoção de sua noção como última *ratio*, pode fazer frente às aspirações da sociedade por uma proteção mais efetiva de seus direitos civis fundamentais.

Assim, a fixação de indenização punitiva é muito bem-vinda, e não há necessidade alguma de se promover qualquer mudança relativa à sua nomenclatura ou posicionamento no sistema de responsabilidade civil.

Em outras palavras, a utilização de critérios como grau de culpabilidade, dolo, reiteração da conduta lesiva, elevado potencial econômico do ofensor e extensão do prejuízo para a vítima são o bastante para se introduzir na própria indenização por danos morais o conteúdo punitivo ao agente.

O fato é que a importação de institutos jurídicos de outros países nem sempre se dá de forma natural, em virtude das peculiaridades de cada país, de forma que não há necessidade de se falar *punitive damages* no Brasil com essa mesma nomenclatura.

Basta que a indenização por danos morais com esse viés punitivo seja praticada com mais intensidade no dia a dia dos tribunais para que vá ganhando seus contornos definitivos com o tempo, de forma natural e à moda brasileira. Enfim, o tempo trará a consolidação das hipóteses de fixação de indenização punitiva no bojo da compensação por danos morais e o seu respectivo valor, naturalmente.

Bibliografia

- ABRAHAM, Kenneth S. *The liability century, insurance and tort law from the progressive era to 9/11*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.
- ANDRADE, André Gustavo de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BRUDNER, Alan. *The unity of the common law – studies in hegelian jurisprudence*. Berkeley: University of California Press, 1995.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FINE, Toni. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's Law dictionary*. St. Paul: West, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GROVES, John R. (Ed.). *Extracontractual damages - torts and insurance practice section*. Chicago: American Bar Association, 1983.
- HUBER, Peter W. *Liability, the legal revolution and its consequences*. New York: Basic Books, 1988.
- HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages – a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011.
- LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. *Foundations of tort law*. New York: Foundation Press, 2009.
- MADENN, M. Stuart. (Ed.). *Exploring tort law*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana de Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, DF, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso: 1 dez. 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, abr./jun. 2004.

- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PAYNE, John W. et al. *Punitive damages – how juries decide*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002.
- PHILLIPS, Jerry J. et al. *Tort law: cases, materials, problems*. New Jersey: LexisNexis, 2006.
- PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The American Law of Torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.
- WHITE, Edward. *Tort law in America*. New York: Oxford University Press, 1985.

Responsabilidade civil pelo abandono afetivo

Fábio Calheiros do Nascimento¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

“Antes de você ser concebido,
Eu já queria você.
Antes de você sair do meu ventre,
Eu já amava você.
Antes de você ter uma hora de vida,
Eu morreria por você.
Este é o milagre da vida”.
(Maureen Hawkins)

Introdução

Como ensina Enzo Roppo, não é possível estudar um conceito jurídico apenas numa dimensão jurídica, afinal de contas, ele tem uma função instrumental e não existe de forma autônoma. Há uma realidade econômico-social que subjaz a ele, “da qual ele representa a tradução científico-jurídica”, e que precisa ser bem compreendida.²

Na mesma linha se manifesta Pietro Perlingieri. Ele diz que:

O estudo do direito – e portanto também do direito tradicionalmente definido ‘privado’ – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a sua individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social”³.

¹ Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor-assistente da Escola Paulista da Magistratura.

² ROOPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 7.

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1.

Seguindo essa orientação, em se tratando de artigo que tem por objeto a responsabilidade civil, convém anotar inicialmente que essa matéria passou por inúmeras modificações ao longo dos últimos dois séculos que acabaram por alterá-la sobremaneira. Calcada no liberalismo, a responsabilidade civil moderna, iniciada pelo *Code Napoléon* era essencialmente individualista e patrimonialista. A culpa servia como o principal filtro da reparação civil. Segundo Louis Josserand, no entanto, a responsabilidade civil mudou por conta, principalmente, de dois fatores, um de ordem social e mecânica, outro de ordem individual e moral, quais sejam: o aumento do perigo na vida contemporânea, caracterizada pela multiplicidade de acidentes, e o apuro das consciências das pessoas, que antes aceitavam que certos danos eram apenas fatalidades, mas deixaram de fazê-lo e passaram a buscar um responsável.⁴

A sociedade passou a buscar não só liberdade, mas também justiça, solidariedade e segurança. Realçados esses novos valores, naturalmente surgiram novos danos, confirmado a lição de Ripert, no sentido de que onde outrora se curvava perante o dano derivado do que se tinha por acaso, hoje se passou à busca do autor do dano, o que também pode ser interpretado como um responsável civil.⁵

Neste artigo, o objetivo é tratar justamente de um desses novos danos, aquele que se convencionou chamar de afetivo dos pais em relação aos filhos, mas que, conforme se verá, melhor seria que fosse chamado de dano dos pais ao interesse juridicamente tutelável consistente no cuidado dos filhos.

Para tanto, será utilizado como paradigma um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que chamou atenção da comunidade jurídica.⁶ Tratou-se de uma ação de indenização por danos materiais e morais que a filha promoveu contra o pai. Segundo constou do acórdão, o pai teria se mantido distante dela durante toda a sua in-

⁴ JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941. p. 549-550.

⁵ “Là où autrefois on supportait le dommage causé, em s'inclinant devant l'hasard néfaste, on tente aujourd'hui de trouver l'auteur du dommage”. (MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. 3. ed.. Paris: 1938. 3 v. In: DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. I, p. 18).

⁶ REsp. n. 1.159.242-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012

fância e adolescência, omitindo-se da prática de fração dos deveres inerentes à paternidade. Depois de ter sido forçado a reconhecer a paternidade em juízo, o pai permaneceu ausente da vida da filha, não se prestando a lhe oferecer auxílio material que não o que foi fixado também em processo judicial, nem auxílio psicológico. Aliás, tampouco esteve presente em momentos marcantes da vida dela, o que, segundo se infere do julgamento, teria causado à filha danos de ordem psicológica, que, embora superados, inclusive com a constituição de família pela filha, não fez desaparecer os danos por ele cometidos nesse ínterim.

Pois bem, para se compreender melhor o referido dano e também alguns argumentos expostos nesse julgado, o presente artigo é dividido da seguinte forma: no primeiro capítulo, é vista a construção da responsabilidade objetiva a partir da subjetiva. No segundo capítulo, apenas a responsabilidade objetiva no ordenamento pátrio é analisada, de molde a evidenciar qual é o campo de aplicação de cada uma dessas espécies de responsabilidade atualmente no Brasil.

No terceiro capítulo, é explicado o que se entende por dano na atualidade, deixando então o caminho pavimentado para que depois seja compreendido o dano decorrente da violação ao dever de cuidado dos pais para com os filhos.

No quarto capítulo adentra-se definitivamente ao tema central, e por isso se opta por dividi-lo em cinco pontos. No primeiro subitem, é apresentada a evolução que também se apresentou no âmbito do direito de família. No segundo subitem, é explicitada a construção do conceito de cuidado como interesse juridicamente tutelável, de tal sorte que, se violado, pode gerar a responsabilidade civil dos pais violadores. No terceiro subitem, trata-se da diferença entre amor, moral e direito, apenas com o propósito de se deixar claro que não há obrigação de amar, mas, sim, de cuidar. No quarto subitem, procura-se delinear os pontos sobre os quais se fundamenta a culpa dos pais na violação do referido dever jurídico, o que é relevante porque no âmbito do direito de família a responsabilidade civil aplicável é a subjetiva. Por derradeiro, no quinto subitem, os institutos da suspensão e da extinção do poder familiar são analisados com o objetivo de se demonstrar que a existência deles também não é óbice à responsabilização civil dos pais pela violação do dever jurídico de cuidar dos filhos adequadamente.

1. Da responsabilidade civil subjetiva à objetiva

Conquanto não haja consenso acerca da diferença entre moral e direito, se podem estas áreas do conhecimento ser representadas por círculos concêntricos, independentemente de qual delas tenha o menor círculo, representativo, por conseguinte, da menor área de aplicação, ou se são representados por círculos secantes, o fato é que ambas as áreas do conhecimento se aproximam, e muito, pois têm como objeto a análise da correção da conduta humana à luz dos interesses sociais predominantes na época e as consequências disso.

A culpa é exatamente o elemento de ligação entre essas duas áreas do conhecimento quando se trata da responsabilidade civil, tanto que G. Marton mencionava que o sistema jurídico de responsabilidade “não é senão a reprodução do seu sistema de responsabilidade moral”.⁷

Desenvolvida inicialmente em Roma com conotação objetiva, derivada da simples contrariedade do ato praticado com o direito, ganhou conotação subjetiva por conta de influências gregas e orientais, sendo que com a superveniência da ideologia cristã “ela ganhou fortes contornos éticos e morais, ligados à ideia do livre arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis”.⁸

O *Code Napoleon*, forte nas lições de Domat e Pothier, fixou a culpa como critério central da responsabilização civil em seus artigos 1382 e 1383.⁹ Sendo fonte de inspiração para outros diplomas civis ao

⁷ DIAS, José de Aguiar. Op cit., p. 10.

⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.13-14. A teoria da culpa é aquela que tem na culpa a causa geradora da responsabilidade civil. Há discussão acerca de sua origem, pois alguns autores, tais como Mazeaud e Mazeaud acreditam que o direito romano não tinha essa noção e que, somente no fim da República, é que a culpa aquiliana foi introduzida no ordenamento. Eles negam que a culpa estava no cerne do conceito de delito da Lei Aquilia. Outros, no entanto, entendem exatamente o contrário. Independentemente disso, o certo é que esse foi o caminho seguido na época, tanto que no período justiniano a culpa subjetiva estava no cerne da responsabilidade, embora com diferenças para a noção atual de culpa. (DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 45).

⁹ “Art. 1382. *Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*” - “Qualquer ato do homem que cause a outro um dano, obriga aquele que agiu com culpa a repará-lo.” (trad. livre); “Art. 1383. *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudente*” - “Cada um é responsável pelo dano que ele causa, não somente por sua culpa, mas também por sua negligência e por sua imprudência”. (trad. livre) A palavra “faute” tem dois significados. No senso objetivo significa “infração à maneira de agir de um tipo-módelo determinado; e senso

redor do mundo, esse critério se espalhou por vários ordenamentos jurídicos, a par da discussão travada no seio da doutrina acerca do conceito de culpa.

Nessa linha, de acordo com Geneviève Viney, o Código Civil francês de 1804 se assentava em três princípios básicos, quais sejam, o universalismo, pois havia uma cláusula geral de responsabilidade civil; o individualismo, haja vista que se impunha o dever de reparar o dano a alguém em particular; e o moralismo, porquanto a pessoa que seria obrigada a reparar o dano seria identificada pela culpa quanto à ocorrência do evento danoso.¹⁰

No Brasil, por exemplo, esse sistema de responsabilização civil de cláusula geral focada na culpa e com atribuição individualizada de reparação ganhou contornos definitivos no artigo 159 do Código Civil de 1916.¹¹ Antes disso, na Itália, os artigos 1151 e 1152 do Código Civil de 1865 praticamente reproduziram a redação dos artigos 1382 e 1383 do Código Civil francês, inclusive dando a entender, como se discutiu na França, se o primeiro artigo se referia apenas ao dolo e o segundo à culpa propriamente dita.¹²

Essa exigência de se comprovar a culpa em todos os casos de responsabilidade civil, conforme interessava à burguesia, no entanto, mostrou-se extremamente injusta com o passar o tempo. O desenvolvimento das atividades industriais ocasionava danos anônimos, cuja culpa era impossível de ser comprovada, tanto que a prova dela passou a ser chamada de *probatio diabolica*. Por conseguinte, esses danos

subjetivo: censura moral imputável ao agente". Houve resistência à adoção da culpa subjetiva, imaginando-se que se tratava da mesma culpa do direito justiniano, mas não o era. Em razão disso e do fato de que faltou à lei a menção à ilicitude, ou seja, à contrariedade do ato em relação ao direito, acabou se adotando a culpa objetiva, que "em nada se relaciona com a capacidade individual do agente". (DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 47-48).

¹⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no código civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

¹¹ "Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553."

¹² "Art .1151. Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno." - "Qualquer fato do homem que acarreta danos a outro, por culpa daquele, o obriga a ressarcir o dano" (trad. livre); "Art. 1152. Ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per um fato proprio, ma anche per propria negligenza od imprudenza" - "Todo mundo é responsável pelos danos causados não somente por fato próprio, mas também pela sua própria negligência ou imprudência." (trad. livre).

acabavam sendo aceitos como meras fatalidades, *acts of God* ou *damnii fatale*, cujas consequências deveriam ser suportadas pelas vítimas, sem reparação.

Considerando que outras classes sociais, não capitalistas, ascenderam socialmente, fazendo o contraponto aos interesses da burguesia, e elas viam os acidentes como causas da perda da força de trabalho que lhes garantia a renda, passaram a exigir uma mudança no sistema de responsabilidade civil.

Visando atender a esse clamor popular por mais igualdade material foram empregados vários meios. Tal como ensina Josserand, por trabalho da doutrina e da jurisprudência, passou-se a admitir muito facilmente a existência da culpa (1); estabeleceram-se ou reconheceram-se presunções de culpa (2); o legislador (francês) substituiu a noção de culpa pela de risco, assumindo posição em favor da responsabilidade objetiva (3); e, ainda, estendeu-se o campo da responsabilidade contratual, afastando-se, na mesma medida, o alcance da responsabilidade aquiliana (4).¹³

Sem dúvida que, de todos esses meios, aquele que mais ganhou destaque foi a adoção da teoria do risco, cujo desenvolvimento sistemático é atribuído justamente a Josserand, e também a Salleiles, tendo este desenvolvido conhecido trabalho sobre o tema no livro *Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*.¹⁴ Segundo essa teoria, a responsabilidade civil não dependeria da prova da culpa do ofensor, derivando apenas de uma relação de causalidade.

A propósito dessa mudança de paradigma, Alvino Lima expôs o seguinte raciocínio:

[...] imprescindível se tornava, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão

¹³ JOSSERAND, Louis. Op. cit., p. 551.

¹⁴ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9. Segundo G. Marton, os precursores da teoria em tela foram adeptos da escola do direito natural do séc. XVIII, especialmente Thomasius e Heineccius. Essa teoria foi adotada pelo Código prussiano de 1794 e pelo austriaco de 1811. (DIAS, José de Aguiar. Op.cit., p. 53-54.).

sob um ângulo até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação, e não interior, subjetivo, como na imposição da pena. Os problemas da responsabilidade são tão-somente os da reparação de perdas. Os danos e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes a interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva.¹⁵

Conforme Cláudio Godoy, com a adoção dessa teoria, em que o risco, por vezes, é coletivizado, “passa-se a cogitar da procura não mais de um culpado, e sim de um responsável pela indenização”, deixando evidente o escopo da responsabilidade civil de restaurar o equilíbrio econômico, jurídico e social rompido com a causação do dano.¹⁶

Essa nova noção de responsabilidade civil se espalhou por diversos ordenamentos jurídicos, sendo especialmente recepcionada em leis especiais que passaram a reger situações específicas, cujas circunstâncias não permitiam a adoção da responsabilidade civil subjetiva de forma justa.¹⁷

O Brasil, por sinal, é um bom exemplo da inserção gradual dessa teoria por meio de leis especiais, que foram, pouco a pouco, fazendo com que a responsabilidade civil objetiva ganhasse espaço e diminuisse

¹⁵ LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p. 87-88.

¹⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op.cit., p. 32. Acerca da solidarização da responsabilidade civil, vale a menção ao seguinte trecho da obra de Anderson Schreiber: “Os tribunais desconsideram a culpa (todos somos culpados) e a causa (todos somos causadores) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando o ônus indenizatório sobre um único – e, muitas vezes, randômico – responsável. Há solidarismo no que diz respeito às condições para a deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si continua arraigada ao individualismo mais visceral”. (Op. cit., p. 7).

¹⁷ A teoria objetiva foi introduzida em normas específicas em vários ordenamentos, mas não, de forma global, em nenhum. Aparentemente o Código Civil da Rússia o fez, porque seu artigo 403 estabelece apenas que aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Ocorre que as exceções mostram que a teoria do risco não foi adotada: liberação da obrigação quando não se podia evitar o dano, quando se tinha permissão para causá-lo, ou se o dano decorreu de dolo ou negligência grosseira da vítima. O mesmo ocorre com o artigo 117 do referido diploma, pois o artigo 118 estabelece as mesmas exceções supracitadas (DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 88-89.).

as resistências, até que fosse incorporada ao Código Civil. O primeiro diploma que adotou a teoria do risco foi o Decreto n. 2.681/1912, a Lei de Estradas de Ferro. Outras leis especiais recepcionaram essa teoria, tais como a Lei Federal n. 6.453/77 (atividades nucleares) e a Lei Federal n. 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a adoção da responsabilidade objetiva em alguns de seus preceitos normativos, como nos casos de acidente de trabalho (art. 7º, inc. XXVIII) e de danos causados por pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado prestadoras de serviço público (art. 37, § 6º), a teoria do risco ganhou ainda mais força, passando então a ser incorporada como regra no Código de Defesa do Consumidor (arts. 12 a 14) e com bastante destaque no Código Civil de 2002 (art. 927, par. único).

2. A responsabilidade civil objetiva no Código Civil brasileiro

O Código Civil brasileiro de 2002 não se resumiu a uma cláusula geral de responsabilidade objetiva. Ele foi muito além, chegando a haver divergência na doutrina se houve a inversão do sistema do Código Civil anterior ao se adotar a responsabilidade objetiva como regra e a subjetiva como exceção.¹⁸ Independentemente disso, o fato é que em todos os artigos do Código Civil de 2002 em que o legislador deixou de exigir a comprovação da culpa para fins de responsabilização civil, imputando responsabilidade civil a quem não necessariamente era culpado (arts. 734 e 927 a 937), o fez em situações muito específicas. Em outras palavras, com exceção da cláusula geral de responsabilidade

¹⁸ “De acordo com as previsões do Código Civil de 2002 pode-se dizer que, comparativamente, a responsabilidade subjetiva é que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade que independem de culpa. Assim, cumpre mencionar, além da cláusula geral do parágrafo único do art. 927, as previsões relativas à responsabilidade do amental (art. 928), do empresário (art. 931), do transportador (art. 734), as diversas hipóteses de responsabilidade indireta (arts. 932 e 933), a responsabilidade pelo fato dos animais (art. 936), a responsabilidade decorrente da ruína (art. 937), isto é, inteiras searas do direito de danos, antes vinculadas à culpa, hoje cumprem o objetivo constitucional de realização da solidariedade social, através da ampla proteção aos lesados, cujos danos sofridos, para sua reparação, independem completamente de negligência, imprudência, imperícia ou mesmo da violação de qualquer dever jurídico por parte do agente. São danos (injustos) causados por atos lícitos, mas que, segundo o legislador, devem ser indenizados”. (MORAES, Maria Celina Bodin de, *Problemas em torno da cláusula geral de responsabilidade objetiva*, no prelo, apud SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 23).

civil objetiva do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, que versa sobre atividade normalmente desenvolvida que, por sua natureza, implica em risco para os direitos de outrem, continua a ser exigida a culpa para a responsabilização civil.

A propósito da referida cláusula geral de responsabilidade objetiva, faz-se necessária uma breve anotação para que fique bem claro o campo próprio de sua aplicação, em contraposição à cláusula geral de responsabilidade subjetiva prevista no mesmo artigo 927 do Código Civil, mas no seu *caput*, que faz expressa menção aos artigos 186 e 187 deste mesmo diploma.

Dispõe o referido artigo 927 do Código Civil, em seu parágrafo único, o seguinte:

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.

De pronto se pode afirmar que, entre as correntes mais conhecidas que existem em relação à teoria do risco, no caso em tela está a se tratar da teoria do risco-criado. Sim, pois, evidentemente, ao não haver expressa exclusão de qualquer das situações que poderiam significar rompimento do próprio nexo causal, não se está diante da teoria do risco integral. E também não se está frente à teoria do risco-proveito, pois não há sequer menção à extração de algum benefício da atividade normalmente desenvolvida para que se possa atribuir a responsabilidade à pessoa que a desenvolve.¹⁹ Basta que haja o normal desenvolvimento dessa atividade e que ela gere, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, para que, em havendo dano, seja responsabilizada civilmente.

Dito isso, três são as questões que interessam à compreensão desse artigo de lei. A primeira é o que se deve considerar por atividade normalmente desenvolvida. Acerca dessa questão, Fernando Noronha propõe uma diferenciação entre atividade e ato, nos seguintes termos:

¹⁹ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 93-94.

Uma atividade é sempre caracterizada por uma série (ou conjunto) de atos praticados com continuidade e para realização de um determinado objetivo. Na atividade, o todo é qualitativamente diverso dos atos que a integram. Atividade jurídica é aquela que visa realizar uma finalidade juridicamente relevante e que, por isso, é objeto de tratamento unitário; os atos que a integram vão produzir consequências jurídicas diversas das que aconteceriam, se eles não estivessem integrados no conjunto.²⁰

Para que seja aplicada a teoria do risco, portanto, não se pode falar em um ato isolado ou esporádico. Há que haver uma atividade, no sentido de reiteração de atos, e, justamente por conta da alusão a essa ideia que Sérgio Cavalieri Filho traça um paralelo entre o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e o artigo 966 desse mesmo diploma:

O elemento histórico reforça essa exegese. Na década de 70 do século passado, quando foi elaborado o Projeto do novo Código Civil, o legislador tinha os olhos voltados para inúmeras atividades em que, embora exploradas empresarialmente, com grandes riscos para a sociedade, a responsabilidade dos exploradores era subjetiva. Os serviços já ocupavam àquele tempo vastíssimo campo de atuação na sociedade (transportes, luz, gás, telefonia, seguros, bancos, financeiras, cartões de crédito, saúde etc.) desempenham importantíssima função econômica e jurídica, afetando a vida de mais de uma centena de milhões de pessoas, mas os riscos dessa exploração corriam por conta dos usuários.²¹

Não que, com isso, se esteja a vincular, necessariamente, a atividade de que trata a referida cláusula geral de responsabilidade civil

²⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 421.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 155-156.

objetiva com o exercício da empresa, que tem por norte a obtenção de lucro e, por conseguinte, deita suas raízes na teoria do risco-proveito, até porque isso seria uma contradição. Mas é relevante a comparação entre os artigos para reforçar a ideia que, para a lei civil brasileira, atividade realmente não é algo eventual.

O detalhe é que a lei brasileira não fez constar apenas que o risco derivaria de uma atividade desenvolvida pela pessoa. Ela a qualificou, dizendo que essa atividade teria que ser normalmente desenvolvida por ela. Mas o que se entende por normal? A par da diferença entre ato e atividade, como visto acima, vale a menção à lição de Caio Mário da Silva Pereira:

No campo da responsabilidade objetiva insere-se a teoria dos atos anormais. Seu fundamento é a distinção entre o ato normal e o ato anormal, somente este último criando a responsabilidade civil de quem o pratica. Para fazê-la, é de se estabelecer o que Demogue entende (invocando Durkheim) um tipo social representativo do padrão médio da sociedade. Na sua aparente simplicidade, a teoria vai enfrentar o problema da caracterização da anormalidade do ato, ou no estabelecimento de uma barreira separando um do outro.²²

Embora exista divergência na doutrina acerca da relevância do termo “normalmente” no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, ao se seguir a ideia de que a lei não tem palavras inúteis, compreende-se que a mens legis foi a de indicar ao intérprete que a teoria do risco deve ser aplicada nos casos em que o dano resulta do exercício de atos reiterados que se inserem no campo de atuação regular da pessoa. É como exemplifica Wendell de Souza, há uma diferença entre o protesto indevido de um título endossado ao banco que havia sido pago pelo devedor sem que o credor tivesse avisado o banco, e o café que é servido ao cliente no estabelecimento comercial da transportadora e que acaba, por conta de um problema no pó, causando danos ao cliente.

²² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 375.

No primeiro caso o recebimento do título e o protesto dele por parte do banco se inserem nas atividades normalmente desenvolvidas pelo banco, de tal modo que ele responde pelo risco da atividade; ao passo que no segundo, o serviço de café da transportadora não está no seu campo de atuação, tendo sido servido ao cliente no seu estabelecimento comercial apenas a título de cortesia.²³

Claro que a situação pode ser nebulosa no caso concreto e a adoção de uma cláusula geral por parte do legislador veio precisamente para deixar nas mãos do intérprete e aplicador da lei a possibilidade de extrair das circunstâncias do caso concreto os elementos necessários para chegar à conclusão pela aplicação ou não do artigo em comento.²⁴

A segunda questão é o que se deve entender por atividade que, pela sua natureza, gera riscos aos direitos de outrem. Ao contrário de outros diplomas ao redor do mundo, com exceção do Código Civil da Suíça, o diploma brasileiro optou por se referir a risco e não a perigo. Com isso, deixou clara a opção legislativa pela maior amplitude da norma, não se exigindo tanta intensidade para que se caracterize a atividade que ora se trata.²⁵

Partindo dessa premissa e focando na diferença que existe entre atividade de risco e risco da atividade, como proposto por Antônio Junqueira de Azevedo, Cláudio Luiz Bueno de Godoy cita alguns pontos nos quais se deve basear o intérprete para inferir em que consiste a atividade que, pela sua natureza, gere riscos aos direitos de outrem, conforme segue:

²³ SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. Op.cit., p. 99-100.

²⁴ “O pandectismo era uma espécie de idolatria do Direito Romano, tal como se contém nas Pandectas de Justiniano. Caracteriza-se ele pela preocupação de dar aos problemas jurídicos um tratamento estritamente jurídico, visando solucionar seus problemas somente mediante categorias do Direito. Era, de certa maneira, uma sistematização cerrada, fechada em uma compreensão individualista da juridicidade. Ao contrário, nós, ao concebermos o Direito Civil como matriz do Direito Privado, pensamos em um sistema aberto, no qual o rigorismo técnico cede lugar a um normativismo plástico e flexível em função da experiência histórico-social.

A norma aberta é uma norma destinada à atuação posterior do intérprete, mesmo porque não se comprehende a regra do Direito sem a sua interpretação. Enquanto não objeto de uma hermenêutica apreciando seus resultados e desenvolvendo o que nela está implícito, a norma jurídica é apenas um esboço de comando, que passa a atuar de maneira efetiva em razão da interpretação vivida pela doutrina e pela jurisprudência”. (REALE, Miguel. História do novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 56).

v. tb. PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27-28.

²⁵ TARTUCE, Flávio. *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). São Paulo: Atlas, 2012. p. 383-385.

- a. Se toda atividade, em maior ou menor grau, gera riscos, não teria motivo para a lei civil mencionar o risco se quisesse apenas tratar da causalidade pura; bastaria que tivesse tratado do exercício da atividade para que houvesse responsabilização civil;
- b. O risco derivado do exercício da atividade precisa ser especial, específico, não aquele atinente com toda a sorte de atividades humanas;
- c. A especialidade do risco pode ser extraída da estatística, do casuísmo, do emprego de meios técnicos;
- d. A especialidade do risco deve ser analisada de forma apriorística e não a posteriori;
- e. O risco não precisa se restringir à atividade em si, podendo também decorrer dos meios empregados para o desempenho dela.²⁶

A terceira e última questão que se coloca em relação ao artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, consiste nas excludentes à aplicação desse dispositivo normativo. Nesse ponto, a comparação com os sistemas português e italiano tem grande utilidade.

