FLÁVIO MURILO TARTUCE SILVA

**TEORIA DO RISCO CONCORRENTE
NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

TESE DE DOUTORADO

**PROFESSORA ORIENTADORA
GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2010**

FLÁVIO MURILO TARTUCE SILVA

**TEORIA DO RISCO CONCORRENTE
NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA**

Tese de Doutorado apresentada ao
Departamento de Direito Civil como
exigência parcial para obtenção do título de
Doutor pela Universidade de São Paulo, sob
a orientação da Professora Associada de
Direito Civil Doutora Giselda Maria
Fernandes Novaes Hironaka.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2010**

Banca Examinadora

Aos meus amores, Léia, Enzo e Laís.

Agradeço pela compreensão pelo tempo perdido.

RESUMO

A responsabilidade civil passou por profundas alterações estruturais e funcionais desde a segunda metade do século passado, seja no Brasil, seja no Direito Comparado. Um dos temas de maior relevo refere-se à concausalidade, que leva em conta a contribuição causal de cada participante para a fixação do valor reparatório. O presente estudo pretende analisar a contribuição causal da vítima, pela assunção do risco, na responsabilidade objetiva ou sem culpa, o que justifica o título *teoria do risco concorrente*. Em suma, como enunciado principal da proposta *na responsabilidade objetiva, a indenização deve ser fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes*, o que está fundamentado na equidade e na razoabilidade. Frise-se que a opção pela equidade foi adotada pelo legislador civil nos arts. 944 e 945 do atual Código Civil Brasileiro, dispositivo inspirado em outros comandos da legislação comparada. A conclusão, a ser demonstrada ao final deste estudo, tem várias aplicações práticas, como na responsabilidade civil do Estado, na responsabilidade civil decorrente das relações de trabalho, na responsabilidade médica, nos esportes e diversões radicais ou perigosos, nas situações que envolvem riscos derivados do contrato de seguro e no problema atual do tabagismo.

Palavras-chave: Direito Civil; Responsabilidade Civil Objetiva; Culpa ou Fato da Vítima; Indenização Equitativa; Teoria do Risco; Modalidades de Risco; Risco Concorrente; Responsabilidade Civil do Estado; Relações de Trabalho; Relações de Consumo; Seguro; Tabagismo.

ABSTRACT

Civil liability has been gone through deep structural and functional changes since the second half of the last century, both in Brazil and in Comparative Law. One of the most relevant themes refers to concasuality, which takes into consideration the contributing cause of each participant in order to determine the indemnification amount. The purpose of this study is to analyze the contributing cause of the victim, through risk assumption, in strict liability or with no fault, which justifies the title “*theory of the concurrent risk*”. In short, as the main statement of the proposal *in strict liability, the indemnification shall be determined in accordance with the risks taken by the parties*, which is grounded in equity and reasonableness. Note that the equity choice was adopted by civil legislator in articles 944 and 945 of the Brazilian Civil Code in effect, provision inspired in other commands of the compared legislation. The conclusion, to be shown at the end of this study, has many practical applications, such as in the State civil responsibility arising out of labor relations, medical responsibilities, sports and extreme or dangerous entertainment, in situations that involve risks resulting from insurance agreement, and in the current smoking problem.

Keywords: Civil Law; Strict Civil Liability; Victim Culpability or Fact; Equitable Indemnification; Risk Theory; Modalities of Risk; Concurrent Risk; State Civil Liability; Labor Relations; Consumer Relations; Insurance; Smoking.

RIASSUNTO

La responsabilità civile ha subito profondi cambiamenti strutturali e funzionali dalla seconda metà del secolo scorso, sia in Brasile, sia nell'ambito del Diritto comparato. Uno dei temi di più grande rilievo riguarda la concausalità, che prende in conto il contributo causale di ogni partecipe per la fissazione dell'importo di riparazione. Il presente studio intende analizzare il contributo causale della vittima, da quando assume il rischio, alla responsabilità oggettiva o senza colpa, ciò che giustifica il titolo *teoria del rischio concorrente*. Insomma, come enunciato principale della proposizione, *nel caso di responsabilità oggettiva, l'indennità deve essere fissata in conformità dei rischi assunti dalle parti*, ciò che è fondato sull'equità e sulla ragionevolezza. Si deve mettere in risalto che la scelta dell'equità è stata fatta dal legislatore civile negli artt. 944 e 945 dell'attuale Codice Civile brasiliano, ispirata ad altre disposizioni della legislazione comparata. La conclusione da essere dimostrata alla fine del presente studio ha molteplici applicazioni pratiche, tali come quelle sulla responsabilità civile dello Stato, sulla responsabilità civile derivante dai rapporti di lavoro, sulla responsabilità medica, sugli sport e divertimenti estremi o pericolosi, sulle situazioni che coinvolgono rischi derivanti dal contratto di assicurazione e sul problema attuale del tabagismo.

Parole chiave: Diritto Civile; Responsabilità Civile Oggettiva; Colpa o Fatto della Vittima; Indennità Equitativa; Teoria del Rischio; Modalità di Rischio; Rischio Concorrente; Responsabilità Civile dello Stato; Rapporti di Lavoro; Rapporti di Consumo; Assicurazione; Tabagismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO – ESBOÇO DA TESE E DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	10
1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL – ANÁLISE RETROSPECTIVA E PROSPECTIVA.....	13
1.1 Análise retrospectiva. Aspectos históricos da responsabilidade civil.....	13
1.2 Análise prospectiva. A responsabilidade civil e a pós-modernidade. Uma visão interdisciplinar	26
2. ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL	51
2.1 Classificação da responsabilidade civil quanto à origem e a superação da dicotomia responsabilidade contratual e extracontratual.....	51
2.2 A culpa. Do papel principal ao coadjuvante. A emergência da responsabilidade civil objetiva	62
2.3 A investigação do nexo de causalidade. Seus desafios. As teorias relativas ao tema e a sua flexibilização	78
2.4 O dano. Do papel coadjuvante ao principal.....	89
3. O RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL	109
3.1 Conceito de risco. Visão clássica e contemporânea	109
3.2 Algumas modalidades de risco	117
3.2.1 Risco administrativo	117
3.2.2 Risco criado	125
3.2.3 Risco-proveito.....	127
3.2.4 Risco profissional	145
3.2.5 Risco dependência	151
3.2.6 Risco integral	155
3.3 O risco no Código Civil de 2002. Análise do art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro de 2002 e sua concreção prática.....	162

4. A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	196
4.1 A ideia de concausalidade e o risco concorrente	196
4.2 Fundamentos da teoria do risco concorrente	212
4.3 O risco concorrente e a responsabilidade pressuposta.....	240
4.4 Aplicações práticas da teoria do risco concorrente.....	246
4.4.1 Primeiras palavras sobre a concretude do direito	246
4.4.2 A teoria do risco concorrente e a responsabilidade objetiva do Estado	248
4.4.3 A teoria do risco concorrente e a responsabilidade objetiva do empregador	254
4.4.4 A teoria do risco concorrente no transporte.....	259
4.4.5 A teoria do risco concorrente no seguro. O dever de mitigar o prejuízo (<i>duty to mitigate the loss</i>) e a questão do “beber e dirigir”.....	267
4.4.6 A teoria do risco concorrente e as atividades da área da saúde	274
4.4.7 A teoria do risco concorrente e as diversões e os esportes radicais ou perigosos	284
4.4.8 A teoria do risco concorrente e o <i>recall</i>	290
4.4.9 A teoria do risco concorrente e o cigarro	295
4.5 Contribuições interdisciplinares para a concorrência de risco.....	322
CONCLUSÕES.....	332
REFERÊNCIAS.....	343

INTRODUÇÃO

ESBOÇO DA TESE E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Como afirma João Guimarães Rosa em seu *Grande Sertão: Veredas*, “viver é muito perigoso”.¹ A oração é de 1956 e, transposta para o século XXI, poderia ser perfeitamente superdimensionada. Viver tornou-se algo perigoso demais. A vida, no seu desenvolver, traz à pessoa e à coletividade uma série de riscos, que elas devem superar para sobreviver.

Por certo, a responsabilidade civil vem recebendo novos enfoques nos últimos dois séculos. Se a passagem do século XIX para o XX trouxe à baila o surgimento moderno da responsabilidade sem culpa, a última virada trouxe uma verdadeira revolução relativa ao tema, incrementada pelos seguintes aspectos: *a)* consolidação da responsabilidade objetiva; *b)* ampliação dos riscos e das situações de concausalidade; *c)* flexibilização do nexo de causalidade; *d)* surgimento de novos danos, sobretudo coletivos; *e)* variações interdisciplinares; *f)* preocupação ambiental; *g)* tentativas de solução, pela via da responsabilização privada, de casos tidos como *hipercomplexos*.²

O Código Civil Brasileiro de 2002 em muito contribuiu para essa mudança de perspectiva. Primeiro, porque a atual codificação é essencialmente aberta, pelos inúmeros conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais que traz em seu conteúdo. Segundo, pois estabeleceu alterações estruturais em muitos de seus comandos, as quais repercutiram diretamente para o tema da responsabilidade civil, caso do seu art. 186, dispositivo que conceitua o ato ilícito. O tom ético é flagrante no atual Código Privado, pela valorização da boa-fé e pela possibilidade de redução do *quantum* indenizatório de acordo com a conduta dos envolvidos.³ Além disso, o vigente Código Civil é propício para diálogos interdisciplinares, como alguns que serão aqui propostos.

¹ A fala “Viver é muito perigoso”, recorrente inúmeras vezes no tecido narrativo do romance, é do jagunço Riobaldo Tatarana, que, aliás, vivia situações constantes de risco. O trecho a ser destacado é o seguinte: “O senhor escute meu coração, pegue no meu pulso. O senhor avista meus cabelos brancos... Viver – não é? – é muito perigoso. Porque ainda não se sabe. Porque aprender-a-viver é que é o viver, mesmo” (ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006. p. 585).

² Como exemplo dessa *hipercomplexidade* relativa à responsabilidade civil, cite-se a discussão concernente à possibilidade de reparação moral por abandono afetivo. Sobre o tema, consulte-se: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos, além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

³ A referência que se faz tem como fundamento os arts. 944 e 945 do Código Civil, dispositivos pelos quais a indenização mede-se pela extensão do dano e pelo grau de culpa dos envolvidos.

Este estudo procura analisar, na essência, o risco como gerador da responsabilidade civil e as consequências que advêm da sua assunção pela partes. Mais especificamente, pretende-se focar a conduta do lesado, geradora daquilo que se convém denominar *risco concorrente*. Nesse contexto, é proposta uma nova teoria para gerar a redução do montante da indenização, particularmente na responsabilidade sem culpa, conhecida como responsabilidade objetiva. Essa é a delimitação conceitual do presente estudo.

Não se pode negar que este estudo recebe influência de outros recentes trabalhos do Direito Civil Brasileiro. Assim, destaca-se obra que procurou investigar um novo conceito de responsabilidade privada.⁴ Do mesmo modo, outros estudos que investigaram novas estruturas e funções relativas à responsabilidade civil podem ser citados.⁵ Por fim, mencione-se ainda quem mergulhou academicamente nas novas modalidades de risco, tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro em vigor.⁶

Este estudo é composto por cinco capítulos, em uma sequência lógica e crescente de aspectos históricos, sociais, técnicos e científicos que pretendem fundamentar a concorrência do risco como argumento jurídico a ser considerado.

No Capítulo 1 será feita uma análise retrospectiva e prospectiva da responsabilidade civil, desde o Direito Romano até a pós-modernidade, sendo o último termo de preferência deste autor.

O Capítulo 2 investiga a estrutura da responsabilidade civil. De início, trata-se da classificação da responsabilidade quanto à origem e à possibilidade de superação da dicotomia *responsabilidade contratual e extracontratual*. Em seguida, será abordada a mudança do papel da culpa, do principal ao coadjuvante, tendo como respaldo a emergência da responsabilidade objetiva. Ato contínuo, tem-se a investigação do nexo de causalidade: seus desafios, as teorias relativas ao tema e a sua flexibilização. Por fim, a última seção analisa o dano, que deixou de ter *papel coadjuvante*, passando a ter um *papel principal* no contexto da responsabilização privada.

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Tese de livre-docência defendida na Universidade de São Paulo em 2003.

⁵ Cite-se: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. Trata-se de tese de doutorado defendida em 2006 na Universidade de Molise, na Itália. Também pode ser mencionado o trabalho de Marcelo Junqueira Calixto intitulado *A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função* (Rio de Janeiro: Renovar, 2008), tese de doutorado defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro em 2007. As palavras “estrutura” e “função” vêm da obra de Bobbio (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007).

⁶ SIMÃO, José Fernando Simão. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. Trata-se de tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2007, em que o autor propõe a *teoria do risco dependência*.

Ao adentrar especificamente no tema central da obra, o Capítulo 3 enfrenta o risco na responsabilidade civil: seu conceito na contemporaneidade; as modalidades de risco – o *risco-criado*, o *risco-proveito*, o *risco profissional*, o *risco dependência* e o *risco integral*. Ato contínuo, é analisado o art. 927, parágrafo único, da atual codificação, ponto de partida para a premissa jurídica que aqui se propõe.

O Capítulo 4 traz a essência da *teoria do risco concorrente* na responsabilidade objetiva. A ideia de concausalidades é o primeiro tópico a ser analisado. Logo em seguida, são abordados os fundamentos legais, jurídicos e sociais da teoria. Nessa ordem de ideias, risco concorrente é, então, enquadrado em parte no conceito de *responsabilidade pressuposta*.⁷ Para dar efetividade às conclusões deste estudo, o tópico seguinte exemplifica aplicações práticas da teoria do risco concorrente, em vários subitens, com abordagens pontuais. Finaliza-se o capítulo com algumas contribuições interdisciplinares para a concorrência de risco, em especial com estudos sobre o gerenciamento do risco e a estatística.

O Capítulo 5, que encerra o estudo, traz as conclusões essenciais da teoria que se propõe ao longo de toda exposição e viabiliza a sua didática aplicação prática.

Essa é, portanto, a essência do presente estudo, ficando claro que a delimitação do tema está relacionada à responsabilidade objetiva, de acordo com o tópico dos atos ilícitos e da responsabilidade civil. Note-se, de imediato, que o conteúdo diz respeito a uma das mais importantes fontes obrigacionais da contemporaneidade.⁸

⁷ Tendo como parâmetro, obviamente, trabalho da orientadora deste estudo: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit. Saliente-se que este estudo procura um enquadramento parcial em relação àquela obra, e não um enquadramento absoluto.

⁸ No Direito Italiano, com base no art. 1.173 do *Codice*, Massimo Bianca apresenta como fontes obrigacionais o contrato, o ato ilícito e qualquer outro ato fato idôneo capaz de produzi-las em conformidade com o ordenamento jurídico (BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2006. v. 4: L'obbligazione, p. 5). Por certo, tal dispositivo enuncia essas fontes obrigacionais por meio da adoção de um sistema aberto. No Direito Português, Mário Júlio de Almeida Costa considera fontes obrigacionais: os contratos, a lei, os negócios unilaterais, a gestão de negócios, o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 200). No Direito Brasileiro, Maria Helena Diniz aponta como fontes obrigacionais os atos jurídicos *stricto sensu*, os negócios jurídicos bilaterais e os atos ilícitos (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 40-44). Também servindo como substrato, Álvaro Villaça Azevedo afirma que são fontes obrigacionais o contrato, o ato unilateral e o ato ilícito (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 46). A partir dos ensinamentos dos dois últimos doutrinadores e pela própria organização do Código Civil de 2002, consideramos fontes obrigacionais pelo sistema privado vigente: a) a lei; b) os contratos; c) os atos ilícitos, o que inclui o abuso de direito; d) os atos unilaterais: a promessa de recompensa, a gestão de negócios, o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa; e) os títulos de crédito (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 2: Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil, p. 41-43). Entendemos que a palavra “fonte”, para tais conclusões, pode ser utilizada tanto no sentido de *origem* quanto no de *manifestação* ou *expressão* da obrigação.

1

DA RESPONSABILIDADE CIVIL — ANÁLISE RETROSPECTIVA E PROSPECTIVA

1.1 ANÁLISE RETROSPECTIVA. ASPECTOS HISTÓRICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Desde a Antiguidade, o tema da responsabilidade civil goza de enorme prestígio social. Certamente, com os primeiros relacionamentos humanos, em particular obrigacionais, surgiram os conflitos, as relações endêmicas, as patologias, os crimes, bem como as disputas familiares e tribais. Essa época ficou conhecida como *período de Talião*, em que o castigo servia como punição pela violência praticada contra outrem. Cumpre assinalar que a violência da repressão poderia ser igual ou até maior do que ato anterior. A Lei de Talião – expressa na máxima “olho por olho, dente por dente” – foi repetida pelo Código de Hammurabi, na Mesopotâmia antiga, no início do segundo milênio antes de Cristo, havendo a perpetuação da ideia de *vingança privada*.⁹ Anote-se, com base nas lições extraídas da *Enciclopédia Saraiva de Direito*, que “A palavra *talião* tem a sua origem no latim *talis* – igual, semelhante, tal –, donde *talio*, *onis*: pena igual à ofensa; tal ofensa, tal pena. Embora essa forma de pena tenha a sua denominação derivada do latim, língua dos Romanos, ela é encontrada em povos historicamente muito anteriores a eles”.¹⁰

Do ponto de vista histórico, assinala a doutrina que o Código de Manu, da cultura hindu, apresentou uma evolução em relação ao Código de Hammurabi, eis que trazia a previsão de multa ou indenização a favor do prejudicado. Assim, a pena corporal foi substituída por uma pena pecuniária naquela ocasião, de acordo com a ideia de pacifismo. Iniciou-se, assim, a *superação da ideia de vingança*.¹¹

⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 45-47. Ao escrever sobre a vingança privada, ensina Alvino Lima que “De sua aplicação natural e espontânea, fruto de uma reação animal, de um sentimento de vingança ou de explosão do próprio sofrimento, a vingança privada, como forma de repressão do dano, passou para o domínio jurídico, como reação legalizada e regulada; o poder público passa a intervir no sentido de permiti-la ou de excluí-la quando injustificável” (LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. 2. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1999. p. 20).

¹⁰ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 72, p. 39.

¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 48.