O artigo 493, item 2, do Código Civil português de 1966 dispõe que:

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

O artigo 2.050 do Codice Civile de 1942, por sua vez, estabelece que: “chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività

²⁶ GODOY, Cláudio Bueno de. Op. cit., p. 111-118. Acerca desse ponto vale a alusão à doutrina de Anderson Schreiber, praticamente na mesma linha daquela exposta por Cláudio Godoy: “[...] a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo etc.), seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear etc.). (SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 25).

pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".²⁷

Como se pode verificar pela redação dos dois artigos supracitados, ao contrário do que consta do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, tanto em Portugal quanto na Itália há exclusão da responsabilidade no caso de a pessoa que produziu o dano conseguir comprovar que adotou todos os meios idôneos para evitar que ele ocorresse. Por sinal, essa excludente constava do projeto original do Código Civil brasileiro, mas foi retirada durante a tramitação no Congresso Nacional.²⁸

De regra, portanto, apenas as causas usuais de rompimento do nexo causal é que podem ser aceitas como excludentes, quais sejam: a culpa (ou o fato) exclusivo da vítima ou de terceiro, a força maior e o caso fortuito. Não fosse assim, se estaria diante da aplicação da teoria do risco, na sua corrente do risco integral, o que, como já visto, não é o caso.

Há apenas duas ressalvas quanto a essas excludentes. A primeira diz respeito ao caso fortuito, aqui entendido como sinônimo de força maior, para evitar maiores discussões, tal como se infere do artigo 393, parágrafo único, do Código Civil. Ambos são vistos como fatos imprevisíveis ou inevitáveis. O caso fortuito pode ser dividido entre fortuito interno e externo, o que é muito bem tratado pelos consumeristas na aplicação do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, que, tal como aqui, não inclui expressamente as hipóteses descritas acima como excludentes de responsabilidade civil nos casos de fato do serviço.²⁹

Sérgio Cavalieri Filho, tratando da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, diferencia o fortuito interno do externo da seguinte forma:

²⁷ "Qualquer pessoa que causa danos a outro na condução de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, deve indenizar, a menos que possa provar que foram tomadas todas as medidas necessária para evitar o dano." (trad. livre)

²⁸ REALE, Miguel. Op. cit., p. 21.

²⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 312-322.

O fortuito interno, assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível e inevitável.

O mesmo já não ocorre com o fortuito externo, assim entendido aquele fato que não guarda nenhuma relação com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço, via de regra, ocorrido em momento posterior ao da sua fabricação ou formulação. Em caso tal, nem se pode falar em defeito do produto ou do serviço, o que, a rigor, já estaria abrangido pela primeira excludente examinada – inexistência do defeito (art.14, § 3º, I).³⁰

Considerando que está a se tratar de risco da atividade e que no fortuito interno há uma causa que se integra à sequência de atos que caracterizam aquela atividade, o que se infere daí é que o risco decorrente do fortuito interno corresponde ao risco normal da atividade, de tal modo que ele não exclui a responsabilidade civil.³¹

A segunda ressalva está relacionada ao fato exclusivo de terceiro. Esse terceiro, segundo jurisprudência dominante, é aquele que “nada tem a ver com a coisa, a pessoa ou a atividade, ensejando uma situação semelhante à da força maior”.³²

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 307.

³¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 120-121. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II, p. 813.

³² TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 814.

3. Os danos passíveis de reparação

Durante muito tempo dano foi sinônimo de prejuízo financeiro, quer presente, com os danos emergentes, quer futuro, com os lucros cessantes. Somando-se a isso o fato de que até o desenvolvimento da teoria do risco por Salleiles e por Josserand, a teoria da culpa dominava completamente a responsabilidade civil, entender o dano como um dos elementos desse ramo do direito civil não era um problema, afinal de contas, ele tinha apenas a natureza patrimonial, que é de fácil constatação.

No entanto, houve uma mudança não só quantitativa, mas também qualitativa no tocante aos danos passíveis de indenização. Tanto é assim que já se aludiu à era dos danos.³³ Quanto ao aumento das hipóteses fáticas de dano, tal como dito anteriormente quando se tratou do contexto que fez surgir a teoria do risco, ele decorreu, num primeiro momento, da Revolução Industrial e da concentração das pessoas nos centros urbanos. Depois, só tendo aumentado essa concentração e o desenvolvimento das tecnologias, houve também um aumento exponencial dos danos.³⁴

No que diz respeito à mudança qualitativa, a mais interessante, ela decorreu principalmente do processo que se passou a chamar de “despatrimonialização” ou de “publicização” do direito privado. Com o enfoque predominante por ocasião da Revolução Francesa, o *Code Napoleon* de 1804 foi forjado a partir de uma noção essencialmente patrimonial e liberal, de tal sorte que se tutelava o ter, não o ser, e todos eram tidos como formalmente iguais.

Sucede que, com o passar do tempo, essa visão acabou se mostrando deletéria tanto em nível individual como social, como menciona Marcos Catalan, que também ensina que:

O ser humano, nesse universo, é importante ratificar, não passa de uma noção formal, que só possui utilidade quando representa algum papel. O

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 54.

³⁴ “À medida que a civilização se desenvolve, dizem Mazeaud e Mazeaud, tornam-se mais e mais complexas as relações sociais, com a interpenetração cada vez mais profunda dos círculos de atividade jurídica de cada um. É inevitável, em tais condições, o atrito de interesses, cada vez mais intenso, desdobrando-se em problemas de responsabilidade civil”. (DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p. 18.).

aspecto humano de cada pessoa foi esmagado pela análise tecnicista. Muito além de mera ‘submissão ou proletarização’ de certa classe social, a repetição desse discurso levou à desumanização e ao genocídio das subjetividades. E, apesar da aludida racionalidade ser compreensível em razão das balizas fixadas pelo Estado Liberal, não resiste à leitura crítica, até porque a manutenção do tratamento dos sujeitos de direito como entes abstratos só interessa à classe dominante.

Considerando a essencialidade da tarefa de resgatar as identidades esmagadas pelos detentores do poder, parece imperioso denunciar que a visão patrimonialista que imperou nessa quadra da História – e que ainda informa muitos discursos na contemporaneidade – é recheada de vícios, em especial, o de ignorar aqueles que nada têm. É imprescindível lembrar que a concepção formal da pessoa humana é algo inaceitável nos dias atuais, sendo essencial reconhecer o valor ontológico da vida.³⁵

Essa alteração de concepção social acerca da liberdade e da igualdade, somada ainda ao rebaixamento a que foi submetido o ser humano durante as duas grandes Guerras Mundiais, especialmente a segunda, fez com que fosse alcançada à condição de valor fundamental em muitas constituições ao redor do mundo a dignidade da pessoa humana. Associando a isso o reconhecimento da aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas, houve significativa mudança no direito privado, com a tutela do ser assumindo papel preponderante em relação à tutela do ter, sendo que, no campo da responsabilidade civil, foi aceita a ideia de ressarcibilidade do dano extrapatrimonial.³⁶

No Brasil, embora já houvesse aceitação doutrinária e jurisprudencial, somente com a Constituição Federal de 1988 é que o ordenamento jurídico passou a reconhecer formalmente o dano extrapatrimonial,

³⁵ CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66-67.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 91.

com a inclusão no seu artigo 5º dos direitos fundamentais à indenização por danos moral ou à imagem (incisos V e X).³⁷

Tendo constado do referido dispositivo normativo apenas alguns interesses tutelados que são passíveis de serem indenizados em caso de ofensa, tais como a privacidade e a honra, e tendo se referido genericamente à possibilidade de indenização por danos morais em caso de agravo, a Constituição Federal de 1988 deixou para a esfera infraconstitucional a explicitação da matéria, mas já sinalizou com a criação de um sistema aberto de indenização por danos extrapatrimoniais, que se consolidou com o advento do Código Civil de 2002.³⁸

Conforme se verifica dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002, todo aquele que causa dano a outrem, seja patrimonial ou extrapatrimonial, tem obrigação de indenizar a vítima. Não há qualquer restrição legal quanto ao tipo de dano passível de indenização.³⁹

Assim sendo, no que tange aos danos extrapatrimoniais, a preocupação que existe atualmente é definir os interesses que merecem

³⁷ “Impende considerar que a Constituição de 1988 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior; não sendo aceitável, assim, pretender-se que a reparação dos danos dessa natureza somente seria devida se verificados posteriormente à referida Constituição.

Na realidade, mesmo antes da explicitação constitucional, já se permitia induzir das hipóteses ditas casuísticas e controvertidas, em que o anterior CC (arts. 1.537, 1.538, 1.543, 1.547, 1.548, 1.549 e 1.550) e algumas leis especiais teriam preconizado a reparação do dano moral, já se permitia induzir (repita-se) do sistema jurídico brasileiro a existência em nosso direito do princípio geral da reparabilidade do dano moral”. (CAHALI, Youssef Said. Dano moral. 3. ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 55).

³⁸ Não à toa, pouco tempo depois de criado e posto em funcionamento, o Superior Tribunal de Justiça já editou a súmula 37, indicando a total desvinculação entre o dano moral e o dano patrimonial e a possibilidade de um fato qualquer ensejar indenização por dano moral.

³⁹ Há, basicamente, dois sistemas de responsabilidade civil, no que se refere aos danos passíveis de reparação, que são o fechado e o aberto. Como a própria denominação indica, nos sistemas fechados ou taxativos apenas os danos previstos em lei é que são reparáveis, o que, em outras palavras, significa que, mesmo havendo a conduta de uma pessoa que poderia ser juridicamente responsabilizada por haver nexo de imputação, não haveria dano, se juridicamente considerado.

Dois exemplos de sistemas que se consideram fechados são o alemão e o italiano, o primeiro de modo ainda mais rigoroso que o segundo. Com efeito, de acordo com o § 823 do BGB, são passíveis de reparação apenas os danos à vida, à integridade física, à saúde, à liberdade e à propriedade. Consoante se extraí dos artigos 2043 e 2059 do *Codice Civil*, de outro lado, são indenizáveis todos os danos patrimoniais injustos decorrentes de condutas culposas ou dolosas, mas no que se refere aos danos extrapatrimoniais, apenas os casos previstos em lei são passíveis de reparação.

Nos sistemas abertos, de outro lado, não há uma cláusula limitativa no que atine com os danos passíveis de reparação, de tal modo que, a rigor, tudo o que se entender por dano pode ser reparado. É o caso do sistema brasileiro. Nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil não consta qualquer restrição quanto aos danos passíveis de reparação.

ser tutelados, isto é, o que pode ou não ser tido como dano moral, para usar a expressão que acabou prevalecendo por aqui, em virtude de tradição.⁴⁰

Num movimento natural de abertura recente à indenização dos danos extrapatrimoniais, a doutrina tendeu inicialmente a dar a maior amplitude possível aos interesses legítimos para fins de indenização, como se pode perceber da doutrina de Yussef Said Cahali abaixo reproduzida:

Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, ‘como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípua na vida do homem em que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos’; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a ‘parte social do patrimônio moral’ (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a ‘parte afetiva do patrimônio moral’ (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que prova direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.) e dano moral puro (dor, tristeza etc.).⁴¹

A jurisprudência brasileira também se alinhou a esse movimento e acabou por iniciar uma jornada de reconhecimento de outras espécies de dano, como se infere da súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, que admitiu a existência do dano estético ao lado dos danos moral e patrimonial.⁴²

O grande problema desse alargamento é que acabou por se confundir o interesse juridicamente tutelável com a consequência subjetiva do dano, o que representou a perda dos critérios definidos do dano moral. A se seguir aquele entendimento bastaria a vítima requerer a

⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 23.

⁴¹ CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 22.

⁴² Ora, se dano moral foi a expressão adotada por aqui para definir todos os danos extrapatrimoniais, para que diferenciar o dano estético do moral? Não seria suficiente reconhecer o dano estético como espécie do dano moral, considerando a amplitude desse tipo de dano?

indenização com base em dor ou sofrimento para se ter que reconhecer o seu direito, o que é descabido.

Hoje, reconhecendo a necessidade de se constatar o interesse juridicamente tutelável em primeiro plano, antes de se adentrar à pesquisa do nexo causal e eventualmente da culpa *lato sensu*, a doutrina já se manifesta em tom mais restritivo e criterioso, com a devida vênia em relação aos posicionamentos diversos, como se pode verificar abaixo:

Com efeito, a concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral. A consequência (dor, sofrimento, frustração) que a lesão à honra possa a vir a gerar é irrelevante para a verificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a quantificação da indenização a ser concedida.⁴³

4. Responsabilidade civil no âmbito do direito de família

4.1. As mudanças na família e no direito de família

O termo família deriva de “famulus”, que significa “servidor”, o que deixa à mostra que a família, na sua origem, era o lugar onde reinava o “pater” e o restante de seus integrantes apenas o cercavam, tais como esposa, filhos, patrimônio, servos e criados.⁴⁴

Segundo Fustel de Colanges, quando as cidades surgiram e começaram a criar as suas leis, já encontraram alguns costumes enraizados no seio das famílias, sendo que um dos principais era a centralização de todo o poder nas mãos do “pater”, que tinha o poder até de mandar matar seus filhos.⁴⁵

⁴³ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 134.

⁴⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

⁴⁵ “Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, pequena sociedade com o seu chefe e o seu governo. Coisa alguma, na nossa sociedade moderna, nos dá idéia deste poder paternal. Naqueles tempos, o pai não é somente o homem forte protegendo os seus e tendo tam-

Embora com o tempo tenha havido alguma mitigação dessa concepção de família patriarcal de natureza despótica, sobretudo após o racionalismo, que afastou certos dogmas e fez emergir a autodeterminação como mote para a tomada de decisões com vistas à realização pessoal, o fato é que essa centralização exacerbada de poderes em mãos do pai chegou até os nossos dias de forma quase intacta.⁴⁶

Com o advento do Código Civil de 1916 não houve alteração relevante neste contexto. Socialmente ainda se aceitava essa diferença entre homens e mulheres, tanto que o artigo 233 desse diploma dispôs que o marido era o chefe da sociedade conjugal, contando apenas com a colaboração da mulher⁴⁷, e o artigo 384 desse mesmo diploma, que tratava do pátrio poder, como o próprio nome sugere, tinha um enfoque claro do poder dos pais em relação aos filhos.

Somando-se a isso o fato de que a família, até bem pouco tempo atrás, era apenas aquela formada por casamento, o qual era indissolúvel, e que os filhos havidos fora do casamento eram considerados espúrios e não podiam nem ser reconhecidos pelos pais (art. 358), não há qualquer dúvida de que a família sempre foi uma organização social hermeticamente fechada, na qual as pessoas que queriam ou tinham que integrá-la haviam de se submeter às regras preestabelecidas da lei e também àquelas fixadas principalmente pelo pai.⁴⁸ Enfim, ela não era o ambiente adequado para o pleno desenvolvimento das potencialidades de seus integrantes. As individualidades eram desprezadas em prol

bém a autoridade para fazer-se por eles obedecer: o pai é, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside no pai. (COULANGES, Numa Denis Fustel. A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Helmus, 1975. p. 70).

⁴⁶ “Como porém a boa ordem exige imperiosamente que haja um chefe nesta sociedade, e não pode ser senão um dos dois; e como, por outra parte, a mesma natureza indica ser o homem por ser o mais inteligente, o mais experimentado, o mais ágil em todos os negócios da vida, e ao mesmo tempo o mais forte; com razão e justica devem competir a este alguns direitos especiais, os quais constituem o poder marital”. (LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Instituições de direito civil brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1871. t. I, p. 115-116).

⁴⁷ Como estava previsto na redação original do artigo 373 do Código Civil francês de 1804.

⁴⁸ “A família, como todo e qualquer agrupamento humano, se sustenta e se orienta por relações de poder. E este era exercido com exclusividade pelo homem, porque a ele cabia o sustento material da família. Em grande parte, os casamentos se mantinham por causa da dependência econômica da mulher em relação ao marido. E essa mesma dependência justificava o exercício ditatorial do poder do marido sobre a esposa e os filhos.” (SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito de família e das sucessões - temas atuais. São Paulo: Método, 2009. p. 197).

de uma formatação derivada da exacerbada influência do cristianismo e da centralização de poder com o patriarca.

Essa realidade, no entanto, começou a mudar em várias partes do mundo a partir da metade do século passado. A igualdade e emancipação dos filhos, o divórcio, o controle de natalidade, a afetividade, entre outros fatores, tornaram a estrutura da família mais flexível. A saída da mulher de casa para o trabalho gerou grandes alterações sociais, quer nas empresas, que passaram a ter que se preparar para recebê-las, quer nos ambientes familiares, que deixaram de ter a pessoa responsável por tudo o que ocorria na casa e que cuidava dos filhos.

Na Itália, por exemplo, segundo Michele Sesta, houve grande mudança tanto na relação entre os cônjuges quanto na relação entre pais e filhos, pois as prerrogativas individuais deixaram de estar subordinadas aos interesses familiares, e estes, por sua vez, deixaram de estar em segundo plano em relação aos “interesses superiores do casamento”. Tanto é assim que, ainda de acordo com a lição do referido autor, a Corte de Cassação italiana, no ano de 2005, expressamente mencionou que:

No sistema delineado pelo legislador de 1975, o modelo de família instituição, ainda baseado no Código Civil de 1942, foi suplantado pelo modelo de família comunidade, cujos interesses não se colocam num plano dominante, mas sim se identificam com aqueles interesses irmanados dos seus componentes.⁴⁹

Especificamente no Brasil, grandes mudanças ocorreram com o advento do Estatuto da Mulher Casada (1962), da Lei do Divórcio (1977) e da Constituição Federal (1988). Quanto à Carta Magna, por sinal, vale ressaltar o artigo 226, § 7º, que introduziu os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana no regime familiar. Com isso, como ensina Paulo Lôbo:

⁴⁹ SESTA, Michele. Novas dimensões e perspectivas dos deveres dos pais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira (Coord.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 147.

[...] a família converteu-s e em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. Dessa forma, os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, “em clima de felicidade, amor e compreensão”.⁵⁰

Como vários institutos do direito, à família também se ligou uma função, ou seja, ela deixou de ser uma instituição rígida em que imperava a subsunção a regras que talvez servissem à satisfação pessoal apenas do patriarca para se tornar um organismo flexível, tanto que se tornou difícil sua conceituação pela doutrina e pela jurisprudência⁵¹, no qual seus integrantes devem ter um ambiente seguro e tranquilo para desenvolverem na máxima plenitude possível as suas potencialidades, como sói ocorrer em um Estado que tem a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito.

4.2. A construção do cuidado como valor juridicamente tutelável

Um dos principais tópicos que sofreram mudança com essa funcionalização da família foi o antigo pátrio-poder, que deixou de ser visto como um poder dos pais, especialmente do homem, em relação aos filhos, para ser visto como um poder-dever, uma relação jurídica complexa em que há um feixe de direitos e deveres de ambos os lados, os quais devem ter por função fazer com que os filhos cresçam e se desenvolvam, de tal modo que se faça realizar, na medida do possível, o potencial de cada qual.

À guisa de exemplo, na França essa mudança ocasionou a alteração do artigo 371 do Código Civil local. Passou a constar do seu item “1” que a finalidade da autoridade parental é o interesse dos filhos,

⁵⁰ LÔBO, Paulo. *A nova principiologia do direito de família e suas repercussões*. In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 5.

⁵¹ Segundo Anderson Schreiber há três requisitos necessários à configuração da entidade familiar nos dias de hoje: afetividade, estabilidade e ostentabilidade. Ele mesmo, no entanto, reconhece que em certos momentos esses requisitos não são cumulativamente imprescindíveis, tal como ocorre com “o casal homoafetivo que não ostenta publicamente sua condição, preferindo escapar ao olhar discriminatório de setores conservadores da sociedade”. (In: HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Op. cit., p. 239).

ou, mais precisamente, o desenvolvimento deles, respeitadas as individualidades.⁵² Dessa forma, ficou claro, como ressalta Jean Carbonnier, que há duas ordens de atributos na autoridade parental, uma pessoal e outra patrimonial, sendo a primeira, ligada à pessoa dos filhos, derivada de ideias modernas, mais importante.⁵³ Na Itália não foi diferente, pois o artigo 147 do Código Civil passou a prever expressamente que os cônjuges devem educar e criar os filhos, consideradas as habilidades, inclinações e aspirações destes.⁵⁴

Se havia alguma dúvida acerca dessa mudança de paradigma no Brasil, por conta dos termos antiquados do Código Civil de 1916, ela desapareceu com o advento da Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 226, § 7º, repisou a necessidade de se observar o princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família, e ainda acresceu o princípio da paternidade responsável⁵⁵; e no artigo 227 da Carta Magna ainda mencionou o dever da família, da sociedade e do Estado de tratar com absoluta prioridade os direitos da criança e do adolescente.⁵⁶ Como se não bastasse, pouco tempo depois veio à tona o Estatuto da

⁵² “L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.” - “A autoridade parental é um conjunto de direitos e de deveres que têm por finalidade o interesse do menor. Ela pertence aos pais até a maioridade ou a emancipação do menor para proteger a sua segurança, saúde e moral, para garantir a sua educação e permitir o seu desenvolvimento, com o devido respeito à sua pessoa.” (trad. livre)

⁵³ CARBONNIER, Jean. *Droit civil - les personnes: personnalité, incapacités, personnes morales.* 19. ed. Paris: PUF, 1994. p. 185.

⁵⁴ “Art. 147 Doveri verso i figli - Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.” - “Art. 147. Deveres para com os filhos - O casamento impõe a ambos os cônjuges a obrigação de manter e educar a prole tendo em conta as habilidades, inclinações naturais e aspirações dos filhos.” (trad. livre) De acordo com Massimo Bianca, essa transformação no poder familiar derivou de experiência alemã, que alterou a lei local para mudar o significado do instituto jurídico, abandonando a terminologia tradicional (Gewalt) para usar uma nova (Sorge) que corresponde ao cuidado dos pais para com os filhos. (BIANCA, Massimo. *Diritto civile.* 3. ed. Milano: A. Giuffre, 2001. v. 2, p. 286-287.).

⁵⁵ “A paternidade responsável é um desdobramento dos princípios da dignidade humana, da responsabilidade, da afetividade. Na verdade, ela está contida nestes outros princípios norteadores e a eles se mistura e se entrelaça. Merece ser considerada como um princípio destacado e autônomo em razão da importância que a paternidade/maternidade tem na vida das pessoas. A paternidade é mais que fundamental para todos nós. Ela é fundante do sujeito. A estruturação psíquica dos sujeitos se faz e se determina a partir da relação que ele tem com seus pais. Eles devem assumir os ônus e bônus da criação dos filhos, tenham sido planejados ou não. Tais direitos deixaram de ser apenas um conjunto de competências atribuídas aos pais, convertendo-se em um conjunto de deveres para atender ao melhor interesse do filho, principalmente no que tange à convivência familiar.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 245.).

Criança e do Adolescente, que repetiu no seu artigo 4º a absoluta prioridade dos direitos dos menores e, ainda, estabeleceu em seus artigos 1º e 6º, respectivamente, a necessidade de se dar proteção integral aos menores e de se lembrar na interpretação e aplicação da lei que os menores são pessoas em desenvolvimento.

Em virtude dessa alteração no âmbito do poder familiar era de se esperar que o Código Civil de 2002 seguisse essa tendência inovadora e se preocupasse em mostrar que a autoridade dos pais se exerce em função dos interesses dos filhos. No entanto, não foi isso que se observou, talvez por ter sido ele gestado há cerca de 30 anos.

O artigo 1634 do Código Civil de 2002 praticamente repetiu a redação do antigo artigo 384 do Código Civil de 1916. Nem por isso, contudo, esse artigo pode deixar de ser interpretado e aplicado em consonância com os supracitados princípios.

À luz do que dispõe os artigos 53 e 56 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷ e os artigos 246 e 247 do Código Penal⁵⁸, poderia se

⁵⁶ “Como averiguar o conteúdo deste princípio? Afinal, o conceito de melhor interesse é bastante relativo. O entendimento sobre seu conteúdo pode sofrer variações culturais, sociais e axiológicas. É por esta razão que a definição de mérito só pode ser feita no caso concreto, ou seja, naquela situação real, com determinados contornos predefinidos, o que é o melhor para o menor. Ficar sob a guarda paterna, materna, de terceiro, ser adotado ou ficar sob os cuidados da família biológica, conviver com certas pessoas ou não? Essas são algumas perguntas que nos fazem voltar ao questionamento inicial: existe um entendimento preconcebido do que seja o melhor para a criança ou o adolescente? A relatividade e o ângulo pelo qual se pode verificar qual a decisão mais justa passa por uma subjetividade que veicula valores morais perigosos.”. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 150).

⁵⁷ “Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais. Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola. Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação

supor que o dever de educação dos pais para com os filhos se resumiria à educação formal, ou seja, à matrícula dos filhos na escola, sob pena de os pais praticarem crime de abandono intelectual. Não é bem assim. O artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal n. 9.394/96) estabelece expressamente que a educação:

[...] abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Está claro, portanto, que educar é muito mais do que matricular o filho na escola. É participar da formação dos filhos nos diversos aspectos dela, tais como nos campos moral, político, religioso, profissional, etc. E mais: os pais devem fazer tudo isso no interesse do filho, de tal sorte que ele ganhe maturidade social e preparação cultural conforme sua capacidade e suas escolhas.⁵⁹ Dessa forma, por exemplo, malgrado se possa reconhecer como direito dos pais a orientação religiosa dos filhos, consoante reza a Convenção Internacional dos Direitos da Criança⁶⁰, não parece ser desarrazoado que um adolescente possa divergir dos pais no tocante à religião, a par de a ausência de norma no ordenamento pátrio acerca de uma espécie de maioridade

de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino. Art. 56. Os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: I - maus-tratos envolvendo seus alunos; II - reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares; III - elevados níveis de repetência.”.

⁵⁸ “*Abandono intelectual Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. Art. 247 - Permitir alguém que menor de dezoito anos, sujeito a seu poder ou confiado à sua guarda ou vigilância: I - freqüente casa de jogo ou mal-afamada, ou conviva com pessoa viciosa ou de má vida; II - freqüente espetáculo capaz de pervertê-lo ou de ofender-lhe o pudor, ou participe de representação de igual natureza; III - resida ou trabalhe em casa de prostituição; IV - mendigue ou sirva a mendigo para excitar a comiseração pública: Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.”*

⁵⁹ BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 279.

⁶⁰ O Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo n° 28, de 14 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, na forma de seu artigo 49, inciso 1. O Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesma entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, inciso 2. Foi posteriormente promulgado o Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, que determinou a aplicação integral das normas da referida Convenção no país.

religiosa, como existe em outros países⁶¹. Da mesma forma, se afigura razoável reconhecer ao filho o direito de não ser educado necessariamente para exercer uma determinada profissão, ou ter determinado papel na sociedade, ou mesmo ser simpatizante de uma certa corrente política ou filosófica.

A atribuição de ter os filhos em sua companhia, que estava previsto no inciso II do artigo em comento, antes da alteração procedida pela Lei Federal n. 13.058/2014, também passou a ser interpretado de maneira diversa da que era interpretada em atenção aos supracitados princípios.⁶² Essa atribuição sempre foi entendida simplesmente como a obrigação de os filhos de aceitarem a fixação da residência pelos pais e de se ausentarem ou não dessa residência apenas com a autorização deles⁶³. Mas deixou de sê-lo, haja vista que essa interpretação estava claramente voltada aos interesses dos pais.

Essa atribuição passou a ser entendida de forma mais abrangente, a reboque do que consta do capítulo III do título I do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que há direito e dever recíproco de convivência familiar. Ou, como preferiu a Convenção Internacional dos Direitos da Criança em seus artigos 9º e 10º⁶⁴, o menor tem direito de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos os genitores, salvo se isto se mostrar contrário ao interesse superior do próprio menor.

⁶¹ Um bom exemplo é o Código Civil Suíço, que no seu artigo 277 dispõe que aos 16 anos de idade o menor adquire o direito de escolher por ele mesmo a sua confissão religiosa. (“Les père et mère disposent de l'éducation religieuse de l'enfant. Sont nulles toutes conventions qui limiteraient leur liberté à cet égard. L'enfant âgé de seize ans révolus a le droit de choisir lui-même sa confession.”)

⁶² Convém notar que o direito de ter os filhos consigo não foi excluído do ordenamento jurídico, nem mesmo do Código Civil, haja vista que está previsto no artigo 1.588 do referido diploma, que não foi alterado nem revogado posteriormente à entrada em vigor.

⁶³ “Código Civil [1916], art.384, II. É ao lar conjugal que devem permanecer os filhos menores, na companhia e sob a guarda dos pais, os quais podem interná-los em colégios e estabelecimentos de ensino. No caso de separação legal dos cônjuges, a guarda e a companhia obedecem à determinação especial da lei, conforme vimos oportunamente. Nos vários Códigos se encontram regras referentes ao assunto. O Código Napoleão declara que: L'enfant ne peut quitter la Maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge, de dix-huit ans révolus.” (ESPINOLA, Eduardo. A família no direito civil brasileiro. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Bookseller: Campinas, 2001. p. 550.).

⁶⁴ “Artigo 9º [...] 3 - Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contatos diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança. Artigo 10º [...] 2 - Uma criança cujos pais residem em diferentes Estados Partes tem o direito de manter, salvo circunstâncias excepcionais, relações pessoais e contatos diretos regulares com ambos.”

Por mais paradoxal que isso possa parecer, o melhor interesse dos filhos ficou mais evidenciado nas regras acerca da guarda deles em caso de separação ou divórcio dos pais. Na redação original do § 2º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002 constou que, a guarda seria atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la, mais aptidão para propiciar aos filhos afeto, saúde, segurança e educação.

Foi sob esse prisma do melhor interesse da criança e do adolescente que a autoridade parental passou a ser vista como um poder-dever de cuidar. Em outros termos, o cuidado deixou de ser apenas um termo utilizado em outras áreas do conhecimento e até mesmo de maneira informal no cotidiano das pessoas para se tornar um interesse juridicamente tutelável, e, por conseguinte, gerador de responsabilidade para os pais. Nada mais lógico que assim seja, afinal de contas, se o princípio da paternidade responsável, previsto na Constituição Federal de 1988, informa todo o sistema jurídico, o mínimo que os pais podem fazer em relação aos filhos é cuidar adequadamente deles, para que cresçam e se desenvolvam nos diversos aspectos da vida de modo saudável e efetivo, a fim de que a sociedade ganhe com o advento do novo adulto que se forma. Nesse sentido:

O princípio jurídico da paternidade responsável não se resume à assistência material. O amor – não apenas um sentimento, mas sim uma conduta, cuidado – é alimento imprescindível para o corpo e a alma. Embora o direito não trate dos sentimentos, trata dos efeitos decorrentes destes sentimentos. Afeiçoar, segundo o Dicionário Aurélio, significa também instruir, educar, formar, dar feição, forma ou figura (grifo original).⁶⁵

Segundo Michele Sesta, na Itália também houve essa mudança de entendimento acerca do poder familiar, que foi funcionalizado no sentido do melhor interesse da criança e do adolescente, que precisa ser cuidado, apoiado e amado, sob pena de haver responsabilização civil dos pais:

⁶⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Op. cit., p. 246.

Receber cuidados por parte de ambos os genitores é um direito do menor, o qual persiste mesmo diante da existência de crises entre o casal; o direito a ser cuidado, apoiado e amado – e não somente mantido – por cada um dos pais, é hoje tutelado pelo art. 709 do Código de Processo Civil, tal direito foi introduzido pela Lei 54/2006 que estabelece que ‘em caso de graves descumprimentos ou atos que acarretem prejuízo ao menor’, o juiz pode modificar os provimentos em vigor e determinar que o menor seja resarcido dos danos, causados por um dos genitores.

Além das violações do dever de sustento, portanto – que também a primeira casuística reconheceu como possível fundamento para um provimento nos termos do art. 709 do Código de Processo Civil, o legislador entendeu, diante do citado artigo, dar novo vigor aos assim chamados danos existenciais, ou seja, a todos os prejuízos acarretados ao menor como consequência de graves descumprimentos por parte de uma das figuras parentais; encontrou respaldo, portanto, a medida que previa o resarcimento ao menor por situações que lhe causaram turbamento, sofrimento, ansiedade, eventual agravio nos aproveitamentos escolares etc.⁶⁶

4.3. Amor, moral e direito

Para compreender o significado de moral, André de Comte-Sponville⁶⁷ segue um caminho diferente do que se costuma fazer e desde logo propõe uma comparação com o amor. Segundo ele, a moral é uma aparência de amor. É um agir como se amássemos. Por exemplo, quando se faz uma doação a alguém, ela pode ser feita por amor ou por generosidade. Se a fazemos por amor, ele é o próprio mote da doação. Mas se o fazemos por generosidade, é porque não amamos, mas agimos como se amássemos. Não é à toa que Kant dizia que a moral é o amor prático.⁶⁸

⁶⁶ SESTA, Michele. Op. cit., p. 147-148.

⁶⁷ SPONVILLE-COMTE, André. *O amor*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 16-20.

⁶⁸ SPONVILLE-COMTE, André. Op. cit., p. 17.

Essa singela comparação mostra bem a diferença que há entre a moral e o amor. O amor é um sentimento que conduz a pessoa a agir de modo a satisfazer o próximo.⁶⁹ Não se escolhe entre alimentar ou não um filho, entre ajudar ou não os pais idosos, simplesmente se faz, porque se ama. A moral, no entanto, não é um sentimento, mas, sim, uma escolha que a pessoa faz entre as várias opções de conduta que tem à disposição em diversas circunstâncias da vida. Quando uma pessoa observa outra deixar cair um objeto que carregava consigo sem perceber, aquela tem a opção de pegá-lo e devolvê-lo, ou pode simplesmente se apropriar dele. No primeiro caso se opta pela honestidade, no segundo, pela desonestade.

Considerando que não se pode obrigar ninguém a amar, como ocorre com qualquer sentimento, não há qualquer dúvida de que a única medida que a sociedade pode adotar para manter a paz e caminhar no sentido do bem comum é o regramento da conduta das pessoas. Em outras palavras, a preocupação é com o agir e não com o sentir quando se trata da moral.⁷⁰

Ocorre que, se é certo que amor e coerção não combinam e que somente a moral pode obrigar a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, também é certo que esta obrigatoriedade moral não é suficiente para dirigir a humanidade no sentido dos valores mencionados acima. Isso não decorre do fato de a moral não ter sanção, pois é cediço que ela a tem. A sociedade pode, de maneira informal, atribuir à pessoa que pratica um ato imoral certas consequências, mas não pode, a não ser por intermédio da ordem jurídica, impor-lhe o cumprimento de uma conduta positiva ou negativa. É o que deixa claro Kelsen, quando trata da relação entre o direito, a moralidade e a religião:

⁶⁹ O amor pode ser entendido, ao menos, de três maneiras distintas. A primeira é “eros”, que, conforme expõe Platão em “O Banquete”, em síntese, corresponde ao desejo, à vontade de se ter o que não se tem. A segunda é “phila”, explicada por Aristóteles como o regozijo pelo que se tem, ou seja, a alegria pelo que se vive. Por fim, há “ágape”, que é o amor pelo próximo, consoante ensinamentos de Jesus Cristo. No caso em tela, está a se tratar do amor nessa terceira perspectiva. (BARROS FILHO, Clóvis de; POMPEU, Júlio. *A filosofia explica as grandes questões da humanidade*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra Produção Editorial, 2013. p. 10-12).

⁷⁰ “O amor é uma matéria do sentir, não do querer e não posso amar porque o quero e, ainda menos, porque o devo (não posso ser constrangido a amar); por conseguinte, um dever de amar é um absurdo. Mas a benevolência (amor benevolentiae), como conduta, pode estar sujeita a uma lei do dever. [...] Mas todo dever é uma coação, um constrangimento, mesmo se este é para ser auto-constrangimento de acordo com a lei. O que é feito a partir do constrangimento, contudo, não é feito a partir do amor” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* – contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 244).

[...] o Direito é um meio, um meio social específico, e não um fim. O Direito, a moralidade e a religião, todos os três, proíbem o assassinato. Só que o Direito faz isso estabelecendo que, se um homem cometer um assassinato, então outro homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. A moralidade limita-se a exigir: não matarás. E, se um assassino é relegado moralmente ao ostracismo por seus pares, e se vários indivíduos evitam o assassinato não tanto porque desejam evitar a punição do Direito, mas a desaprovação moral de seus pares, permanece ainda uma grande diferença: a de que a reação do Direito consiste em uma medida de coerção decretada pela ordem e socialmente organizada, ao passo que a reação moral contra a conduta imoral não é nem estabelecida pela moral, nem é, quando estabelecida, socialmente organizada.⁷¹

Somente o direito, não o amor e nem a moral, pode exigir que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa sob pena de ser obrigado a fazê-lo à força e/ou, não sendo isso possível, de ter seus direitos limitados ou mesmo retirados, tais como a liberdade física e o patrimônio.

Como se pode perceber pela explicação supracitada, quando está a se lidar com a violação ao dever de cuidado por parte dos pais em relação aos filhos, não está, de modo algum, a se obrigar os pais a amarem os filhos. Sendo o amor um sentimento, isso é impossível. Não se está, nem mesmo, a defender que os pais devam prestar condutas tendentes ao desenvolvimento dos afetos, pois, com a devida vênia em relação a posicionamentos contrários, parece que isto é o mesmo que exigir o amor deles, mas por via indireta.⁷² Quando se diz que os pais devem cuidar dos filhos porque o cuidado é um interesse juridicamente tutelável, o que está a se dizer aos pais, nas entrelinhas, é o seguinte: se não cuida dos seus filhos porque não os ama, então faça parecer que

⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷² SANTOS, Romualdo Baptista dos. Responsabilidade civil na parentalidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. Op. cit., p. 201.

os ama e cuide deles porque, do contrário, serão responsabilizados civilmente. É precisamente por conta disso que parece preferível deixar de chamar esse dano de afetivo para se passar a chamá-lo de dano por falta de cuidado adequado.

4.4. A culpa do genitor

Como visto anteriormente, o Código Civil de 2002 adotou um sistema misto de responsabilidade civil, mesclando as teorias da culpa e do risco. Somente há responsabilidade objetiva se se estiver a tratar de uma das hipóteses de incidência fática previstas nos artigos em que ela é expressamente enunciada, tais como de transporte ou de desabamento de prédio (arts. 734 e 928 a 937). Afora isso, a responsabilidade objetiva depende da presença dos requisitos estabelecidos na cláusula geral do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Em se tratando de exercício das atribuições derivadas do poder familiar, especialmente do cuidado que os pais devem ter para com o filho, sem dúvida, não está a se lidar com a responsabilidade objetiva, quer porque esta conduta exigida dos pais não se encaixa em nenhuma das hipóteses expressamente previstas em lei como sendo de responsabilidade objetiva, quer porque a atribuição de cuidar dos filhos não pode ser considerada uma atividade que implica, pela sua natureza, riscos aos direitos de outrem, como visto anteriormente.

A culpa, portanto, é exigida para a responsabilização civil dos pais pelo dano consistente na violação ao dever de cuidado. Definida essa premissa, convém definir inicialmente de que culpa está a se tratar. A par da complexidade da questão relativa à definição de culpa, que tanto ocupa os especialistas a mais de século, ela pode ser conceituada como sendo o erro de conduta da pessoa que, sem querer causar o dano, mas sendo ele previsível, infringe dever jurídico preexistente, de modo a permitir que ele sobrevenha. Sobre esse conceito básico, se destacam as culpas objetiva e subjetiva. Na primeira, a culpa se extrai da comparação entre a conduta efetivamente adotada pela pessoa a quem se atribui o dano e um modelo-padrão, um *standard* de comportamento, a conduta do homem médio.⁷³ Na segunda, a culpa é extraída

⁷³“O padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente e sensato, avisado, razoável e capaz. Quem não tem capacidade física, intelectual ou técnica para exercer determinada atividade deve se abster da

da comparação entre a conduta efetivamente adotada pela pessoa a quem se atribui o dano e a conduta que ela poderia adotar, consideradas as suas circunstâncias pessoais.

A lei não define qual dessas duas espécies de culpa deve ser adotada no sistema de responsabilidade civil brasileiro. Isso fica a cargo da doutrina e da jurisprudência. Em geral, tanto doutrina como jurisprudência adotam a culpa objetiva.⁷⁴ Não parece, contudo, que esse seja o melhor critério para definir culpa no que diz respeito à violação do dever de cuidado dos pais para com os filhos.

Primeiro porque, quando se trata de dano ao dever de cuidado por parte dos pais em relação aos filhos, não está a se tratar de uma conduta isolada no tempo e no espaço, como num acidente automobilístico ou numa ofensa pessoal, mas, sim, de uma plethora de condutas que, quando analisadas globalmente, acabam por demonstrar um tipo de comportamento adotado pelo pai no trato com o filho.

Segundo, porque essa relação é muito especial se comparada com outras com que o direito se depara, pois entremeada de inúmeros sentimentos e emoções, muito mais do que a mera confiança que qualifica as relações empresariais, por exemplo, o que, juntamente com o fator anteriormente apresentado, acabam por torná-la única. Não é à toa, por sinal, que tanto aqui (STJ - Resp n. 1.159.242/SP) quanto na Itália (Corte de Cassação, 07 de junho de 2000, n. 7713; Tribunal de Veneza, 30 de junho de 2004)⁷⁵, a título de exemplo ilustrativo, as cortes que reconheceram o direito do filho de receber indenização por violar ao dever de cuidado por parte do genitor foram pródigas em expor detalhes da vida do filho, desde o nascimento, com menção a eventos marcantes pelos quais ele passou, especialmente dificuldades que não foram supridas pelo pai ausente.

Terceiro, enfim, porque a regulamentação da guarda parece indicar ao intérprete e aplicador da lei que importa considerar as circuns-

prática dos atos que escapam de todos ao círculo de suas aptidões naturais, ou reforçar a diligência para suprir suas deficiências - como, por exemplo, o motorista que tem deficiência visual ou auditiva, o médico cujo caso não está em sua especialidade, e assim por diante. A tendência geral da doutrina e da jurisprudência é nesse sentido: incluir na caracterização da culpa não só a diligência da vontade, mas também a falta de capacidade ou de conhecimentos exigíveis do agente.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32-33.).

⁷⁴ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; p. 132-134.

⁷⁵ SESTA, Michele. Op. cit., p. 148-151.

tâncias pessoais dos genitores. O § 2º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, antes da reforma procedida pela Lei Federal n. 13.058/2014, como já assinalado anteriormente, falava em afeto nas relações com o genitor, o que é algo essencialmente individualizado. O atual § 5º desse mesmo artigo de lei, por sua vez, ao tratar da guarda unilateral, menciona a troca de informações e a prestação de contas de um genitor para com outro, tanto de ordem objetiva quanto subjetiva, o que também denota a necessidade de se adentrar ao caso concreto para saber se há ou não cumprimento adequado das atribuições decorrentes do poder familiar, inclusive para fins de responsabilização civil.

Precisamente por conta da adoção desse critério, isto é, da culpa subjetiva, é que importa ao intérprete e aplicador da lei considerar as circunstâncias do caso concreto não só para configurar a culpa do genitor no trato do filho, no tocante ao dever de cuidado, como também para afastá-la. É dizer: faz-se necessário que sejam ponderadas circunstâncias relacionadas à vida do genitor acusado, tais como limitações financeiras, distâncias geográficas, compromissos profissionais, alienação parental da parte do outro genitor, nível socioeconômico, falta de instrução, orientação inadequada ou deficiente dos seus próprios genitores, que contribuíram para uma noção indevida acerca da educação dos filhos, etc.

4.5. A suspensão e a extinção do poder familiar

Assim como fazia o Código Civil de 1916, ao final da parte referente ao poder familiar o Código Civil de 2002 disciplinou a suspensão e a extinção do poder familiar. A diferença entre as duas hipóteses é que, tal como se dessume da própria terminologia escolhida, a suspensão é temporária e a perda é definitiva. A extinção *lato sensu* subdivide-se em extinção *stricto sensu* e perda, sendo que a primeira decorre de causas objetivas e a segunda de causas subjetivas. Como se verifica do artigo 1.635 do diploma legal em comento, se extingue o poder familiar pela morte do genitor ou do filho, pela emancipação do filho, pela maioridade do filho e pela adoção do filho por terceira pessoa. A perda do poder familiar, por seu turno, consoante artigo 1.638 do mesmo diploma legal, decorre de castigo imoderado do filho, de abandono dele, da prática de atos contrários à moral e aos bons costumes por parte do genitor ou, ainda, pela reiteração das causas de suspensão do poder familiar, que são a falta de cumprimento dos deveres por parte dos genitores ou o arruinamento dos bens dos filhos.

Tanto a suspensão como a extinção *lato sensu* do poder familiar não têm por escopo punir o genitor violador. Se fosse assim, estar-se-ia, por via reflexa, admitindo que esse poder não é funcionalizado, em atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente. Considerando que se trata de um encargo da sociedade que é transferido diretamente aos pais, mas que continua a ser fiscalizado pela sociedade, por meio do Estado, parece claro que essas duas consequências derivam, isso sim, da constatação de que os pais não podem seguir cuidando dos filhos, pois isso não está mais indo ao encontrado do melhor interesse deles.

Evidente que, por decorrer a suspensão ou a perda do poder familiar de uma conduta ou de um comportamento dos pais, aos olhos deles, isso pode ser visto como uma punição, mas isso nada mais é do que o caráter didático que se extrai de toda e qualquer norma de conduta. Independentemente disso, malgrado não se tenha como certo que a suspensão e a perda do poder familiar possam ser vistas como punições aos pais que descumprem certos deveres jurídicos para com os filhos, dos quais se destaca o dever de cuidado, ainda que isso seja tomado como verdade, essa é a única função desses institutos que coincide com a função da responsabilidade civil.

Segundo Nelson Rosenvald, a responsabilidade civil tem três funções:

- (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial;
- (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis;
- (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.⁷⁶

Fernando Noronha segue a mesma linha ao citar as seguintes funções da responsabilidade civil: reparatória, sancionatória e preventiva.⁷⁷

À vista disso, não tem o menor cabimento se cogitar da impossibilidade de se responsabilizar os pais pela violação ao dever de cuidado para com os filhos por conta da previsão legal de suspensão ou

⁷⁶ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 77.

⁷⁷ NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 459-464.

perda do poder familiar. As funções dos institutos não se confundem, e nem poderiam se confundir mesmo, porquanto na suspensão e na extinção do poder familiar o legislador olha o passado para mirar no futuro, ao passo que na responsabilidade civil ele faz isso e ainda tenta recompor o equilíbrio rompido com a superveniência do dano, o que não deixa de ser um novo olhar para o passado. Tanto é assim que na responsabilidade civil costumeiramente se utiliza a ideia de retornar ao *status quo ante*.

Conclusão

O propósito do presente artigo foi de analisar o que se convençãou chamar de dano afetivo, a partir de um recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, no qual se condenou o pai ao pagamento de indenização à filha. Ele chamou a atenção da comunidade jurídica, sobretudo pelo referido nome empregado para qualificar o dano, porque parecia que se tinha reconhecido a obrigação do pai de amar a filha, o que seria uma confusão entre amor e direito. Isso não poderia acontecer porque no amor existe espontaneidade e no direito coercitividade.

Sob esse enfoque, foi exposto que no âmbito do direito de família a responsabilidade civil aplicável é a subjetiva, de tal modo que, para a responsabilização civil do genitor pela violação de qualquer dever jurídico preexistente em relação ao filho, é preciso que sejam comprovados os três elementos tradicionais da matéria, ou seja, culpa, nexo causal e dano.

Fixada essa premissa, analisando-se as mudanças pelas quais passou o direito e família nos últimos tempos, foi demonstrado que o dano que verdadeiramente pode fundamentar a responsabilização civil dos pais, como se deu no referido julgado, consiste na violação ao interesse juridicamente tutelável do dever de cuidado. Além disso, foram analisados os elementos definidos da culpa do genitor pela ofensa a esse dever, inclusive com as ressalvas que ele pode apresentar para se safar da responsabilização.

De outro lado, foram afastados os óbices geralmente opostos à responsabilização civil no âmbito do direito de família, inclusive na relação de pais com filhos, que são a impossibilidade de se obrigar al-

guém a amar e a prévia existência de punição dos pais com a suspensão e a extinção do poder familiar.

Com isso, o que se espera é que se tenha conseguido demonstrar que é possível a responsabilização civil dos pais pelos danos causados aos filhos, no âmbito do direito de família, independentemente dos referidos óbices, que, na verdade, não existem, mas, para tanto, é preciso que seja bem definido o interesse juridicamente tutelável, como é o caso do dever de cuidado dos pais para com os filhos, assim como a culpa dos pais, o que precisa ser visto pela ótica da culpa subjetiva.

Bibliografia

BARROS FILHO, Clóvis de; POMPEU, Júlio. *A filosofia explica as grandes questões da humanidade*. Rio de Janeiro: Casa da Palavra Produção Editorial, 2013.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. 3. ed. Milano: A. Giuffre, 2001. v. 2.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARBONNIER, Jean. *Droit civil – les personnes*: personnalité, incapacités, personnes morales. 19. ed. Paris: PUF: 1994.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

COULANGES, Numa Denis Fustel. *A cidade antiga*: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Helmus, 1975.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. I, v. II.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Atual. por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito de família e das sucessões: temas atuais*. São Paulo: Método, 2009.
- JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1941. p. 548-559.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* – contendo a Doutrina do Direito e a Doutrina da Virtude. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ROOPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SPONVILLE-COMTE, André. *O amor*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; COLTRO, Antonio Carlos Mathias; TELLES, Marília Campos Oliveira (Coord.). *Problemas da família no direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

- SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. II.
- VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coord.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

Responsabilidade civil na imprensa

Carolina Nabarro Munhoz Rossi¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Liberdade de imprensa x direito à privacidade. 3. Responsabilidade civil. 4. O agente. 5. Nexo causal. 6. Dano. O fato causador. 7. Interesse público e interesse do público. 8. Como valorar o dano. 9. Conclusões. Bibliografia.

1. Introdução

Jornalismo é antes de tudo uma questão de caráter, segundo Bill Kovatch e Tom Rosenstiel no livro “Os elementos do jornalismo – o que os jornalistas devem saber e o público exigir”. (KOVATCH, Bill; ROSENSTIEL, Tom, 2004, p. 273).

Alguns jornalistas americanos, preocupados com o rumo que a imprensa está tomando, formaram o Comitê dos Jornalistas Preocupados e realizaram vinte e um fóruns com pesquisas direcionadas a 3 mil pessoas e 300 jornalistas. O resultado desse trabalho é esse livro, que se propôs a traçar as diretrizes para um bom trabalho jornalístico e responder questões pertinentes acerca da responsabilidade do jornalista e de sua lealdade.

Todas essas pessoas chegaram à conclusão de que a principal obrigação do jornalista é com a verdade e sua principal lealdade deve ser com seu leitor.

Para quem trabalham então os jornalistas? Para o seu público, devendo manter independência em relação a eles e àqueles que pagam seus salários, segundo conclusão dos próprios jornalistas que participaram desses fóruns.

¹ Graduada em Direito pela USP e Jornalismo pela PUC/SP. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível do foro Regional de Santo Amaro.

Mas isso é possível em um mercado em crise, com redações cada vez mais enxutas e profissionais generalistas?

Quando pensamos na razão de tantos processos indenizatórios envolvendo informação divulgada através da imprensa, a questão que se coloca é exatamente esta: falta caráter?

Falta boa-fé?

Ou falta apuração e em última análise, informação?

Faltar informação seria um contrassenso, considerando que o papel primordial da imprensa é informar.

Infelizmente, o que se observa é que, salvo raras exceções, não falta caráter, falta mesmo informação.

Hoje em dia, a imprensa vive uma crise econômica, como diversos outros setores.

Costuma-se romantizar a imprensa, mas ela é, na verdade, um negócio como tantos outros.

A maioria dos veículos impressos no Brasil sofre atualmente uma crise financeira muito grande, com redações cada vez mais enxutas e repórteres generalistas, que falam sobre tudo e não tem um conhecimento mais específico ou profundo acerca de nada.

Esses profissionais precisam buscar assuntos interessantes para transformar em matéria, a notícia.

Notícia é todo fato relevante, interessante, atual, próximo do público a que se destina e focado neste público-alvo, exclusivo, mas acima de tudo inédito, no sentido de incomum, não usual.

O tempo tem um papel fundamental na busca das notícias. Há um tempo certo para a notícia ou ela se torna velha.

Pautas são feitas com antecedência suficiente para que as matérias sejam feitas, mas muitas vezes com pouquíssimo tempo para apuração e produção.

Para que a informação seja inédita, é necessário que ela seja obtida e divulgada rapidamente e para que isto aconteça, o tempo para apurar os fatos e investigá-los é muitas vezes insuficiente, o que leva a publicações apenas com um dos lados da história, gerando inúmeras ações indenizatórias por parte daqueles que não foram ouvidos.

O jornalista utiliza-se muitas vezes de fontes que são preservadas pelo sigilo das fontes, direito que qualquer pessoa tem de, ao prestar alguma informação, ter o seu nome e seus dados preservados, sem o que, muitos teriam receio de falar, e a checagem das informações prestadas pode custar o furo de reportagem.

Muitas vezes o fato divulgado é verídico, mas a forma como ele é retratado não favorece alguém que esteja retratado na notícia e esta pessoa, ao sentir violado seu direito à intimidade, busca seu direito de resposta ou sua indenização junto ao Poder Judiciário.