No Direito Romano, parâmetro para qualquer estudo de Direito Privado, a Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., ainda sofria influências da Lei de Talião.¹² De qualquer sorte, destaque-se que, mesmo na doutrina especializada, há quem duvide da autenticidade da versão publicada da Lei das XII Tábuas.¹³ Como se pode perceber de sua leitura, a citada lei romana previa a possibilidade de penas pecuniárias, tal como a *poena*, indenização que seria paga pelo ofensor – este, então, tornava-se devedor, e o credor, a vítima que sofria o prejuízo. A *poena* surgiu no sistema romano para substituir a vingança privada, sendo certo que tal punição privada não se confundia com a pena pública, uma vez que os delitos públicos estavam sujeitos a processos especiais.¹⁴

Sabe-se que a justiça ou vingança privada foi a alternativa encontrada por muitos povos antigos, o que chegou até a motivar o surgimento de guerras entre tais povos.¹⁵ A

¹² No que concerne aos delitos, previa a Tábua Sétima da Lei das XII Tábuas: “1. Se um quadrúpede causa qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado. 2. Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare. 3. Aquele que fez encantamentos contra a colheita de outrem; 4. ou a colheu furtivamente à noite antes de amadurecer, ou a cortou depois de madura, será sacrificado a Ceres. 5. Se o autor do dano é impúbere, que seja fustigado a critério do pretor e indenize o prejuízo em dobro. 6. Aquele que fez pastar o seu rebanho em terreno alheio; 7. E o que intencionalmente incendiou uma casa ou um monte de trigo perto de uma casa, seja fustigado com varas e em seguida lançado ao fogo; 8. Mas se assim agiu por imprudência, que repare o dano; se não tem recursos para isso, que seja punido menos severamente do que se tivesse agido intencionalmente. 9. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses. 10. Se alguém difama outrem com palavras ou cânticos, que seja fustigado. 11. *Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo.* 12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido é um escravo. 13. Se o tutor administra com dolo, que seja destituído como suspeito e com infâmia; se causou algum prejuízo ao tutelado; que seja condenado a pagar o dobro ao fim da gestão. 14. Se um patrono causa dano a seu cliente, que seja declarado sacer (podendo ser morto como vítima devotada aos deuses). 15. Se alguém participou de uma ato como testemunha ou desempenhou nesse ato as funções de libripende, e recusa dar o seu testemunho, que recaia sobre ele a infâmia e ninguém lhe sirva de testemunha. 16. Se alguém profere um falso testemunho, que seja precipitado da rocha Tarpeia. 17. Se alguém matou um homem livre e empregou feitiçaria e veneno, que seja sacrificado como o último suplício. 18. Se alguém matou o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio” [grifo nosso] (MEIRA, Sílvio. A. B. *A Lei das XII Tábuas*. Fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972). Anote-se que o *acordo* era uma alternativa à pena de Talião (Lei n. 11). A vingança privada pode ser retirada de outras leis dessa tábua, destacando-se as de números 14, 15, 16, 17 e 18.

¹³ A esse respeito, ver: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. I, p. 41. Apesar de demonstrar as teses de contradição, encabeçadas por Ettore Pais e Lambert, conclui o doutrinador romanista que “É certo, porém, que se pode admitir que algumas das disposições que nos foram transmitidas como pertencentes à Lei das XII Tábuas não faziam parte da codificação original, mas a ela foram atribuídas, ou em virtude da transmissão oral dessa Lei, ou pela tendência dos antigos de atribuir à legislação decenviral todas as normas arcaicas. Mas isso, evidentemente, não destrói a autenticidade da Lei das XII Tábuas” (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, 3. ed., v. I, cit., p. 42).

¹⁴ MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de direito romano*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971. v. 1, p. 313.

¹⁵ Como aponta Martinho Garcez Neto, a vingança privada era utilizada pelos povos antigos germânicos, e os atos de violência culminavam em conflitos armados. Em reforço a esse caráter coletivo de vingança, entre os antigos, cita o autor o rapto de Helena de Troia, esposa de Menelau, o que resultou na guerra entre a Grécia e Troia (GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 24).

Lex Poetelia Papiria, do século IV a.C., proibiu definitivamente a execução pessoal, mas esta continuou a existir, renascendo no Baixo Império Romano.¹⁶

Consigne-se ainda que, em Roma, os atos ilícitos ou delitos eram considerados fontes do direito obrigacional, ao lado dos contratos, dos quase contratos e dos quase delitos, quadripartição atribuída à fase do *direito justinianeu*.¹⁷ A influência é clara ao sistema atual, em que foram suprimidos os quase contratos e os quase delitos. Ao realizar a devida confrontação, é possível afirmar que, no sistema do Código Civil Brasileiro de 2002, os quase contratos foram substituídos pelos atos unilaterais, como são os casos da promessa de recompensa (arts. 854 a 860 do CC/2002) e da gestão de negócios (arts. 861 a 875 do CC/2002). Os quase delitos foram substituídos por conceitos intermediários de ilicitude, como o de abuso de direito, que consta do art. 187 da atual codificação privada nacional.

Ainda no que tange ao sistema romano, é sempre evocada a *Lex Aquilia de Damno*, aprovada possivelmente no século III a.C.¹⁸ A norma trazia a ideia de *damnum iniuria datum*, figura delituosa com autonomia, exigindo a lei três requisitos para a sua configuração. O primeiro deles era a *iniuria*, ou seja, que o dano tivesse origem em ato contrário ao direito. O segundo requisito, a *culpa genérica*, isto é, um ato positivo ou negativo praticado por dolo ou culpa específica do agente. Por fim, exigia-se o *damnum*, uma lesão patrimonial.¹⁹ Esses requisitos influenciam até hoje a construção estrutural da responsabilidade civil, conforme será possível depreender do próximo capítulo do presente estudo. A norma romana citada introduziu a responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, como regra no sistema romano, quando até então era válida a responsabilidade sem culpa como via comum, extraída da pena de Talião constante da Lei das XII Tábuas. Conforme

¹⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil, 10. ed., cit., p. 277.

¹⁷ Sobre as fontes do direito obrigacional romano: BETTI, Emilio. *Instituzioni di diritto romano*. Parte prima. Padova: Cedam, 1962. v. 2, cit., p. 66-95; SANTOS JUSTO, A. *Direito privado romano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. II: Direito das obrigações, p. 18; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. II, p. 33-39; CORREIA, Alexandre; SCIACIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. I, p. 255; MEIRA, Sílvia A. B. *Instituições de direito romano*, cit., p. 313. Essas obras também foram utilizadas para as demais pesquisas relativas ao direito romano como um todo, ao lado do livro do professor Álvaro Villaça Azevedo (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil, 10. ed., cit.).

¹⁸ No que concerne à sua data exata, afirma Moreira Alves ser desconhecida (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, 3. ed., v. II, cit., p. 279). Santos Justo assinala que a *Lex* teria sido originada, provavelmente, de um plebiscito votado no ano 284 a. C., “para assegurar aos plebeus o pagamento de danos causados aos seus bens pelos patricios” (SANTOS JUSTO, A. *Direito privado romano*, v. II, cit., p. 132). Trazendo interessante estudo histórico sobre a *Lex Aquilia*, entre os civilistas clássicos nacionais: LIMONGI FRANÇA, Rubens. Responsabilidade aquiliana e suas raízes. In: CAHALI, Yusef Said (Coord.). *Responsabilidade civil*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 235-256.

¹⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, 3. ed., v. II, cit., p. 279-280.

se pode notar, a responsabilidade objetiva já existia nos *primórdios jurídicos* muito antes de sua consolidação moderna.

Aliás, é comum encontrar a expressão *responsabilidade aquiliana como sinônimo de responsabilidade extracontratual subjetiva*. Todavia, tem razão Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka quando afirma, a partir da leitura de Michel Villey, tratar-se de um engano. Isso porque a culpa estudada na contemporaneidade tem forte influência religiosa e cristã, decorrente da ideia de pecado e de castigo. Já a culpa romana não sofria esse tipo de ingerência conceitual, sendo apenas um dado accidental, eis que constituía seu fator fundamental “a causalidade do agente em relação ao dano, ou seja, o que obriga alguém a reparar é ter sido a causa de um dano e não ter desejado causar esse dano que efetivamente causou. Ora, embora a culpa entre no vocabulário que define o percurso dessa causalidade, ela não tem, no direito romano, uma importância tão fatídica quanto terá depois, a partir da leitura cristã, ou inspirará essa leitura”.²⁰ Em reforço, os romanos, por serem essencialmente pragmáticos, não se preocupavam com valores psicológicos atribuíveis à culpa, mormente aqueles relativos ao consciente e ao subconsciente, tais como as construções da ideia de pecado, de castigo como correção ou de sentimento de autopunição.

A culpa ainda influenciou o Direito Medieval, como afirma Caio Mário da Silva Pereira.²¹ Há aqui o período intermediário da escola do Direito Natural, com claras decorrências romanas. A partir da primeira metade do século XVII, diante do movimento doutrinário de Hugo Grócio – incrementado por Pufendorf –, a responsabilidade civil passa a ter a sua evolução teórica romana interpretada de acordo com as necessidades práticas.²² Surge nesse período a ideia do *ato emulativo* como abuso de direito, conceito este que chegou a estruturar outras legislações no futuro. Essa é a leitura de San Tiago Dantas, quando afirma: “Já se sabe o que foi a vida medieval, o ambiente de emulação por excelência. A rixa, a briga, a altercação, é a substância da vida medieval. Briga de vizinhos, briga de barões, brigas de corporações, no seio das saciedades; brigas entre o poder temporal e o poder espiritual. Todas as formas de altercações a sociedade medieval conheceu, como não podia deixar de acontecer numa época de considerável atrofia do Estado. É aí que, pela primeira vez, os juristas têm conhecimento deste problema: o exercício de um direito com o fim de prejudicar outrem. O direito como elemento de

²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 55-57.

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 6.

²² GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*, cit., p. 29-31.

emulação. Entende-se, por emulação, o exercício de um direito com o fim de prejudicar outrem. Quer dizer, em vez de ter o fim de tirar para si um benefício, o autor do ato tem em vista causar prejuízo a outrem”.²³ Nascia, ao lado do ato ilícito puro, o ilícito decorrente do exercício imoderado de um direito próprio, geralmente do direito subjetivo de propriedade (*aemulatio* ou ato emulativo).

Passando-se para a modernidade, a culpa foi elemento estruturante de muitas codificações que surgiram à época. Dentre todas, destaca-se a codificação francesa de 1804, o Código de Napoleão, norma que respaldou muitas outras como marco teórico fundamental. O art. 1.382 do *Code* é claro ao exigir a culpa como elemento da responsabilidade civil, enunciando que todo ato de homem que cause dano a terceiro obriga o responsável que agiu com culpa a repará-lo.²⁴

Partindo-se para uma análise interna nacional, não há dúvida de que o Código Francês em muito influenciou o Código Civil Brasileiro de 1916, o qual, em seu art. 159, previa que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Essa influência é marcante na própria anotação de Clóvis Beviláqua, que faz referência, além do Código Francês, aos Códigos dos seguintes países: Itália, Espanha, Argentina, Alemanha, Suíça, Chile, Uruguai, Portugal, México, Japão, Bolívia, Peru e Venezuela.²⁵ Outros dispositivos do então Código Civil Brasileiro estruturavam a responsabilidade civil na culpa, como aqueles relacionados ao inadimplemento das modalidades obrigacionais e à responsabilidade contratual, caso dos arts. 865, 867, 870, 879 e 883.²⁶

²³ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 1, p. 368-369. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945].

²⁴ Redação original do Código Civil Francês: “Art. 1.382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”. Apesar da controvérsia a respeito da menção expressa à culpa nesse dispositivo, extrai-se, de Caio Mário da Silva Pereira, a afirmação de que o comando francês enuncia um *princípio geral*, “obrigando a reparar todos os danos que uma pessoa causar a outra por sua culpa” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 6). No mesmo sentido, Alvino Lima leciona que “O princípio fundamental da responsabilidade pessoal extracontratual ou aquiliana consubstanciado no art. 1.382 do Código Civil francês é a culpa do agente causador do dano lesando o direito de terceiro” (LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 219).

²⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 452.

²⁶ CC/1916. “Art. 865. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes. Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos.”

“Art. 867. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.”

“Art. 870. Se a coisa se perder por culpa do devedor, vigorará o disposto no art. 865, 2ª parte.”

“Art. 879. Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos.”

Voltando ao plano externo, no ano de 1897, Raymond Saleilles escreveu o seu notório estudo em defesa da teoria objetiva, ou seja, da responsabilidade sem culpa. Ressalte-se que esta ganhou reforço em artigo de Louis Josserand, que apontou a responsabilidade objetiva como marco evolutivo do tema da responsabilidade civil.²⁷ Em 1936, as conclusões foram expostas em conferências pronunciadas em faculdades de direito e institutos jurídicos de Lisboa, Coimbra, Belgrado, Bucareste, Oradea, Bruxelas, Rabat e Casablanca, sob o título de “Evolução da Responsabilidade Civil”.²⁸

Josserand inicia o seu estudo demonstrando todas as transformações pelas quais passou o tema da responsabilidade civil até aquela época. De início, ressalta que, no tempo em que era estudante, a matéria era tratada pelos professores em uma única lição, como se fosse um assunto totalmente secundário. Porém, enfatiza que, naquele período, o tema já tinha que ser exposto em, no mínimo, dez ou doze lições. A responsabilidade civil, portanto, passava a ser um assunto do primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária, tornando-se *a grande sentinela do direito civil mundial, a primeira entre todas*.²⁹

Como causas da evolução acelerada da responsabilidade civil, o jurista cita, a princípio, o caráter sucessivamente mais perigoso da então vida contemporânea, moderna. Afinal, como se iniciou o presente estudo, viver é arriscado, e o perigo havia se intensificado naqueles últimos tempos, particularmente diante da Revolução Industrial.³⁰

“Art. 883. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaza, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo n. 3.725, de 15.1.1919).”

²⁷ Conforme se extrai das lições de Caio Mário da Silva Pereira (*Responsabilidade civil*, cit., p. 16-17).

²⁸ A versão escrita do trabalho foi traduzida para o português por Raul Lima e publicado pela Revista Forense, no ano de 1941 (JOSSEAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, p. 52, 1941). Anote-se, conforme intervenção do professor doutor José Luiz Gavião de Almeida, feita quando da qualificação deste estudo, que a visão de Josserand era diferenciada à época, pois, para ele, o dano levaria em conta o sujeito passivo do prejuízo, ou seja, a vítima. Como aponta o último jurista, analisando a responsabilidade civil e a obra de Josserand: “É verdade que a relevância da matéria está intimamente ligada ao progresso da humanidade. Tal fato não passou despercebido a Louis Josserand, que já em 1936 observava a existência de causas profundas, ao mesmo tempo de ordem social e mecânica, científica e material, responsáveis pela prodigiosa e acelerada evolução do instituto da responsabilidade civil. O desenvolvimento científico, gerador de conforto por um lado, mas de perigos e acidentes, por outro, tornou-se fonte relevante da responsabilidade civil” (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Coord.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62). Mais à frente, o professor aponta, ao citar Josserand, que a responsabilidade civil foi redimensionada para se preocupar mais com a reparação do lesado, chegando-se até a excessos nesse sentido (ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil, cit., p. 62-64).

²⁹ JOSSEAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil, cit., p. 52.

³⁰ Como assinala Agostinho Alvim, o desenvolvimento das indústrias e dos meios de locomoção ou transporte pôde demonstrar a insuficiência da culpa para a solução de grande número de casos. “Este fator é mencionado por todos os autores e, ainda há pouco, Borrel Macia, ao estudar, em face da legislação espanhola, a responsabilidade sem culpa, pôs em destaque o crescimento dos riscos pelo aumento dos progressos materiais (cf. Responsabilidades derivadas de culpa extracontratual civil, §1º)” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 268).

Ao lado dessa causa, que já seria *razão bastante* para justificar a evolução da responsabilidade civil, o autor aponta outra, até mais relevante, qual seja, a preocupação com a reparação do dano e com a vítima do prejuízo. A *sede de justiça* pela reparação entra em cena como causa relevante para mudanças de paradigmas naquela época e para novos e mais intensos voos do tema da reparação civil.³¹

Superada a análise das causas da evolução, Josserand parte para o estudo dos conceitos de culpa e sua relação com o ônus da prova nas ações de reparação de danos. Assinala que a questão da culpa provada, como pressuposto da responsabilidade civil, trazia ao autor da ação um fardo muito pesado, constituindo “considerável *handicap* para aquele sôbre cujos ombros caía”.³² A par dessa ideia, conclui que impor à vítima ou aos seus sucessores a demonstração inequívoca da culpa equivaleria a recusar-lhes a tutela reparatória, uma vez que a teoria tradicional relativa ao tema – fundada no conceito subjetivo de culpa – já se tornava insuficiente e perempta, sendo necessário alargar os fundamentos em que repousava o *edifício de antanho*, o qual não correspondia mais às necessidades sociais. Neste particular, o texto é bem rico pela sua atualidade, residindo ponto crucial ainda a justificar a responsabilidade sem culpa nos tempos pós-modernos.

Como alargamentos ou novos dimensionamentos, Josserand expõe, em seus estudos, tentativas de mitigar a análise da culpa na responsabilidade civil, a saber: *a)* a admissão – de maneira explícita – da existência de culpa em alguns casos concretos; *b)* o estabelecimento ou o reconhecimento de casos de presunção de culpa; *c)* a substituição do conceito de culpa pelo de risco – tentativa do legislador francês –, daí a responsabilidade subjetiva tornar-se objetiva; *d)* a aceitação jurisprudencial da responsabilidade civil contratual, sem a necessidade de prova de culpa, colocando a vítima em uma posição mais favorável.³³ Ao realizar uma análise específica, teórica e prática, o jurista francês expõe duas teorias como mitigadoras da culpa provada: a *teoria do abuso de direito* e a *teoria das faltas ou culpas negativas*.

³¹ “Quem, dos nossos dias, admitiria que um operário, vítima dum acidente cuja causa é desconhecida, ficasse sem reparação e que a miséria e a fome se instalassem em seu lar? Ninguém, tenho a certeza. Temos sede de justiça, isto é, de equilíbrio jurídico, e, quando acontece um desastre, procuramos logo o responsável; queremos que haja um responsável; não aceitamos mais, docilmente, os golpes do destino, e, sim, pretendemos determinar a incidência definitiva” (JOSSEAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*, cit., p. 54).

³² JOSSEAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*, cit., p. 55.

³³ JOSSEAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*, cit., p. 55.

Em relação ao abuso do direito, trata-se de conceito antigo que remonta ao Direito Medieval, mas que foi amplamente debatido pelo Direito Francês moderno. Nos casos de sua caracterização – como nas hipóteses de abuso da propriedade e de litigância de má-fé –, Jossérand leciona que a culpa seria subentendida e presumida toda vez que um direito fosse exercido com desproporção.³⁴

Por outra via, segundo a *teoria das faltas ou culpas negativas*, criação do doutrinador que aqui se estuda, a responsabilidade civil surgiria da omissão, da inércia, da falta de conduta.³⁵ E essas abstenções, naquela ocasião temporal, poderiam ser caracterizadas pela falta de empregos de novas técnicas para afastar os riscos das evoluções da modernidade. De tal posicionamento surgiria uma culpa predisposta, pré-constituída ou antecipada, sem a necessidade de prova.

A última situação representaria a busca de um sistema de presunções legais de culpa – um relevante *salto evolutivo* que também foi sentido no Brasil, como será exposto a seguir. Além das teorias, o próprio *Code Civil* trazia essas presunções, como nas hipóteses de responsabilidade civil por atos de terceiro, nos termos do seu art. 1.384.³⁶ Eis aqui os conceitos de culpa presumida pela vigilância (*culpa in vigilando*) e pela escolha (*culpa in eligendo*), que remontam ao próprio Direito Romano. Como situação típica da primeira, exemplifique-se com a culpa presumida do pai ou da mãe pela vigilância do seu filho. Ilustrando a segunda hipótese, pode ser citada a culpa presumida do empregador pela escolha ou eleição de um empregado.

Finalmente, após essas divagações evolutivas, chega Jossérand à exposição da tão aclamada e debatida *doutrina do risco*, originária do estudo anterior de Saleilles, segundo a qual aquele que criou o risco à custa de outrem deve suportar as suas consequências, respondendo perante a outra parte.³⁷ Ao citar a legislação francesa trabalhista que surgia, o doutrinador prenuncia a *verdadeira revolução*, decorrente da dissociação completa da responsabilidade do conceito tradicional de culpa, aplicando-se a antiga regra pela qual “a

³⁴ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil, cit., p. 56.

³⁵ Como, aliás, consta expressamente do art. 1.383 do Código Civil Francês – pela previsão à “negligência” –, e do art. 186 do atual Código Civil Brasileiro, tanto pela menção à “omissão voluntária” quanto à “negligência”.