No já citado “Os Elementos do Jornalismo”, chegaram os jornalistas à conclusão de que:

Jornalismo é contar uma história com uma finalidade. A finalidade é fornecer às pessoas informação que precisam para entender o mundo. O primeiro desafio é encontrar a informação que as pessoas precisam para tocar suas vidas. O segundo desafio é tornar essa informação significativa, relevante e envolvente. (p. 226).

Tornar uma história envolvente pode envolver escolhas que acabem por afetar a imagem das pessoas envolvidas.

Quando a indenização é devida? Como quantificar esse tipo de dano? Como equilibrar direitos tão distintos como o direito à informação e o direito à intimidade? Essas são algumas das questões que este trabalho se dispõe a responder.

2. Liberdade de imprensa x direito à privacidade

Nosso país passou por uma fase em que inexistia qualquer liberdade de imprensa, na época da ditadura. Havia censura prévia a qualquer matéria, que precisava passar por um censor para ser liberada, optando alguns jornais por escrever receitas de bolo ou versos no lugar das matérias censuradas ao invés de substituí-las, para que as pessoas tivessem ciência da censura.

A abertura é algo muito recente e da mesma forma que a restrição a este direito foi muito forte, tivemos uma reação igualmente extremada quando a limitação caiu.

Passamos por uma fase em que tudo era permitido, qualquer limitação à liberdade da imprensa era considerada censura.

Curiosamente, nessa mesma fase, os direitos individuais também eram muito limitados.

Não havia uma liberdade total para que as pessoas pudessem dizer e fazer o que pretendiam.

A liberdade de se expressar limitava-se às opiniões favoráveis ao regime que estava no poder.

Não havia propriamente um direito à privacidade ou intimidade, na medida em que qualquer pessoa poderia ter sua casa, que simboliza a esfera mais íntima de qualquer indivíduo, invadida sem qualquer determinação judicial ou justificativa, bastando para tanto que praticasse alguma conduta considerada suspeita.

Tinha-se a total supremacia do público sobre o particular, um regime político em que todas as garantias individuais eram condicionadas à manutenção do regime.

Com a abertura política, voltou-se a falar em direitos e garantias individuais de forma efetiva, optando-se por garantir a defesa dos mesmos de forma bastante clara e taxativa na Constituição Federal de 1988.

Passou-se a ter o direito à privacidade e à intimidade garantidos, juntamente com o direito à informação, tanto no sentido de informar quanto de se informar.

No regime que se seguiu à ditadura, era fundamental garantir que as pessoas tivessem acesso à informação, como forma de cidadania e de participação na democracia que surgiu.

Para garantir esse acesso, garantiu-se também a liberdade de imprensa, para que os meios de comunicação pudessem buscar essas informações e as repassar às pessoas sem qualquer limitação.

Tudo para que se pudessem formar suas conclusões, garantindo-se amplamente a liberdade de pensamento, um dos pilares do novo regime.

Na teoria, tudo perfeito, mas como conciliar, na prática, o direito das pessoas de manter privada sua intimidade, aquela esfera mais íntima que define seu ser, suas opiniões, suas vontades, seu modo de viver e a liberdade total e irrestrita da imprensa?

Liberdade essa que inclui o direito individual do jornalista de expressar sua opinião e realizar seu trabalho, que nada mais é do que divulgar essas notícias.

Notícias que podem envolver fatos relacionados a pessoas que muitas vezes não querem ter estes fatos divulgados e nesse caso, o que prevalece? O direito de informar e de ser informado ou o direito à intimidade dos envolvidos?

Tem-se firmado entendimento no sentido de que, havendo antinomia entre os princípios, prevalecem os direitos da personalidade, em especial em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da CF, como bem esclarece Pedro Pais Vasconcellos:

Os direitos da personalidade são suprategais e hierarquicamente superiores aos outros direitos, mesmo em relação aos direitos fundamentais que não sejam direitos da personalidade, como, por exemplo, o direito de imprensa, que não se insere entre os direitos da personalidade. (VASCONCELLOS, Pedro Pais. Proteção de dados pessoais e direito à privacidade. In: *Direito da Sociedade da Informação*. 1999. v. I., p. 36).

Neste sentido, a jurisprudência:

LIBERDADE DE IMPRENSA. Decisão liminar. Proibição de reprodução de dados relativos ao autor de ação inibitória ajuizada contra empresa jornalística. Ato decisório fundado na expressa invocação da inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. Contraste teórico entre liberdade de imprensa e os direitos previstos nos arts. 5º, incs. X e XII, e 220, caput, da CF. Ofensa à autoridade do acórdão proferido na ADPF nº 130, que deu por não recebida a Lei de Imprensa. Não ocorrência. Matéria não decidida na ADPF. Processo de reclamação extinto, sem julgamento de mérito. Votos vencidos. Não ofende a autoridade do

acórdão proferido na ADPF nº 130, a decisão que, proibindo a jornal a publicação de fatos relativos ao autor de ação inibitória, se fundou, de maneira expressa, na inviolabilidade constitucional de direitos da personalidade, notadamente o da privacidade, mediante proteção de sigilo legal de dados cobertos por segredo de justiça. O Tribunal, por maioria, não conheceu do pedido, julgando extinto o processo sem julgamento de mérito, contra os votos dos Senhores Ministros Carlos Britto, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Senhor Ministro Marco Aurélio por ter-se ausentado ocasionalmente. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 10.12.2009. (STF -Tribunal Pleno - rel. ministro Cezar Peluso - Rcl 9428/DF)

3. Responsabilidade civil

Se considerarmos responsabilidade civil como René Savatier, citado por Silvio Rodrigues como “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 19. ed. 2002. v. 4, p. 6.), temos que a responsabilidade envolve um agente que desenvolve uma conduta, um dano gerado a terceiro e o nexo de causalidade entre ambos.

No caso da responsabilidade civil por matérias publicadas pela imprensa, precisamos analisar esses três elementos.

4. O agente

Quem é o agente causador do dano? O veículo em que a matéria foi publicada ou divulgada ou o jornalista?

Antes de nos aprofundarmos no tema, é necessário fazer a distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva.

Em poucas palavras, a primeira é causada por uma atitude culposa, envolvendo negligência ou imprudência, ou dolosa, envolvendo

a intenção ou assunção do risco de causar o dano, enquanto a segunda prescinde de culpa.

No primeiro caso, a culpa pode ser presumida, o que decorre de lei ou da situação de hipossuficiência da vítima.

Segundo Rui Stoco:

A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável. (STOCO, 2007, p. 157).

No caso da responsabilidade objetiva, o agente causador responde pelos danos causados em virtude do risco da atividade que desenvolve, havendo a previsão da aplicação desta teoria em leis especiais e no próprio Código Civil, que a previu para os casos de fato de terceiro ou de animais, produtos colocados em circulação (artigo 931) e casos em que a natureza da atividade desenvolvida envolve risco (artigo 927, parágrafo único).

No caso da atividade jornalística, será que a atividade da mesma envolve um risco, há uma probabilidade concreta de perigo? Será que a matéria que traz informação inverídica ou tendenciosa pode ser considerada produto defeituoso?

Em outras palavras, a responsabilidade no caso da atividade jornalística pode ser considerada objetiva?

A Lei de Imprensa foi declarada não recepcionada pela Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, no ADPF 130, mas ela era bastante clara em relação à responsabilidade pelas matérias divulgadas.

Inicialmente, em seu artigo 28, esclarecia quem era considerado o autor das matérias.

Rezava a lei:

Art. 28. O escrito publicado em jornais ou periódicos sem indicação de seu autor considera-se redigido:

I - pelo redator da seção em que é publicado, se o jornal ou periódico mantém seções distintas sob a responsabilidade de certos e determinados redatores, cujos nomes nelas figuram permanentemente;

II - pelo diretor ou redator-chefe, se publicado na parte editorial;

III - pelo gerente ou pelo proprietário das oficinas impressoras, se publicado na parte ineditorial.

§ 1º Nas emissões de radiodifusão, se não há indicação do autor das expressões faladas ou das imagens transmitidas, é tido como seu autor:

a) o editor ou produtor do programa, se declarado na transmissão;

b) o diretor ou redator registrado de acordo com o art. 9º, inciso III, letra b, no caso de programas de notícias, reportagens, comentários, debates ou entrevistas;

c) o diretor ou proprietário da estação emissora, em relação aos demais programas.

§ 2º A notícia transmitida por agência noticiosa presume-se enviada pelo gerente da agência de onde se origine, ou pelo diretor da empresa.

Esse critério ainda é utilizado, mesmo que não mais vigente a lei, por estar pautado na estrutura das redações, que permanece a mesma.

No tocante à efetiva responsabilização pelos danos, a lei também trazia norma específica, em seu artigo 49, que dispunha que “Aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar [...]”, continuando em seus parágrafos dispondo que:

§ 2º Se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano a pessoa natural ou jurídica que explora o meio de informação ou divulgação (art. 50).”

§ 3º Se a violação ocorre mediante publicação de impresso não periódico, responde pela reparação do dano: a) o autor do escrito, se nele indicado; ou b) a pessoa natural ou jurídica que explora a oficina impressora, se do impresso não consta o nome do autor.

A lei trata, portanto, da responsabilidade subjetiva do agente, quando fala que responderia pelos danos na qualidade de agente aquele que agir com dolo ou culpa e da responsabilidade objetiva quando se refere ao veículo difusor da informação, aplicando a Teoria do Risco da atividade, na medida em que possibilita à vítima açãoar a pessoa física ou a jurídica que explora o meio de comunicação ou divulgação.

O entendimento majoritário na vigência da lei era, no entanto, no sentido de que aquele que explorava a atividade com intuito de lucro deveria figurar com exclusividade no polo passivo das demandas reparatórias por danos causados pela imprensa, nos termos do artigo 49, parágrafo 2º da referida lei.

Fundamentava-se esse entendimento no fato de que, nas palavras do Ministro Sálvio Azevedo, no acórdão 11.804-0/SP, muitas vezes, “o autor do escrito não possui situação patrimonial que permita o resarcimento integral dos danos experimentados pela pessoa ofendida em sua reputação” e que:

A pessoa que explora o meio de informação e divulgação, a par de ter o dever de avaliar o que publica, é que dispõe de maior facilidade para produzir prova acerca , por exemplo, de quem foi o autor do escrito [...], de quem foi o responsável pela divulgação, da autenticidade das declarações dadas em entrevista, enfim, a quem incumbe atribuir a responsabilidade pessoal pela reparação pretendida.

A empresa jornalística poderia açãoar em regresso o jornalista responsável pela notícia por esse entendimento.

Mesmo, então, havia entendimento no sentido de que cabia à vítima a opção de ingressar em face da empresa, do autor da ofensa ou de

ambos, tratando-se aqui de responsabilidade solidária, a qual foi sustentado pelo Ministro Asfor Rocha em seu voto divergente, no Acórdão do REsp 74513/RJ, que teve por relator o Ministro Barros Monteiro. Sustentou o Ministro que a imposição da responsabilidade à empresa visa dar maior segurança à vítima do dano, mas nem sempre isso ocorre, já que por vezes a empresa não goza de situação patrimonial que permita o total restabelecimento da ofensa. Acrescenta que o entendimento contrário poderia gerar duas ações a indenizatória e a regressiva, sobrecarregando desnecessariamente o Judiciário.

No meu entender, esse era o entendimento mais acertado, interpretando-se o artigo 49 sistematicamente, inclusive se considerarmos o artigo 12 da Lei da Imprensa que reza que todos os que praticarem abuso através dos meios de divulgação e informação responderão pelos prejuízos causados.

Esse entendimento acabou prevalecendo, gerando a edição da Súmula 221 do STJ, segundo a qual: “São civilmente responsáveis pelo resarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação”.

Após a declaração da não recepção da Lei de Imprensa, é esse o entendimento que tem prevalecido.

O primeiro tribunal superior a julgar recurso sobre responsabilidade de veículo de comunicação sem a Lei de Imprensa foi o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 984.803, baseando-se a Ministra Nancy no Código Civil, na Constituição Federal e no Código de Ética dos Jornalistas para concluir que não há responsabilidade imputável ao veículo se este agir de forma responsável, não se exigindo que os órgãos de imprensa, ao veicular notícia sobre suspeitas ou investigações tenham certeza plena dos fatos, como ocorre em juízo.

Nas palavras da Ministra:

A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque a recorrente, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte.

O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.

Em outro Acórdão recente, no Recurso Especial 552.008 - RJ (2003/0086840-7), o STJ reconheceu a responsabilidade solidária dos diretores e membros do conselho editorial e corporativo do jornal pelas matérias publicadas, sendo que a responsabilidade do editor seria subjetiva uma vez que ele aprova todas as matérias antes da publicação. Nas palavras do relator, o Ministro Cesar Asfor Rocha:

De fato, o editor contribuiu com o evento danoso por ato pessoal, seja comissivo, seja omissivo, ao permitir a publicação e a divulgação de eventual texto ofensivo, sem promover qualquer alteração, devendo responder solidariamente pelo dano ocorrido. Logo, tendo em vista a sua capacidade de interferir no texto objeto da presente ação, o diretor de redação a época dos fatos, ora recorrente, tem legitimidade passiva ad causam para responder por eventuais danos decorrentes de textos que permitiu a veiculação, inclusive quanto aqueles assinados por outros jornalistas. Ressalte-se que, na hipótese, a responsabilidade do recorrente não decorre de eventual cargo administrativo, mas de sua atuação pessoal como jornalista, que determinava a linha editorial do periódico, influindo diretamente mesmo nos textos redigidos e firmados por outros.

Temos, portanto, que hoje em dia prevalece o entendimento de que a vítima pode açãoar tanto o veículo, aquele que explora comercialmente a atividade obtendo lucros, neste caso com responsabilidade objetiva, quanto o autor da matéria, neste caso com responsabilidade subjetiva.

Inicialmente, verifica-se a conduta do jornalista que causou o dano sob a ótica da responsabilidade subjetiva. Constatada a responsabilidade, verifica-se quem arcará com a indenização, podendo a vítima optar.

Ressalto que esta responsabilização não afasta a responsabilidade da pessoa responsável pelo fornecimento das informações danosas, desde que esta seja identificada, podendo o jornalista optar por man-

ter em sigilo sua fonte, caso em que responderá integralmente pelo dano ocorrido.

Neste sentido, o teor do Recurso Especial 210.961/SP, relatado pelo Ministro Massami Uyeda:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - LEI DE IMPRENSA (n. 5.250/67, art. 49, § 2º) - DANOS MORAIS - PÓLO PASSIVO - PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA - POSSIBILIDADE - Escolha do autor, tanto contra a empresa titular do veículo de comunicação, como ao jornalista ou contra aquele que a tanto deu margem - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

5. Nexo Causal

Para explicar o nexo, surgiram várias teorias, sendo as três principais a da equivalência dos antecedentes, aplicada pelo nosso Código Penal, segundo a qual causa é qualquer circunstância que concorra para a produção do dano, a da causalidade direta ou imediata, segundo a qual a causa é o antecedente fático cuja consequência necessariamente é o evento danoso; e a da causalidade adequada, segundo a qual há nexo causal se a conduta do agente poderia produzir o resultado e foi a mais determinante para ele, se houver concorrência de causas.

Há divergência doutrinária acerca da teoria adotada pelo Código Civil de 2002, se a teoria da causalidade imediata ou a da causalidade adequada.

Na primeira corrente, que se ampara no artigo 403 do referido código, segundo o qual: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto na lei processual”, estão Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Embora o artigo fale em inexecução, o que remeteria à responsabilidade contratual, os doutrinadores têm entendido que a disposição também se aplicaria à responsabilidade extracontratual.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

Das várias teorias sobre o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária (GONÇALVES, 2002, p. 524).

A segunda corrente, da qual fazem parte Sergio Cavalieri Filho, Aguiar Dias e Caio Mário, concorda que a interpretação literal do artigo levaria à conclusão acima, mas defende a prevalência da teoria da causalidade adequada, sem a qual não seria possível a responsabilização pelos danos indiretos (CAVALIERI FILHO, 2008).

Na hipótese que aqui analisamos, de responsabilidade da imprensa pelas publicações, entendo que essa distinção não se mostra relevante, uma vez que o dano causado pela matéria jornalística, na grande maioria dos casos será tanto diretamente relacionado ao evento danoso quanto à causa mais relevante para ele, uma vez que a matéria geralmente causa outras consequências geradoras do dano, mas geralmente é uma das causas primárias do mesmo.

Com efeito, pode-se argumentar que a matéria apenas divulgou um fato que já existia no mais das vezes, principalmente quando se envolve matérias que envolvam denúncias por exemplo. Mas o fato é que a matéria amplificou o fato e se em decorrência dela, a pessoa objeto da denúncia passou a ser vítima de constrangimento junto ao público, perdeu seu emprego e deixou de ter vida social, por exemplo, todos esses fatos, também geradores do dano, são consequência da matéria jornalística, o que torna presente o nexo causal.

Na realidade, caberá ao juiz casuisticamente analisar a responsabilidade, como bem colocado por Rui Stoco:

Enfim, independente da teoria que se adote, como a questão só se apresenta ao juiz, caberá a este, na análise do caso concreto, sopesar as provas, interpretá-las como conjunto e estabelecer se houve violação do direito alheio, cujo resultado seja danoso, e se existe um nexo causal entre esse comportamento do agente e o dano verificado (STOCO, 2007, p. 152).

6. Dano. O fato gerador

A questão que aqui se coloca, inicialmente, é quando o dano é indenizável. O que gera efetivamente a responsabilidade civil no caso das matérias jornalísticas?

Sob a égide da Lei de Imprensa, Lei 5.250/67, os critérios eram bastante claros, trazendo a Lei em seu Capítulo III, a partir do artigo 12 os casos considerados geradores da responsabilidade por danos materiais e morais e aqueles considerados crime.

Geravam a indenização a calúnia, a injúria ou a difamação e a divulgação de notícias, verdadeiras ou falsas, de modo truncado ou deturpado que provocassem abalo na credibilidade ou desconfiança no sistema bancário, empresa ou pessoa física, ou perturbação no mercado financeiro, entre outros.

Por outro lado, não era considerado abuso, segundo o artigo 27 da lei, a opinião desfavorável da crítica, salvo quando inequivoca a intenção de injuriar ou difamar e a reprodução, integral ou resumida, desde que não constitua matéria reservada ou sigilosa, de relatórios, pareceres, decisões ou atos proferidos pelos órgãos competentes das Casas Legislativas e de alegações ou quotas de processos judiciais.

Ainda hoje, mesmo não mais em vigor a Lei de Imprensa, podemos considerar que os casos que ela trazia ainda geram a reparação, mas a questão não é mais colocada casuisticamente.

Ultimamente, o entendimento que predomina é no sentido de que a liberdade de imprensa não é absoluta, devendo atuar com responsabilidade o jornalista e o jornal que veicula suas matérias de modo a evitar que o dano ocorra, verificando a capacidade de lesividade da matéria antes da publicação.

O jornalista trabalha com fatos e estes fatos são trazidos a ele por pessoas que os vivenciam e procura transformar estes fatos em notícias. Em tese, se o que ele publica corresponde à verdade, nenhuma reparação seria devida.

A questão é que ainda que a notícia espelhe apenas as informações colhidas pelo jornalista, ela pode não trazer a verdade.

Segundo Bill Kovatch e Tom Rosenstiel, na obra já citada: “Notícias e verdade não são a mesma coisa [...] A função da notícia é sinatilizar o fato [...] A função da verdade é trazer à luz os fatos ocultos,

estabelecer uma relação entre eles e mostrar um quadro da realidade sobre qual os homens podem agir”, ainda segundo os jornalistas.

Como se pode perceber o liame é muito tênue.

A verdade é algo subjetivo, pois depende do filtro daquele que a vivencia e do filtro de quem ouve acerca desta vivência no caso de uma reportagem jornalística.

O jornalista sabe dos fatos através de terceiros, que relatam a ele o que presenciaram e vivenciaram, em atitude muito parecida com a do juiz ao ouvir as testemunhas em um processo.

Esses terceiros interpretam a situação que vivenciaram, de modo que para cada um deles teremos uma verdade diferente.

O jornalista optará por uma dessas verdades.

Pode até trazer as várias interpretações desse fato, mas geralmente escolherá uma, que comporá a tese que irá defender em sua matéria, tendo por objetivo demonstrar afinal, com base nos elementos que apurou, que esta é a verdade.

Assim agindo, pode afetar a esfera de direitos da personalidade das pessoas retratadas na matéria, mas no meu entender, neste caso, não há responsabilidade pela ausência não apenas da culpa ou dolo, mas de fato ilícito, na medida em que o jornalista agiu no estrito cumprimento do seu trabalho, caso tenha efetuado a apuração dos fatos de forma ética e detalhada, o que afastaria também a responsabilidade, mesmo sendo objetiva, do veículo que divulgou a matéria.

Não há que se falar, portanto, em responsabilidade civil caso o jornalista apenas e tão somente divulgue fatos ou notícias, sem qualquer opinião acerca dos mesmos.

Ainda que a notícia não seja reproduzida fielmente, se o jornalista agiu de boa-fé, considera-se que houve objetividade, o que afasta qualquer ilicitude na conduta.

Divulgar crimes é considerado de interesse público e não se exige que haja uma investigação mais profunda ou a condenação antes da divulgação.

Nesse sentido, a jurisprudência:

Não comete ato ilícito a empresa jornalística que se limita a publicar matéria narrando as acusações feitas pelo Promotor de Justiça, visto que com

isso cumpre apenas a ré o seu dever de informar a verdade do fato jornalístico" (STJ - 3^a T. - REsp 299.846 - Rel. Carlos Alberto Menezes Direito - j. 25.09.2001 - DJU 04.02.2002 e RT 802/178).

Não responde civilmente o órgão de divulgação que, sem ofender a vida privada dos figurantes de fatos, noticia crimes, apurados em inquérito policial, envolvendo o mercado de artes, dando a versão dos próprios autores da demanda, que os põem como vítimas (STJ - 4^a T. - REsp - Rel. Dias Trindade - j. 08.03.1994 - JSTJ e TRF 60/341).

Não caracteriza abuso da liberdade de imprensa, mas exercício legítimo do direito de crítica, inofensiva a outros membros do destacamento, a exibição de programas humorísticos de televisão, em que, sob a forma e os exageros artísticos da sátira, se faz repremenda severa a crimes graves praticados por policiais militares no exercício de sua função duvidosos (TJSP - 2^a C.Dir. Privado - Ap. 117.411-4/9-00 - Rel. Cezar Peluso - j. 02/06/2001 RT 797/236).

No caso das opiniões veiculadas, ela, sob a vigência da lei da Imprensa, não gerava indenização, desde que estivesse no local apropriado da publicação, no editorial ou espaço reservado para esta opinião, com clara informação de que se trata de opinião do veículo ou do jornalista e não de fato objetivo.

Hoje a divulgação da opinião, caso implique em ofensa à honra ou imagem, pode gerar sim, indenização, dependendo do seu potencial lesivo.

Ainda que assim não fosse, o que se constata na imprensa atualmente são opiniões espalhadas por todas as matérias no corpo de todos os jornais, impressos ou televisionados, sem a identificação efetiva de que se trata de opinião, o que pode induzir o público a erro, acreditando ser fato o que se trata de interpretação opinativa do mesmo.

Nesse caso, há responsabilidade civil e a indenização será devida caso haja algum dano.

Nas hipóteses de calúnia e difamação, a prova da verdade, se admissível, o que não ocorre em relação ao Presidente da República, do Senado e da Câmara, Ministros do STF e chefes de Estado ou Governo

estrangeiros, exclui a responsabilidade civil, ainda que se refira à vida privada do indivíduo e não tenha por motivação o interesse público.

7. Interesse público e interesse do público

Surgiu então uma distinção. Poderia ser divulgado livremente tudo o que fosse interesse público, mas não o que fosse interesse do público.

Interesse público seriam os fatos de interesse geral, relevantes e importantes para a própria sociedade como um todo. Fatos políticos ou sociais que afetassem todas as pessoas ou algum grupo de forma relevante. Um exemplo seria um caso grave de corrupção.

Fato de interesse do público seria um fato pelos quais as pessoas se interessam, mas sem qualquer relevância. Por exemplo, uma notícia envolvendo o término de namoro de dois atores.

A distinção pode ser bastante clara em alguns casos, mas não em todos.

Imaginem um caso em que um jornalista que está investigando um político por possível envolvimento com corrupção acabe por fotografar este mesmo político com sua amante. Isso é relevante? É de interesse público a divulgação?

E se a amante for casada com o líder do partido que faz oposição ao seu?

E se ela for casada com o presidente de uma empresa que vem sendo favorecida em diversas licitações?

E se essa divulgação for gerar a venda de uma edição inteira do jornal, que depende disso para pagar os funcionários?

Será que o editor vai hesitar e considerar a relevância da matéria ou a repercussão da mesma perante o público?

Na teoria, essa distinção é muito interessante e importante e pode auxiliar a detectar quais os assuntos que seriam divulgáveis, mas na prática, havendo interesse do público, certamente haverá a divulgação.

Havendo a divulgação, a forma como ela é feita pode fazer toda a diferença em relação ao direito ou não à divulgação.

Cito, como exemplo, a prisão do prefeito de São Paulo, Celso Pitta, há alguns anos, pela Polícia Federal. Ele foi acordado para ser preso e estava de pijama, saindo de sua casa, nestes trajes, algemado.

Várias fotografias suas foram divulgadas, de pijama e com algemas.

Nenhum jornalista inventou aquela cena nem tinha a possibilidade de tirar uma fotografia em um cenário diferente já que as fotos retratavam o momento da prisão, mas a opção por usar aquelas imagens do político naquela situação vexatória foi de cada editor de jornal ou televisão.

Será que foi uma opção justa e isenta de culpa em caso de um pedido indenizatório? Será que isso é relevante?

Temos o fato: um político importante foi preso por fatos relacionados ao seu cargo público.

Isso claramente é notícia de interesse público e é necessário que haja a divulgação, justificando-se até, segundo Zavala de Gonzalez, em seu “Ressarcimiento de daños”, uma opinião crítica do jornalista acerca dos fatos, uma vez que a crítica, segundo ela, seria justificada se a função pública for exercida com incompetência ou ineficácia (GONZALEZ, Zavala. *Ressarcimiento de daños*. Hammurabi S.R.L., v. 2 c, p. 464.).

Mas no caso aqui debatido, a imagem da prisão envolve esse político algemado de pijamas.

A divulgação dessa imagem, a meu ver, afeta, sim, a intimidade e a privacidade dessa pessoa que, antes de ser político, é um ser humano que tem garantido constitucionalmente o direito à sua própria imagem e o direito de não ver essa imagem vexatória divulgada.

Outro caso que causou rumor ultimamente foi o caso de uma atriz famosa que estava namorando em uma praia na Europa e teve fotografias do ato sexual divulgadas.

Nesse caso, parece bem claro que se trata de fato de interesse do público e não de interesse público, o que por si só já tornaria a divulgação passível de indenização, mas a questão que aqui se coloca é que a própria atriz optou por realizar o ato sexual em local público, o que a sujeitaria ao olhar de todos.

Ao olhar dos que estavam no local sim, mas à divulgação via imprensa?

É fato sabido e notório que a imprensa amplifica os acontecimentos.

Muitas pessoas somente têm acesso a determinados fatos em virtude da imprensa, variando o tamanho deste público dependendo do veículo de comunicação.

Será que eventual indenização deve ser proporcional a esse poder de amplificação?

Em outras palavras, veículos com público maior deveriam ser condados em valores mais altos?

8. Como valorar o dano

O ideal é que se possa prevenir o dano moral, tendo esta prevenção primazia sobre o resarcimento, atuando-se “ex ant” e não “ex post”, para evitar o potencial agravante da notícia, medida que se mostra mais eficaz sempre que se visa à proteção dos direitos da personalidade, buscando-se evitar o potencial agravante da notícia.

A dificuldade, nesse caso, é como atuar sem que isso configure uma censura prévia, vedada pela Constituição Federal.

Segundo Ramon Daniel Pizarro, no seu livro “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación”, ainda que vedada a censura, o juiz pode proibir a realização total ou parcial de certas publicações ou impedir sua circulação em hipóteses excepcionais, para fazer cessar atentado grave e arbitrário contra a intimidade, honra ou imagem da pessoa (PIZARRO, Ramon. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. Hammurabi. p. 325.)

Isidoro Goldenberg, em seu “Indemnización por daños y prejuicios” aprofunda esse entendimento ao dizer que a liberdade de informar está sujeita ao princípio da igualdade ante a lei, não sendo absoluta, sendo a imprensa responsável pelos atos ilícitos que se cometem através dela, o que torna inexistente um direito para lesionar a honra ou a intimidade através da imprensa (GOLDENBERG, Izidoro. *Indemnización por daños y prejuicios*. Hammurabi. p.363-365.).

Bidart Campos, em seu Tratado elemental del Derecho Constitucional compartilha da mesma posição, ressaltando que a vedação à censura não significa que a imprensa possa tudo, uma vez que ela está sujeita a sanções em caso de abuso (CAMPOS, Bidart. *Tratado elemental del derecho constitucional*. v. 1, p. 407.).

Cabe ao juiz, no caso concreto, analisar se a matéria que se visa evitar publicar ou divulgar efetivamente tem potencial lesivo, impe-

dindo a veiculação, se o caso, o que não configurará censura prévia, na medida em que configurando medida excepcional e tratando-se de análise do caso concreto com a aplicação das normas e princípios constitucionais aplicáveis ao caso.

Veiculada a matéria lesiva, cabe a apuração dos danos, que podem ser de ordem patrimonial ou moral.

Nenhuma dificuldade se observa em relação ao primeiro, resultando de conta matemática, bastando a vítima provar os prejuízos que suportou, envolvendo danos e lucros cessantes, se o caso. Esse dano geralmente depende de prova e tem caráter reparatório. Restitui-se à vítima exatamente o que dela foi tirado, sem análise da intensidade da culpa, não alterando o valor devido à existência de dolo ou de culpa grave. A indenização deve ter a mesma dimensão do prejuízo causado.

A indenização pode ser reduzida pelo juiz, no entanto, nos termos do artigo 944, parágrafo único do Código Civil, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Em outras palavras, o juiz aplicará o princípio da proporcionalidade nos casos em que o dano é de grande extensão, mas a culpa é leve para que se evite que a própria responsabilidade civil seja fonte de dano.

O critério da proporcionalidade será utilizado amplamente pelo juiz também quando se trata de dano moral, uma vez que este envolve questões mais complexas para sua valoração, embora no mais das vezes prescinda de prova. Ele existe “*in re ipsa*”, bastando a prova da ofensa para que ele se caracterize, uma vez que deriva diretamente do fato ofensivo.

Não tem a reparação por danos morais conteúdo indenizatório, mas sim compensatório, uma vez que não há como devolver à vítima o que ela tinha antes do evento danoso, sendo impossível retorná-la ao “status quo ante”, quando tinha sua honra ou imagem intactas.

Nem mesmo o direito de resposta, previsto pela Lei de Imprensa, mas ainda utilizado considerando-se que a legislação civil vigente o autoriza, na medida em que se busca esse retorno da vítima à situação anterior ao fato danoso, consegue apagar os fatos.

Ainda que se determine que o órgão de imprensa publique ou divulgue a resposta nos mesmos moldes em que foi divulgada a notícia lesiva, na mesma página do jornal impresso, no mesmo horário e bloco do televisivo, por exemplo, o público certamente não será exatamente o mesmo, o que fará com que algumas pessoas continuem ignorando a

resposta e com que outras pessoas, que tenham tomado conhecimento dos fatos naquele segundo momento, fiquem cientes da notícia lesiva, o que pode servir para agravar o dano ao invés de minorá-lo.

Como em todos os demais casos de indenização por danos morais, o entendimento predominante da jurisprudência e da doutrina tem-se pautado na utilização da equidade como fonte de valoração pelo julgador que, diante do caso concreto, analisará o valor que melhor compensará a vítima pelo ocorrido, que pode ser aliado ao direito de resposta, como já esclarecido.

O artigo 53 da Lei de Imprensa estabelecia critérios que o juiz deveria considerar no arbitramento da indenização por danos morais:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido.

A lei estabelecia os valores da indenização em salários mínimos, para serem exigidos do jornalista profissional, aquele com vínculo de emprego com o órgão de imprensa, no artigo 51 e seus incisos, estabelecidos considerando-se o tipo de ofensa perpetrado, fixando para a empresa exploradora do meio de comunicação o valor de dez vezes estes valores, se a divulgação fosse decorrente de ato culposo do jornalista ou do editor.

Antes mesmo de a Lei de Imprensa ser considerada não recepcionada pela Constituição, o STF já tinha entendido que esta parte da lei não fora recepcionada, por não prever a Lei Magna nenhum limite à reparação moral, que deveria ser fixada equitativamente.

Nesse sentido:

INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa . Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva á honra e á boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso Extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (Supremo Tribunal Federal. RE 447.584-RJ - 2ª TURMA - REL. CEZAR PELUSO - 28/11/2006).

Não obstante o acórdão ter sido lavrado sob a égide da lei em questão, as palavras do Ministro Cezar Peluso servem, ainda hoje, como vértice para a fixação da indenização nestes casos.

Disse o Ministro:

Na fisionomia normativa da proteção do direito á integridade moral, ao qual serve o preceito de reparabilidade pecuniária da ofensa, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma disposição restritiva que, limitando o valor da indenização e o grau conseqüente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela. A norma garantidora, que nasce da conjugação dos textos constitucionais (art. 5º, V e X), é, antes, nesse aspecto, de cunho irrestrito.

Cabe, portanto, ao julgador analisar o caso e fixar a indenização com equidade, entendendo a jurisprudência que este pode ser revisto se exorbitante, abusivo ou irrisório.

9. Conclusões

A questão acerca da responsabilidade da imprensa pelas publicações não é recente e está longe de ter um final feliz.

Os próprios jornalistas vêm demonstrando crescente preocupação com essa questão, em especial após a perda da vigência da Lei de Imprensa, que lhes dava segurança, ante os critérios objetivos que trazia.

Muitos jornalistas chegaram a propor uma autorregulamentação, como ocorre com os órgãos de publicidade, mas até o momento esta ideia ainda não foi implantada.

Enquanto isso não acontece, seguimos com a aparente antinomia entre os direitos à intimidade, privacidade, honra e imagem e os direitos à livre expressão do pensamento, de informar, ser informado e a liberdade de imprensa.

Na realidade, todos estão garantidos em nosso ordenamento jurídico e devem conviver pacificamente, o que nem sempre se mostra possível, considerando-se a necessidade de divulgação das notícias pela imprensa em tempo real, o que muitas vezes não permite a devida apuração dos fatos.

Uma imprensa livre e questionadora, sem receio de investigar e divulgar as mazelas da sociedade é fundamental para uma sociedade democrática, mas sem o respeito à dignidade humana nenhuma sociedade pode ser assim chamada, faltando-lhe sustentação, uma vez que sem o respeito aos indivíduos que a constituem ela poderá até ter um corpo que aparentemente garanta sua estrutura, mas este corpo estará desprovido de alma.

O ideal é que efetivamente não apenas a imprensa, mas também aqueles que a alimentam com as informações que serão transformadas em notícia, tenham em mente a necessidade de se preservar os direitos das pessoas envolvidas nas matérias, apurando-se minimamente as notícias antes de lançá-las ou reproduzi-las.

Caso isso não ocorra, nosso ordenamento possui mecanismos para reequilibrar os direitos envolvidos, através da reparação civil, compensatória e não indenizatória, uma vez que depois de solta uma inverdade ou uma ofensa, não há como fazê-la deixar de existir, propagando-se no ar e no direito de respostas, soluções que diminuem os danos, ainda que não os erradique.

A reparação pode ser de ordem material ou moral, e, neste caso, deve ser fixada pelo juiz utilizando-se da equidade, com o critério da proporcionalidade.

Bibliografia e notas

- ARAÚJO, Luiz Alberto David de. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. Responsabilidade civil na lei de imprensa. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1450, 21 jun. 2007.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- CAMPOS, Bidart. *Tratado elemental del derecho constitucional argentino*. Ediar, 1989. v. 1, p. 407.
- CASTRO, Monica Neves de Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade em colisão com outros direitos*. Renovar, 2002.
- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. Atlas.
- DALLA, Danilo; LAMBERTINI, Renzo. *Istituzioni di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 2001. (cap. VI, Obbligazioni – I delitti. Generalità. La pena privata).
- KOVATCH, Bill; ROSENSTIEL, Tom. *Os elementos do jornalismo – o que os jornalistas devem saber e o público exigir*. Geração Editorial, 2003.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).
- GOLDENBERG, Izidoro. *Indemnización por daños y prejuicios*. Hammurabi. p. 363-365.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva.
- GONZALEZ, Zavala. *Ressarcimiento de daños*. Hammurabi S.R.L. v. 2 c, p. 464.

- LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NUNES JR., Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. FTD, 1997.
- PIZARRO, Ramon. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. Hammurabi. p. 325.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 19. ed. 2002. v. 4, p. 6.
- STOCCHI, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. Revista dos Tribunais.
- VASCONCELLOS, Pedro Pais. Proteção de dados pessoais e direito à privacidade. In: DIREITO da sociedade da informação. 1999. v. I., p. 36.

Responsabilidade civil do Estado

Luís Felipe Ferrari Bedendi¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

I - Introdução

O Estado, em vista dos fins precípuos que são razão de sua existência, situa-se em posição diferenciada em relação aos particulares, o que é justificado pela necessidade de se atingir o bem coletivo², tornando imprescindível a outorga a ele de prerrogativas e privilégios das quais nenhum outro integrante do corpo social goza.

Por outro lado, a evolução histórica do Estado fez exigir que este atue exclusivamente dentro dos limites impostos pela lei, como salvaguarda aos direitos individuais dos particulares.

Essa dicotomia – maiores restrições de atuação ante as balizas legais e a outorga, por outro lado, de privilégios e prerrogativas tendentes à conquista do bem comum – é o traço característico do regime jurídico ao qual se submete o Estado, sendo denominado *regime jurídico administrativo*, o qual vem bem conceituado por Maria Sylvia Zanella di Pietro como “o conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares [...]”³.

¹ Ex-Procurador Federal da Advocacia Geral da União.

² Não se adentrará aqui, dada a finalidade deste trabalho de se traçar o panorama geral da responsabilidade civil extracontratual do Estado, em um dos tópicos mais tormentosos do direito administrativo: a definição e extensão do que seria o bem coletivo ou, como mais comumente denominado, interesse público. Todavia, para que não se falte referência, há de se adotar o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, que é, a nosso ver, o qual contempla o maior número de elementos capazes de delimitá-lo: “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p. 62.).

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 62.

É certo que, em áreas determinadas, o Estado age quase que exclusivamente submetido ao direito privado, como se um particular fosse. Tal acontece tão somente nas hipóteses assim previstas em Lei, a exemplo do regime jurídico dos entes da Administração Indireta, sociedades de economia mista e empresas públicas, quando atuem na qualidade de agentes econômicos de mercado, por força do artigo 173, § 1º, da Constituição Federal^{4, 5}.

Não se insere neste último padrão o ponto da responsabilidade civil extracontratual do Estado, que se encontra totalmente inserida no regime jurídico administrativo, por força do contido no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal⁶.

Vê-se, pela leitura do dispositivo, que a responsabilidade por danos causados aos administrados em decorrência da conduta estatal é bastante singular, com contornos específicos e bem diversos da regra geral do Código Civil.

⁴ Diz-se quase que exclusivamente porque, mesmo nas situações em que a Lei submeta a Administração ao regime jurídico privado, ainda assim continua a ostentar certas restrições e prerrogativas, mitigadas, porém presentes. Novamente invoca-se como fundamento Maria Sylvia Z. di Pietro: “[...] quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral a sua submissão ao direito privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de Poder Público; mas nunca se despe de determinados privilégios, [...]” (DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 62).

⁵ Artigo 173 da Constituição Federal: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁶ Art. 37. [...]

[...]

§ 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.

Todavia, ainda que o tema esteja totalmente inserido no regime jurídico administrativo, não há como dissociá-lo de suas raízes que se deitam no direito civil, pois a responsabilidade aquiliana do Estado surgiu do direito privado e dele retira conceitos e regras.

Outrossim, inexiste um regramento específico da responsabilidade estatal, o que torna imprescindível a utilização de normas correlatas do direito civil.

Luís Francisco Aguilar Cortez, em artigo de obra coletiva, analisando a similitude e diferenças de ambos os sistemas, público e privado, de responsabilidade civil, afirmou em certo trecho:

A aproximação da responsabilidade extracontratual, seja pela origem dos conceitos, seja por meio das fontes normativas, com pontos de contato no que se refere a responsabilidade subjetiva, decorrente da culpa, e na responsabilidade objetiva, baseada no risco da atividade, é inegável⁷.

Assim, a proposta deste trabalho foi demonstrar que, não obstante as profundas diferenças entre os sistemas privado e público de responsabilidade civil, o segundo baseia-se essencialmente no primeiro, dele dependendo para a solução de um sem-número de situações concretas.

II - A evolução da responsabilidade civil do Estado – gênese no Direito Privado

A responsabilidade civil do Estado é de origem recente, se comparada à gênese da mesma na esfera dos particulares.

Elá partiu da ausência total e absoluta do dever de reparar os danos causados pelos agentes estatais e chegou até a atual configuração ampliada daquele dever, na qual sequer exigível o caráter ilícito da conduta ou ainda o elemento subjetivo da culpa.

⁷ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Responsabilidade civil extracontratual no direito privado e no direito público: persistem as diferenças? In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado*. p. 202.

Em razão da metamorfose sofrida pelo instituto, várias teorias a respeito sucederam-se ao longo do tempo, parte delas inserida no campo do direito civil até acomodarem-se mais recentemente no direito público.

O clássico autor francês Paul Duez, um dos principais articuladores da teoria da *faute du service*, citado por Yussef Cahali, sintetiza com precisão a passagem do tempo:

a) numa primeira fase, a questão inexistia; a irresponsabilidade aparece como axioma, e a existência de uma responsabilidade pecuniária da Administração é considerada como entrave perigoso à execução dos seus serviços; na ordem patrimonial, os administrados têm à sua disposição apenas uma ação de responsabilidade civil contra o funcionário; b) numa segunda fase, a questão se põe parcialmente no plano civilístico: para a dedução da responsabilidade pecuniária do Poder Público, faz-se apelo às teorias do Código Civil, relativas aos atos dos prepostos e mandatários; c) numa terceira fase, a questão se desabrocha e se desenvolve no plano próprio do direito público; uma concepção original, desapegada do direito civil, forma-se progressivamente no quadro jurídico da *faute* e do risco administrativo.⁸

Nesse passo, quando do surgimento do Estado Moderno, impensável atribuir-se a ele qualquer dever de reparação por danos provocados aos particulares, em face da elevada noção de soberania que o permeava, confirmando, ademais, o que já dito por Duez, de que o dever pecuniário reparatório importaria em prejuízo ao atingimento de suas finalidades.

Tal concepção ainda sofreu essencial influência da máxima absolutista, em vigor durante toda a Idade Moderna, de que o rei não podia errar (*the king can do no wrong*), dado o caráter quase divino do monarca, o qual se encontrava em patamar muito distinto ao dos súditos.

⁸ DUEZ, Paul. *La responsabilité de la puissance publique*, v. 1 e 2, apud CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 17.

O período da irresponsabilidade estatal, contudo, não se confunde exatamente com o Absolutismo, porquanto se estendeu até meados do século XIX, quando já ultrapassada a Revolução Francesa. Em verdade, a teoria protraiu-se no tempo porque também se conectou à noção de Estado Liberal, que “tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que a doutrina de sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Público assumia àquela época.”^{9, 10}

As mudanças no instituto vieram com o fortalecimento da concepção de Estado de Direito, onde todos, essencialmente, submetem-se ao primado da lei, inclusive aquele próprio que a edita.

Nesse ponto, essencial foi o direito civil, muito mais sistematizado e evoluído que o então incipiente direito público, utilizado para abarcar o dever reparatório do Poder Público sob seus primados.

Passou-se a admitir a responsabilidade do Estado quando caracterizada a culpa ou dolo de seus agentes, assim como se exigia em qualquer relação danosa de causa e efeito entre particulares.

Como exemplo, cite-se o artigo 82 da Constituição Imperial de 1824 (repetido na Constituição Republicana de 1891), o qual dispunha: “Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.”

No entanto, a adoção da teoria civilista da responsabilidade estatal¹¹ não foi pura e integral, já que fazia distinção entre atos potencialmente não geradores de responsabilidade (atos de império) e outros geradores (atos de gestão):

Os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial [...]; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. p. 488.

¹⁰ Nesse mesmo sentido, MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, *Problemas de responsabilidade civil do Estado*, in: FREITAS, Juarez (Org.), *Responsabilidade civil do Estado*, p. 39-40.

¹¹ Assim denominada porque adotados os princípios do Direito Civil, consoante DI PIETRO, M.S.Z. Obra citada, p. 640.

os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços.¹²

Disso se extrai que o Estado permanecia irresponsável numa gama bastante ampla de situações, nas quais exerceisse sua supremacia para consecução das finalidades públicas, e, naquelas em que se equiparasse aos particulares, a responsabilidade decorria da culpa de terceiros, dos mandatários estatais, tal qual as pessoas jurídicas em relação aos atos de seus prepostos/empregados/representantes.

O direito civil brasileiro albergou a teoria da culpa (ainda que sem distinção entre atos de gestão e império), ao estabelecer o seguinte no artigo 15 do Código Civil de 1916:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Contudo, em face da evolução do direito administrativo, tanto o resquício da irresponsabilidade quanto a atribuição de responsabilidade ao Poder Público por atos de terceiros tornaram-se obsoletos.

A ideia de culpa de terceiro fazia sentido em momento no qual se sustentava que o Estado, assim como qualquer outra pessoa jurídica, realizava seus atos através de mandatários ou representantes. Por conseguinte, seus agentes necessitavam conduzir-se com culpa, provocando danos alheios, para que a Administração se tornasse responsável.

Porém, quando do surgimento da concepção de que a vontade da pessoa jurídica decorre de seus próprios órgãos [*teoria do órgão*], não mais fazia sentido vincular-se a responsabilidade aos atos de terceiros.¹³

¹² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. p. 278.

¹³ CARVALHO FILHO bem sintetiza a evolução do sujeito emissor da vontade estatal e que influenciou sobremodo a responsabilidade civil, dizendo que: “Primitivamente se entendeu que os agentes eram mandatários do Estado (teoria do mandato). Não podia prosperar a teoria porque, desrido de vontade, não poderia o Estado outorgar mandato.

Surgiu, então, a terceira fase, ainda inserida no direito civil, denominada *culpa anônima*.

Segundo a teoria, tornou-se prescindível a demonstração da culpa do agente estatal, passando esta a se presumir ser da “generalidade da Administração, da generalidade do serviço – bastando, portanto, comprovar o mau funcionamento do serviço, ainda que possível indicar o agente causador do dano.”¹⁴

A teoria da culpa anônima, outrossim, foi impulsionada e fortificada pela então emergente teoria da falta do serviço [*faute du service*], que ocorreria nas situações em que o Estado não prestasse o serviço público, ou o prestasse de forma inadequada ou extemporânea.

Ela, inclusive, norteou a interpretação do mencionado artigo 15 do Código Civil de 1916, como bem se verifica da ementa de acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda em 1951, voto da lavra do Ministro Barros Barreto:

Quando provada a culpa, por omissão ou falta de diligência das autoridades policiais, o Estado responde civilmente pelos danos decorrentes de depredações praticadas pela multidão enfurecida. Matéria de fato. Não se conhece do apelo. [RE 17803, 1ª Turma, Rel. Ministro Barros Barreto, j. 11/10/1951, ADJ Data 14-09-1953 PP-02680, ADJ Data 01-01-1952 PP-00004, Ement Vol-00065 PP-00297].

É nítido, pois, que a responsabilidade estatal não ficava vinculada, em qualquer situação e estritamente, à culpa do agente estatal, bastando que, em dadas situações, ficasse demonstrada a má prestação do serviço.

De tamanha relevância é a teoria da culpa anônima (e da *faute du service*, à qual está intimamente ligada) que até o presente ela é

Passou-se a considerar os agentes como representantes do Estado (teoria da representação). Acerbas foram também as críticas a essa teoria. Primeiro, porque o Estado estaria sendo considerado como uma pessoa incapaz, que precisa da representação. Depois, porque se o dito representante exorbitasse de seus poderes, não se poderia atribuir responsabilidade ao Estado, este como representado. A solução seria, à evidência, iníqua e inconveniente.

Por inspiração do jurista alemão OTTO GIERKE, foi instituída a teoria do órgão, e segundo ela a vontade da pessoa jurídica deve ser atribuída aos órgãos que a compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes.” (CARVALHO FILHO, J. S. Obra citada, p. 11).

¹⁴ MONTEIRO FILHO, C. E. R. Obra citada, p. 45.

empregada nas hipóteses de danos causados pela omissão do Estado (a respeito, discorrer-se-á na sequência, quando se tratar dos elementos constitucionais da responsabilidade).

Finalmente, o tema foi inteiramente inserido no direito publicístico, assumindo sua atual configuração objetiva.

Por ela, há dever reparatório do Estado simplesmente quando de sua atividade resultem danos aos particulares. Suficientes, pois, a conduta administrativa, os danos e o nexo de causalidade entre ambos, não se fazendo necessária qualquer perquirição de culpa ou mesmo da ilegalidade do ato administrativo.

A *teoria publicista* ou da responsabilidade objetiva tomou corpo quando do desenvolvimento do Estado Social e, posteriormente, do Estado Democrático, já que tem como “fundamento o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. Significa que se dividem, por todos, os prejuízos causados pelo Estado, porque, da mesma forma, por toda a população é repartido o benefício que o Estado proporciona.”¹⁵

Tamanha foi a força da teoria da responsabilidade objetiva que, em doutrina, houve quem defendesse uma forma extremada dela, ao dizer que inadmissível a exclusão do nexo de causalidade entre a conduta administrativa e os danos experimentados pelo particular. É o que se chamou de *teoria do risco integral*, em contraposição à *teoria do risco administrativo*, a qual prega, justamente, a quebra do nexo de causalidade pelas causas tradicionais – culpa exclusiva da vítima ou terceiro, caso fortuito e força maior – e é a mais ampla e comumente aceita no direito brasileiro¹⁶.

¹⁵ MONTEIRO FILHO, C. E. R. Obra citada, p. 46.

¹⁶ Hely Lopes Meirelles pontua com exatidão ambas as teorias: “A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. [...]”

Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais.[...]

[...]

A *teoria do risco integral* é a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí por que foi acolhida de ‘brutal’, pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 649-650).

O direito pátrio, a partir da Constituição de 1946, adotou em definitivo a fórmula da responsabilidade objetiva do Estado, ao estabelecer, no artigo 194, que “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”

Na sequência, as de 1967 e de 1969 trouxeram disposições semelhantes, respectivamente nos artigos 105 e 107, de idêntica redação: “As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.”

Por fim, a Constituição de 1988, no artigo 37, § 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.

Vê-se, pois, que não mais se exigiu a demonstração do elemento subjetivo do agente público ou a falha na prestação do serviço, tornando-se suficiente a mera causação de danos a terceiros, decorrentes da atividade estatal.

Ficou nítido, igualmente, que a responsabilidade aquiliana do Poder Público nasceu do direito privado, por ele se desenvolveu, até destacar-se como modalidade especial e vincular-se ao direito público.

Contudo, mesmo no atual panorama, impossível desatrelá-la do direito civil, porque o atual dispositivo constitucional encerra tão somente as linhas gerais da responsabilidade estatal (dentro do regime público), deixando vácuos que necessitam ser preenchidos na solução dos casos concretos, e o que vem a socorrer o direito administrativo, nesses momentos, é justamente o direito privado.

III - As características constitucionais da responsabilidade aquiliana do Estado e sua conexão com o Direito Privado

O objetivo da colocação de uma regra na Constituição Federal relativa à responsabilidade do Poder Público foi solidificar a noção de

que a reparação dos danos causados a terceiros pela atividade estatal há de ser repartida entre todos, porquanto essa mesma totalidade (ou ao menos sua maioria) beneficia-se da conduta administrativa de atingimento do bem público¹⁷.

A norma constitucional, ademais, insere o tema no regime jurídico-administrativo, ao traçar características próprias à responsabilidade e impor à Administração sujeição mais ampla ao dever reparatório que aquela verificada aos particulares (decorrência da adoção da *teoria do risco administrativo*).

Nessa trilha, o artigo 37, § 6º, estabelece os seguintes elementos da responsabilidade extracontratual do Estado:

- 1) a ocorrência de danos a terceiros;
- 2) que tais danos sejam praticados por agentes de pessoa jurídica de direito público ou pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público;
- 3) a existência de nexo causal entre a conduta estatal e os danos¹⁸.

Não se exigiu, pois, a perquirição do elemento subjetivo do agente ou mesmo a demonstração de que seu ato viola o ordenamento.

¹⁷ Quando da edição da Constituição Federal de 1988, a doutrina e a jurisprudência já estavam razavelmente pacificadas quanto à natureza objetiva da responsabilidade estatal, decorrente do risco de sua atividade, como forma de se distribuir o encargo reparatório entre todos. Como exemplo, cite-se parecer de Arnoldo Wald, de 1978, onde resta expressa tal ideia: “[...] a responsabilidade do Estado tem amparo no princípio da igualdade de encargos de todos os cidadãos, ao qual já se referia Amara Cavalcanti e que foi consagrado pelo Excelso Pretório. Para o mestre do Direito pâtrio, ‘assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é, hoje, fundamental no Direito Constitucional dos países civilizados.’” (WALD, Arnoldo. Responsabilidade civil do Estado - danos causados por atos de terrorismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Doutrinas essenciais - direito administrativo*. v. III, p. 1147).