³⁶ É a redação do *caput* do citado dispositivo do Código Francês: “Art. 1.384. On est responsable non seulement du dommage que l’en cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l’on a sous sa garde”. Tradução livre deste autor: “Se é responsável não somente por danos que tem como causa os próprios fatos mas também por aqueles que têm como causa os fatos das pessoas pelas quais se é responsável, ou daqueles que estão sob sua guarda”.

³⁷ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil, cit., p. 58.

cada um segundo seus atos e segundo suas iniciativas”, princípio valioso para uma sociedade laboriosa e protetora dos fracos: a força, a iniciativa e a ação devem ser por si mesmas geradoras de responsabilidade.³⁸ Eis aqui uma nova versão do *suum cuique tribuere*, “dar a cada um o que é seu”, princípio máximo de justiça que remonta ao Direito Romano.

A verdade é que a responsabilidade objetiva fundada no risco espalhou-se por toda a Europa a partir do final do século XIX. Na Itália não foi diferente, dada a crescente revisão do princípio de que *nono haveria responsabilidade sem culpa (nessuna responsabilità senza colpa)*, buscando-se um modelo alternativo de reparação privada.³⁹ Três fatores apontados pela doutrina italiana merecem destaque. O primeiro deles é a conclusão de que um sistema pelo qual somente o dano causado culposamente é reparável não é absolutamente *idôneo*, no sentido de satisfazer as exigências sociais que vão surgindo no cotidiano.⁴⁰ O segundo fator é a crescente industrialização, não havendo mais a necessidade, a partir da Segunda Revolução Industrial, de se proteger *cegamente* as empresas pelos danos causados à coletividade.⁴¹ Por fim, o terceiro fator é o aprofundamento dos problemas relativos à responsabilidade, o que leva a doutrina a identificar casos de responsabilidade sem culpa todas as vezes em que, no Código Civil ou na jurisprudência, se faz uso de técnicas interpretativas ou de argumentações baseadas nas presunções absolutas de culpa.⁴²

Superada essa análise comparada, fundamental para o presente estudo, no Brasil – partindo-se para uma abordagem interna definitiva –, antes da adoção da teoria objetiva, houve o citado *salto evolutivo* a respeito do tema, da responsabilidade subjetiva para a culpa presumida.⁴³ É interessante observar que esse salto, em nosso país, remonta a uma lei que é anterior ao próprio Código Civil de 1916, a saber, o Decreto-lei n. 2.681, de 1912, que tratava da responsabilidade civil das empresas de estradas de ferro.⁴⁴ Em 1938, Alvino

³⁸ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil, cit., p. 61.

³⁹ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. p. 115.

⁴⁰ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti, cit., p. 115. Os autores salientam ainda que o modelo culposo foi construído para uma sociedade com economia essencialmente agrícola, estando *em passos distintos aos do tempo*.

⁴¹ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti, cit., p. 115.

⁴² ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti, cit., p. 115.

⁴³ Para esse importante *salto*, serve como referência a obra de Alvino Lima, escrita em 1938 (*Culpa e risco*, cit., p. 20).

⁴⁴ Prevê o art. 17 do Decreto-lei n. 2.681/1912 que “As estradas de ferro responderão pelos desastres que nas suas linhas sucederem aos viajantes e de que resulte a morte ferimento ou lesão corpórea. A culpa será sempre presumida, só se admitindo em contrário algumas das seguintes provas: I – caso fortuito e força maior; II – culpa do viajante, não concorrendo culpa da estrada”.

Lima ensinava ser a hipótese de responsabilidade objetiva, apesar da menção expressa à responsabilidade subjetiva por culpa presumida.⁴⁵

Não se olvide, contudo, de que o Código Civil de 1916 também tratava da responsabilidade objetiva ou sem culpa. A título de ilustração, a doutrina considerava que a *responsabilidade civil decorrente do fato da coisa*, constante dos arts. 1.519, 1.520, parágrafo único, 1.528 e 1.529 da codificação anterior, geraria a responsabilidade objetiva ou sem culpa.⁴⁶ Ato contínuo, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, uma das primeiras matérias atingidas expressamente pela responsabilidade sem culpa em nosso país foi a referente aos acidentes de trabalho. De início, surgiu o Decreto n. 3.724/1919, substituído pelo Decreto n. 3.724/1934 e pelo Decreto-lei n. 7.073/1944 e, posteriormente, pelas Leis n. 5.316/1967 e n. 6.367/1976. O Código Brasileiro do Ar igualmente consagrou a responsabilidade sem culpa, nos termos do Decreto n. 483/1938 e do Decreto-lei n. 32/1966, com as devidas alterações que seguiram, até culminar na emergência do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986).⁴⁷ Em complemento, como marco histórico, cite-se a Lei n. 6.453/1977, que disciplinou expressamente a responsabilidade objetiva por dano nuclear em seu art. 4º.⁴⁸

Como último marco legal, a responsabilidade sem culpa chegou até o campo do Direito Ambiental, movimento que ganhou relevo a partir da década de 1970 e que, no momento, está na *agenda de compromissos* da sociedade contemporânea. Em 1981, surgiu

⁴⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit., p. 275-276. As diferenças entre a culpa presumida e a responsabilidade objetiva serão expostas no próximo capítulo do presente trabalho.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 23. Vejamos as previsões desses comandos legais do Código Civil de 1916:

“Art. 1.519. Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo, que sofreu.”

“Art. 1.520. Se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este ficará com ação regressiva, no caso do art. 160, II, o autor do dano, para haver a importância, que tiver ressarcido ao dono da coisa. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se danificou a coisa (art. 160, I).”

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

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

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 24-25.

⁴⁸ Lei n. 6.453/1977. “Art. 4º Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear: I – ocorrido na instalação nuclear; II – provocado por material nuclear procedente de instalação nuclear, quando o acidente ocorrer: a) antes que o operador da instalação nuclear a que se destina tenha assumido, por contrato escrito, a responsabilidade por acidentes nucleares causados pelo material; b) na falta de contrato, antes que o operador da outra instalação nuclear haja assumido efetivamente o encargo do material. III – provocado por material nuclear enviado à instalação nuclear, quando o acidente ocorrer: a) depois que a responsabilidade por acidente provocado pelo material lhe houver sido transferida, por contrato escrito, pelo operador da outra instalação nuclear; b) na falta de contrato, depois que o operador da instalação nuclear houver assumido efetivamente o encargo do material a ele enviado.”

a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), a qual previu, em seu art. 14, § 1º, a responsabilidade objetiva daqueles que causam danos ao meio ambiente.⁴⁹ Isso antes mesmo de a Constituição Federal de 1988 reforçar a preocupação com os problemas ambientais, consagrando a proteção do meio ambiente em seu art. 225 como uma questão de *direitos intergeracionais ou transgeracionais*.⁵⁰ A preocupação com o meio ambiente tornou-se marcante nos últimos anos, diante de uma série de problemas que vêm atingindo a nossa *casa maior* – o Planeta Terra –, sobretudo em decorrência do aquecimento global.

Sem prejuízo dessa proteção, a Constituição Federal de 1988 também disciplinou, sobremaneira e com grande impacto, a responsabilidade sem culpa, ao tratar especificamente da responsabilidade indireta do Estado, por ato de seus agentes, em particular no art. 37, § 6º.⁵¹ Conforme ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, a responsabilidade do Estado já era objetiva desde a Constituição Federal de 1946, o que apenas foi confirmado pela Carta Fundamental de 1988.⁵² Assim, desde a década de 1940, a responsabilidade sem culpa deveria orientar a leitura do art. 15 do Código Civil de 1916, que disciplinava a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de Direito Público, sem,

⁴⁹ Lei n. 6.938/1981. “Art. 14 [...] § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

⁵⁰ A preocupação com as presentes e futuras gerações consta expressamente do *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

⁵¹ CF/1988. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁵² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 989-1004. Ensina o doutrinador que esse também era o entendimento de Aguiar Dias, Seabra Fagundes, Mário Marzagão e Hely Lopes Meirelles (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 995). Previa o art. 194 daquela Constituição que “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 seus funcionários causadores do dano quando tiver havido culpa nestes”.

contudo, fazer menção à natureza da responsabilidade civil.⁵³ A conclusão deve ser semelhante quanto ao art. 43 da atual codificação privada.⁵⁴

No entanto, o principal *mergulho* da responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação privada se deu com o surgimento, no ano de 1990, da Lei n. 8.078, que instituiu no Brasil o Código de Defesa e Proteção do Consumidor e enunciou a responsabilidade sem culpa dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços em alguns de seus dispositivos. O Código Civil de 2002 apenas *aprofundou o mergulho*, ao dispor, em termos gerais da responsabilidade sem culpa, no seu art. 927, parágrafo único, comando legal que ainda terá a devida análise.

No que concerne à lei consumerista, de início, anote-se que o art. 6º, VI, da Lei n. 8.078/1990 reconhece como um dos direitos básicos e fundamentais dos consumidores a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos. O dispositivo é consagrador daquilo que se convencionou denominar *princípio da reparação integral dos danos*.⁵⁵ Para tanto, os incisos seguintes reconhecem o pleno acesso a órgãos judiciais e administrativos, o que inclui a possibilidade de concessão das benesses da justiça gratuita, nos casos envolvendo pessoas necessitadas, e a inversão do ônus da prova (art. 6º, VII e VIII, da Lei n. 8.078/1990).

A responsabilidade sem culpa é expressa no art. 12, *caput*, do CDC, dispositivo que trata da *responsabilidade pelo fato do produto*.⁵⁶ O dever de reparar, independentemente de culpa, consta, em reforço, da previsão *do fato do serviço*, prevista pelo art. 14, *caput*, da mesma Lei Consumerista.⁵⁷ Como bem aponta Silmara Juny de Abreu Chinellato, a *quarta*

⁵³ CC/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.”

⁵⁴ CC/2002. “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.” O dispositivo pode ser criticado pela falta de menção às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, sendo um comando legal incompleto, se for levado em conta o atual Texto Constitucional (Cf. ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 44). Acertadamente, o atual Projeto de Lei n. 276/2007 – antigo PL n. 6.960/2002 – pretende corrigi-lo e completá-lo, para que faça menção a essas pessoas coletivas.

⁵⁵ Utilizando a expressão “reparação integral”, ver: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 2. tir. São Paulo: RT, 2006. p. 188.

⁵⁶ Lei n. 8.078/1990. “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

⁵⁷ Lei n. 8.078/1990. “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

era de direitos, aquela relacionada com a evolução tecnológica, “traz uma responsabilidade diferenciada aos produtores de tecnologia, imputando-lhes indenizar os lesados sem indagação de culpa, bastando a comprovação do nexo causal entre o ato ou fato lesivo e o dano”.⁵⁸ Isso porque, ainda nos dizeres da professora titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, “a tendência à objetivação da responsabilidade civil atende à sociedade pós-moderna, sociedade de massa e globalizada, caracterizada pelos riscos da produção e do desenvolvimento, nos quais se inclui a tecnologia, que tornam mais vulneráveis possíveis vítimas”.⁵⁹

É pacífico que o Código do Consumidor trouxe um grande impacto no Direito Privado Brasileiro, particularmente no que toca à responsabilidade civil, seja contratual ou extracontratual. Na verdade, pode-se até afirmar que a norma citada revolucionou o Direito Civil em nosso país. É impossível desassociar o estudo do tema que aqui será abordado da Lei n. 8.078/1990. Diante disso, o que se propõe é uma comunicação entre as duas normas (Código Civil + Código de Defesa do Consumidor), a partir da teoria do *diálogo das fontes*, de Erik Jayme e Cláudia Lima Marques.⁶⁰

Trata-se de um fenômeno pós-moderno ou contemporâneo a feliz tentativa de complementaridade entre as normas jurídicas, uma vez que são marcas da atualidade o pluralismo das fontes e dos agentes, bem como a superabundância das normas jurídicas. Repise-se que, entre estas, muitas visam à proteção de vulneráveis, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro. A partir dessa ideia de interação, tão comum à explosão de leis da atualidade, ingressa-se na análise prospectiva do tema da responsabilidade civil, assunto sobre o qual se passa a expor.

⁵⁸ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5: Responsabilidade civil, p. 588.

⁵⁹ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo, cit., p. 588.

⁶⁰ JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia: Kluwer, 1995; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 663-701. A preocupação de Erik Jayme em relação a uma visão unitária do Direito, sem que isso prejudique a tutela da pessoa humana, pode também ser percebida em: JAYME, Erik. Il diritto internazionale privato estense. *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Estrato. Diretta da Fausto Pocar, Tullio Treves, Sergio M. Carbone, Andrea Giardina, Riccardo Luzzatto, Franco Mosconi, Padova: Cedam, ano XXXII, n. 1, p. 18, genn./mar. 1996.

1.2 ANÁLISE PROSPECTIVA. A RESPONSABILIDADE CIVIL E A PÓS-MODERNIDADE. UMA VISÃO INTERDISCIPLINAR

No *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, o termo “prospecção” está relacionado ao estudo preliminar que visa localizar jazidas minerais ou petrolíferas. Aqui, a palavra será utilizada em um sentido figurado, a demonstrar a busca de uma nova metodologia para o tema da responsabilidade civil, como o *prospecto* de novas fontes, de novos recursos de energia, de novas construções e, por que não, de uma atual infraestrutura conceitual no profundo e rico terreno que é o do direito das obrigações. Para tanto, serão utilizados inúmeros equipamentos, várias brocas e ferramentas, bem como máquinas dos mais diversos tipos e tecnologias, em uma visão interdisciplinar do Direito.

Conforme aponta Jorge Mosset Iturraspe, a responsabilidade civil vem passando por uma *crise* – no sentido de mudanças estruturais e funcionais no que concerne à sua visão clássica –, o que pode ser percebido pelas críticas e dúvidas sobre os seguintes aspectos: *a)* a função reparadora da responsabilidade civil; *b)* o abarrotamento do Poder Judiciário com questões relativas à reparação civil, gerando uma *indústria judicial*; *c)* a justiça e a equidade existentes na ideia de se colocar *sobre as costas* de um causador individual uma reparação plena e integral, com grave risco de quebra ou insolvência; *d)* a “culpabilidade total” ou absoluta de um pretense agente contrastando com a “inocência total” das vítimas; *e)* a indenização vista como um custo muito alto, o que impede de se acionar as empresas; *f)* a conveniência de uma interferência cultural do Direito na vida do mercado e da sociedade produtiva, havendo um “paternalismo excessivo” no dirigismo estatal; *g)* a existência de vítimas que, muitas vezes, contribuem para o evento danoso, por agirem de forma negligente ou imprudente diante da falta de informação ou de não saberem como atuar.⁶¹

Consciente dessas mudanças, o jurista argentino menciona ainda a *socialização da responsabilidade civil*, fenômeno atual e complexo, expressado por vários aspectos, tais como: *a)* o acidente não é apenas um fato entre indivíduos, mas um fato social; *b)* se uma empresa é condenada a pagar alta indenização, isso atingirá os consumidores, que serão obrigados a pagar preços mais caros pelos bens e serviços; *c)* a substituição de uma responsabilidade fundada na culpa por outra, baseada no risco, prova que a imputação deixa de ser encarada como uma falta individual, passando a ser vista como uma

⁶¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidade por daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, (s.d.). t. III: El acto ilícito, p. 13.

reprovação ao emprego de tecnologias de ponta; *d*) parece ser mais justo e equitativo que importantes setores sociais suportem a indenização, seja mediante a implantação de fundos de seguridade ou garantias, seja por meio de um seguro obrigatório; *e*) devem ser multiplicados os custos de prevenção para que se evitem os acidentes (visão *ex ante*).⁶²

O ponto de partida para se compreender tais fenômenos – seja o de *crise* ou o de *socialização* – deve ser uma visão contemporânea do Direito Privado, tendo como enfoque a *pós-modernidade jurídica*, expressão geralmente utilizada para demonstrar uma mudança substancial no pensamento relativo ao Direito.⁶³

É notório que o termo “pós-modernidade” é usado para simbolizar o rompimento dos paradigmas construídos ao longo da modernidade, quebra ocorrida ao final do século XX. Mais precisamente, parece correto dizer que o ano de 1968 é um bom parâmetro para se apontar o início desse período, diante de protestos e movimentos em prol da liberdade e de outros valores sociais que eclodiram em todo o mundo.⁶⁴ O surgimento da grande rede digital de computadores – a internet –, o nascimento da telefonia celular, a queda do muro de Berlim, o ataque terrorista aos Estados Unidos no ano de 2001, bem como a eleição de Barack Obama como presidente norte-americano, são fatos relevantes para essa nova era. Em suma, podem ser considerados *divisores de águas*, se a pós-modernidade admitir a divisão em fases.

Conforme ensina Eduardo Bianca Bittar, a pós-modernidade significa “o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, inaugura sua mescla com os restos da modernidade”.⁶⁵ Dessa construção, fundamental para o presente capítulo, podem ser retiradas algumas reflexões.

⁶² ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidade por danos*, t. III, cit., p. 14.

⁶³ Sobre a pós-modernidade jurídica, ver: SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. São Paulo: Graal, 2003; BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

⁶⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*, cit., p. 97-100.

⁶⁵ BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*, cit., p. 108.

A primeira delas é a de que a pós-modernidade traz uma nova forma de encarar, pensar o mundo e com ele interagir, atuando efetivamente. Essa nova realidade não só pode como deve influir na literatura científica, o que abrange a literatura jurídica e, por óbvio, o tema da responsabilidade civil e das indenizações, tão prático e efetivo.⁶⁶

Ademais, a pós-modernidade representa uma superação parcial, e não total, do modernismo, até porque a palavra “moderno” faz parte da construção morfológica do termo. Em verdade, é preciso rever conceitos, e não rompê-los totalmente. As antigas categorias são remodeladas, refeitas, mantendo-se, muitas vezes, a sua base estrutural. Isso, sem dúvida, vem ocorrendo com o Direito, a partir de um novo dimensionamento das antigas categorias jurídicas. A pós-modernidade pode figurar como uma revisão das premissas da razão pura, por meio da análise da realidade de conceitos que foram negados pela razão anterior, pela *modernidade quadrada*.⁶⁷ A propósito da *crítica da razão pura*, merecem destaque a obra e as palavras de Immanuel Kant, no sentido de que “A razão humana, num determinado domínio dos seus conhecimentos, possui o singular destino de se ver atormentada por questões que não pode evitar, pois lhe são impostas pela sua natureza, mas às quais também não pode dar resposta, por ultrapassarem completamente as suas possibilidades”.⁶⁸

⁶⁶ Conforme os ensinamentos de Thomas Kuhn: “Os conhecimentos científicos dos profissionais e dos leigos estão baseados nos manuais e em alguns outros tipos de literatura deles derivada. Entretanto, sendo os manuais veículos pedagógicos destinados a perpetuar a ciência normal, devem ser parcial ou totalmente reescritos toda vez que a linguagem, a estrutura dos problemas ou as normas da ciência normal se modificarem. Em suma, precisam ser reescritos imediatamente após cada revolução científica e, uma vez reescritos, dissimulam inevitavelmente não só o papel desempenhado, mas também a própria existência das revoluções que os produziram. A menos que tenha experimentado pessoalmente uma revolução durante sua vida, o sentido histórico do cientista ativo ou do leitor não especializado em literatura de manual englobará somente os resultados mais relevantes das revoluções ocorridas” (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 177).