¹⁸ O Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal define com precisão tais elementos, como bem se vê de trecho de ementa de um de seus acórdãos: “[...] Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento do agente e o *eventus damni*, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. [...]” (RE 481110 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 09-03-2007 PP-00050 EMENT VOL-02267-04 PP-00625 RCJ v. 21, n. 134, 2007, p. 91-92)

Contudo, como é de fácil percepção, a regra constitucional traça apenas os elementos essenciais da responsabilidade, sem os pormenorizar, nem podendo ser diferente, visto não ser este o papel da Constituição. Mas não existe, no ordenamento nacional, norma infraconstitucional a regulamentar a responsabilidade do Poder Público¹⁹; isto faz com que o operador do direito busque no direito privado conceitos, regras e princípios da responsabilidade privada, sendo este o único caminho para solução de boa parcela dos casos concretos.

Na análise de cada um dos elementos constitucionais da responsabilidade da Administração, ficará claro o quanto intimamente ligada está ao direito civil.

III.a - Os agentes estatais e a conduta

A começar pelo elemento subjetivo, tem-se que a Constituição exige que a conduta parta de agentes de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público.

As pessoas jurídicas de direito público são aquelas mencionadas pelo artigo 41 do Código Civil: União, Estados, Municípios, respectivas autarquias e demais entidades de caráter público criadas por lei (a exemplo das fundações públicas); já o conjunto de seus agentes mencionados pela norma constitucional abrange a todos, independentemente do vínculo que ostentem perante o ente (estatutário, celetista, temporário, ocupantes de cargo em comissão ou função demissíveis *ad nutum*, eleitos pelo voto popular etc.)^{20, 21}.

¹⁹ Existe apenas um projeto de lei do Senado, de nº 718/2012, a pretender normatizar a responsabilidade civil do Estado.

²⁰ Nesse exato sentido, JOSÉ DE AGUIAR DIAS: “[...] O que se deve ter em vista, porém, quando enfrentamos o tema da responsabilidade, é que a definição de funcionário deve ser a mais ampla possível, a fim de abranger todos aqueles, qualquer que seja a forma de sua escolha e quaisquer que sejam as suas funções, que colaborem na gestão da coisa pública. Assim, pouco importa a sua categoria. E é sem influência, para o efeito que nos interessa, que seja ou não remunerado. O funcionário é um órgão da administração. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. II, p. 562).

²¹ É imperioso, ademais, que o agente pratique a conduta danosa no exercício de suas funções, como resta claro na ementa do seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, acerca de prejuízos cometidos por policial fora de serviço: “Apelação Cível - Ação de indenização - Danos morais e materiais - Responsabilidade civil - Militar que comete crime durante período de folga - Para que subsista a responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a terceiros por seus agentes públicos, faz-se imperioso que o ato danoso seja praticado por estes no exercício das atribuições inerentes ao cargo público que ocupam, quando abarcado pela teoria do risco administrativo (inteligência do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal) - O policial militar que comete homicídio em período de folga pratica o crime na qualidade de cidadão simples, e não de agente público, não tendo o condão

Mas não só os agentes públicos são aptos a ensejar a responsabilidade civil do Poder Público: também aqueles integrantes de pessoas jurídicas de direito privado na prestação de serviço público.

Nos dizeres de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald, “há, aí, duas chaves hermenêuticas relevantes: (a) definir quem são as pessoas jurídicas de direito privado que atraem a responsabilidade objetiva do art. 37, §6º, da CF; e (b) entender o que são serviços públicos.”²²

Invocando novamente os supra citados autores:

[...] a ampla dicção constitucional abrange quaisquer pessoas jurídicas, seja qual for o vínculo que as ligue ao Estado. Não importa, nessa trilha, que se trate de concessão, permissão, delegação, ou de outras figuras forjadas no direito administrativo. Havendo a prestação de serviços públicos, incide a cláusula constitucional da responsabilidade objetiva, com lastro no risco administrativo. Entram nessa categoria, inclusive, as entidades de cooperação governamental, os serviços sociais autônomos (Sesi, Sesc, Senai).²³

Serviços públicos, por seu turno, são “as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição”

de modificar esse “status” o fato da arma particular utilizada ter sido autorizada pela Corporação Militar para uso em serviço - Não tendo sido o ato ilícito praticado pelo servidor no efetivo exercício da função pública, resta ausente o nexo de causalidade que enseja a condenação do Estado a indenizar o dano decorrente. Reexame necessário provido. (Relator(a): Marrey Uint; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 2ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Data do julgamento: 27/11/2014; Data de registro: 01/12/2014).

A posição, entretanto, não é pacífica, consoante se verifica de outro julgado do mesmo tribunal, em análise de caso semelhante, em que se invoca a teoria do risco administrativo como fundamento: “[...]. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - Indenização por danos materiais e morais - Falecimento da vítima provocada por disparos de arma de fogo pertencente à policial militar fora do exercício de sua função - Crime praticado com arma da corporação - Preliminar - Illegitimidade passiva rejeitada - Mérito - Nexo de causalidade entre o evento danoso e a omissão do Poder Público configurado - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da Constituição Federal) - Dever de guarda e vigilância em relação à arma de fogo - Precedentes - Indenização fixada de forma prudente - Inaplicabilidade da Lei n. 11.960/09 - Ação, na origem julgada parcialmente procedente - Sentença mantida - Recursos voluntários e oficial desprovidos, não se conhecendo do agravo retido.” (Relator(a): Ana Liarte; Comarca: Pompéia; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/06/2015; Data de registro: 17/06/2015)

²² BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. p.1023.

²³ BRAGA NETTO, F. P.; FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. Obra citada, p. 1023.

tuição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.”²⁴

Em síntese, todas as pessoas jurídicas de natureza privada que prestem serviços, definidos pela Constituição ou pela Lei como de utilidade pública, para promover o bem-estar coletivo, por força de delegação do verdadeiro titular dessa utilidade – o Estado – enquadra-se no artigo 37, § 6º, da CF e responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes.

Não interessa, ademais, que o prejuízo seja suportado pelo destinatário do serviço ou por terceiro estranho à relação²⁶. A responsabilidade decorre naturalmente do risco da atividade desenvolvida pelo delegatário, como bem pontua, outrossim, o artigo 927 do Código Civil²⁷.

Nem sempre é possível distinguir-se com segurança se determinada atividade configura-se como prestação de um serviço público, a atrair a responsabilidade objetiva do art. 37, § 6º, ou de atividade econômica, a ela se aplicando a responsabilidade subjetiva regra geral do Código Civil (quando não incidente qualquer outra modalidade especial de responsabilidade objetiva). Para tanto:

Alguns indicadores podem auxiliar na tarefa: dispositivos constitucionais e de lei que atribuem a certas atividades a condição de serviço público (por exemplo, CF, art. 30, V, e Lei nº 9.074/95, art. 1º); o serviço público caracterizado como atividade prestacional de responsabilidade do poder público (CF, art. 175), tais como: fornecimento de água, coleta de lixo, limpeza e iluminação de ruas, correio, telefone, manutenção de áreas verdes, jardins e praças.²⁷

²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. p. 157.

²⁵ Nesse sentido, Clóvis Beznos: “[...] irrelevante se afi gura o díscrimen entre usuários e não usuários dos serviços, porque todos aqueles submetidos ao risco administrativo da prestação de serviços públicos recebem a proteção constitucional, consistente na garantia da responsabilidade objetiva do prestador dos serviços, na busca da reparação dos danos sofridos em decorrência dessa atividade.” (BEZNOS, Clóvis. Responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. In: BENACCHIO, M.; GUERRA, A. D. M.; PIRES, L. M. F. (Coord.). Obra citada, p. 622)

²⁶ Art. 927: 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.

²⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 391.

O elemento definidor, portanto, da responsabilidade objetiva é a prestação de um serviço público, independentemente de quem o faça.

No tocante ao requisito da conduta, existe, ainda, um ponto de essencial relevância e que desperta profundas discussões doutrinárias e jurisprudenciais: a abrangência da responsabilidade objetiva aos atos omissivos da Administração.

De fato, pela leitura do art. 37, § 6º, é possível interpretar-se a exigência de uma conduta ativa, comissiva do agente estatal a ensejar a responsabilidade objetiva, fugindo de seu raio de abrangência a omissão.

Tal concepção tem ampla aceitação na melhor doutrina²⁸ e é, atualmente, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que sustenta:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou inefficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumprir o dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.²⁹

Portanto, conforme tal posicionamento, a responsabilidade do Estado em caso de omissão seria de natureza subjetiva, na modalidade da *culpa administrativa*, tornando-se imprescindível a demonstração de que o serviço não foi prestado ou o foi de forma deficitária³⁰.

²⁸ Consoante DI PIETRO, a teoria é adotada por ela própria, além de José Cretella Júnior, Yussef Sahid Cahali, Álvaro Lazzarini e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (vide DI PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 650).

²⁹ MELLO, C. A. Bandeira de. Obra citada, p. 1031.

³⁰ Relevante citar RUI STOCO, em razão de sua clareza e objetividade na defesa de tal posicionamento: “Ora, a omissão do Estado é anônima, eis que se traduz em algo que a própria Administração não fez, quando devia fazer. Não tomou providências quando estas eram exigidas. Omitiu-se, danosamente, quando se exigia um comportamento ativo. O serviço falhou sem que houvesse a participação direta de qualquer agente público.

Se assim é, o comportamento omissivo do próprio Poder Público não se encaixa nem no art. 37, § 6º, da CF, nem no art. 43 do CC e, portanto, emprenha responsabilidade subjetiva.” (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. p. 1342).

Além da interpretação constitucional, fundamenta-se a ideia da responsabilização subjetiva (porque necessária a negligência estatal) também no “argumento de que o Estado não pode ser responsável por tudo o que aconteça, o grande segurador de todas as desgraças e infortúnios, argumento este que, na prática, sensibiliza sobremaneira os aplicadores do Direito.”³¹

A jurisprudência, por seu turno, ainda hoje é bastante forte quanto à teoria da culpa administrativa para os atos omissivos do Poder Público, como se verifica das seguintes ementas do Supremo Tribunal Federal (esta pouco mais antiga) e do Tribunal de Justiça de São Paulo, respectivamente:

Ementa: Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do Estado. Ato omissivo do Poder Público: detento ferido por outro detento. Responsabilidade subjetiva: culpa publicizada: falta do serviço. C.f., art. 37, § 6º. I. - Tratando-se de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes – a negligência, a imperícia ou a imprudência – não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço – *faute du service* dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. IV. - RE conhecido e provido. (RE 382054, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 01-10-2004 PP-00037 Ement Vol-02166-02 PP-00330 RT v. 94, n. 832, 2005, p. 157-164 Rjadcoas v. 62, 2005, p. 38-44 RTJ VOL 00192-01 PP-00356).

³¹ MONTEIRO FILHO, C. E. R. Obra citada, p. 48.

Constitucional e administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Concessionária de serviço público. Animais eletrocutados por cabo de alta tensão solto. Danos materiais. Existência de nexo de causalidade entre a omissão culposa e o dano.

1. A responsabilidade civil do Estado é objetiva baseada na teoria do risco administrativo no caso de comportamento danoso comissivo (art. 37, § 6º, CF) e subjetiva por culpa do serviço ou ‘falta de serviço’ quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

2. Concessionária de serviço público que permitiu que cabo de alta tensão permanecesse solto sobre pasto por mais de uma semana apesar de comunicada da ocorrência. Omissão culposa que resultou na morte de oito bovinos. Ônus da prova de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor que cabia a ré. Inérgia da interessada em fazer prova de suas alegações. Pedido procedente, em parte. Sentença mantida. Recurso desprovido. (Relator(a): Décio Notarangeli; Comarca: Descalvado; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 25/03/2015. Data de registro: 26/03/2015).

Todavia, a posição subjetivista da omissão administrativa vem perdendo espaço àquela que enquadra esta espécie de conduta também no art. 37, § 6º. Segundo Daniel Ferreira:

[...] para a omissão estatal ensejar o dever de resarcir o dano (causado por terceiros ou por fato da natureza) será preciso constatar, simultaneamente e em concreto, o seguinte: (i) a evitação do resultado como juridicamente exigida do Poder Público; (ii) a antijuridicidade da inação; (iii) a concreta não evitação (do resultado de dano) como conditio *sine qua non* (como imputação objetiva do resultado, em suma); e (iv) seja o dano indenizável. Nesse contexto, a situação em muito se assemelha à da conduta estatal (comissiva) direta e materialmente causadora de dano, porque do mesmo modo a análise da culpa (*lato ou stricto sensu*) não en-

tra em discussão, salvo para fins de propositura de ação de regresso.^{32, 33}

O mesmo ocorre no campo da jurisprudência, ante a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da responsabilização objetiva aos casos de omissão administrativa:

Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o ‘eventus damni’ e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. - A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o ‘eventus damni’ ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica. – Configuração de todos os pressupostos

³² FERREIRA, Daniel. *Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos gerais e controvérsias.* In: BENACCHIO, M.; GUERRA, A. D. M.; PIRES, L. M. F. (Coord.). Obra citada, p. 67-68.

³³ Marçal Justen Filho também é essencialmente adepto da unicidade da responsabilidade objetiva aos atos comissivos e omissivos, desenvolvendo fártas considerações acerca dos últimos, como bem se observa de seu Curso de Direito Administrativo (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo.* p. 955-959.)

primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido. (AI 734689 AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012, Acórdão eletrônico DJe-167 Divulg. 23-08-2012 Public. 24-08-2012).

III.b - Os Danos

O segundo elemento constante do art. 37, § 6º, são os danos experimentados por terceiros.

Nesse ponto, o direito público socorre-se substancialmente do direito privado, já que, da redação do aludido dispositivo ou de outros constantes da Constituição, não se extraem o conteúdo do dano, suas espécies, parâmetros de fixação, critérios de redução etc. Todo esse conjunto de questões é solucionado, essencialmente, pelo Código Civil.

É certo que o conceito de dano é um dos temas mais lacunosos e abertos do sistema de responsabilidade, já que o Código Civil, em sua atual versão (e também na anterior), no art. 186, e todos os demais dispositivos do ordenamento pátrio, a exemplo do próprio art. 37, § 6º, da CF, deixam o conceito “vago, de confins imprecisos, que será preenchido pela doutrina e jurisprudência e construído conforme a juridicidade dos interesses postos em conflito na concretude de cada litígio.”³⁴

Mesmo assim, a doutrina civilista buscou delimitá-lo, asseverando, de forma mais tradicional, que dano “é toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição), do que resulta o direito a uma reparação em pecúnia sempre que decorrente da conduta (comissiva ou omissiva) de outrem.”³⁵

A doutrina administrativista, por seu turno, não diverge da civilista, ao adotar a ideia de que dano tem conteúdo fluido e variável, como bem sintetiza Marcelo Benacchio:

³⁴ BRAGA NETTO, F. P.; FARIA, C. C.; ROSENVALD, N. Obra citada, p. 231.

³⁵ STOCO, R. Obra citada, p. 201.

[...] o dano não é uma figura pré-jurídica, nem de mera teoria geral, mas normativa, que somente pode ser completamente descrita por meio da análise da legislação, pois apenas o sistema legal pode indicar quando um fato pode ser qualificado como dano, determinando, por conseguinte, a ativação do remédio juridicamente previsto.³⁶

O que há de se destacar – no que igualmente há carência de divergências entre os regimes público e privado – é a necessidade de consumação do prejuízo, a ensejar reparação na esfera patrimonial e compensação na moral.

No mais, como já dito alhures, no tocante às questões atinentes ao dano, inexiste diferenciação substancial entre os sistemas público e privado, como bem anotado, aliás, por Marçal Justen Filho:

As regras pertinentes à indenização não apresentam maior peculiaridade em face do direito administrativo. Aplicam-se os princípios e as regras do direito comum, seja no tocante ao dano material ou ao dano moral. Normalmente, as dificuldades envolverão a questão da prova.³⁷

Imperioso se faz elucidar, apenas – e esse é um detalhe peculiar da responsabilidade no campo administrativo – que, dado seu caráter objetivo decorrente do risco da atividade, donde irrelevante a licitude da conduta, caso inexistia violação à norma jurídica, mister se faz que ao menos o dano seja anormal, invulgar, ou seja, antijurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello torna muito clara a distinção, ao expor os requisitos do *dano reparável*:

O fato ou ato lesivo para que seja indenizável necessita ser:

³⁶ BENACHIO, Marcelo. Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado contidos no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. In: BENACCHIO, M.; GUERRA, A. D. M.; PIRES, L. M. F. (Coord.). Obra citada, p.103.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *A responsabilidade do Estado*. In: FREITAS, J. (Org.). Obra citada, p. 243.

certo, isto é, não apenas eventual, possível. Tanto pode ser atual como futuro. Esta última circunstância, como é claro, não afeta a certeza do dano, sempre que este seja inevitável;

especial, no caso de atos lícitos, isto é, particular à ou às vítimas e não um prejuízo generalizado incidente sobre toda a sociedade. Se alcançasse a todos os cidadãos configuraria ônus comum à vida em sociedade, repartindo-se, então, generalizada mente entre seus membros;

anormal, vale dizer, excedente dos incômodos e inconvenientes comuns, ordinários e que são inerentes à vida social como fruto iniludível do convívio societário;

relativo a uma situação juridicamente protegida, quer-se dizer, cumpre que o dano seja gravoso a uma situação jurídica legítima, suscetível de configurar um direito ou quando menos um interesse legítimo.³⁸

III.c - O nexo causal

Por fim, o último dos elementos constitucionais da responsabilidade extracontratual: o nexo causal entre a conduta do agente e o dano experimentado.

Tal qual ocorre para o dano, o regime jurídico administrativo não minudencia as características do nexo de causalidade, tampouco as situações que promovem sua quebra, tema de essencial relevância à responsabilidade objetiva do Estado, porque são as únicas capazes de afastarem o risco da atividade administrativa e, por conseguinte, o dever reparatório do Poder Público.

Essencialmente, o nexo causal pode ser tido como “a relação objetiva de causa e efeito entre o ato lícito ou ilícito (conduta), praticado pelo agente, e o dano moral ou material (resultado), experimentado pela vítima.”³⁹

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos*. In: DI PIETRO, M. S. Z.; SUNDFELD, C. A. (Org.). Obra citada, v. III, p. 1164-1165.

³⁹ AHUALLI, Tânia Mara. *Ensaio sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado*. In: BENACCHIO, M.; GUERRA, A. D. M.; PIRES, L. M. F. (Coord.). Obra citada, p. 346.

Das situações que o eliminam, quatro são as mais aceitas: culpa exclusiva da vítima, culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito e força maior.

Na hipótese de culpa da vítima, é possível que não seja ela exclusiva, mas, sim, concorrente (a conduta da vítima, associada à atividade estatal, acabou por agravar a situação e originar o dano), de maneira a incidir o disposto no art. 945 do Código Civil, 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.”

Tanto essa quanto a culpa exclusiva de terceiro provocam intensas discussões, em especial na jurisprudência, ante a dificuldade de se estabelecer até que ponto se dá o risco da atividade diante de uma conduta dolosa ou culposa do terceiro a provocar danos alheios. Em geral, é imprescindível a análise dos elementos do caso concreto para se definir o nexo.

Como exemplo, cite-se o caso de lesões em presos ocorridas no interior de estabelecimento prisional ou de qualquer outra espécie de detenção; pelas ementas abaixo, verifica-se que soluções diametralmente opostas foram dadas a casos de elevada similitude, pelas provas constantes dos autos processuais:

Apelação. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais e materiais. Autora mãe de detento assassinado dentro de presídio por colega de cela - Responsabilidade objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88) elidida Segundo se depreende dos elementos de informação contidos nos autos, não restou configurada a responsabilidade objetiva da Administração, pois não há qualquer indício de que a requerida tenha descumprido seu dever de vigilância e proteção e, por omissão, tenha criado situação propícia para a ocorrência do evento. Rompimento do nexo de causalidade, ante a ocorrência de culpa exclusiva de terceiro no que tange aos danos gerados. Sentença de procedência reformada para julgar o feito improcedente Recursos da Fazenda e oficial providos. (Relator(a): Paulo Barcellos Gatti; Comarca: Tupã; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 15/12/2014; Data de registro: 18/12/2014).

Constitucional e Civil – Responsabilidade civil do Estado. Morte de preso em delegacia policial. Alegação de culpa exclusiva da vítima não comprovação - Indenização devida.

1. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, garantido o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF).
2. Dever do Estado de preservar a integridade física daqueles que se encontram sob a sua custódia. Ausência de comprovação de culpa exclusiva da vítima. Indenização devida.
3. Indenização por dano material e moral bem fixadas. Reexame necessário, considerado interposto, acolhido, em parte. Recurso da ré desprovrido. (Relator(a): Décio Notarangeli; Comarca: Bauru; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 31/07/2013; Data de registro: 01/08/2013; Outros números: 8766265900).

Outrossim, em relação à culpa exclusiva de terceiro, nem sempre o Código Civil a toma como excludente da responsabilidade, ao dispor que o lesado poderá açãonar o agente causador direto do dano e esse, na sequência, cobrará do terceiro que efetivamente provocou o resultado. É o caso do estado de necessidade (art. 188, II, c/c arts. 929 e 930⁴⁰) e do transportador com acidente de passageiro (art. 735⁴¹), por exemplo.

⁴⁰ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver resarcido ao lesado.

⁴¹ Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Finalmente, o caso fortuito e a força maior parecem ter sido identificados pelo Código Civil, ao dispor, no art. 393, parágrafo único, que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Sem ingressar na extensa discussão doutrinária acerca de seus conceitos, adota-se o mesmo posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual:

O melhor é agrupar a força maior e o caso fortuito como fatos imprevisíveis, também chamados de acaso, porque são idênticos os seus efeitos. [...] na hipótese de caso fortuito ou força maior nem ocorreu fato imputável ao Estado, nem fato cometido por agente estatal. E, se é assim, não existe nexo de causalidade entre qualquer ação do Estado e o dano sofrido pelo lesado. A consequência, pois, não pode ser outra que não a de que tais fatos imprevisíveis não ensejam a responsabilidade do Estado.⁴²

IV - Considerações finais

Ante o posicionamento da responsabilidade civil do Estado na Constituição Federal, existe forte tendência no sentido de que essa foi definitivamente inserida no direito público e, por conseguinte, sob sua exclusiva ótica há de ser interpretada e aplicada.

É inegável que a responsabilidade estatal haja ingressado no regime jurídico administrativo, como bem dito ao longo deste trabalho, visto que se criou uma sujeição especial ao Poder Público de reparação pelos danos causados a terceiros pela conduta de seus agentes, decorrente do risco da atividade administrativa.

Tal sujeição, como é de amplo conhecimento, não se estende aos particulares, que continuam a submeter-se à regra clássica do dever resarcitório tão somente nas hipóteses de culpa ou dolo (obviamente destacadas as situações em que outras leis imponham ao particular a responsabilização objetiva, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor).

⁴² CARVALHO FILHO, J. S. Obra citada, p. 500.

Entretanto, não há como se desvincular o regime jurídico administrativo, no ponto da responsabilidade, do regime jurídico privado, seja porque suas raízes são comuns, ou porque o primeiro retira do segundo conceitos, princípios, regras e interpretações para a adequada análise e solução do caso concreto.

Tal assertiva restou demonstrada pela enorme quantidade de menções e citações a que se fez do Código Civil, para todos os elementos constitucionais da responsabilidade.

E nem haveria de ser diferente (aliás, não há necessidade de ser diferente), porquanto, valendo-se do ensinamento de Yussef Cahali:

Em realidade, o conceito de responsabilidade civil é unitário, sendo hoje contemplado nos ordenamentos jurídicos mais tendo em conta a posição da pessoa que sofreu o dano, do que a do sujeito que o provocou; as concepções individualistas da responsabilidade subjetiva foram sendo paulatinamente descartadas a partir do final do século passado, dando lugar às concepções solidaristas, inspirando as teorias do risco criado, do risco-proveito, da atividade perigosa, do dano injusto, da socialização do dano, e abrindo caminho definitivamente para a responsabilidade objetiva em todos os níveis. [...] a responsabilidade civil é instituto que, embora historicamente tenha tido sua origem e desenvolvimento nos ordenamentos privados, pertence hoje à teoria geral do direito, pela simples razão de que seu fundamento e finalidade, e os princípios que a informam, são igualmente aplicáveis a todos os setores do direito.⁴³

⁴³ CAHALI, Y. S. Obra citada, p. 26.

Referências bibliográficas

- AHUALLI, Tânia Mara. Ensaio sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. São Paulo: RT, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BENACCHIO, Marcelo. Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual do Estado contidos no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BEZNOS, Clóvis. Responsabilidade extracontratual das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca. (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2014.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Responsabilidade civil extracontratual no direito privado e no direito público: persistem as diferenças? In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, José de AGUIAR. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. II.

FERREIRA, Daniel. Responsabilidade civil do Estado por omissão: contornos gerais e controvérsias. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luís Manuel Fonseca (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 15. ed. São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Responsabilidade patrimonial do Estado por atos administrativos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Doutrinas essenciais – direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de responsabilidade civil do Estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

WALD, Arnoldo. Responsabilidade civil do Estado – danos causados por atos de terrorismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Doutrinas essenciais – direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. III.

Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade

Ana Rita de Figueiredo Nery¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

“A partir desta data,
aquela mágoa sem remédio
é considerada nula
e sobre ela – silêncio perpétuo”.
(Paulo Leminski, *Bem no fundo*)

Sumário: 1. Introdução: entre a lógica do público e do privado. 2. Panorama da Responsabilidade Civil do Estado pela prestação de serviços públicos. 3. Serviço Público. 3.1. Serviço Público como estrutura a serviço da autoridade. 3.2. Serviço Público como função a serviço do cidadão. 4. Autoridade e consensualidade. 5. Autoridade e consensualidade no julgar da responsabilidade civil do Estado pelo próprio Estado. 6. Conclusão. Consensualidade como vetor cabível ao sistema responsabilidade civil do Estado por prestação de serviços públicos. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Não parece difícil compreender, a partir da premissa de direito público segundo a qual o bem maior é o interesse meta-individual, social, coletivo, que normas de ordem pública suplantem a todo instante as normas de direito privado, em especial de Direito Civil. Os modelos jurídicos, por mais privatísticos que sejam, sofrem a todo tempo derrogações de ordem pública.

¹ Doutoranda em Direito do Estado (USP). Pós-Graduação em Direito da Administração Pública (UFF) e em Direito para a Carreira da Magistratura (EMERJ). Professora Assistente da Escola Paulista de Magistratura (EPM). Autora do livro “A causa do contrato administrativo” publicado pela ed. Lumen Juris.

Igualmente assente que a supremacia das normas de ordem pública não se alinha à realização casuística do interesse público. Muito pelo contrário, não raro o interesse público apenas sinaliza a proteção das prerrogativas e dos privilégios da Administração.

As tensões entre Direito Privado e Direito Público, muito caras à origem do Direito Administrativo, foram tomando contornos hermenêuticos e legislativos cada vez mais interessantes. No processo de construção do Direito Administrativo, tomaram-se emprestados do Direito Civil institutos e normas que eram já comumente aplicados pelos gestores e juristas modeladores das sociedades modernas.