⁶⁷ Essa é a conclusão de Hilton Ferreira Japiassu, merecendo destaque os seus dizeres: “Diria que a chamada ‘pós-modernidade’ aparece como uma espécie de Renascimento dos ideais banidos e cassados por nossa modernidade racionalizadora. Esta modernidade teria terminado a partir do momento em que não podemos mais falar da história como algo de unitário e quando morre o mito do Progresso. É a emergência desses ideais que seria responsável por toda uma onda de comportamentos e de atitudes irracionais e desencantados em relação à política e pelo crescimento do ceticismo face aos valores fundamentais da modernidade. Estaríamos dando Adeus à modernidade, à Razão (Feyerabend)? Quem acredita ainda que ‘todo real é racional e que todo real é racional’ (Hegel)? Que esperança podemos depositar no projeto da Razão emancipada, quando sabemos que orientou-se para a instrumentalidade e a simples produtividade? Que projeto de felicidade pessoal pode proporcionar-nos um mundo crescentemente racionalizado, calculador e burocratizado, que coloca no centro de tudo o econômico, entendido apenas como o financeiro submetido ao jogo cego do mercado? Como pode o homem ser feliz no interior da lógica do sistema, onde só tem valor o que funciona segundo previsões, onde seus desejos, suas paixões, necessidades e aspirações passam a ser racionalmente administrados e manipulados pela lógica da eficácia econômica que o reduz ao papel de simples consumidor?” (JAPIASSU, Hilton Ferreira. *A crise da razão no ocidente*. Disponível em: <http://www.sinergia-spe.net/editora_electronica/autor/069/06900100.htm>. Acesso em: 17 mar. 2009).

⁶⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 3.

Para ilustrar a revisão, pode ser citada a análise contemporânea do Direito de Família, que vem encontrando pela frente questões inevitáveis, diante das profundas alterações políticas e sociais. A família continua a ser *a base da sociedade* – conforme enuncia o art. 226 da Constituição Federal de 1988 –, a sua célula *mater*. Todavia, a pós-modernidade propõe a existência de novos modelos de família, concluindo que o rol constante do comando constitucional é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*).⁶⁹ Com essa interpretação, abriu-se caminho para o reconhecimento de outras entidades familiares, como é o caso da *família anaparental*.⁷⁰ Em reforço para essa nova guinada, o Direito de Família Brasileiro discute, no momento, a viabilidade de se reconhecer a existência de uma família na união de pessoas do mesmo sexo.⁷¹ Veja-se que, em todos os casos, há uma busca de enquadramento na antiga ideia de família, que remonta a muito antes da modernidade, mas que foi fortalecida como modelo por esta. O afã, como se nota, é o de enquadramento nessa secular categoria jurídica, ou seja, *todos querem constituir uma família*.

O fenômeno pós-moderno, com enfoque jurídico, pode ser identificado por vários fatores. O primeiro a ser citado é a globalização, a ideia de *unidade mundial*, de um modelo geral para as ciências e para o comportamento das pessoas. Fala-se hoje em linguagem global, em economia globalizada, em mercado uno, em doenças e epidemias mundiais e até em um Direito unificado. Quanto ao modo de agir, o Ocidente se aproxima do Oriente, e vice-versa. A China consome o hambúrguer norte-americano, e os Estados Unidos consomem o macarrão chinês. Alguns se alimentam de macarrão com hambúrguer, fundindo o Oriente ao Ocidente, até de forma inconsciente, em especial nos países em desenvolvimento.

⁶⁹ Nesse sentido, entre outros, consulte-se: FACHIN, Luiz Edson. Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. In: LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 39; TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 398; LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5-6.

⁷⁰ A expressão é de Sérgio Resende de Barros, no sentido de *uma família sem pais*. Segundo as suas próprias palavras, trata-se de entidade “que se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com pai nem mãe. De origem grega, o prefixo ‘ana’ traduz ideia de privação. Por exemplo, ‘anarquia’ significa ‘sem governo’. Esse prefixo me permitiu criar o termo ‘anaparental’ para designar a família sem pais” (*Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>>. Acesso em: 20 mar. 2007). Compartilhando desse entendimento, há julgado reconhecendo ser bem de família – e, portanto, impenhorável – o imóvel em que residem duas irmãs solteiras (STJ, REsp n. 57.606/MG, Rel. Min. Fontes de Alencar, 4ª Turma, julgado em 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410).

⁷¹ Em decisão relatada pelo Ministro Antônio Pádua Ribeiro e prolatada em 2 de setembro de 2008, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, pela competência da Vara da Família para julgar questões relativas à união entre pessoas do mesmo sexo, denominada *união homoafetiva* (REsp n. 820.475/RJ).

A par desse fenômeno, como afirma Erik Jayme, os Estados não seriam mais os centros do poder e da proteção da pessoa humana, cedendo espaço, em larga margem, aos mercados. Nesse sentido, as regras de concorrência acabariam por determinar a vida e o comportamento dos seres humanos.⁷² De toda sorte, como prega o próprio doutrinador em outro texto, ao discorrer sobre a realidade do Direito Internacional Privado, é preciso que os Estados busquem, em sua integração, para uma crescente unificação do Direito, a conservação da identidade cultural das pessoas, para proteger e garantir a sua personalidade individual.⁷³ Em suma, segundo Erik Jayme, o Direito Internacional Privado deve levar em consideração, baseado em critérios de proximidade, as diferenças culturais incorporadas aos respectivos ordenamentos jurídicos, prestando-se a se tornar também um direito fundamental ligado à personalidade dos cidadãos.⁷⁴

Como terceiro ponto de reflexão a ser destacado a respeito da *pós-modernidade jurídica*, há a abundância dos gêneros e espécies: abundância de sujeitos e de direitos, excesso de fatores que influenciam as relações jurídicas e eclosão sucessiva de leis, entre outros. Relativamente às leis, a realidade é de um *Big Bang Legislativo*, no qual se verifica uma explosão de normas jurídicas, como afirma Ricardo Luis Lorenzetti.⁷⁵ No caso brasileiro, convive-se com mais de 40 mil leis, a deixar o aplicador do Direito desorientado a respeito de sua incidência no *tipo (fatispecie)*. Essa realidade atinge o Direito Privado e, por óbvio, o instituto da responsabilidade civil. Cumpre consignar que essa inflação legislativa é do mesmo modo notada no sistema português e europeu, clamando Rui Alarcão por “*menos leis, melhores leis*”.⁷⁶

⁷² JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. Tradução de Cláudia Lima Marques e Nadia de Araujo. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Coord.). *O novo direito internacional*. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 4.

⁷³ JAYME, Erik. Il diritto internazionale privato estense, cit., p. 18.

⁷⁴ JAYME, Erik. Il diritto internazionale privato estense, cit., p. 18.

⁷⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 44; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução de Cláudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009. p. 43.

⁷⁶ “Não poderá negar-se que existe uma crise do Direito e da Justiça e que nele tem a sua quota de responsabilidade a crise que, por sua vez, se depara na produção legislativa. A actividade legislativa, tomada a expressão num amplo sentido, peca frequentemente, na verdade, por excessiva e/ou defeituosa. Constatamos, por um lado, uma ‘inflação legislativa’, que o poder político não trava, antes incentiva, proliferando a legislação, quantas vezes publicando novas leis sem que as anteriores tenham sido cumpridamente aplicadas. Sofreremos mais de excesso de leis que de faltas delas. Excesso esse que se revela não só no número de diplomas publicados, mas também no tocante ao seu objecto e ao seu conteúdo, traduzindo-se em situações de grande complexidade legislativa. E nem as rápidas e fundas mudanças económico-sociais, acentuadas pela globalização e pelo avanço tecnológico, e acontecendo num quadro de progressivo desenvolvimento e aprofundamento democrático, podem justificar tal excesso ou desvario legislativo” (ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, n. 31, p. 2, 2009).

No que concerne aos sujeitos, reconhece-se um *pluralismo*, o que é intensificado pela valorização dos direitos humanos e das liberdades. Inúmeras são as preocupações legais em se tutelar os vulneráveis, a fim de se valorizar a pessoa humana, nos termos do que consta do art. 1º, III, da Constituição Federal: consumidores, trabalhadores, mulheres sob violência, crianças e adolescentes, idosos, indígenas, deficientes físicos, negros. Além de proteger sujeitos, as normas tendem a tutelar valores que são colocados à disposição da pessoa para a sua sadia qualidade de vida, como é o caso do meio ambiente, do *Bem Ambiental*.⁷⁷ Em certo sentido, há uma superabundância de proteção a gerar situações de colisão entre esses direitos, conflitos estes que acabam por ser resolvidos a partir da interpretação na Norma Constitucional, repouso comum da principiologia dessa tutela fundamental. Para demonstrar os efeitos práticos dessa preocupação de tutela, por exemplo, utilizando-se de um símbolo cotidiano, ao ir ao banco, é comum a percepção de que a única fila que anda é a daqueles que têm algum tipo de prioridade. Eis aqui outra amostragem do fenômeno pós-moderno, uma vez que a exceção se torna regra, e vice-versa. Como não poderia ser diferente, a questão da tutela de vulneráveis e de proteção de conceitos que lhe não parcelares repercutem na responsabilidade civil.⁷⁸

⁷⁷ Cláudia Lima Marques ensina que: “Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina ‘le retour des sentiments’, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (‘Zersplietierung’), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o ‘double coding’, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos ‘espaços de excelência’” (MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004. p. 26, nota n. 3). Trata-se da introdução à obra coletiva escrita em coautoria com Antonio Herman de V. Benjamin e Bruno Miragem, em que a doutrinadora expõe a teoria do diálogo das fontes.

⁷⁸ Conforme aponta Paulo Lôbo, “O Estado social – o estágio contemporâneo do Estado moderno, apesar da globalização e do neoliberalismo –, marcado profundamente pelas diretrizes de solidariedade e justiça social, provoca intensa alteração na concepção da responsabilidade, não só para torná-la mais objetiva, mas também para inclusão de sujeitos vulneráveis no âmbito de proteção e, conseqüentemente, da responsabilização das pessoas físicas e jurídicas. De acordo com Wieacker, na limitação do conteúdo dos direitos subjetivos dos indivíduos manifesta-se o núcleo do Estado social: a responsabilização não apenas da sociedade, mas também do próprio indivíduo pela existência e pelo bem-estar dos outros (Wieacker, 1980, p. 624). Na legislação contemporânea do direito privado, como o ECA, o Estatuto do Idoso, a Lei do Bem de Família Legal, o Código de Defesa do Consumidor e a legislação do inquilinato, a responsabilização encontra sua expressão mais aguda na proteção dos sujeitos considerados vulneráveis” (LÔBO, Paulo. *Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, ano XI, n. 12, p. 9, out./nov. 2009).

No entanto, há também o *duplo sentido* das coisas como marca da pós-modernidade (*double sense*). Nesse contexto, o certo pode ser o errado, e o errado pode ser o certo; o bem pode ser o mal, e o mal pode ser o bem; o alto pode ser baixo, e o baixo pode ser o alto; o belo pode ser o feio, e o feio pode ser o belo; a verdade pode ser uma mentira, e a mentira pode ser uma verdade; o jurídico pode ser antijurídico, e o antijurídico pode ser o jurídico; a direita pode ser a esquerda, e o inverso pode ser igualmente válido. Essas variações chocam aquela visão maniqueísta que sempre imperou no Direito, particularmente a de que sempre haverá um vitorioso e um derrotado nas demandas judiciais. Na realidade, aquele que se julga o vitorioso pode ser o maior derrotado. Como dizia Machado de Assis, “ao vencedor, as batatas”. Algumas produções cinematográficas da atualidade servem para demonstrar essa configuração do *double sense*, como é o caso de *Guerra nas Estrelas* (*Star Wars*), talvez o maior fenômeno cinematográfico da pós-modernidade.⁷⁹ Como afirma Julio Cabrera, é perfeitamente possível *filosofar* com o cinema, sobretudo quando se vive a experiência que o filme propõe.⁸⁰

Encerrando as reflexões, a realidade pós-moderna é marcada pela *hipercomplexidade*. De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo, o próprio *direito é um sistema complexo de segunda ordem*.⁸¹ Na contemporaneidade, os prosaicos exemplos de

⁷⁹ Conforme aula ministrada por Cláudia Lima Marques no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Contratual da Escola Paulista de Direito, em São Paulo, no dia 12 de maio de 2008. O tema da aula foi *A teoria do diálogo das fontes e o Direito Contratual*. A professora relacionou a evolução do Direito à série *Guerra nas Estrelas* (*Star Wars*), escrita e dirigida por George Lucas em 1977. O primeiro episódio é denominado *A Ameaça Fantasma* (1999); o segundo, *O Ataque dos Clones* (2002); o terceiro, *A Vingança dos Sith* (2005); o quarto, *Uma Nova Esperança* (1977); o quinto, *O Império Contra-Ataca* (1980); e o sexto, o *Retorno de Jedi* (1983). O último episódio, em que um filho que representa o bem (Luke Skywalker) acaba por lutar contra o próprio pai, que representa o mal (Darth Vader, a versão maléfica de Anakin Skywalker), seria a culminância da pós-modernidade, representando o duplo sentido das coisas e a falta de definição de posições (bem x mal).

⁸⁰ CABRERA, Julio. *O cinema pensa: uma introdução à filosofia através dos filmes*. Rio de Janeiro: Rocco, 2006. p. 21. O autor ensina que simplesmente ver o filme, como recomendava o cineasta Federico Fellini, não é, por si só, fazer filosofia. Para a correta filosofia, diz ele, é necessário interagir com os elementos lógicos do filme, entendendo que há uma ideia ou um conceito a ser transmitido pela imagem que se movimenta (p. 22). Mais à frente, é enfático: “Até *King Kong* ou a saga de *Guerra nas Estrelas* afirma alguma coisa – verdadeira ou falsa – a respeito da humanidade ou do mundo em geral” (p. 26). E mais: “Ao contrário, se não conseguirmos uma relação logopática com uma das consideradas ‘obras-primas’ (se não conseguirmos afinidade afetiva, por exemplo, com *Cidadão Kane*, de Orson Welles), dificilmente conseguiremos entender plenamente o que esse filme pretende transmitir, no plano dos conceitos filosóficos desenvolvidos por meio de imagens. Podemos ter boas experiências filosóficas, por outro lado, vendo a série *Cemitério Maldito*, filmes japoneses de luta ou filmes pornográficos de classe B, por mais que isso possa escandalizar o professor universitário ou o crítico de cinema ‘especializado’” (p. 27). Para essas conclusões, foi decisiva a disciplina Cinema e Filosofia do Direito, cursada como crédito do doutorado no segundo semestre de 2009, ministrada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pela professora doutora Mara Regina de Oliveira.

⁸¹ Ensina o jurista que o Direito é um sistema, pois se trata de um conjunto de vários elementos que se movimentam intensamente. É complexo porque os elementos não são homogêneos e as relações podem ser as mais variadas. O sistema jurídico é um sistema de segunda ordem, uma vez que a sua existência depende da de um sistema maior, que é o social. Apesar disso, diz Junqueira de Azevedo, o direito tem

negócios e atos jurídicos entre Tício, Caio e Mévio, comuns nas aulas de Direito Romano e de Direito Civil do passado (ou até do presente), não conseguem resolver os casos de maior complexidade, particularmente aqueles relativos a colisões entre direitos considerados *fundamentais*, próprios da pessoa humana.

Ao transformar o exemplo em algo mais complexo, poder-se-ia imaginar a situação em que Tício, paciente baleado, chega a um hospital acompanhado de Caio, necessitando de uma cirurgia de urgência, que é imediatamente ordenada pelo médico Mévio. Porém, Tício diz que não quer a cirurgia, pois, por convicções religiosas, não aceita transfusão de sangue. A cirurgia é então realizada e, após eventualmente sobreviver, Tício promove demanda pleiteando danos morais do médico Mévio, que o salvou, e contra o hospital em que foi realizada a cirurgia. Eis aqui uma nova roupagem de ilustração complexa, pós-moderna, que acaba por envolver a responsabilidade civil.

Demonstrando o *caos contemporâneo*, Ricardo Luis Lorenzetti fala em *era da desordem*, que, em síntese, pode ser identificada pelos seguintes aspectos: *a)* enfraquecimento das fronteiras entre as esferas do público e do privado; *b)* pluralidade das fontes, seja no Direito Público ou no Direito Privado; *c)* proliferação de conceitos jurídicos indeterminados; *d)* existência de um sistema aberto, sendo possível uma extensa variação de julgamentos; *e)* grande abertura para o intérprete estabelecer e reconstruir a sua coerência; *f)* mudanças constantes de posições, inclusive legislativas; *g)* necessidade de adequação das fontes uma às outras; *h)* exigência de pautas mínimas de correção para a interpretação jurídica.⁸²

Pois bem, diante dessa realidade pós-moderna, de grande complexidade, caótica e com inúmeras variantes, surgiram mecanismos jurídicos para tentar superar as dificuldades pretéritas e presentes. Neste estudo, serão abordadas algumas ferramentas que este autor considera fundamentais para a argumentação proposta, a saber: *a)* a interdisciplinaridade; *b)* o diálogo das fontes; *c)* a visão constitucionalizada do Direito Privado e a aplicação dos princípios constitucionais nas relações entre particulares; *d)* a personalização do Direito Civil; *e)* a ponderação de princípios e valores, sobretudo constitucionais.

existência própria (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Parecer. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito a indenização na responsabilidade civil. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26-27).

⁸² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 359-360.

A *interdisciplinaridade* propõe uma interação entre as ciências, sendo considerada, conforme ensina Lúcia Reis de Almeida Prado, a mais recente tendência da teoria do conhecimento, que decorre da era pós-moderna. Essa tendência visa possibilitar que, na produção do saber, não incida o radical cientificismo formalista (objetivismo) ou o exagerado humanismo (subjetivismo), caracterizando-se por ser obtida a partir de uma predisposição para um encontro entre diferentes pontos de vista, oriundos das mais diversas variantes científicas. A par dessa visão – resume a doutrinadora –, a interdisciplinaridade leva, de forma criativa, à transformação da realidade.⁸³ Para ela, por tal caminho é possível conhecer o *saber com sabor*.⁸⁴

Nesse contexto, o Direito não pode ser concebido como uma ciência isolada, uma ilha ou um *bunker*, separado das outras ciências, ou seja, ele não só pode como deve interagir com os demais campos científicos. O aplicador do Direito não pode ser concebido como um naufrago solitário ou um soldado sozinho com sua metralhadora, à espera do inimigo para soltar as rajadas de seus projéteis. O jurista, como ser social que é, deve interagir com os outros cientistas. Quem sabe, mais do que isso, o jurista deve ser (ou tentar ser) um cientista das outras ciências.⁸⁵

A relação com a *teoria tridimensional do Direito*, desenvolvida, entre outros, por Miguel Reale, fica clara, pois clama-se que o aplicador do Direito seja, do ponto de vista dos fatos, um sociólogo; da perspectiva dos valores, um filósofo; no que tange às normas, um jurista.⁸⁶ Na visão *realeana*, tais fatores podem se influenciar de forma recíproca, de *maneira conjectural*, diante das mudanças factuais, valorativas e normativas da sociedade.⁸⁷ O direito ganha dinamismo, de acordo com as mudanças pelas quais passa a sociedade e os valores coletivos. E não há como negar que nos últimos anos tais transformações passaram a ser mais intensas e rápidas.

⁸³ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Aspectos da lógica da decisão judicial. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003. p. 3.

⁸⁴ Uma vez que a interdisciplinaridade traz a superação de “um tipo de saber feito em especializações formais, o saber em migalhas, o saber sem sabor, que provoca a perda da visão da totalidade” (PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*, cit., p. 3).

⁸⁵ Trazendo feliz tentativa de diálogos interdisciplinares da bibliografia recente brasileira, pode ser citado o trabalho de Alexandre Moraes da Rosa e José Manuel Aroso Linhares intitulado *Diálogos com a law & economics* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009). A obra luso-brasileira empenha-se em alcançar interessantes *interfaces* entre o Direito e a Economia, a Psicologia e a Psicanálise, a Filosofia e a Sociologia.

⁸⁶ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Situação atual. 5. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

⁸⁷ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 152.

Como já escreveu este autor em outra oportunidade – publicação em coautoria com Giselle Câmara Groeninga –, estabelecer *diálogos intercientíficos* e buscar a *interdisciplinaridade* de institutos das ciências humanas não é tarefa fácil. Sobretudo porque é preciso ter humildade para encarar o *novo*, a partir de um âmbito diversificado daquele de atuação.⁸⁸ Como ali se afirmou, a busca pela mudança, e talvez até a falta de medo, acaba por motivar os diálogos interdisciplinares; assim, pode ser também que esteja presente uma *das vantagens de ser bobo*, conforme expõe, em prosa, Clarice Lispector.

O *bobo*, como diz a romancista, às vezes oferece ao mundo uma saída, uma vez que os espertos só se lembram de sair por meio da esperteza: o *bobo* tem originalidade, surgindo-lhe a ideia de forma espontânea. Além disso, Clarice Lispector afirma que o *bobo* tem oportunidade de ver as coisas que os espertos não veem. “O *bobo* ganha utilidade e sabedoria para viver. O *bobo* nunca parece ter tido vez.”⁸⁹ Ser *bobo* é uma criatividade e, como toda criação, é difícil.

São essas *vantagens de ser bobo* que motivam o ser humano a buscar o que é novo, a cada dia, superando os desafios, vivendo cada sonho imaginado e, eventualmente, pisando nas pedras que o caminho possa oferecer. Deve-se ter em mente que o caminho da interdisciplinaridade pode ser tortuoso, mas ele acaba por trazer soluções imprescindíveis para a ciência jurídica.⁹⁰

A interdisciplinaridade parte do princípio de que *a busca do saber é uma só*, como afirma Rubens Limongi França, pois as mais diversas disciplinas das mais variadas ciências e profissões representam partes de uma *sabedoria única*, “que se encontra ínsita no Macrocosmos e no Microcosmos. Partes essas, todas elas, inteiramente, conectadas, às

⁸⁸ TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle. O dano à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5: Responsabilidade civil, p. 141-165. O artigo procurou trazer diálogos interdisciplinares entre o Direito e a Psicologia no que concerne à indenização por danos imateriais.

⁸⁹ Nas palavras de Clarice Lispector: “... Por isso é que os espertos não conseguem passar por bobos. — Os espertos ganham dos outros. Em compensação os bobos ganham a vida. — Bem-aventurados os bobos que sabem sem que ninguém desconfie. Aliás não se importam que saibam que eles sabem. Há lugares que facilitam mais as pessoas serem bobas (não confundir bobo com burro, com tolo, com fútil). Minas Gerais, por exemplo, facilita ser bobo. Ah, quantos perdem por não nascer em Minas! — Bobo é Chagall, que põe vaca no espaço, voando por cima das casas. — É quase impossível evitar o excesso de amor que um bobo provoca. É que só o bobo é capaz de excesso de amor. E só o amor faz o bobo” (LISPECTOR, Clarice. *Das vantagens de ser bobo* (crônica de 12 de setembro de 1970). *A descoberta do mundo*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999. p. 310-311).

⁹⁰ TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle. O dano à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar, cit., p. 145.

quais nenhum estudioso tem acesso, sequer razoável, se trazer a vaidade e a afronta de se intitular especialista e, sobretudo, se agir como tal”.⁹¹

Com o diálogo entre as ciências, torna-se viável rever antigos paradigmas, enxergando além das antigas categorias e dos velhos manuais. É possível abrir novos caminhos, na busca de soluções mais justas, de acordo com os anseios sociais e da coletividade. Registre-se que a visão interdisciplinar será amplamente utilizada no presente estudo, para a concretização da ideia de concorrência de risco, sendo premissa fundamental concluir que os tipos jurídicos não são estáticos e fechados, mas, sim, dinâmicos e abertos.⁹²

A própria ideia da *tese do diálogo das fontes* (*dialogue des sources*), de Erik Jayme, traz como conteúdo a *interdisciplinaridade no próprio Direito*. Diante do pluralismo pós-moderno, com inúmeras fontes legais, surge a necessidade de coordenação entre as leis que fazem parte do mesmo ordenamento jurídico.⁹³ A expressão é feliz

⁹¹ FRANÇA, Rubens. *A simbologia das cores e a cromoterapia*. São Paulo: Edição do Autor, 1998. p. 6. Trata-se de livro em que o autor estuda o tratamento da saúde pelas cores, ou seja, não se trata de uma obra jurídica como tantas outras que o doutrinador escreveu. Por isso, Limongi utilizou apenas parte de seu nome, mencionando na apresentação da obra que tem uma carreira específica, concernente a outro assunto, exercida há cerca de meio século, o que o fez alcançar o título de doutor em uma Universidade Católica (a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em 1963) e a titularidade em uma Universidade da rede oficial (a Universidade de São Paulo, em 1988). Limongi ressalta nessa introdução a sua formação interdisciplinar, como poeta, contista, escultor, pintor, desenhista e teólogo. E conclui: “Não há nenhuma possibilidade de domínio da mais elementar ‘especialidade’, se o estudioso não se iniciar, intencionalmente ou não, em um sem-número de ciências auxiliares. Ao contrário, se procura adentrar-se nos múltiplos aspectos que oferecem os objetos do Saber, o pesquisador irá, gradativamente descortinando a trama esplêndida das interligações do Conhecimento, à semelhança das forças cósmicas que sustentam a Creação, desde o equilíbrio dos prótons e íons até a harmonia deslumbrante das galáxias” (p. 6).

⁹² Em um verdadeiro manifesto em prol da interdisciplinaridade e da humildade intelectual, conclamando ao diálogo entre as ciências, ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “A vida sempre termina por nos ensinar, mais cedo ou mais tarde, que ciência e verdade não são conceitos, concepções ou ideias que tenham um delineamento *standard*, um padrão imutável, um perfil definitivo. Acabamos por aprender que as verdades inteiras são perigosas, exatamente porque querem fechar suas muralhas sobre o construído, de molde a não permitir reorganizações, remodelações, rearranjos. É mais seguro, por certo, não mexer muito nas coisas ou nas ideias, pois tudo que se contém dentro de um formato imutável tende a parecer mais seguro. Na percepção de justiça, por exemplo, aquilo que se apresentar de modo repetitivo, encaixado em formulações preestabelecidas, aquilo que se multiplicar tantas vezes quanto seja desejável fazê-lo, tende a parecer mais seguro e, daí, então, deve decorrer a ideia de segurança jurídica, este padrão aprisionador de concepções, este denominador comum de repetição, este paradigma inacreditavelmente inamovível... Numa ideia assim – restrita e fechada, e por isso mesmo segura – não há lugar para se pensar o novo, para se adequar o tempo, para fazer fluir apenas o justo. Parece que, neste tipo de concepção mais restritiva de justiça, tenha sido preferível a justiça segura à justiça justa...” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afeto: um devaneio acerca da ética no direito de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 426).

⁹³ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 26.

justamente pela adequação à realidade social da pós-modernidade.⁹⁴ Como ensina Cláudia Lima Marques, há um *diálogo* diante de influências recíprocas, com a possibilidade de aplicação concomitante das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, de forma complementar ou subsidiária. Há, assim, uma solução que é flexível e aberta, de interpenetração ou de busca, no sistema, da norma que seja mais favorável ao vulnerável.⁹⁵ Como afirma a doutrinadora em outra obra, “O uso da expressão do mestre ‘diálogo das fontes’ é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’”.⁹⁶

Segundo a precursora da tese no Brasil, três são os diálogos possíveis. Para tanto, a doutrinadora levou em conta as intersecções existentes entre o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e o Código Civil Brasileiro de 2002 (Lei n. 10.406/2002).⁹⁷ A possibilidade de intersecção é cabível legalmente pelo que consta do art. 7º, *caput*, da Lei n. 8.078/1990.⁹⁸

O primeiro deles é o *diálogo sistemático de coerência*, em que uma lei serve como base estrutural para a outra. Ilustrando, os conceitos de prescrição e decadência a serem aplicados na ótica consumerista podem ser retirados do Código Civil de 2002, entre os arts. 189 e 211. Na mesma linha, o conceito de compra e venda, constante do art. 481 do CC/2002, pode servir de base para as vendas consumeristas.

⁹⁴ Ao justificar o diálogo das fontes, esclarece Cláudia Lima Marques que “A bela expressão de Erik Jayme, hoje consagrada no Brasil, alerta-nos de que os tempos pós-modernos não mais permitem esse tipo de clareza ou monossolução. A solução sistemática pós-moderna, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, deve ser mais fluída, mais flexível, tratar diferentemente os diferentes, a permitir maior mobilidade e fineza de distinção. Nestes tempos, a superação de paradigmas é substituída pela convivência dos paradigmas” (MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008. p. 89).

⁹⁵ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 29.

⁹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*, cit., p. 87.

⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 30.

⁹⁸ Lei n. 8.078/1990. “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

Como segunda possibilidade, há o *diálogo sistemático de complementaridade ou subsidiariedade*, em que ocorre a aplicação coordenada das duas leis de incidência. Trata-se do mais comum e prático diálogo entre as normas. Para exemplificar, uma norma que seja mais favorável ao consumidor pode estar no Código Civil, e não no Código de Defesa do Consumidor. Cite-se a aplicação do art. 735 do Código Privado, pelo qual, no transporte de pessoas, a culpa exclusiva de terceiro não é excludente de responsabilidade civil.⁹⁹ Isso, ao contrário do que consta do art. 14, § 3º, II, da Lei n. 8.078/1990, segundo o qual a culpa exclusiva de terceiro é excludente da responsabilidade civil dos prestadores de serviços.¹⁰⁰ Nesse contexto legislativo, em casos relativos a acidentes aéreos que atingem os passageiros, a tutela das vítimas pode ser melhor pela aplicação do Código Civil do que pelo Código Consumerista.

Por fim, há o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*, pelo qual uma lei pode influenciar a outra quanto à conceituação das categorias jurídicas, particularmente para a sua incidência. A doutrinadora ilustra que o conceito de consumidor que se verifica no CDC pode sofrer influências de construções que constam do Código Civil.¹⁰¹ No entanto, poderíamos citar como exemplo o conceito de empresário disposto no art. 966 do Código Civil. Tal construção pode ser utilizada para a definição daquele que consta *da outra ponta* da relação de consumo, como o fornecedor de produtos ou o prestador de serviços.¹⁰²

Em sentido muito próximo, como outro entusiasta do *diálogo das fontes*, Ricardo Luis Lorenzetti demonstra três premissas para a incidência da teoria. A primeira é a necessidade de respeito à *prioridade conceitual*, sendo certo que muitos conceitos básicos constam da codificação privada, como os de negócio jurídicos, de nulidade, de prescrição etc.¹⁰³ A segunda premissa é a *prioridade baseada nos princípios*, uma vez que o princípio é uma regra de prioridade argumentativa.¹⁰⁴ Por fim, o jurista argentino destaca a

⁹⁹ CC/2002. “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.”

¹⁰⁰ Lei n. 8.078/1990. “Art. 14 [...]. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: [...]. II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

¹⁰¹ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 31.

¹⁰² CC/2002. “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

¹⁰³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 211.

¹⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 212.

coordenação das leis, buscando uma harmonização entre elas, em um sentido democrático e de cooperação legislativa.¹⁰⁵

Além de um caráter interdisciplinar, pela teoria do diálogo das fontes há uma clara superação dos metacritérios gerais criados para a solução das antinomias: o critério cronológico (norma posterior prevalece sobre norma anterior), o critério da especialidade (norma especial prevalece sobre a norma geral) e o critério hierárquico (norma superior prevalece sobre a norma anterior).¹⁰⁶ De qualquer maneira, e segundo o nosso sentir, ainda é possível conciliar a citada teoria com tais critérios, em particular com o critério hierárquico, sendo pertinente apontar que a proteção dos consumidores consta expressamente como um dos direitos fundamentais, no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988. Em suma, interagem os critérios construídos pela modernidade jurídica com uma tese essencialmente contemporânea.

A teoria do diálogo das fontes traz como impacto interpretativo a superação da ideia de outrora de que o Código de Defesa do Consumidor constitui um *microsistema jurídico* fechado e próprio das relações de consumo, um *microcosmo* isolado dentro do ordenamento. Na verdade, deve-se entender o Código Consumerista como uma lei propensa a diálogos, assim como o Código Civil, o que é perfeitamente possível pela aproximação principiológica de ambos e pelas inúmeras cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados nos dois sistemas previstos.¹⁰⁷ Em suma, não se pode mais afirmar que havendo uma relação jurídica de consumo, deverá ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, e não o Código Civil; muito menos que, diante de uma relação civil, deve incidir o Código Civil, e não o Código do Consumidor. A busca da norma mais benéfica ao consumidor dentro do sistema deve orientar o aplicador do Direito na persecução de uma ciência mais concreta às mudanças sociais e à tutela dos vulneráveis.¹⁰⁸

¹⁰⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 212.

¹⁰⁶ Sobre o tema, ver BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Cláudio De Cicco. 7. ed. Brasília: Editora UnB, 1996. p. 91-114; DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁰⁷ No que concerne à aproximação principiológica no Direito Contratual, na *III Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2004, aprovou-se o Enunciado n. 167, o qual prevê que, “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos” (AGUIAR JR., Ruy Rosado. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2004, p. 58-59). Essa aproximação principiológica foi sentida pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, que já constavam no CDC e foram transpostos para o CC/2002. Nesse contexto, o enunciado traz de forma implícita a adoção da *teoria do diálogo das fontes*.

¹⁰⁸ Na *IV Jornada de Direito Civil* (2006), evento também promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 369, o qual prevê que, “Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do

Contudo, além dos *diálogos infraconstitucionais* entre normas que estão no mesmo plano hierárquico, é preciso dialogar com a Constituição Federal de 1988, fazendo surgir o caminho metodológico do Direito Civil Constitucional e da aplicação dos princípios constitucionais às relações privadas.¹⁰⁹

As interações entre o Direito Civil e a Constituição trouxeram, para o Brasil, uma nova forma de pensar o Direito Privado. A *constitucionalização do Direito Civil* constitui um fenômeno amplamente discutido nas páginas da doutrina jurídica nacional e também nos julgados dos Tribunais brasileiros.¹¹⁰ Esse caminho da constitucionalização, roteiro sem volta dentro da ideia do Direito como ciência democrática, mantém relação direta com a tendência de valorização da pessoa humana, o que se tem denominado *personalização ou repersonalização do Direito Civil*.¹¹¹ Como decorrência lógica dessa tendência, surge a *despatrimonialização do Direito Civil*, uma vez que o sistema é construído segundo o valor da pessoa, inclinado a produzir de forma mais coerente e a distribuir com maior justiça.¹¹²

sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este” (AGUIAR JR., Ruy Rosado. *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2007. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2008). O enunciado procurou dar sentido, a partir da teoria do diálogo das fontes, em um diálogo de complementaridade, ao art. 732 do CC/2002, segundo o qual “Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”. Obviamente, não se pode concluir que a norma civil seja excludente da tutela do consumidor, quando envolver caso de interpretação que seja mais favorável ao vulnerável negocial.

¹⁰⁹ Sobre o Direito Civil Constitucional, ver: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II; TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I e 2006, v. II; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 79-81.

¹¹⁰ A tendência de constitucionalização do Direito Civil está muito bem justificada pelas palavras de Gustavo Tepedino: “O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca a sua preocupação central, já que não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes” (Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 7).

¹¹¹ Sobre a valorização da pessoa humana e a tendência de *repersonalização do Direito Civil*, sempre deve ser citada a obra de Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo* (Rio de Janeiro: Renovar, 2001). Todavia, há quem prefira a expressão *personalização*, pois a pessoa humana nunca foi valorizada pelo Direito Civil no Brasil.

¹¹² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 33-34.

Os próprios constitucionalistas reconhecem o fenômeno de interação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional como realidade do que se convém denominar *neoconstitucionalismo* ou *invasão da Constituição*. E, por certo, conforme as palavras dos próprios constitucionalistas, o movimento brasileiro é único, é autêntico.¹¹³

Deve ser feita a ressalva de que, por tal interação, o Direito Civil não deixará de ser Direito Civil, bem como o Direito Constitucional não deixará de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a partir da Constituição e também – eventualmente – os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional.¹¹⁴ Não se olvide, obviamente, de que essa *visão civil-constitucionalista* está longe de ser uma unanimidade, diante de críticas formuladas por parte da doutrina.¹¹⁵

¹¹³ Ressalta Eduardo Ribeiro Moreira que “As outras inovações do direito civil-constitucional têm de ser esse ponto de encontro, os direitos fundamentais nas relações entre particulares, interação vital com a transposição e redução entre o espaço privado e o espaço público, garantizador. Dois pontos basilares do direito civil-constitucional que funcionam em prol da dignidade humana. Outro ponto a ser destacado é que, apesar de partir do direito civil italiano, o direito civil-constitucional brasileiro é uma expansão e produção autêntica” (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo*. A invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. v. 7, p. 114).

¹¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 463-519.

¹¹⁵ Entre os críticos, três merecem destaque. De início, Álvaro Villaça Azevedo expõe que “O legislador constituinte vem se preocupando, há algum tempo, com a inserção de matéria relativa ao Direito Civil no texto da Constituição, para dar mais força à possibilidade de regulamentação dos direitos do cidadão. Por essa razão, prefiro dizer que existe a inclusão do Direito Civil na Constituição e não dizer que exista um Direito Civil constitucional. Tanto é assim que, no mais das vezes, a matéria civil incluída no texto constitucional exige regulamentação ordinária” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. O direito civil na Constituição. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 371). Na mesma linha, são as palavras de Virgílio Afonso da Silva: “Não são poucos os trabalhos que mencionam a existência de uma disciplina que, há poucas décadas, era desconhecida: o *direito civil constitucional*. Com essa denominação quer-se fazer referência, contudo, a uma variedade de ideias. Ora se fala em direito civil constitucional como as normas de direito civil consagradas na constituição, ora a menção é feita à influência do direito constitucional no direito civil. Na primeira hipótese, estamos claramente diante de um equívoco. Normas de direito civil não deixam de ser normas de direito civil pelo simples fato de estarem consagradas pelo texto constitucional. O texto que as vincula é, neste ponto, irrelevante, pelo menos para justificar a criação de um direito civil constitucional. Na segunda hipótese, falar em direito civil constitucional pressupõe, a meu ver equivocadamente, que haja uma parte do direito civil completamente imune às influências dos princípios constitucionais e outra que seria por eles conformada. Se, ao contrário, é todo o direito civil que recebe essa influência, e não apenas uma parte, a ideia de um direito civil constitucional perde ainda mais em sentido, a não ser que a expressão direito civil, sem qualificativos, seja abandonada, por deixar de fazer sentido” (SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 172). Como terceiro e talvez mais contundente crítico, cite-se Antonio Junqueira de Azevedo, cujo artigo recentemente publicado parece ter sido escrito com o principal objetivo de afastar a tendência civil-constitucionalista (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo e insuficiência dos direitos humanos. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-14).