O recurso ao Direito Privado é dado da origem histórica do Direito Administrativo, quando inexistiam barreiras dogmáticas entre o regime jurídico de direito público e um regime jurídico de direito privado. Com o início do funcionamento do Conselho de Estado Francês foi criado um método de interpretação diferenciado. Na falta de um Código Administrativo, o Código Civil era costurado caso a caso pelo Conselho de Estado Francês aos fatos que lhe eram apresentados. Mas o tempo passou e as dicotomias se cristalizaram, polarizando, mesmo em temas como a responsabilidade civil, relações jurídicas subsumidas ao regime de direito público e relações jurídicas submetidas ao regime de direito privado.

O tema da responsabilidade civil é exemplo inquebrantável dessa dinâmica entre o direito privado e o direito público: os tribunais administrativos franceses e o Conselho de Estado Francês importaram a teoria da responsabilidade civil, com todos os seus institutos para suplantar a ausência de responsabilidade do Estado (da herança monarca impassível de erro), adotando a teoria da responsabilidade por culpa e, posteriormente, a responsabilidade objetiva da Administração.

Fenômenos contemporâneos como a inserção do direito interno numa órbita comunitária, a “dessacralização” da supremacia do Estado e a superação da dicotomia direito administrativo/direito comum são decisivos ao enfrentamento adequado dos problemas que exsurgem na seara da responsabilidade civil do Estado: são demandas por retorno às origens do Direito Administrativo, quando regimes públicos e privados interagiam com maior fluidez e eficiência, em prol do resultado ótimo à solução do caso concreto.

A partir desse quadro histórico, pretende-se trazer à reflexão o tema da responsabilidade civil em matéria de serviços públicos. Especifi-

camente, a partir do reconhecimento da permeabilidade entre os regimes de responsabilização público e privado, será desenvolvido o recurso à consensualidade como meio legítimo de ajuste da indenização devida e de reconhecimento da prática do ilícito pela Administração Pública.

A reflexão que se propõe por esse estudo é mais prática que metodológica: até que ponto a abertura legislativa para um regime de responsabilização do Estado subverteu o paradigma autoritário de um Estado irresponsável? Ou ainda: com que grau de contrição a Administração Pública lida com seus ilícitos ensejadores de reparação civil?

Por tese, tem-se que a Administração Pública ainda garante pouco espaço para registros automáticos de sua responsabilização e para o reconhecimento administrativo do seu dever de indenizar. Esse *modus operandi*, presente em todo o regime de responsabilidade civil do Estado, mostra-se especialmente vil quando em jogo a prestação de serviços públicos, seara em que os ganhos, com a assunção da responsabilidade e a reparabilidade do dano transcendem a posição jurídica do particular lesado, podendo aperfeiçoar a própria prestação do serviço público em prol de toda a coletividade.

Passa-se, primeiramente, por premissas e formulações sobre o tema “serviços públicos”. Destaca-se, nesse ponto, que a preocupação com a definição do regime jurídico e com a manutenção da potestade do Estado legou para segundo plano aspectos essenciais do dever prestacional que incumbe à Administração Pública. Em outro momento será apresentado o binômio “consensualidade-autoridade”, sua carga histórica e os caminhos de aproveitamento destes dois institutos como instrumentos equidistantes a serviço da realização do interesse público em matéria de responsabilidade civil. Enfim, toma-se a consensualidade como vetor de aprimoramento da atividade administrativa prestacional, incidente no momento da causação de danos e do surgimento do dever de reparar.

2. Panorama da responsabilidade civil do Estado pela prestação de serviços públicos

A responsabilização do Estado por danos causados a particulares será uma das grandes decorrências da submissão dos atos da Administração Pública à lei. Até então, a soberania estatal não convivia com o dever do Estado de reparar prejuízos. Trata-se de regra do direito europeu

continental e, curiosamente, também vigente nos países da *common law*. No direito anglo-saxônico, diga-se, a irresponsabilidade do Estado vai sobreviver à implantação, ao estabelecimento e desenvolvimento do Estado de Direito². Na tradição romano-germânica, o pretexto da irresponsabilidade termina no século XIX, com os primeiros precedentes julgados pelo Conselho de Estado francês e com a utilização da teoria geral da Responsabilidade Civil do direito privado, aplicada e adaptada ao Direito Administrativo. Os primeiros julgados, que datam da segunda metade do século XIX, reconhecem o dever do Estado francês de indenizar vítimas de acidentes automobilísticos causados por automóveis oficiais encarregados da prestação de serviços públicos³.

² Essa fase da irresponsabilidade subsiste quase que atavicamente até o segundo pós guerra. Somente por duas leis, uma de 1946, nos EUA, e outra de 1947, na Inglaterra, numa intervenção do *statutory law*, de leis escritas sobre a tradição da *common law* dos precedentes que proclamavam a irresponsabilidade estatal por danos à particulares. Essas duas leis, em cada um desses países, passam a reconhecer o dever do Estado de indenizar por atos ilícitos praticados pelos seus agentes aos particulares. Enquanto nos Estados absolutistas a noção de irresponsabilidade estava ligada à ideia de que o Rei podia atuar sem estar jungido a nenhuma norma jurídica que o vinculasse, nos EUA e na Inglaterra o argumento subjacente à irresponsabilidade era de que, a despeito da submissão do Estado à lei, cabia exclusivamente às ações estatais, legitimamente, restringir os direitos individuais. Eram fundamentos distintos para justificar a mesma realidade jurídica.

³ Cite-se o emblemático caso “Blanco”. Em 3 de novembro de 1871, Agnès Blanco, 5 anos, ao passar em frente a uma fábrica de processamento de tabaco, foi atropelada e ferida gravemente por um vagonete que saiu subitamente de dentro do estabelecimento, tendo uma perna amputada. O vagonete pertencia a uma empresa estatal de manufatura de tabaco de Bourdeax e era conduzido por quatro empregados. Inconformado, o pai da menina, Jean Blanco, ingressou, em 24 de janeiro de 1872, no tribunal de justiça (civil) com uma ação de indenização (reparação de danos) contra o Estado, alegando a responsabilidade civil (patrimonial) pela falta cometida por seus quatro empregados. A chamada *faut du service*. Surgiu, então, um conflito entre a jurisdição judicial (causas entre particulares - civil) e a jurisdição administrativa (causas em que o Estado é parte), sendo o Tribunal de Conflitos responsável por decidir de quem era a competência para julgar a causa. A corte, composta por quatro membros de cada jurisdição, enfrentou um impasse, posto que houve um empate (4 x 4). O Ministro da Justiça, Jules Dufaure, presidente do Tribunal de Conflitos, denominado Guardião dos Selos, desempatou, usando sua prerrogativa do Voto de Minerva, em favor do Conselho do Estado, a jurisdição administrativa. Diante dessa decisão superior, prevaleceu a decisão do Conselho do Estado que concedeu uma pensão vitalícia à vítima, lançando, assim, as bases da Teoria do Risco Administrativo que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados pelos seus agentes. Entendeu-se no caso Blanco que a responsabilidade que pode incumbrir ao Estado os danos causados aos particulares, causados pelas pessoas empregadas pelo serviço público, não pode ser regida pelos princípios que são estabelecidos no Código Civil, para as relações jurídicas de particular a particular; que esta responsabilidade não é plena nem absoluta; que ela tem suas regras especiais que variam de acordo com as necessidades do serviço e a necessidade de conciliar o direito do Estado (direito público) com os direitos privados (direito civil). A decisão do Caso Blanco figura como a pedra angular do Direito Administrativo francês. Na verdade, ela define tanto a competência da jurisdição administrativa como o conteúdo do Direito Administrativo. A decisão reconhece o Serviço Público como o critério para definir a competência da jurisdição administrativa, afirma a especificidade das regras aplicáveis aos serviços públicos e estabelece um nexo entre o fundamento do direito aplicável e a competência da jurisdição administrativa. Isso é o que os juristas chamam de princípio

Por longo do tempo a responsabilidade civil do Estado sofreu alterações em sua incidência. Nos tempos do absolutismo, prevalecia a teoria da irresponsabilidade do Estado como decorrência direta da soberania e da premissa de que o Estado, personificado na figura do rei e de agentes públicos que o representavam, não atuavam senão em nome da coletividade. O rei não cometia erros, origem da máxima “*the king can do wrong*”.

Outra teoria desenvolvida pela doutrina foi a responsabilidade com culpa civil do Estado. Colocava-se o Estado no mesmo plano dos indivíduos, sendo aquele obrigado a reparar os danos causados aos particulares mediante comprovação de culpa ou dolo dos seus agentes. O ônus de comprovação do elemento subjetivo da responsabilidade cabia aos particulares.

A teoria da culpa administrativa, por sua vez, assenta que o Estado deve ser responsabilizado pelo dano, somente se comprovada a omissão no serviço público. A omissão pode ser caracterizada pela inexistência do serviço, pelo mau funcionamento ou pelo retardamento do serviço. Igualmente, o ônus de comprovação da culpa da Administração Pública é do particular.

Já pela a teoria do risco integral, aumenta-se o prisma de incidência da responsabilidade sobre a Administração Pública. Segundo essa teoria, bastaria a prova da existência do evento danoso e do nexo causal para que surgisse a obrigação de indenizar para o Estado, mesmo que o dano decorresse de culpa exclusiva do particular.

Pela teoria do risco administrativo, teoria esta adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e fundada pelo artigo 37, § 6º da Constituição Federal em vigor, surge a obrigação econômica de o Estado reparar o dano sofrido injustamente pelo particular, independentemente da prova de falta do serviço ou mesmo de culpa do agente público. Para a Administração Pública se eximir ou atenuar a obrigação de indenizar, é necessário comprovar alguma das excludentes de causalidade, ou seja: que houve culpa exclusiva da vítima, evento fortuito ou que simplesmente inexiste nexo de causalidade.

da ligação (elo) entre a competência e o fundamento. O caso Blanco confirma, em grande parte, os termos de decisões anteriores, nos casos Rothschild, de 6 de dezembro de 1855, Carcassonne, de 20 de fevereiro de 1858, Deckesteer de 6 de agosto de 1861, Brandy, de 1º de junho de 1861 nos quais já havia o entendimento de que o Estado deveria responder pelos danos causados por seus agentes, quando no exercício de suas funções. (“Tribunal des conflits, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon”. Disponível em: <<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte=>>. Acesso em: 24 jun. 2015.).

Ninguém discute, atualmente, que a ordem jurídica imponha às pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, o dever de reparar os danos decorrentes do descumprimento de regras gerais que estejam obrigadas a observar. Até a consolidação desse quadro normativo orientador da responsabilidade objetiva, muitos foram os percursos legislativos: Esse processo de evolução foi lento e gradual.

É oportuna a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Outrora, nos Estados autocráticos do poder absoluto dos monarcas, prevaleceu a tese de irresponsabilidade do Estado pelos atos dos seus agentes, seus delegados. Entendia-se que o rei, e, portanto, o Estado que ele encarnava, não poderia fazer mal. Mesmo após a queda do regime senhorial, esse ponto de vista prevaleceu, porquanto, considera-se que incumbe ao Estado a defesa do direito, estaria isento de responsabilidade, por não se atribuir a ele, dolo ou culpa, na consecução dos seus objetivos de manter a ordem interna.⁴

A disciplina, tal qual regulada diferentemente pelas Constituições brasileiras, afastava a responsabilidade do Estado. Caberia ao lesado insurgir-se apenas contra os empregados e servidores públicos. Pela Constituição Política do Império do Brasil de 1824, em seu artigo 179, 29, “os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, e por não fazerm efetivamente responsáveis aos infratores”. A Constituição Federal de 1891, por sua vez, trazia em seu artigo 82:

Art. 82. Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos. Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres.

⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. VI, p. 436.

Verifica-se que pelas duas primeiras Cartas Políticas, a de 1824 e a de 1891, os funcionários públicos eram direta e exclusivamente responsáveis por prejuízos decorrentes de omissão ou abuso no exercício de seus cargos. O Estado não assumiria nenhuma responsabilidade perante terceiros prejudicados por atos de seus servidores. A posição de imunidade do Estado era corolário da figuração política de conservação da autoridade e de equivocada isenção do Poder Público em suas relações – ainda que lesivas – com os particulares.

Até que o Código Civil de 1916 previu, expressamente, a responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que, nesta qualidade, causarem danos a terceiros procedendo de modo contrário ao direito ou facultando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores de danos.

A previsão de culpa, acolhida na redação do Código Civil, não deixava dúvidas acerca do caráter subjetivo da responsabilidade.

A alteração constitucional que absorvesse a norma do Código Civil de 1916 ainda tardou. Na vigência das Constituições de 1934 e de 1937 passou a vigorar o princípio da responsabilidade solidária. O prejudicado podia mover a ação ou promover a execução de sentença contra o Estado ou contra o servidor público, segundo o seu critério de conveniência e oportunidade.

Segundo a Constituição Federal de 1934:

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário público.

Já pela Constituição Federal de 1937:

Art. 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

A Constituição de 1934 foi a primeira a admitir a responsabilidade do Estado pelos danos causados a terceiros por seus agentes com culpa ou dolo, respondendo estes solidariamente com aquele. Apesar de que ainda se limitava o direito da vítima, é preciso ressaltar que houve significativo avanço constitucional em benefício dos lesados em virtude de ação culposa do Estado. A responsabilidade solidária da Administração com o servidor garante à vítima o acesso à indenização, visto que a ação pode ser proposta apenas contra o Estado, se o servidor não tiver condições financeiras para arcar com o ônus indenizatório.

Observa-se que a Constituição de 1937 nada inovou em relação a esse particular, visto que seu art. 158 foi integralmente copiado o texto do artigo 171 da Constituição de 1934.

A partir da Constituição Federal de 1946⁵ adotou-se o princípio da responsabilidade em ação regressiva. Desapareceu a figura da responsabilidade direta do servidor ou da responsabilidade solidária; não há mais o litisconsórcio necessário.

Acabou ganhando corpo na doutrina o princípio da regressividade, que se refletiu na elaboração de textos constitucionais a partir da Carta Política de 1946, que adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, na qual não se cogita da culpa, mas, tão somente, da relação de causalidade; provado que o dano sofrido pelo particular é consequência da atividade administrativa, desnecessário será perquirir a ocorrência de culpa do funcionário ou, mesmo, de falta anônima do serviço.

O dever de indenizar da Administração impõe-se á por força do dispositivo constitucional que consagrou o princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos.

⁵ Constituição Federal de 1946: Art. 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa estes.

As Constituições de 1946 e a de 1967⁶, emendadas em 1969, consolidaram, definitivamente, a teoria da culpa objetiva em relação às entidades de direito público interno. A Constituição de 1967 ampliou as hipóteses de responsabilização das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus servidores. É que houve a supressão da palavra ‘interno’, de modo a abranger tanto as entidades políticas nacionais, como as estrangeiras. A Constituição de 1988⁷, por sua vez, estendeu a responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.

Observa-se também que no texto constitucional de 1988 substituiu-se o vocábulo “funcionário” por “agente”, de forma a aclarar que a responsabilidade do Estado subsistiria ainda que se tratasse de ato praticado por servidor contratado, funcionário de fato ou temporário, qualquer que fosse a forma de investidura. A Constituição Federal, ademais, não faz distinção entre atos comissivos ou omissivos de seus agentes. A despeito das teses em contrário, que não são tema do presente trabalho, em qualquer dos casos tem-se por prescindível a comprovação de culpa.⁸

Com o advento do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/07/2002, a vigor desde janeiro de 2003), alterou-se o artigo 15 do antigo Código Civil e moveu-se a lei infraconstitucional na direção da Constituição vigente. Segundo artigo 43 do atual Código Civil:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito de regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte deles, culpa ou dolo.

⁶ Na Constituição Federal de 1967/69: Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos caso de culpa ou dolo.

⁷ Constituição Federal de 1988: Art. 37, § 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.

⁸ Importante trazer que o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento jurisprudencial da matéria, pacificando que a responsabilidade das concessionárias e permissionárias de serviço público, no que se refere aos danos causados a terceiros, será de natureza objetiva, mesmo que o dano tenha prejudicado terceiro não usuário daquele serviço público oferecido. Veja-se em: Informativo n. 557 do Supremo Tribunal Federal: “Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do

O Código Civil, mesmo sem tratar das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público, passou a disciplinar o tema em estrita consonância com a Constituição vigente, à luz do princípio do risco administrativo natural em certas tarefas executadas pela Administração Pública, bastando assim que o lesado comprove o fato, o dano e o nexo causal entre o fato e o dano que sofreu.

A disciplina da responsabilidade civil do Estado, em matéria de serviços públicos, tal como posta na legislação e repisada pela doutrina e jurisprudência, vem sendo bastante testada acerca de seus requisitos e limites dogmáticos.

Não é por falta de norma que o cenário de irresponsabilidade do Estado parece se perpetuar na prática administrativa. A bem da verdade, instigante é verificar que os marcos normativos do regime de responsabilização do Estado não alteraram, no todo, o paradigma auto-

Serviço - 1 - Enfatizando a mudança da jurisprudência sobre a matéria, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que concluirá pela responsabilidade civil objetiva de empresa privada prestadora de serviço público em relação a terceiro não-usuário do serviço. Na espécie, empresa de transporte coletivo fora condenada a indenizar danos decorrentes de acidente que envolvera ônibus de sua propriedade e ciclista, o qual falecera. Inicialmente, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio, no sentido de assentir a necessidade de se ouvir o Procurador-Geral da República, em face do reconhecimento da repercussão geral e da possibilidade da fixação de novo entendimento sobre o tema, tendo o parquet se pronunciado, em seguida, oralmente. RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009. (RE-591874) Responsabilidade Civil Objetiva e Terceiro Não-Usuário do Serviço - 2 No mérito, salientando não ter ficado evidenciado, nas instâncias ordinárias, que o acidente fatal que vitimara o ciclista ocorreu por culpa exclusiva deste ou em razão de força maior, reputou-se comprovado o nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, e julgou-se tal condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 37, § 6º, da CF (“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.”). Asseverou-se que não se poderia interpretar restritivamente o alcance do art. 37, § 6º, da CF, sobretudo porque a Constituição, interpretada à luz do princípio da isonomia, não permite que se faça qualquer distinção entre os chamados “terceiros”, ou seja, entre usuários e não-usuários do serviço público, haja vista que todos eles, de igual modo, podem sofrer dano em razão da ação administrativa do Estado, seja ela realizada diretamente, seja por meio de pessoa jurídica de direito privado. Observou-se, ainda, que o entendimento de que apenas os terceiros usuários do serviço gozariam de proteção constitucional decorrente da responsabilidade objetiva do Estado, por terem o direito subjetivo de receber um serviço adequado, contrapor-se-ia à própria natureza do serviço público, que, por definição, tem caráter geral, estendendo-se, indistintamente, a todos os cidadãos, beneficiários diretos ou indiretos da ação estatal. Vencido o Min. Marco Aurélio que dava provimento ao recurso por não vislumbrar o nexo de causalidade entre a atividade administrativa e o dano em questão”. Precedentes citados: RE 262651/SP (DJU de 6.5.2005); RE 459749/PE (julgamento não concluído em virtude da superveniência de acordo entre as partes). RE 591874/MS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 26.8.2009. (RE-591874).

ritário de um Estado irresponsável. Isso se percebe, na prática, com a tendente desoneração do Estado pelo próprio Estado em relação ao seu dever de reparar aquele civilmente lesado. Passa-se agora à análise da disciplina dos serviços públicos e das implicações decorrentes de abordagens respectivamente estruturalistas ou essencialistas.

3. Serviços públicos

Um dos maiores desafios do Direito Público é a construção de um conceito seguro e de traços metodológicos bem marcados em matéria de Serviço Público. O desafio se agudiza em uma perspectiva de constante mutação das opções políticas de Estado, de maleabilidade das necessidades sociais e mesmo de flutuação de agentes econômicos, em um verdadeiro dégradé de posições jurídicas a demandar constante renovação de esforços por parte dos que se dedicam ao Direito Administrativo.

Tal dificuldade ganha especial relevo quando se radicalizam práticas intervencionistas ou não intervencionistas, em duas pontas de um mesmo eixo. Vale dizer: em dado momento histórico o Estado apresenta movimento de intervenção ampla na economia e, assim, chama à regularidade profundas derrogações das liberdades privadas. Em outro momento, na ponta oposta, há intensa liberalização de setores da economia a ponto de emergirem questionamentos sobre a própria importância do conceito de Serviços Pùblico⁹.

Por vezes, portanto, o volume de atividades absorvidas pelas funções administrativas sob o rótulo de serviço público faz com que ordenamento experimente a indefinição ou mesmo a desnecessidade de um regime jurídico único aplicável a todo esse universo de atividades. De outro lado, há momentos de intensa aproximação entre os regimes privado e público de prestação, ambos marcados pela exploração em níveis de mercado e que igualmente parecem frustrar a relevância de um conceito de Serviço Público.

Os desencontros em matéria de serviço público são renovados no estudo da Responsabilidade Civil decorrente de sua prestação. Se predominar a lógica de que o serviço público é uma estrutura a serviço da

⁹ Consinta-se referir Alexandre Santos de Aragão, que analisa duas crises conceituais de Serviço Público em p. 239. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 239 e seguintes.

autoridade, também o tratamento dos danos gerados pelo Estado durante a prestação dos serviços repercutirá o interesse na conservação e propagação dessa autoridade. Por outro lado, se predominar a lógica de capacitação dos serviços públicos pelo seu conteúdo, para que o melhor conteúdo seja colocado a serviço do cidadão, mais fácil pensar em um sistema aberto ao consenso, à dialética entre o Estado e o particular e, assim, ao reconhecimento da responsabilidade do Estado pelo próprio Estado.

3.1. Serviço Público como estrutura a serviço da autoridade

A caminhada das variadas escolas europeias que se debruçaram sobre o tema dos serviços públicos fez preponderar, para fins da conceituação de “serviços públicos”, a ideia de *regime jurídico* sobre a tônica dos *provimentos de utilidades* a cargo da Administração Pública. Tomou-se – como que por metonímia – o continente pelo conteúdo: a construção jurídico-intelectual migrou do norte das necessidades sociais para a discussão sobre o funcionamento, organização e gestão de serviços públicos pelo Estado¹⁰.

Essa migração pode ser observada em diferentes cenários históricos. No medievo, o monopólio da força representava uma justificativa para o provisionamento de utilidades nas mãos dos grupos de poder. No contexto do Estado absolutista, as decisões de Estado acerca de quais seriam as atividades produtivas a cargo do Estado definiam o que estaria circunscrito à atividade produtiva da coletividade. A colocação ou não de bens em mercado, mais do que uma decisão direcionada à melhor satisfação das necessidades sociais, implicava exercício contínuo de centralização do poder sobre as utilidades como meio adequado e necessário à manutenção e expansão do Poder.

Os primeiros sinais de organização de tais prestações surgem em meio às estruturas burocráticas francesas do século XIX. Ainda assim, mesmo naquele contexto histórico, a concepção sócio-jurídica de serviço público obrava a serviço da manutenção da coesão social e, assim, da integridade do Estado francês. Com esse fito se estruturava em bases práticas uma Escola dos Serviços públicos, que, de certa forma,

¹⁰ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales de derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2001. p. 37.

trouxe margem à operacionalização dos critérios subjetivo, material e formal para a definição do que estaria ou não incluído no conceito de Serviço Público.

Seja, contudo, sob uma perspectiva de monopólio da força – característico da Escola Institucional – seja sob uma perspectiva da organização da força – Escola dos Serviços públicos – o vértice é a posição privilegiada do governante, de onde emerge o discurso da justificação de um Poder de Estado a se valer do Poder de império ou da organização dos serviços para a obtenção de unidade e coesão social¹¹.

O reforço da concepção que privilegia o regime jurídico e coloca em segundo plano a materialidade da prestação do serviço se deu pela doutrina de Gaston Jèze, que anunciou sensível dicotomia entre Atividades Econômicas e Serviços públicos em um cenário de pós-guerra. Para Gaston Jèze, dizer que há serviço público em determinada hipótese “equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, quer dizer, um regime jurídico especial”¹².

Ao lado do apego à ideia de um regime jurídico geral, a indispensabilidade do Estado é outro ponto de memória teórica que carrega as concepções mais contemporâneas de Serviço Público. Significa dizer que a garantia do desenvolvimento social se dá mediante intransponível intervenção estatal nas organizações prestacionais – ainda que resumidas à proteção dos cidadãos e à segurança. A esse ponto, já se tinha incrustada na teoria e no senso comum a ideia de que o interesse geral e a coesão social necessária para o estabelecimento das instituições políticas sólidas não poderiam ser satisfeitos senão pela Administração Pública, ainda que de forma delegada a particulares.

Da parte do direito americano se tiram soluções diferenciadas daquelas do direito europeu, mas não menos influentes do modelo de

¹¹ Para o direito brasileiro, o debate entre a Escola Institucionalista e a Escola dos Serviços públicos não é tão perceptível como o debate metodológico entre os critérios objetivista e subjetivista para fins de qualificação de uma atividade como Serviço Público. E, como já dito, é possível traçar um fio condutor entre essa margem à operacionalização dos critérios subjetivo, material e formal para a definição do que estaria ou não dentro sob o conceito de Serviço Público e os primeiros movimentos que retiraram da essencialidade e utilidade da prestação para lançar mão de um objetivo de manutenção e concentração dos Poderes de Estado.

¹² JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Carlos García Oviedo. 2. ed. Madri: Reus, 1928. t. II, p. 4.

Serviço Público contemporâneo. Especialmente nos Estados Unidos, a menor evidência na separação entre regimes público e privado, na prática, não representava ausência de derrogação das liberdades privadas no que necessitavam as atividades submetidas à regulação do Estado.

Ainda que não se possa falar em um regime jurídico de direito público tal como concebido no direito brasileiro, certamente há a compreensão de utilidade coletiva com fortes impressões de fortalecimento da unidade nacional. No direito americano não há óbices à proteção específica de atividades econômicas. Os resultados assemelham-se àqueles do regime jurídico de Direito Público, só que através de vias condicionantes e disciplinadoras do exercício da liberdade privada.

Sublinha-se, que a nota distintiva da convivência entre plurais modelos de gestão das *public utilities*, sem que haja propriamente a delimitação de um regime único geral tal qual pretendido no modelo europeu, não afasta a perspectiva de atingimento de um interesse coletivo. Se a universalidade não está impressa como elemento caracterizador da prestação de tais atividades nas raízes da concepção das *public utilities*, é produto e resultado prático das decisões fundamentais do direito americano para fins de implementação das *public utilities*.

A universalidade, em outros termos, aparece como resposta à pergunta central acerca da restrição do direito de propriedade e da liberdade negocial em prol do interesse coletivo e do próprio Estado. Não é distante da concepção americana a perspectiva de que os interesses privados, quando devotados à coletividade, se sujeitam a limites externos de ordem pública. Trata-se de um controle *a posteriori* e calibrado por molduras abertas e maleáveis como a do princípio da razoabilidade.

Fato é que esses dois grandes modelos de tratamento das atividades de prestação das utilidades econômicas à coletividade – o modelo europeu e o modelo americano – desaguam na prática nacional da prestação de Serviço Público com alguns fortes elementos convergentes de influência, a saber: a sujeição do interesse individual ao interesse geral, a continuidade, a igualdade, e a derrogação das liberdades individuais para coibição de abusos.