Para que a ideia de Direito Civil Constitucional seja possível, é preciso reconhecer que muitos dos antigos princípios jurídicos ou princípios gerais de direito – que constam como formas de integração da norma jurídica no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – passaram a ter *status* constitucional, com uma posição bem alocada no Texto Maior. Assim, deixaram de ter mera função integradora, de *mecanismo de conserto da engrenagem jurídica*, para terem função coercitiva imediata, ocorrendo a *transposição dos princípios gerais do direito para os princípios constitucionais fundamentais*.¹¹⁶

Por tal constatação político-jurídica, tem razão Paulo Bonavides quando afirma que alguns princípios são as normas-chaves de todo o sistema jurídico.¹¹⁷ Demonstra muito bem o doutrinador a citada *transposição da essência dos princípios* – de princípios gerais para princípios constitucionais.¹¹⁸ Nesse sentido, percebe-se que “os princípios baixaram primeiro das alturas montanhosas e metafísicas de suas primeiras formulações filosóficas para a planície da normativa do Direito Civil. Transitando daí para as Constituições, noutro passo largo, subiram ao degrau mais alto da hierarquia normativa”.¹¹⁹ Em razão disso, os regramentos, como a proteção da dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a isonomia ou igualdade substancial, têm grande aplicação prática, particularmente para o Direito Privado.¹²⁰

Nessa ordem de ideias, Zeno Veloso registra que os princípios gerais de direito não se prestam somente para corrigir lacunas ou preencher vazios. Ensina que os princípios não vão ser aplicados substancialmente de forma subsidiária, assumindo o pálido papel de fontes secundárias.¹²¹ Por isso, é preciso conferir um novo dimensionamento em relação à

¹¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos, cit.

¹¹⁷ “A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram a tendência irresistível que conduz à valorização e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 286). Como se percebe, o autor também critica aquela visão superada de que as normas constitucionais, norteadoras de princípios, são apenas normas programáticas, dirigidas ao Estado ou ao legislador. Na verdade, as normas constitucionais, particularmente aquelas que protegem a pessoa humana, têm aplicação imediata, inclusive nas relações privadas.

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 289.

¹¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 293.

¹²⁰ No mesmo sentido, pode ser citado o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, que relaciona o reconhecimento da força normativa constitucional dos princípios à *constitucionalização do Direito Civil* (MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*. Princípios do direito civil contemporâneo, cit., p. 3). É de se concordar com os seus argumentos, particularmente com a menção da necessidade de uma mudança do ponto de vista sistemático na análise dos princípios.

¹²¹ VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Belém: Unama, 2006. p. 105.

aplicação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Pela citada *transposição da natureza dos princípios*, está superada a visão clássica ou tradicional que propõe que a ordem do art. 4º da LICC seja obedecida pelo aplicador do Direito, ou seja, que o juiz aplique, na falta da lei, *primeiro* a analogia, *segundo* os costumes e *terceiro* os princípios gerais do direito.¹²²

Deve-se reconhecer que os princípios constitucionais, sobretudo aqueles elencados nos dispositivos inaugurais do Texto Maior (arts. 1º ao 5º da CF/1988), têm aplicação imediata, notadamente entre os particulares (*eficácia intersubjetiva*).¹²³ Essa forma de analisar os princípios relaciona-se com o reconhecimento de que as normas que protegem a pessoa humana, muitas delas consubstanciadas em princípios constitucionais, têm subsunção de plano nas relações privadas (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).¹²⁴ Por todos esses caminhos, a visão do sistema é unitária, a partir do reconhecimento de diálogos entre a legislação infraconstitucional e o Texto Maior. Ademais, a pessoa humana é colocada com primazia no centro do ordenamento jurídico, surgindo mais uma vez o fenômeno da *personalização*.¹²⁵

Diante disso, algumas experiências de aplicação dos valores constitucionais à responsabilidade civil podem ser citadas.

De início, é forçoso concluir que qualquer tentativa de *tarifação* da indenização por danos morais, mesmo que por lei, é inconstitucional, por clara lesão à *cláusula geral de tutela da pessoa humana*, retirada do art. 1º, III, da CF/1988.¹²⁶ Assim, não é

¹²² Nesse sentido, ver BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit.; BARROSO, Lucas Abreu. Situação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 5, p. 236-242, jan./jun. 2005; VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, cit.

¹²³ O fundamento dessa aplicação consta do art. 5º, § 1º, da CR/1988, pelo qual “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Cumpre esclarecer que os direitos sociais também devem ser considerados fundamentais, como aqueles que constam dos arts. 6º e 7º da mesma Carta Política e Fundamental.

¹²⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹²⁵ José Manuel Lete del Río, autor espanhol, utilizava a expressão *Direito Civil como o Direito da Pessoa*, relacionando-o à ideia de sociabilidade, no sentido de que a pessoa é o centro e a meta do sistema jurídico. Ensina o doutrinador que tudo no Direito Privado está subordinado aos fins da existência individual, em harmonia com a concepção segundo a qual o homem é o único entre os seres do universo que tem o valor da dignidade, uma vez que está dotado de liberdade para fazer servir, nas formas mais variadas, as coisas do mundo exterior e as necessidades materiais da experiência (DEL RÍO, José M. Lete. *Derecho de la persona*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1996. p. 19-20).

¹²⁶ Sobre a *cláusula geral da tutela humana*, ver PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, cit., p. 154-155; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 57-140. Quando da realização da *IV Jornada de Direito Civil*, em 2006, evento do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 274, o qual prevê que “Os direitos da personalidade, regulados de

recomendável sequer a estipulação de *tetos* pela legislação infraconstitucional para a referida indenização, o que deve ser considerado incompatível com o Texto Maior.¹²⁷ Nesse diapasão, pode-se mencionar o enunciado da Súmula n. 281 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a indenização por danos morais não estaria sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.¹²⁸ A súmula existia muito antes de o Supremo Tribunal Federal declarar a não recepção pela Constituição de toda a Lei de Imprensa, o que ocorreu em maio de 2009.¹²⁹

Outra tentativa de aplicação dos valores constitucionais à responsabilidade civil refere-se à discussão relativa à imprescritibilidade das demandas de tutela da personalidade, como aplicação da tese pela qual os direitos da personalidade são imprescritíveis.¹³⁰ Ressalte-se que na jurisprudência brasileira surgem casos de extensão desse entendimento às ações de indenização por danos morais.¹³¹

Não se pode negar que essas aplicações têm relação direta com a citada personalização do Direito Privado, pela qual a pessoa humana ganha novos dimensionamentos, como sujeito de máxima prioridade de proteção pelo ordenamento jurídico. Há, nesse contexto, uma compatibilidade com a *responsabilidade pressuposta*, que traz uma preocupação maior com a vítima do dano, conforme se verá posteriormente.

Por fim, o mecanismo da *ponderação de princípios* e de interesses constitucionais é de grande relevo para a solução das problemáticas atuais relativas à responsabilidade

maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 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”.

¹²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, cit., p. 190.

¹²⁸ Os arts. 49 a 57 da Lei n. 5.250, de 1967, previam indenizações que variavam entre um e vinte salários-mínimos em casos de lesões que decorrem de vinculações pela imprensa.

¹²⁹ Conforme julgados publicados no *Informativo n. 544*, do Supremo Tribunal Federal, em maio de 2009.

¹³⁰ Para Francisco Amaral, os direitos da personalidade são imprescritíveis, no sentido de que não há prazo para o seu exercício. Assim, os direitos da personalidade não se extinguem pelo seu não uso, bem como a aquisição desses direitos não resulta do decurso temporal (AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 252). Compartilhando em parte desse entendimento, José de Oliveira Ascensão entende que as situações que violam os direitos da personalidade não prescrevem enquanto houver a possibilidade de se reconstituir naturalmente a situação de personalidade violada. E ilustra com o caso daquele que faz gravações ilícitas e que pode ser condenado a qualquer tempo a destruí-las (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Teoria geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. I, p. 99).

¹³¹ Com destaque para as demandas reparatorias reputadas imprescritíveis diante de torturas praticadas no período militar, sendo mencionado nas ementas a proteção da dignidade humana constante do art. 1º, III, da Constituição, consulte-se: STJ, REsp 1.002.009/PE, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 12/02/2008, *DJ* 21/02/2008, p. 58; REsp 845.228/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 23/10/2007, *DJ* 18/02/2008, p. 25; REsp 816.209/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 10/04/2007, *DJ* 03/09/2007, p. 124; REsp 462.840/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, julgado em 02/09/2004, *DJ* 13/12/2004, p. 283; REsp 449.000/PE, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, julgado em 05/06/2003, *DJ* 30/06/2003, p. 195; REsp 379.414/PR, Rel. Min. José Delgado, *DJ* 17/02/2003.

privada. Esse relevante artifício de lógica jurídica igualmente pode ser associado à visão civil-constitucional do sistema, pois é a partir da Constituição Federal que são resolvidos problemas essencialmente privados.

A sistematização da ideia de pesagem remonta ao estudo de Robert Alexy, professor da Universidade de Kiel, Alemanha, recentemente traduzido no Brasil por Virgílio Afonso da Silva, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.¹³² Ao demonstrar a importância da construção da ponderação, Luís Roberto Barroso compara a subsunção – incidência direta da norma – a um quadro geométrico com três cores distintas e bem nítidas. A ponderação, nessa mesma simbologia, será uma pintura moderna, “com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética”.¹³³

Em sua obra, visando à ponderação, Alexy parte de algumas premissas tidas como básicas para que a pesagem ou o sopesamento entre os princípios seja possível.

Como *primeira premissa*, o autor traz o entendimento de que os direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, sendo *mandamentos de otimização* “caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.¹³⁴

Em seguida, como *segunda premissa*, é reconhecido que, em um sistema em que há o comprometimento com valores constitucionais, pode ser frequente a ocorrência de colisões entre os princípios, o que, invariavelmente, acarretará restrições recíprocas entre os valores tutelados. Consigne-se que, segundo o jurista alemão, a colisão entre regras e princípios é distinta, uma vez que, no primeiro caso, uma das regras deve ser retirada obrigatoriamente do sistema, o que não ocorre no segundo.¹³⁵ Por isso, nas últimas hipóteses pode-se falar em relativização de princípios ou mesmo em direitos fundamentais, uma vez que *princípios com peso maior devem prevalecer sobre princípios com peso menor*.

Presente o conflito entre princípios, sem que qualquer um deles seja retirado do sistema, como *terceira premissa*, o aplicador do Direito deve fazer uso da *técnica de ponderação*. Em tal sopesamento, na presença da lei de colisão, os princípios são

¹³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 334. O autor faz, contudo, um alerta: “Ah, sim: a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna”.

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 91.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 92-93.

numerados por *PI* e *P2*; *C* são as condições de procedência de um princípio sobre o outro, enquanto *T1*, *T2*, *T3* são os fatores fáticos que influenciam a colisão e a conclusão.¹³⁶ A aplicação da ponderação nada mais é do que a solução do caso concreto de acordo com a *máxima da proporcionalidade*.¹³⁷

Encerrando, a *quarta e última premissa* é a de que a pesagem deve ser fundamentada, calcada em uma argumentação jurídica com solidez e objetividade, para não ser arbitrária e irracional. Para tanto, deve ser bem clara e definida a fundamentação de *enunciados de preferências* em relação a determinado valor constitucional.¹³⁸

Para explicar a ponderação, Alexy relata o *caso Lebach*: a emissora Alemã ZDF tinha a intenção de exibir documentário intitulado *O assassinato de soldados em Lebach*, que contava a história do assassinato de quatro soldados alemães que faziam sentinela em um depósito, o que culminou com o roubo de munição do exército alemão, incidente ocorrido em 1969. Um dos condenados pelo crime estava prestes a ser solto às vésperas da vinculação do programa televisivo, no qual era citado nominalmente. Então, ele ingressou com medida cautelar para que o programa não fosse exibido, pois haveria uma clara afronta ao seu direito fundamental à imagem. O Tribunal Estadual na Alemanha rejeitou o pedido do autor da demanda para a não exibição do documentário, o que foi confirmado pelo Tribunal Superior Estadual, diante da liberdade de informar e do interesse coletivo quanto ao conteúdo do documentário.¹³⁹

A questão chegou até a Suprema Corte Alemã, que a resolveu a partir da ponderação de princípios constitucionais. A argumentação do julgamento foi dividida em três etapas, as quais são dispostas a seguir.

Na primeira delas, foi demonstrada a colisão entre o direito à imagem ou à personalidade (*PI*) e a liberdade de informar (*P2*), dois valores constitucionalmente tutelados e de mesmo nível. A prevalência de *PI* levaria à proibição do programa, enquanto a prevalência de *P2*, à sua exibição. Na segunda etapa, o julgamento conclui inicialmente pela prevalência de *P2* sobre *PI*, em uma relação de procedência, diante dos interesses coletivos à solução de crimes. Porém, na terceira etapa, há a conclusão pela prevalência de *PI*, no sentido de que o documentário não deveria ser exibido. Dois fatores

¹³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 94-99.

¹³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 117.

¹³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 166-176.

¹³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 100.

fáticos substanciais acabaram por influenciar o sopesamento: a) não haveria mais um interesse atual pela notícia do crime; b) haveria um risco para a ressocialização do autor da demanda.¹⁴⁰

No Brasil, ponderação similar como a descrita no *caso Lebach* foi realizada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso que envolvia a apresentadora de televisão Daniella Cicarelli, que foi flagrada em relações íntimas com o namorado em uma praia da Espanha, tendo as imagens reproduzidas no YouTube, site especializado em vídeos mantido pela Google. O Tribunal, em demanda inibitória de tutela da personalidade proposta por ambos, acabou concluindo pela não exibição das imagens, de forma definitiva.¹⁴¹ Obviamente, outras questões, inclusive aquelas relacionadas às reparações dos danos, ainda estão sendo discutidas judicialmente. A situação fática do caso coloca em xeque o polêmico e criticado art. 20 do Código Civil, dispositivo este que não pode deixar de lado os valores constitucionais, caso do direito à informação e à liberdade de imprensa.¹⁴² Como salienta a doutrina, deve-se fazer a devida ponderação dos valores em jogo, não se olvidando da função social do uso de imagem, ou seja, o fato de que a

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 101-102.

¹⁴¹ Ementa do julgado: “Ação inibitória fundada em violação do direito à imagem, privacidade e intimidade de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Esfera íntima que goza de proteção absoluta, ainda que um dos personagens tenha alguma notoriedade, por não se tolerar invasão de intimidades [cenas de sexo] de artista ou apresentadora de TV – Inexistência de interesse público para se manter a ofensa aos direitos individuais fundamentais (artigos 1º, III e 5º, V e X, da CF) – Manutenção da tutela antecipada expedida no Agravo de Instrumento n. 472.738-4 e confirmada no julgamento do Agravo de Instrumento n. 488.184-4/3 – Provimento para fazer cessar a divulgação dos filmes e fotografias em websites, por não ter ocorrido consentimento para a publicação – Interpretação dos arts. 461 do CPC e 12 e 21 do CC, preservada a multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção” (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 556.090.4/4-00, Rel. Enio Zuliani, Comarca São Paulo, Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 12/06/2008, Data de Registro: 17/07/2008).

¹⁴² CC/2002. “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.” Críticas contundentes quanto ao comendo legal podem ser observadas em: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, cit., p. 49-58.

informação pode ter uma finalidade coletiva.¹⁴³ A ponderação não é simples e demanda a análise de vários critérios, como realmente deve ser.¹⁴⁴

¹⁴³ Tentando *iluminar as trevas* relativas à tutela da imagem, na *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça foi aprovado o Enunciado n. 279, com a seguinte redação: “Art. 20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações”.

¹⁴⁴ As dificuldades práticas da *arte de ponderar* podem ser percebidas em notório julgado publicado da seguinte forma no Informativo n. 396 do Superior Tribunal de Justiça, de junho de 2009, também envolvendo a tutela da imagem *versus* o direito à informação e à liberdade de imprensa: “RESPONSABILIDADE. TELEVISÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. Cuida a matéria em definir a responsabilidade da imprensa televisiva por veicular reportagem na qual o recorrido é apontado como suspeito de participar de organização criminosa. Inicialmente, destacou a Min. Relatora que a lide deve ser analisada tão somente à luz da legislação civil e constitucional pertinente, tornando-se irrelevantes as citações aos arts. 29, 32, § 1º, 51 e 52 da Lei n. 5.250/1967 (a Lei de Imprensa), uma vez que essa não foi recepcionada pela CF/1988. Em uma primeira oportunidade, a recorrente exibiu reportagem na qual procurava denunciar a existência de organização criminosa, com atuação em dois estados. Ocorre que, com a morte de um advogado, nova reportagem foi exibida durante programa dominical. O nome do recorrido é mencionado em duas oportunidades. Na primeira, o narrador da reportagem afirma que o recorrido teve seu nome citado na notícia-crime como parte da máfia das prefeituras. Na segunda, a fonte revela que teria sido ameaçada pelo recorrido. O TJ viu, nessa situação de fato, abuso do direito de informar com ânimo de difamar e caluniar, destacando que a simples pecha de suspeito já se faz conduta suficiente a ensejar danos à honra objetiva (social) e subjetiva (íntima) do autor, merecendo, assim, repreensão judicial. Para a Min. Relatora, é nesse contexto que surge a violação dos arts. 186 e 927 do CC/2002, sendo certo que, no recurso especial, a recorrente afirma não estarem presentes os requisitos para que lhe imputem responsabilidade civil. Não haveria culpa e tampouco nexos causal. *Há, na questão, um conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A Constituição Federal assegura a todos a liberdade de pensamento (art. 5º, IV), bem como a livre manifestação desse pensamento (art. 5º, IX) e o acesso à informação (art. 5º, XIV). Esses direitos salvaguardam a atividade da recorrente. No entanto, são invocados pelo recorrido os direitos à reputação, à honra e à imagem, assim como o direito à indenização pelos danos morais e materiais que lhe sejam causados (art. 5º, X). Para a solução do conflito, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio no qual os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora. A questão merece ser vista com cautela, para que se esclareçam os limites da liberdade de expressão. É essencial o manejo correto das regras de responsabilidade civil, pois só elas podem indicar onde há abuso de liberdade e lesão injustamente causada a outrem. Na hipótese, constata-se que a reportagem da recorrente, para sustentar essa sua afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia-crime e a opinião de um procurador da República. Ademais, os autos revelam que o próprio repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, divulgava-se em cadeia nacional. Acresça-se a isso que o próprio recorrido revela que uma de suas empresas foi objeto de busca e apreensão. Ao público, foram dadas as duas versões do fato: a do acusador e a do suspeito. Os elementos que cercaram a reportagem também mostravam que havia fatos a serem investigados. O processo de divulgação de informações satisfaz o verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial. Desse modo, vê-se claramente que a recorrente atuou com a diligência devida, não extrapolando os limites impostos à liberdade de informação. A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado altere-se. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, mostre-se improcedente. Por esses motivos, deve-se concluir que a conduta da recorrente foi lícita, havendo violação dos arts. 186 e 927 do CC/2002. Aderindo a esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial” [grifo nosso] (STJ, REsp 984.803/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/5/2009).*

No tocante à responsabilidade civil, a ponderação também serve para solucionar o caso já exposto, genuinamente brasileiro, do paciente baleado que se nega à intervenção cirúrgica por convicções religiosas. A questão coloca em jogo, de um lado, o direito à vida (art. 1º, III, da CF/1988) e, de outro, o direito às convicções religiosas, diante da proteção da liberdade de crença prevista no Texto Maior (art. 5º, VI). Conforme alguns julgados, de correta ponderação, deve prevalecer o primeiro sobre o segundo, com a rejeição da demanda indenizatória proposta pelo paciente que sobreviveu graças ao médico que o salvou e ao hospital. Concluindo, a proteção da vida prevalece sobre as convicções religiosas.¹⁴⁵

Em síntese, no que concerne ao tema, a ideia de *ponderação*, *pesagem* ou *sopesamento* é relevante para questões que envolvem direitos no âmbito privado. Anote-se que algumas codificações privadas fizeram a opção de prever expressamente a possibilidade de colisão de direitos, como o fez o Código Civil Português, em seu art. 335º. De acordo com esse comando legal, havendo colisão entre direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder, na medida do necessário, para que todos os direitos produzam, igualmente, os seus efeitos, sem maior detrimento para qualquer uma das partes. Caso sejam os direitos desiguais ou de espécie diferente, deve prevalecer o considerado hierarquicamente superior.