Se observada sob o ângulo do regime jurídico, a doutrina nacional caminhou para aderir a uma construção distinta daquela americana.

No Brasil, parte-se da assertiva de que a atividade caracterizada como Serviço Público é pública; que a liberdade privada está sujeita a derrogações porque a atividade já fora avocada como de titularidade do Estado. *Ex-ante* a atividade é retirada da esfera privada e passada por meio de delegação ao agente privado, este que herdará prerrogativas do Estado.

Desde o período republicano, inaugurou-se reflexão sobre a concepção de serviços públicos pautada na posição do Estado e na separação entre os poderes. No final do século XIX já começa a fazer sentido a natureza prestacional de certas utilidades: estradas de ferro, serviços funerários, iluminação a gás, entre outros, eram serviços reservados, prestados pelo Estado.

Atualmente, pouco se discute que serviços públicos sejam obrigações das quais o Estado deva dar cabo: mas se pergunta o que de tal afirmação representa a sujeição da própria atividade tomada como serviço público a um regime geral, único e exauriente, limitador de todas as práticas privadas?

Sob uma ótica utilitarista que se debruce sobre a própria noção de Serviço Público, inevitável perceber que as atividades prestacionais do Estado serviram em muito para a manutenção de privilégios realengos, através do mecanismo das concessões, da derrogação de liberdades e, mais recentemente, da regulação. A crítica que se pode de pronto fazer, relevante à análise do que se fez da responsabilidade civil do Estado nessa caminhada, diz respeito ao reconhecimento de que a estruturação rígida de um regime de serviço público garantidor de privilégios para o Estado e de subalterna interação com o regime jurídico comum não mais se apresenta operacional ante as multifacetadas cadeias prestacionais que o processo de urbanização e de desenvolvimento social impuseram.¹³

3.2 Serviço público como conteúdo a serviço do cidadão

Passando-se de uma análise meramente estrutural da disciplina de serviços públicos para uma análise funcional e operativa, vê-se

¹³ “Constitui-se pressuposto, quase acaciano, de um serviço essencial que sua fruição por todos é tal que a própria coletividade assume encargo de assegurar o seu provimento universal e contínuo. É certo que, a partir de algumas bases de razoabilidade, a eleição de uma ou outra atividade como

que a herança de um Estado autoritário não garantiu, nas suas franjas, a legitimidade deste mesmo Estado, cada vez mais traído pela intensidade das demandas sociais e pela versatilidade da organização cotidiana dos serviços públicos. O serviço público concebido em gabinete como moldura monobloco não era mais o serviço público achado nas ruas¹⁴.

A despeito das encruzilhadas metodológicas, é possível identificar um núcleo essencial e referencial de predicados a partir do qual brotaram todas as concepções de serviço público que se alinharam ao longo dos anos. A partir deste se tira não apenas um norte de legitimação teórológica da expressão serviço público, como uma moldura promotora – propulsora – de quadros normativos para o tratamento da responsabilidade civil do Estado em matéria de serviços públicos, senão estáveis e imutáveis, ao menos coerentes na função impressa em cada serviço público. Assim, se apresentam, como partes desse núcleo essencial, as noções de necessidade coletiva, de *utilidade cotidiana*, de *serviência pública* e de *universalização*.

O que nasceu sob o crivo da essencialidade foi trazido para o âmbito do poder de império e colocado sob uma capa que, distorcida pela natural insuficiência de suas formas, frequentemente entrava – e entra – em choque com a prática e com as bases da pirâmide normativa afetas aos variados setores de prestação de serviço público.

Daí, pergunta-se: dizer que em determinada hipótese se está diante de serviço público equivale ainda a dizer que o Estado pode se valer de sua autoridade e de procedimentos exorbitantes para esquivar-se das fórmulas de responsabilização civil?

essencial sempre dependerá de uma opção política travada no âmbito do núcleo estratégico estatal. Mediante pautas normativas, o Estado seleciona atividades para com as quais, dada a sua relevância social, assume a obrigação de garantir a permanente disponibilização (continuidade) e a ampliação do acesso dos cidadãos à sua fruição (universalização). Para tanto estas pautas normativas fazem recair sobre esta exploração o regime de direito público, apto a dar conformação jurídica a estes dois vetores". (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 223, p. 138, 2001.).

¹⁴ Exemplificativamente, a dicotomia entre serviço público e atividade econômica, muito embora de grande utilidade para se tentar entender modalidades de intervenção estatal, não possuem presença nítida no texto constitucional. E mais: que bem analisado o leito em que defluiam as premissas dessa distinção, não transparece maior importância prática na dinâmica contemporânea dos serviços públicos.

Grande parte dos serviços públicos inquestionavelmente tidos como tais são configurados por características como competição, revisão de marcos regulatórios, submissão a regime de exploração de forma muito próxima ao que se denomina 'atividade econômica em sentido amplo'.

A evolução histórica, seja no plano nacional, seja do que herdamos da doutrina estrangeira, aponta para um viés soberano, metodológico e dogmático que se perde frente às necessidades sociais de contínuo aprimoramento da prestação.

Em algum sentido o Direito Administrativo neutralizou no direito pátrio sua preocupação com a qualidade da prestação para valorizar a manutenção de um regime jurídico intransponível às pressões de outros focos de poder. Nesse processo, o regime jurídico deixou de ser consequência e passou a ser causa, origem. O comprometimento, *a priori*, era com a origem e com a estrutura, não com abrangência, universalidade, e assunção de responsabilidades pela causação de danos.

Dos empenhos funcionalistas se tira que um regime de direito público sob os auspícios do Estado, ainda mais em uma concepção teleológica, deve servir à promoção das liberdades e não, aprioristicamente, lhe fazer oposição. Sob a perspectiva dos demandantes de Serviço Público, atribuir-se enfoque à reserva da atividade pelo Estado, e não à *atividade* reservada do Estado, obstaculiza a proteção do usuário do serviço e tem dificultado o manejo dos instrumentos de responsabilização civil por iniciativa do próprio Estado. Ganha força a proteção do Estado em detrimento, não raro, do interesse do administrado na análise do montante indenizatório e das ações positivas de evitação de novos danos. Longe de se tratar de uma projeção consequencialista, cuida-se de um processo contemporâneo de descolamento entre a estrutura e a função das atividades tidas como serviço público, delineado ao longo de anos de uma doutrina administrativa especialmente influenciada pelo modelo europeu, mas que também esbarra em formulações práticas a partir de dados do modelo americano.

Sob a perspectiva da configuração dos serviços fica ainda o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto aponta como critério teleológico, “construído, assim, sobre sua necessária generalidade, continuidade e modicidade, que representam cada uma a seu modo, em síntese, a segurança jurídica, que o Estado deve garantir à sua prestação”.¹⁵ Por aqui o poder do Estado deixa de ser mais importante que a necessidade de acessar determinada utilidade.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. *Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, v. 53. V. tb. em <<http://download.rj.gov.br/documents>>, acesso em: 23 jun. 2012.

Não por razões de soberania e conservação da autoridade que o Estado passa a ser titular dos serviços públicos, mas porque aquelas necessidades enfrentam dificuldades práticas ou mesmo jurídicas ante a necessidade de se viabilizar utilidades e prestações.

Além da dicotomia entre a análise dos serviços públicos pela ótica do seu regime jurídico e pela ótica de um sistema de prestação de utilidades ao cidadão, o tema dos serviços públicos ainda é disputado por outros dois vértices: o da autoridade e o da consensualidade. Essa disputa igualmente impregnará o tratamento da Responsabilidade Civil do Estado por danos causados na prestação de serviços públicos e obstaculizará a adesão pelo próprio Estado ao regime de responsabilização objetiva pelo risco administrativo.

Importante, antes, ver como o binômio “autoridade-consensualidade” é entronizado nas práticas do Estado para, adiante, observar como determinará a forma como o Estado reage negativamente ao reconhecimento de sua responsabilidade perante o particular.

4. Autoridade e consensualidade

Como já visto no estudo do tema dos serviços públicos, o Direito Administrativo ganhou autonomia científica a partir de ideias-chave que acorrentaram sua compreensão à lógica do exercício da autoridade. Sua independência tem algemas. Uma delas é a ideia de que o poder era uma manifestação incontrastável do Estado.

A ação do Estado seria exclusivamente voltada à limitação das individualidades e ao exercício de um poder extroverso. A Administração Pública, por sua vez, seria um aparato colocado a serviço do Estado, seja para fins de garantia de sua soberania, seja para fins de prestação, disponibilização e organização do serviço público. Manifestações que interceptassem de qualquer forma esse vetor preponderante do Poder, ainda que para recompor patrimônios lesionados por ação do próprio agente público, estariam a desafiar o Estado, contra o qual não poderiam ser apostas barreiras de atuação senão aquelas criadas pelo próprio Estado.

Não haveria hipótese de emanações de poder oriundas da sociedade sujeitassem o Estado a um agir ou deixar de agir que não orientado pelo próprio. A supremacia do poder estatal, a presunção de validade e veracidade do ato administrativo e – para o que interessa a este estudo – e os entraves, ao reconhecimento da responsabilidade do

Estado pelo próprio Estado são expressões dessa ideia tradicional de poder incontrastável, fundado na autoridade e no exercício moldado pelo – binômio poder-dever.

Outra ideia que se soma à do poder incontrastável é a de contenção do poder pelo poder. Por essa noção, afeta à da legalidade estrita, a autoridade é exercida por limites formais e materiais estabelecidos pelo Poder soberano. A autoridade é, por essa perspectiva, origem e fronteira da ação da Administração Pública.

É no direito europeu continental, diga-se, que esse viés da autoridade desvia a Administração Pública ainda mais das perspectivas de consensualidade e de conformação com atores privados. É no direito europeu continental, especialmente, que o controle da Administração Pública se destaca do controle experimentado pelo homem comum, pelos particulares. A autoridade goza de prerrogativas pelo Tribunal a que se submete e pelas regras que lhe sugerem comportamentos; usufrui de posições jurídico-subjetivas excepcionais e discrepantes em relação a qualquer outro agente privado que seja alvo de controle. No caso francês, por exemplo, submete-se inclusive a uma jurisdição própria.

Tanto a ideia de um poder incontrastável como a ideia de um poder controlador do próprio poder levaram a um manejo tímido e comumente desconfiado dos instrumentos consensuais pelo poder público. Em se observar o Direito Administrativo como um canal jurídico de viabilização da autoridade, toda perspectiva de tergiversação dialógica era vista como uma oposição ao primado da autoridade e ao próprio Direito Administrativo.

No âmbito da responsabilidade civil do Estado, inquestionável o trabalho dos intérpretes em repisar a norma do artigo 37 § 6º da Constituição Federal, a teoria do risco administrativo e a necessidade de reparação integral dos danos gerados, tal como ocorre no âmbito das relações jurídicas submetidas ao regime de Direito Privado.

Todo esse esforço, contudo, na prática, se encerra nas portas das procuradorias e órgãos de ouvidoria. Internamente, pisa-se pela conservação de um Estado irresponsável que se esconderia atrás do sofisma que aproxima “interesse público” e “interesse do erário”. Nesse cenário, vigente na rotina administrativa, pagar indenização, reconhecer o dever de reparar ou transacionar com o particular no sentido de minimizar seus dissabores equivaleria a abrir mão do poder do Estado. Representaria verdadeiro esvaziamento de uma esfera de autoridade pelo manto intransponível do “interesse público”.

À luz das premissas até aqui enunciadas, passa-se à análise dos entraves à migração de uma lógica da imperatividade – expressão do poder-dever do Estado – para uma lógica consensual no julgar da responsabilidade Civil do Estado pelo próprio Estado. Depois, trata-se do recurso à consensualidade no âmbito da responsabilidade civil do Estado, observadas as tensões entre a posição de autoridade e a posição teleológica de prestação ótima de serviços públicos.

5. Autoridade e consensualidade no julgar da responsabilidade civil do Estado pelo próprio Estado

O artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal estabelece que “...as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadores 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”. Assente na doutrina que a Constituição Federal consagra a responsabilidade civil da Administração, sob a modalidade do risco administrativo:

Cita-se, por todos, Hely Lopes Meirelles, segundo o qual:

[...] a teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta é inferida do fato lesivo da Administração [...]¹⁶.

E mais:

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 585.

Para obter a indenização basta que o lesado aione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indemnizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbe à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização¹⁷.

Prossegue o mencionado autor anotando que as pessoas físicas e jurídicas que exerçam funções delegadas, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos:

[...] também estas respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, nessa qualidade, causarem a terceiros, pois, como dissemos precedentemente (cap. VI, item I), não é justo e jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou de um serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.¹⁸

O recrudescimento normativo do regime de responsabilização do Estado ao longo da história encontrou eco no incremento dos mecanismos de controle e na proteção, pelo Poder Judiciário, das pretensões jurídicas invocadas contra o Estado. Parcela desse ciclo, contudo, ainda não se encerrou. Os resultados de responsabilização da Administração Pública, via de regra, ainda decorrem da ação positiva de terceiros e dos respectivos centros de controle.

O órgão ou entidade pública; a pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público deflagradora do ato

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 593.

¹⁸ Ibidem, p. 589.

lesivo raramente é protagonista da ação interna de reconhecimento da responsabilidade, limitando-se a aguardar uma posição judicial ou extrajudicial de contraste que a compila a responder perante o particular.

Vê-se no dia a dia da Administração Pública que, especialmente na seara da responsabilização civil pela causação de danos durante a prestação de serviços públicos, consente-se com uma posição de prestígio ao distanciamento do Estado e à conservação de sua posição de autoridade. A norma do artigo 37 § 6 da Constituição Federal, assecratória de direitos e garantias ao cidadão, não prosperou, no seio da Administração Pública, como vetor de assunção de responsabilidades pelo Estado.

À luz do contexto demonstrado nos tópicos acima, tem-se que a assunção de responsabilidades pelo próprio Estado não seria mero ato de benemérito ou de desleixo com erário, mas, sim, via de aperfeiçoamento da prestação dos serviços públicos, seja pela valorização de seu conteúdo, seja pelo prestígio à posição de particulares e utentes.

Pesa, contudo, a sombra histórica do regime jurídico de direito público, da autoridade e da imperatividade. A imperatividade é, historicamente, o meio de reconhecimento da atuação administrativa autoritária. O poder-dever de atuação Administrativa marcou seu aparato burocrático com a característica da imperatividade. O mesmo se deu com tratamento, pelo Estado, de seus atos sujeitos à responsabilização civil. A imperatividade traz, como produto desse poder-dever, um agir administrativo preponderantemente unilateral, por anos a fio irresponsável e ainda hoje em muito irresignável aos seus próprios erros e fragilidades.

A *imperatividade do agir* administrativo, tomada como uma prerrogativa da Administração, é traduzida para o tratamento do tema da responsabilidade civil do Estado como tendente *imunidade do agir* administrativo. O meta-argumento do *poder-dever* que assim conduz o agir administrativo para unilateralidade de seus provimentos e para impossibilidade de qualquer concertação com o administrado desemboca, em tema de responsabilização civil, para um tratamento do Estado pelo próprio Estado de contumaz negativa de reconhecimento voluntário de reponsabilidade pelos prejuízos causados a outrem.

A consensualidade, dito isto, enfrenta um primeiro entrave cultural: como incorporar a consensualidade à prática administrativa sem

que se esteja negando um dado elementar do exercício da autoridade, que é a imperatividade do agir administrativo?

Cabe aqui recorrer à funcionalidade do Direito Administrativo e ao perfil do Estado contemporâneo perante os administrados, em especial do Estado prestador de serviços públicos. Da mesma forma como a Administração Pública não atua na prestação de serviços públicos exclusivamente para restringir direitos e liberdades dos particulares, nem apenas para organizar sua estrutura burocrática, igualmente a ação da Administração Pública não mais se resume à imposição imperativa de um *poder-dever* formatado por atos administrativos unilaterais.

As funções absorvidas pelo Estado contemporâneo demandam interações e o estabelecimento de relações jurídicas consentâneas com a vastidão e a variedade de suas atividades. Isso inclui a possibilidade de reconhecimento das faltas cometidas no desempenho dessas funções e a tentativa de recomposição dos patrimônios ofendidos.

A consensualidade, nessa perspectiva, não é apenas mais um método de atuação do Estado, mas aquele que pode melhor representar um atuar da Administração Pública orientado pela legitimação de suas condutas através do reconhecimento público e dialógico de suas responsabilidades, independentemente da atuação de qualquer órgão de controle interno ou externo.

A despeito da consagrada fórmula constitucional segundo a qual “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”¹⁹, a prática administrativa ainda tergiversa com a lógica da irresponsabilidade na medida em que pauta o agir administrativo na espera silenciosa da imputação de responsabilidade por ação administrativa que lhe aponte o erro, geralmente oriunda de órgãos de controle externo e interno.

Na medida em que o próprio Estado observa o seu encargo de prestar serviços públicos com a lupa do exercício da imperatividade (circundado pela legalidade estrita e por um atuar enraizado na lei positiva), também as responsabilidades derivadas dessa prestação são observadas pela lupa da imperatividade e da conservação, tanto quanto possível, de uma posição inatingível e insindicável do Estado.

¹⁹ Constituição Federal, art. 37, § 6º.

Felizmente, diversos marcos históricos e jurídicos têm colaborado para o esvaziamento paulatino dos mecanismos autorreferenciais de Direito Administrativo exclusivamente vocacionados à perpetuação formal da autoridade. As constituições sociais do século XX, a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais e o incremento das demandas do Estado complexificaram as relações entre administrador e administrados, abrandando barreiras entre o público e o privado.

O exercício da autoridade vem sendo vitimado por clivagens que transportam a Administração Pública de uma lógica do imperativo para uma lógica do atendimento de resultados e de conquista diuturna de confiança e legitimação social. Daí, dizer-se que, se de um lado, a imperatividade sempre foi a representação maior do exercício da atividade administrativa calcada no poder-dever, o paradigma da consensualidade é o que melhor responde ao gatilho de um *poder-função*, ou seja: de um poder de Estado predicated à consecução das funções que lhe são constitucionalmente entregues.

A Administração Pública passa a se valer da consensualidade como recurso necessário para viabilizar a atuação administrativa, vale dizer: para cumprir as funções que lhe são acometidas pela Constituição e exigidas pelos administrados. A consensualidade passa a participar da rotina da Administração Pública muito menos por obra do convencimento da autoridade (e do amadurecimento franco da doutrina de Direito Administrativo) e muito mais por uma necessidade da atuação administrativa.

Como visto, o olhar para a consensualidade demanda diuturnamente a revisão de uma cultura imanente ao Poder Público segundo a qual a autoridade que lhe é essencial se manifesta exclusivamente quando pautada pelo pode-dever e, consequentemente, por um agir imperativo. A preservação do interesse público nem sempre se confunde com a conservação a qualquer custo do erário e da posição de indiferença do Estado às lesões que o mesmo provoca.

A mudança é substancial pelo papel do consenso. O consenso pressupõe o reconhecimento de que mesmo o Estado precisa estabelecer vínculos jurídicos com grupos que o permitam efetivar um feixe abstrato de competências e de obrigações para o fim de cumprimento de deveres estatais. No âmbito da responsabilidade civil, esse engajamento consensual se mostra imprescindível para a adesão definitiva do Estado ao modelo normativo traçado pelo artigo 37 § 6º da Constituição

Federal. Passa-se à análise isolada do paradigma consensual como vetor compatível com o sistema de responsabilidade civil do Estado pela prestação de serviços públicos.

6. Conclusão: a consensualidade como vetor cabível ao sistema responsabilidade civil do Estado por prestação de serviços públicos

Pretendeu-se demonstrar como a elaboração histórica do tema de serviços públicos e a tradicional dualidade entre autoridade e consensualidade têm dificultado a absorção, pelo Estado, de uma cultura de reconhecimento de sua responsabilidade em situação de danos causados pela prestação de serviços públicos.

Tanto a compreensão de serviços públicos como um centro de catalisação do poder estatal quanto a aversão a posturas consensuais que revisitem a lógica autoritária e unilateral tendem a apartar o Estado dos destinatários da prestação de serviços públicos. Deflagrado o dano e a violação do patrimônio dos utentes, o mesmo cenário observado na prática contemporânea da prestação de serviços públicos é replicado no tratamento da responsabilização civil do Estado. Dificilmente haverá a assunção voluntária de responsabilidade e o reconhecimento imediato da necessidade de aperfeiçoamento e aprimoramento do serviço com vistas à evitação de novos danos.

Não raro espera-se a tramitação de ações de controle interno ou externo e o empoeiramento da circunstância de lesão a bem jurídico do cidadão. A dispersão de ouvidorias e de sistemas de atendimento ao consumidor, muito embora tenham incrementado as vias de comunicação entre a Administração e o administrado, não raro apenas reproduzem a mesma cultura obstrutiva de reconhecimento de responsabilidade civil do Estado pelo próprio Estado. Adiam-se soluções positivas de recomposição dos patrimônios lesados e tendencialmente privilegia-se a incolumidade do erário como se ali estivesse o próprio interesse público.

O recurso à consensualidade é um movimento relevante para a disciplina da responsabilidade civil. Pode incidir desde o momento inicial de reconhecimento da responsabilidade e da causação do prejuízo ao particular como na concertação sobre prejuízos deflagrados pela prestação de serviços públicos. O silêncio da Administração Pública ali-

nhado à espera da insurgência do lesado ou da atuação dos mecanismos de controle não é senão um retorno à lógica de irresponsabilidade do Estado e do exercício de uma autoridade incontrastável.

Pela consensualidade, a ocorrência de lesão a bem jurídico se torna um *locus* de participação do particular pela melhoria do serviço prestado pelo Estado e de transação acerca dos danos experimentados. No modelo tradicional, da ação administrativa autista e imaculada, o Estado se reserva a prerrogativa de causar danos em nome do interesse público.

Através de um modelo permeado à consensualidade, o Estado é protagonista do processo de responsabilização civil. O provimento decorrente dessa posição contrita do próprio Estado – posição de reconhecimento da falta e de recomposição dos prejuízos experimentados por terceiros – será construído em um ambiente processual, com a participação dos interessados em que prevalece a regra do contraditório.

Importa perceber que a aplicação de mecanismos consensuais que filiem a Administração Pública à posição jurídico-subjetiva de causadora de prejuízos não implica renúncia ou abdicação do poder do Estado. Pela autoridade exerce-se a condução do processo em que serão apresentadas versões para o mesmo fato e fixam-se as premissas de sua marcha, inclusive acerca do arbitramento da indenização. A partir do momento em que se trava o contraditório, ao fim, caberá ao Administrador tomar sua decisão pelo reconhecimento ou não da responsabilidade; pelo pagamento ou não de indenização.

Ainda através da consensualidade, o desenvolvimento da atividade administrativa dá-se sobre bases mais abertas e mais elásticas, buscando no movimento contínuo da ação administrativa o equilíbrio entre a autoridade administrativa e o respeito à vontade manifestada pelo particular.

Não é demais assentar a consensualidade como princípio implícito do ordenamento jurídico brasileiro, caro à Teoria Geral dos contratos e, no âmbito do Direito Administrativo, consectário da urgência de ajustar o exercício do Poder às inúmeras funções administrativas.

Tomado o ambiente processual como referência, como aquele válido para contornar – ou para fundamentar –, o provimento administrativo, incide a autoridade do Estado para socorrer o processo, garantindo-lhe um desempenho ótimo e mais compatível com a recomposição de padrões de eficiência na prestação do serviço público. Da

mesma forma como as partes, em um processo judicial, disputam o provimento judicial, o espaço processual administrativo permeado pela consensualidade não abdica de certa disputa de teses e de posições sobre a responsabilização administrativa.

A participação dos privados no procedimento, ao permitir a ponderação dos interesses que emergem como relevantes após a causação de um prejuízo a particulares pela prestação de serviços públicos, não apenas imprime com mais eficácia melhoria das prestações de serviços do Estado como as torna mais facilmente aceitas pelo seu destinatário.

Em termos gerais, a aderência do particular à decisão que é produto do consenso não apenas repercute, abstratamente, no ganho de legitimidade da ação administrativa como também, em termos práticos, na maior garantia de sua execução, de seu cumprimento. Se em jogo a prestação de serviços públicos, o ganho se desprega do eixo que polariza o Estado e o particular lesado: a resposta de aperfeiçoamento do serviço pode ser imediata e perspectivas essencialistas e funcionais são resgatadas em prestígio do interesse do tomador do serviço.

Pode-se dizer, enfim, que ocorre uma mudança da posição do administrado. Numa perspectiva processual, o administrado é teoricamente parte do processo. A processualidade faz do processo, a um só tempo, um modo de participação e uma alternativa ao ato unilateral e autoritário para edição do provimento administrativo. O mecanismo propicia que a administração capture os administrados para legitimar a sua ação pela dialética.

A variabilidade de resultados possíveis e a sujeição de um cenário conflituoso à autoridade administrativa não desqualificam o processo. Fundamental, nesse ponto, é a motivação da escolha e o reconhecimento das opções oriundas da participação do agente privado. Há quem considere que ao substituir uma condenação (judicial ou administrativa), por um ato bilateral que se antecipe ao reconhecimento da responsabilidade do Estado, a Administração Pública estaria a dispor sobre o interesse público, ou seja: estaria versando sobre a forma como o interesse público deve ser realizado.

A violação à indisponibilidade ao interesse público em tema de serviços públicos, todavia, não deve vir da valorização da forma, mas do conteúdo e dos resultados de eficiência. Os ganhos com o aprimoramento do serviço e a possibilidade de negociação da dívida assumida pelo agente público não podem ser antevistas como vulnerações ao

erário. A processualidade pode até, sob uma ótica, multiplicar as facetas de dissenso, mas é o que garantirá a publicidade e assegurará a incidência dos mecanismos de controle, agora posteriores e supletivos ao reconhecimento da responsabilidade civil pelos próprios prestadores de serviços públicos.

Há ainda um longo caminho de aprimoramento dos mecanismos processuais de atingimento do consenso em tema de responsabilidade civil pela prestação de serviços públicos. O que não condiz mais com o sistema republicano vigente é que a centenária abertura legislativa para um regime de responsabilização do Estado não encontre eco nos corredores da Administração Pública, e que a postura administrativa imediata diante de um episódio lesivo aos patrimônios materiais e imateriais ainda subscreva o paradigma autoritário de um Estado irresponsável. A mágoa sem remédio.

7. Bibliografia

- DUGUIT, Léon. *Las transformaciones generales de derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2001.
- FRANÇA. *Le service public de la diffusion du droit*. Tribunal des conflits, du 8 février 1873, 00012, publié au recueil Lebon". Disponível em: <<http://legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886&dateTexte=>>>. Acesso: em: 24 jun. 2015.
- JÉZE, Gaston. *Princípios generales del derecho administrativo*. Tradução de Carlos García Oviedo. 2. ed. Madri: Reus, 1928. t. II.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 223, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. VI.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mito e realidade do serviço público. *Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*, v. 53. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos>>. Acesso em: 23 jun. 2012.