Para concluir o presente capítulo, deve ficar claro que todos esses mecanismos descritos são considerados fundamentais para a solução dos inúmeros casos que envolvem a responsabilidade civil na pós-modernidade, mormente a *tese do risco concorrente*, que aqui se propõe.

A *visão interdisciplinar*, o *diálogo das fontes* e o *Direito Civil Constitucional* viabilizam a análise do sistema como um todo, substituindo-se uma interpretação insular por uma interpretação sistemática do ordenamento.¹⁴⁶

¹⁴⁵ “INDENIZATÓRIA. REPARAÇÃO DE DANOS. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. RECEBIMENTO DE TRANSFUSÃO DE SANGUE QUANDO DE SUA INTERNAÇÃO. Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida. Conduta dos médicos, por outro lado, que pautou-se dentro da Lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos. Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da internação da autora. Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhido, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante. Recurso não provido” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Acórdão n. 123.430-4, Comarca: Sorocaba, Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Flavio Pinheiro, julgado em 07/05/2002).

¹⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos, cit., p. 463.

A partir da personalização do Direito Privado, da aplicação dos princípios constitucionais que protegem o indivíduo e da técnica da ponderação, concretiza-se a proteção da pessoa humana, nos termos da cláusula geral de tutela prevista no art. 1º, III, da CF/1988.

Os citados mecanismos jurídicos, próprios da Teoria Geral do Direito Civil Contemporâneo, que visualizam a *construção unitária do ordenamento jurídico*, fundamentais à pós-modernidade, guiarão o presente estudo.¹⁴⁷ Nesse passo, serão essenciais para as conclusões a que este autor quer chegar a respeito da aplicação da teoria do risco concorrente na essência da responsabilidade objetiva.

¹⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento, cit., p. 309. Ensina o jurista: “O sistema jurídico, bem ao contrário, há fazer convergir a atividade interpretativa e legislativa na aplicação do direito, sendo aberto justamente para que se possa nele incluir todos os vetores condicionantes da sociedade, inclusive aqueles que atuam na cultura dos magistrados, na construção da solução para o caso concreto. A pluralidade de fontes normativas, pois, não pode significar perda do fundamento unitário do ordenamento, devendo sua harmonização se operar de acordo com a Constituição, que o recompõe, conferindo-lhe, assim, a natureza de sistema. Ou seja, a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a noção de unidade do ordenamento” (TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento, cit., p. 314).

2

ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL**2.1 CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO À ORIGEM E A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA *RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL***

Desde os primórdios do Direito Romano, convencionou-se classificar a responsabilidade civil, quanto à origem, em contratual ou negocial e extracontratual ou *aquiliana*, apesar das já mencionadas impropriedades de utilização do último termo. A própria origem da palavra “responsabilidade”, decorrente do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, nasceu de uma obrigação primitiva e de natureza contratual, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais.¹⁴⁸

Essa divisão, consagradora de um *modelo dualista ou binário*, acabou por influenciar a elaboração das codificações privadas modernas. O Código Civil Francês, por exemplo, traz a responsabilidade civil delitual ou extracontratual entre os seus arts. 1.382 e 1386, enquanto a responsabilidade contratual está nos arts. 1.146 a 1.155, no capítulo que trata dos danos e dos interesses decorrentes do descumprimento da obrigação.

Entre as codificações mais atuais, o Código Civil Italiano, de 1942, também consagra a *divisio*, em seu *Livro IV*, que regula as obrigações. A responsabilidade civil extracontratual, por fatos ilícitos, está prevista entre os arts. 2.043 e 2.059. Por outra via, a responsabilidade contratual, decorrente do inadimplemento obrigacional, tem os efeitos descritos nos arts. 1.218 a 1.229.

De modo semelhante fez o Código Civil Português, de 1966, eis que a responsabilidade por fatos ilícitos e pelo risco consta dos arts. 483º a 510º, ao passo que a decorrente do não cumprimento das obrigações está entre os arts. 790º e 836º. De qualquer forma, já há uma tentativa de unificação na legislação portuguesa, pela previsão da *obrigação de indemnização*, entre os arts. 562º e 572º. De acordo com as lições de Antunes

¹⁴⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações. Responsabilidade civil*, 10. ed., cit., p. 273. Expõe o professor Villaça que a palavra tem origem em um jogo de perguntas e respostas que eram feitas quando da constituição dos negócios “*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*” (Prometes me dar um cento? Prometo).

Varela, os trabalhos preparatórios da então nova legislação civil portuguesa colocaram em relevo os pontos de congruência entre os dois tipos de responsabilidade, o que culminou com a elaboração dos citados dispositivos, em um tratamento legal em conjunto no tocante às consequências da responsabilidade.¹⁴⁹

As codificações brasileiras foram pensadas na mesma esteira dessa *partilha metodológica*, adotando o citado *sistema dualista*. No Código Civil de 1916, a responsabilidade extracontratual, a *obrigação por atos ilícitos*, constava entre os arts. 1.518 e 1.553; a responsabilidade contratual, *as consequências da inexecução das obrigações*, nos arts. 1.056 a 1.058, completados pelos dispositivos relativos às perdas e danos (arts. 1.059 a 1.061) e aos juros legais (arts. 1.062 a 1.064). Isso sem falar no tratamento da cláusula penal, decorrência natural do inadimplemento, que era matéria dos comandos anteriores (arts. 916 a 927). Além da divisão, o conceito estruturante de ato ilícito constava do art. 159 do Código de 1916.

Na codificação brasileira de 2002, melhor organizada, o *Título IX do Livro das Obrigações* foi intitulado como “*Da responsabilidade civil*”, tratando, a princípio, da responsabilidade extracontratual (arts. 927 a 954), uma vez que o seu dispositivo inaugural faz menção ao ato ilícito (art. 186) e ao abuso de direito (art. 187). De outro modo, a responsabilidade contratual, decorrente do *inadimplemento das obrigações*, consta dos arts. 389 a 420 do CC/2002.¹⁵⁰ Na Parte Geral, assim como o Código anterior, há o conceito de ato ilícito (art. 186), ao lado do de abuso de direito (art. 187), categorias básicas da responsabilidade civil. Cabe aqui analisá-los, demonstrando o impacto das mudanças que foram introduzidas pelo novel legislador.

Relativamente ao art. 186 do atual Código Civil, verificam-se alterações substanciais quando realizada a devida confrontação com o art. 159 do Código Civil de 1916, a saber, em quadro comparativo, para melhor análise de ambas as categorias:

¹⁴⁹ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 3. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. I, p. 877.

¹⁵⁰ Nesse ponto, melhor sistematizado do que o seu antecessor, o Código de 2002 trata do inadimplemento absoluto, com disposições gerais (arts. 389 a 393); do inadimplemento relativo ou mora (arts. 394 a 401); das perdas e danos (arts. 402 a 405); dos juros legais (arts. 406 e 407); da cláusula penal (arts. 408 a 416); e das arras ou sinal (arts. 417 a 420), encerrando a teoria geral das obrigações. Após, segue a teoria geral dos contratos, com tratamento entre os arts. 421 a 480.

Art. 159 do Código Civil de 1916	Art. 186 do Código Civil de 2002
<p>“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.</p> <p>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.” (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo n. 3.725, de 15.01.1919.)</p>	<p>“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”</p>

Como primeira diferença a ser apontada, a conjunção alternativa “ou” foi substituída pela aditiva “e”, ou seja, o ato ilícito civil passa a ser a somatória de lesão de um direito e de um dano reparável. A mudança estrutural é clara, uma vez que foi superada a ideia de ilícito civil pela simples presença de uma violação ao direito alheio, como constava da codificação anterior. É notória a influência do modelo do *dano injusto*, adotado pelo art. 2.043 do Código Civil Italiano.¹⁵¹

Giorgio Cian e Alberto Trabucchi levantam a polêmica relativa ao conceito de dano injusto, sobretudo se para a sua configuração basta a lesão a um direito subjetivo, verdadeira e propriamente considerado.¹⁵² Segundo esses autores, para a configuração de tal categoria devem ser analisados os interesses e os direitos subjetivos envolvidos, fazendo a devida ponderação no caso concreto.¹⁵³

Roberto de Ruggiero conclui que não se pode confundir a lesão de direitos com o dano, sendo este o melhor entendimento. São suas palavras: “Não há, porém, dano todas as vezes que no exercício legítimo do próprio direito – e, acrescente-se, no exercício sem abuso – alguém lese um interesse ou um direito alheio; assim se deve dizer que aqui em

¹⁵¹ Prevê o art. 2.043 do Codice: “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o culposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. Tradução livre do autor: “Ressarcimento por fato ilícito. Qualquer fato doloso ou culposo, que cause a outrem um dano injusto, obriga aquele que o cometeu a ressarcir o dano”.

¹⁵² CIAN, G.; TRABUCCHI, A. *Commentario breve al Codice Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992. p. 1.675.

¹⁵³ CIAN, G.; TRABUCCHI, A. *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 1.675.

vez de faltar o dano, falta propriamente a lesão, se esta como injúria é um ato contrário ao direito”.¹⁵⁴

Para Massimo Bianca, o significado de dano pode ser especificado em três distintas noções: *a)* um evento lesivo, ou seja, um resultado material ou jurídico no qual se concretiza a lesão para um interesse juridicamente apreciável; *b)* um efeito econômico negativo, isto é, um sofrimento patrimonial que o evento lesivo determina a cargo dos credores; *c)* uma liquidação pecuniária do efeito econômico negativo. Nesse sentido, o doutrinador italiano cita a diferença substancial entre *dano-evento* – que constitui o ilícito, atribuído ao responsável, segundo o princípio da imputação – e *dano-consequência* – relacionado à decorrência prejudicial relevante, conforme o princípio da causalidade.¹⁵⁵ Deveras, a relação é de causa e efeito. Portanto, a partir de suas palavras, é mister concluir que o conceito de *dano injusto* não se confunde com o de *lesão de direitos*, pois *o dano que se quer afirmar é o dano-consequência*. Em suma, as categorias jurídicas destacadas são distintas.

A segunda diferença a ser apontada quanto ao art. 186 do Código Civil Brasileiro de 2002 é a menção ao “dano exclusivamente moral”, ou *dano moral puro*, aquele sem qualquer repercussão material. Não se trata, em verdade, de especial novidade, uma vez que a reparação do dano moral já constava da Constituição Federal, mais propriamente do seu art. 5º, V e X.¹⁵⁶ O Texto Maior é tido como divisor de águas no que diz respeito ao reconhecimento da possibilidade de se reparar o dano moral.

Partindo para a outra categoria básica da responsabilidade civil, o art. 187 do atual Código Civil Brasileiro dispõe que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. É a consagração do *abuso de direito* ou *abuso do direito* como ato ilícito equiparado, dispositivo que sofreu claras influências do art. 334º do Código Civil de Portugal.¹⁵⁷

¹⁵⁴ RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Tradução de Ary dos Santos, Antônio Chaves e Fábio Maria de Mattia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 3, p. 393.

¹⁵⁵ BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2006. v. 5: La responsabilità, p. 112-114.

¹⁵⁶ CF/1988. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]. X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

¹⁵⁷ Código Civil Português. “Art. 334º (Abuso do direito). É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.”

Apesar das semelhanças, pode ser percebida uma nítida diferença entre os comandos legais comparados, uma vez que o Código Civil Brasileiro acabou por equiparar o abuso de direito ao ato ilícito, ao contrário do dispositivo lusitano, que menciona a existência de um ato ilegítimo.¹⁵⁸ Relativamente ao conceito de abuso de direito, é precisa a definição de Rubens Limongi França, no sentido de que o abuso de direito constitui uma categoria de conteúdo próprio, entre o ato lícito e o ilícito, ou seja, *o abuso de direito é lícito pelo conteúdo e ilícito pelas consequências*.¹⁵⁹ Em suma, a ilicitude do ato, no abuso, está na forma de sua execução, ou seja, na sua prática.

A mencionada equiparação de ambos os conceitos, para os fins da responsabilidade civil, consta do art. 927, *caput*, do atual Código Brasileiro, que assim enuncia: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Como se pode perceber, quando o dispositivo menciona o ato ilícito, traz entre parênteses o ato ilícito propriamente dito ou padrão e o ato ilícito equiparado, decorrente do exercício irregular de um direito. Em ambos os casos, surge o dever de reparação, conforme prevê a parte final da norma.

Pois bem, a grande dúvida que surge é se os conceitos de ato ilícito e de abuso de direito servem apenas para a responsabilidade extracontratual ou se do mesmo modo podem ser utilizados para a responsabilidade contratual. Nesse passo, a questão incide diretamente na discussão acerca da dicotomia utilizada no título da presente seção.

¹⁵⁸ A respeito do tema, no Direito Português, ver: CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005. No Direito Brasileiro: LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988; MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997; CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006 (Série Pensamento Jurídico); BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. Entendemos ser irrelevante o uso diferenciado das terminologias *abuso de direito* ou *abuso do direito*, sendo até preferível a primeira para o português utilizado no Brasil, do ponto de vista metodológico. Em outras palavras, acreditamos que a expressão “abuso de direito” não traz, em hipótese alguma, a falsa impressão de que se trata de um *abuso permitido pelo Direito, ou que integra o Direito* (como quer: DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Dantas. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Biblioteca de estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2007. p. 254-255). Ao contrário do que se aventa, a última expressão denota que o caso é de abuso de um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico. No Direito Português até pode ser preferível o termo *abuso do direito*. Porém, entre os brasileiros, a citada confusão não tem o costume de ocorrer.

¹⁵⁹ “O ato ilícito (*Manual*, v. 1º, p. 211) é toda manifestação da vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito. O ato ilícito é uma ação ou omissão voluntária, ou que implique negligência ou imprudência, cujo resultado acarrete violação de direito ou que ocasione prejuízo a outrem. Finalmente, o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 45). O verbete foi elaborado pelo próprio Rubens Limongi França, organizador dessa monumental obra. Anote-se que o jurista também utiliza o termo “abuso de direito”, afastando a possibilidade da citada confusão em relação às expressões.

Como bem afirma Fernando Noronha, a divisão da responsabilidade civil em extracontratual e contratual reflete “um tempo do passado”, uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são exatamente idênticos.¹⁶⁰ Em sentido muito próximo, leciona Judith Martins-Costa que há um grande questionamento acerca dessa distinção, “pois não resiste à constatação de que, na moderna sociedade de massas, ambas têm, a rigor, uma mesma fonte, o ‘contato social’, e obedecem aos mesmos princípios, nascendo de um mesmo fato, qual seja, a violação de dever jurídico preexistente”.¹⁶¹ Diante disso, vejamos o porquê da plena razão desses entendimentos doutrinários.

É comum afirmar que a responsabilidade civil contratual ou negocial está baseada nos arts. 389, 390 e 391 do Código Civil em vigor.

O primeiro dispositivo evocado trata da responsabilidade civil pelas obrigações positivas, ou seja, do inadimplemento das obrigações de dar e de fazer.¹⁶² O comando legal equivale ao clássico art. 1.056 do Código Civil de 1916, com algumas alterações de redação, particularmente com a inclusão de outras consequências do inadimplemento.¹⁶³

O art. 390, por sua vez, dispõe sobre o inadimplemento das obrigações negativas, que no caso da legislação brasileira englobam apenas as obrigações de não fazer. Prevê a norma que “Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”.

Em suma, nota-se que, na obrigação positiva, o descumprimento se dá quando o ato não é praticado; já na obrigação negativa, o inadimplemento ocorre quando o ato é praticado. Como consequências também do descumprimento das obrigações negativas, aplica-se a regra geral do art. 389 do CC/2002, ou seja, o devedor inadimplente responde por perdas e danos, mais juros, correção monetária e honorários do advogado.¹⁶⁴

Encerrando o tratamento do inadimplemento das obrigações, enuncia o art. 391 do atual Código Civil que “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do

¹⁶⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 432-433.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II, p. 97.

¹⁶² CC/2002. “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.”

¹⁶³ CC/1916. “Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.” Sobre o tema, destaca-se a clássica obra de Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit.).

¹⁶⁴ Cumpre destacar que outras regras quanto ao inadimplemento dessas obrigações constam da codificação privada entre os arts. 233 a 246 (obrigações de dar), arts. 247 a 249 (obrigações de fazer) e arts. 250 e 251 (obrigações de não fazer).

devedor”. Trata-se de uma novidade na codificação, a consagrar o que se denomina *princípio da responsabilidade patrimonial* ou *princípio da imputação civil dos danos*.¹⁶⁵ O dispositivo traz, contudo, uma imprecisão técnica, ao mencionar que pelo inadimplemento das obrigações respondem *todos* os bens do devedor.¹⁶⁶ Em verdade, deve ser feita a ressalva de que alguns bens são protegidos, como é o caso dos bens absolutamente impenhoráveis – mencionados no art. 649 do Código de Processo Civil – e do *Bem de Família Legal* – tratado pela Lei n. 8.009/1990.¹⁶⁷ A proteção dos bens impenhoráveis já havia sido ressalvada pelo art. 591 do Estatuto Processual.¹⁶⁸

Ora, como se percebe, ao tratar da responsabilidade contratual não há qualquer previsão a respeito do conceito de ato ilícito contratual, razão pela qual é forçoso concluir que podem ser adotadas as fórmulas previstas nos arts. 186 – para o ato ilícito puro ou padrão – e 187, ambos do Código Civil – para o ato ilícito equiparado ou abuso de direito.¹⁶⁹ Essa parece ser a melhor conclusão, até porque foi adotado o modelo culposo para os fins da responsabilidade civil contratual ou negocial, pelo que consta do art. 392 do Código Privado.¹⁷⁰ Eis aqui uma primeira viabilidade quanto à superação da aludida

¹⁶⁵ O princípio remonta à *Lex Poetelia Papiria* do Direito Romano – do ano de 326 a.C. Fazendo menção às duas denominações, cite-se: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 376-377. Preferindo o termo responsabilidade patrimonial, ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI, p. 314; MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações, cit., p. 97; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. I, cit., p. 698.

¹⁶⁶ A impropriedade é mencionada e corrigida por parte considerável da doutrina nacional. Por todos: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 262; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Direito das obrigações*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008. v. IV, p. 349.

¹⁶⁷ Prevê o art. 1º da Lei n. 8.009/1990 que “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

¹⁶⁸ CPC. “Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

¹⁶⁹ Nesse sentido, na doutrina nacional: MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações, cit., p. 126-127; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Biblioteca de Direito Civil*. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2007. p. 53-54; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 110-111. No Direito Português, Almeida Costa vislumbra uma proximidade conceitual entre os sistemas de ilícito contratual e extracontratual (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 10 ed., cit., p. 562).

¹⁷⁰ CC/2002. “Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei.” Foi adotado o modelo culposo também para a responsabilidade contratual pela menção do dolo e culpa aos contratos benéficos ou gratuitos, bem como pela menção à simples culpa incidente aos contratos onerosos.

dicotomia. Conforme demonstra Ricardo Luis Lorenzetti, o conceito de ilicitude possui uma unidade sistemática, eis que a antijuridicidade é pressuposto aplicável no âmbito contratual ou extracontratual, público ou privado.¹⁷¹

Para essa primeira hipótese de viabilidade da superação do modelo dualista, revelando uma teoria tida como *monista ou unitária*, passou a contribuir sobremaneira com o conceito de abuso de direito constante do art. 187 do Código Civil Brasileiro, dispositivo que vem merecendo a correta aplicação na seara contratual no que concerne à autonomia privada.¹⁷² Destaque-se, no âmbito jurisprudencial trabalhista, a sua comum aplicação em sede de contrato de trabalho, visando impedir os abusos cometidos por empregadores diante dos trabalhadores.¹⁷³ A contribuir para essa possibilidade estão as cláusulas gerais mencionadas no dispositivo civil, ou seja, as previsões quanto aos fins sociais, aos fins econômicos, à boa-fé e aos bons costumes, construções que se aplicam diretamente aos contratos, com destaque para a indeterminação legal relativa ao fim social (função social) e à boa-fé, aqui de natureza objetiva.¹⁷⁴

Outra contribuição que pode ser mencionada para a superação da dicotomia *responsabilidade civil contratual x responsabilidade civil extracontratual* refere-se ao

¹⁷¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 48.

¹⁷² CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*, cit., p. 217-223; BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*, cit., p. 243-259. Ainda mais especificamente: PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. A última obra é fruto de dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do professor José Antônio Peres Gediel.

¹⁷³ Do Tribunal Superior do Trabalho pode ser apontada a seguinte decisão, a ilustrar: “RECURSO DE REVISTA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HONRAS OBJETIVA E SUBJETIVA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACUSAÇÃO DE FURTO DE MATERIAL DE TRABALHO. JUSTA CAUSA DESCONTITUÍDA EM JUÍZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. EFEITOS. Na resolução da lide trabalhista deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e a indenização por dano moral é devida não apenas na hipótese de ofensa à honra objetiva (que diz respeito à consideração perante terceiros), mas também de afronta à honra subjetiva (sentimento da própria dignidade moral), a qual se presume, *in re ipsa* (a coisa fala por si). Não há exercício regular do direito (art. 2º da CLT), mas abuso de direito (art. 187 do CCB/2002), quando a acusação de furto não esteja baseada objetivamente em fatos que possam configurar a hipótese de fundada controvérsia, mas apenas em ilações, de todo modo já afastadas antes mesmo da demissão. Havendo desconfiança (infundada) ou desconforto (evidente) na relação jurídica de emprego, pode o empregador rescindir o contrato de trabalho sem justa causa, ante seu poder potestativo, mas não demitir por justa causa apontando inexistente prática de furto. Princípio da razoabilidade. Recurso de revista provido” (TST, Recurso de Revista n. 792/2005-015-10-00.0, 5ª Turma, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, DJU 27/06/2008, p. 296). Na doutrina trabalhista, discorrendo amplamente sobre a ideia de abuso de direito e a incidência do art. 187 do Código Civil às relações de trabalho, consultar: DALLEGAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 399-405.

¹⁷⁴ Destaque-se que os princípios da função social do contrato (art. 421 do Código Civil) e da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) são regramentos básicos da codificação de 2002. Sobre o tema, remete-se para as conclusões deste autor constantes em dissertação de mestrado defendida em 2004 na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007).

tratamento unificado que o Código Civil Brasileiro traz a respeito ao dano, na trilha do Código Civil de Portugal.

De início, os arts. 402 a 404 da codificação privada tipificam os conceitos de danos emergentes e lucros cessantes que, em sede de danos patrimoniais, servem tanto para a responsabilidade civil contratual quanto para a extracontratual. Os *danos emergentes* ou *danos positivos* são tidos como o que a pessoa efetivamente perdeu; *os lucros cessantes* ou *danos negativos* o que razoavelmente deixou de lucrar.¹⁷⁵ No mesmo sentido, o “dano exclusivamente moral” mencionado no art. 186 do Código Civil também pode ser utilizado como fundamento em casos envolvendo o descumprimento de um contrato. Ressalte-se ainda, no último caso, que é possível utilizar o artifício constitucional, pela incidência dos incs. V e X do art. 5º da CF/1988, em uma interpretação civil-constitucional do ordenamento jurídico.

Ainda no que concerne ao dano, os arts. 944 a 954 do Código Civil, dispositivos que tratam da indenização, parecem ter plena subsunção tanto aos casos de responsabilidade contratual quanto aos de extracontratual. Aqui é clara a inspiração portuguesa, nos já mencionados arts. 562º e 572º da codificação dos patrícios. No caso brasileiro, cite-se, por exemplo, o art. 952 do Código Civil, que trata do esbulho e da usurpação da coisa alheia.¹⁷⁶ O dispositivo tem incidência tanto nos casos de

¹⁷⁵ CC/2002. “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. Art. 403. 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. Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provas que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.” Ao tratar do conceito de indenização, aponta Pontes de Miranda: “Quem indeniza torna indene o que foi danificado, o que algum fato atingiu, diminuindo a valor, ou extinguindo-o. Quem danificou há de indenizar. Dano é a perda, dano é o prejuízo sofrido. A expressão ‘perdas e danos’ torna explícito que há o dano total e há danos que não excluem o bem. Não só as coisas podem sofrer danos. Há danos ao corpo e à psique. Nas relações da vida, o ser humano há de indenizar o dano que causa. O ser humano que sofreu o dano há de ser protegido pelo direito material no sentido de ter direito, pretensão e ação contra o ofensor. A expressão ‘perdas e danos’ também se refere e não se há de esquecer a ambiguidade a danos emergentes e lucros cessantes: perde-se o que se deixa de ganhar e sofre-se a diminuição do valor do que se tem. Somente o trato de cada espécie poderia caracterizar o conceito de que na ocasião se cogita. As ofensas podem ser a direitos, pretensões e ações que nasceram de negócios jurídicos, ou a direitos, pretensões e ações que não dependem de existir entre o ofendido e o ofensor relação jurídica negocial. Aquelas ofensas, em atos positivos ou negativos, são ilícito relativo; essas, em atos positivos ou negativos, são ilícito absoluto” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXVI, cit., p. 23). Utilizando as expressões “danos positivos” e “danos negativos”, na doutrina brasileira contemporânea, ver, por todos: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., p. 386.

¹⁷⁶ CC/2002. “Art. 952. Havendo usurpação ou esbulho do alheio, além da restituição da coisa, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o devido a título de lucros cessantes; faltando a coisa, dever-se-á reembolsar o seu equivalente ao prejudicado. Parágrafo único. Para se restituir o equivalente,

responsabilidade civil extracontratual – como na situação de roubo de um bem alheio – quanto nos de responsabilidade civil contratual – por exemplo, o esbulho que tem origem em um contrato de comodato.

É imperioso destacar, em relação aos arts. 944 e 945 do CC/2002, que um dos pontos fulcrais do presente estudo é justamente o de defender a sua ampla subsunção às duas supostas modalidades de responsabilidade civil. O tema será aprofundado em momento oportuno.

Por fim, cumpre relevar, de igual modo para a revisão do *modelo dualista*, o tratamento constante do Código de Defesa do Consumidor. Como é notório, a Lei n. 8.078, de 1990, não trouxe uma regulamentação discriminada quanto às duas modalidades de responsabilidade civil. Entre os seus arts. 12 e 17 constam a previsão da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço; nos arts. 18 a 25, a responsabilidade pelo vício do produto e do serviço, normas que incidem tanto na responsabilidade negocial como na não negocial.¹⁷⁷ Anote-se o tratamento dado pelo Código Consumerista ao consumidor equiparado ou *bystander*, que pode fazer uso da norma mais benéfica como se fosse consumidor padrão ou *stander*. Essa previsão consta dos arts. 17 e 29 da Lei n. 8.078/1990, dispositivos com grande amplitude prática, como vem reconhecendo a jurisprudência nacional.¹⁷⁸

De qualquer maneira, apesar dessas tentativas, a unificação ainda está longe de ser efetivada plenamente no Direito Brasileiro, apesar de já serem perceptíveis alguns passos relevantes para tanto. Alguns exemplos estruturais servem para tal demonstração. Marcelo Junqueira Calixto expõe os seguintes, a manter a *summa divisio* – como quer –, no tocante

quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avante àquele.”

¹⁷⁷ Conforme lecionam, entrem outros: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função, cit., p. 81; MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 258-259; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁷⁸ O art. 17 da Lei n. 8.078/1990 considera consumidor, para os fins da seção de responsabilidade civil, todas as vítimas do evento relação de consumo. Já o art. 29 da mesma lei enuncia que, para os fins do capítulo referente às práticas comerciais, inclusive contratuais, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sentido bem abrangente, pode ser citado julgado que considerou consumidor equiparado ou *bystander* o proprietário de uma casa sobre a qual caiu um avião. Pode ele demandar a companhia aérea como se fosse um passageiro, ou seja, como se tivesse um contrato de transporte celebrado com a empresa (STJ, REsp 540.235/TO, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 07/02/2006, DJ 06/03/2006, p. 372). De forma flagrante foi seguido o modelo de unificação da responsabilidade civil para os dois casos.

à dicotomia aqui estudada: *a)* a origem romana da regra pela qual a responsabilidade civil existe mesmo nos casos de culpa levíssima (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*) somente se aplicaria à responsabilidade extracontratual, e não à contratual; *b)* a divisão da obrigação em obrigação de meio e resultado somente teria relevância na responsabilidade contratual; *c)* as cláusulas de exoneração da responsabilidade civil ou cláusulas de não indenizar somente se aplicariam à responsabilidade contratual, e não à extracontratual.¹⁷⁹

A esses argumentos, somem-se outros. *Ab initio*, pode ser mencionado o tratamento diferenciado da responsabilidade solidária. A solidariedade contratual ou negocial consta, em tom genérico, dos arts. 264 a 266 do Código Civil, merecendo destaque o art. 265 da codificação, pelo qual a solidariedade não se presume e decorre de lei ou da vontade das partes. Já a solidariedade extracontratual está tratada no art. 942 do Código, o qual dispõe que: “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. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”.

Evoca-se, em reforço, o tratamento dos juros moratórios, particularmente quanto ao início de sua contagem. Os juros de mora decorrentes da responsabilidade contratual têm previsão de contagem no art. 405 do Código Civil, iniciando-se, em regra, a partir da citação inicial processual.¹⁸⁰ No entanto, os juros decorrentes da responsabilidade extracontratual têm início a partir da prática do evento danoso, conforme a interpretação do art. 398 do Código Civil.¹⁸¹

Nesse contexto, como se vê, ainda há razões doutrinárias e categoriais para se apontar a divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual. Todavia, há passos fortes para a superação da dicotomia, como quer este autor, sendo certo que a ideia de unificação da responsabilidade civil é um dos cernes fundamentais ou marcos teóricos da premissa jurídica proposta. A divisão da culpa em *contratual* e *aquiliana* é outro fator importante de discussão.¹⁸² Esse ponto será abordado a partir de agora com o estudo do conceito de culpa.

¹⁷⁹ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função, cit., p. 77-78.

¹⁸⁰ Em regra, pois o dispositivo incide aos casos de mora pendente do devedor, ou seja, de mora *ex persona*, que depende de interpretação judicial ou extrajudicial (art. 397, parágrafo único, do CC). Em havendo mora *ex re*, os juros devem incidir a partir do descumprimento (art. 397, *caput*, do CC).

¹⁸¹ CC/2002. “Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.” Com correta interpretação, prevê a Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça que “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.

¹⁸² CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno*. Colpa contrattuale. 2. ed. Torino: Fatelli Bocca, 1925. p. 23-32. Eram as lições de Caio Mário da Silva Pereira: “O conceito de culpa é unitário, embora

2.2 A CULPA. DO PAPEL PRINCIPAL AO COADJUVANTE. A EMERGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

A culpa sempre foi uma categoria jurídica amplamente investigada pelos estudiosos do Direito, seja no Brasil ou no Direito Comparado. A culpa, no tocante à responsabilidade civil, seja esta contratual ou extracontratual – se ainda se quer dividir –, sempre ocupou um papel principal nas discussões doutrinárias. Evidentemente, não se pode negar que a culpa é um conceito multicultural, o qual possui tanto feições religiosas quanto psicológicas.¹⁸³ Do ponto de vista psicológico, fala-se em *complexo de culpa*, eis que o fardo pelos erros sempre acompanhou – e continuará a acompanhar – o ser humano. As pessoas buscam mais acertar do que errar em suas vidas e, a cada engano, o complexo vem à tona. Imagine-se o quanto deve ser difícil a um perfeccionista lidar com os seus erros e com a culpa que carrega.

Partindo para a construção jurídica, na Itália, destaca-se a clássica obra de Chironi, que associa a culpa à ideia de desrespeito a um dever preexistente ou de violação de um dever jurídico.¹⁸⁴ Em tom mais completo, ensina Lodovico Barassi que há culpa, em sentido próprio, quando quem cometeu o fato danoso ao outro encontrava-se em condições de prever as consequências e não as evitou.¹⁸⁵

Também entre os italianos, Luigi Sertorio afirma que a culpa é um ato de negligência daquele que não observou a devida diligência para evitar o evento danoso, inclusive de não querer o prejuízo a outrem, não agindo com dolo.¹⁸⁶ Para o Senador

sua ocorrência possa dar-se de maneiras diversas. São todas elas, entretanto, meras modalidades pelas quais pode caracterizar-se a violação do dever preexistente. Em toda culpa há violação do ordenamento jurídico, caracterizando ontologicamente o comportamento ilícito” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 70).

¹⁸³ A respeito da feição religiosa, Giselle Câmara Groeninga destaca que a culpa deriva do “pecado original de ter-se provado da árvore do conhecimento” (Sem mais desculpas – é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IBDFAM/RT, 2010. p. 153). Nos aspectos psicológico e psicanalítico, assevera a doutrinadora de feição interdisciplinar que “Klein, como Freud, atribuiu a gênese do sentimento de culpa aos impulsos agressivos e amorosos presentes no psiquismo. É por meio da relação com os outros que os afetos se transformam em sentimentos e integram um posicionamento em relação aos outros, de acordo com o desenvolvimento mental. Conforme o avanço de uma posição para a outra, amplia-se a capacidade de apreensão da realidade tanto a externa quanto a interna” (p. 157). A sua conclusão é a de que a culpa é um conceito interdisciplinar que não pode ser negado ou eliminado, eis que, “como mostra a compreensão psicanalítica, é impossível ignorar a culpa. Ela é inerente ao ser humano e à civilização, dado seu valor axiológico. O que se afigura nos dias atuais é a substituição do paradigma da culpa pelo paradigma da responsabilidade, resgatando-se o valor axiológico e epistemológico dos questionamentos relativos à culpa. Assim, o caminho não é o da simplificação, simplesmente negando-se a questão da culpa” (p. 166).

¹⁸⁴ CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno*, cit., p. 5.

¹⁸⁵ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. v. II: Le fonti, p. 684.

¹⁸⁶ SERTORIO, Luigi. *La colpa in concreto nel diritto romano e nel diritto odierno*. Torino: Fratelli Bocca, 1914. p. 1-3.

Giorgi Giorgio, a culpa, em sentido geral, significa qualquer violação a um dever jurídico, o que inclui a violação dolosa. No sentido mais restrito, diz, a culpa exclui o dolo, querendo dizer a voluntária omissão de um dever de diligência, para o qual o agente não previa as consequências.¹⁸⁷ Ainda segundo o doutrinador, essa culpa como violação de um dever jurídico poderia estar relacionada tanto às obrigações decorrentes de um contrato quanto àquelas que nascem sem um contrato. Portanto, o autor há tempos já seguia a ideia de unificação conceitual relativa à culpa, tão comum entre os autores clássicos.¹⁸⁸

Avançando no tempo, ainda entre os italianos, Roberto di Ruggiero conceitua a culpa em sentido amplo como “qualquer comportamento injusto, quer seja um fato positivo (comissão), quer negativo (omissão), quer um fato praticado com o deliberado propósito de prejudicar outrem ou de violar a esfera jurídica alheia, quer um fato praticado sem tal propósito e consistente numa diligência”.¹⁸⁹ Como se verifica, também para este doutrinador, a *culpa lato sensu*, em sentido amplo, engloba o dolo – a intenção de prejudicar –, e a *culpa estrita*, o desrespeito a um dever jurídico. O jurista está filiado entre aqueles que percebem nessa visão conceitual uma construção unitária, servindo tanto para a responsabilidade contratual como para a extracontratual.¹⁹⁰

Entre os contemporâneos, Massimo Bianca afirma que a culpa é, em termos gerais, a deficiência do esforço diligente devido nos interesses de outrem. Em outros termos, para ele, a culpa indica uma inobservância da diligência devida segundo adequados parâmetros sociais ou profissionais da conduta.¹⁹¹ O conceito exposto refere-se à culpa em sentido estrito, uma vez que o autor, metodologicamente, expõe primeiro o dolo significando uma intencionalidade do fato ilícito.¹⁹² Cumpre destacar que esse doutrinador prefere manter a distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual – inclusive no que se refere à culpa –, uma vez que ambas dizem respeito a *fattispecie* distintas, com tratamentos próprios e específicos.¹⁹³

¹⁸⁷ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Torino: Unione Tipografico, Editrice Torinese, 1930. v. V, p. 33-34.

¹⁸⁸ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*, cit., p. 34.

¹⁸⁹ RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*, cit., p. 388.

¹⁹⁰ E conclui: “No direito moderno, pelo contrário, àquela ação mais restrita substituiu-se a mais geral: o delito é uma categoria abstrata, na qual entra qualquer espécie de fato injusto e lesivo sempre que ele seja imputável e praticado com a má intenção de prejudicar terceiros” (RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*, cit., p. 388).

¹⁹¹ BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*, v. 5, cit., p. 575.

¹⁹² BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*, v. 5, cit., p. 574.

¹⁹³ BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*, v. 5, cit., p. 546-550.

Do Direito Alemão, Von Thur visualiza a culpa, em sentido amplo, como um comportamento reprovado pela lei, sendo a violação de um contrato ou o cometimento de um ato ilícito. Deixa claro que aquilo que a norma jurídica reprova é a vontade maligna ou negligente do indivíduo.¹⁹⁴ Para Karl Larenz, por *imputação subjetiva ou culpa* entende-se a conduta praticada pelo agente mesmo com a consciência de tratar-se de uma injustiça ou de algo pessoalmente reprovável.¹⁹⁵ O conceito de Larenz é bem atual e pode ser relacionado a condutas consideradas socialmente reprováveis.¹⁹⁶

A contribuição de René Savatier, entre os franceses, é notória, ao apontar que a culpa é a não execução de um dever que o agente poderia conhecer e observar. A origem da culpa, por tal diretriz, estaria em um dever geral de não causar dano a outrem.¹⁹⁷

Na doutrina argentina, Jorge Mosset Iturraspe conceitua culpa como a omissão da diligência exigível do agente ou a conduta contrária ao dever de prevenir as consequências previsíveis do próprio ato. Assim, o jurista fundamenta o seu conceito na teoria da previsibilidade, que remonta a Aristóteles.¹⁹⁸ Ainda entre os argentinos, Jorge Bustamante Alsina caracteriza a culpa como uma omissão da conduta devida, positiva ou negativa, para prever ou evitar dano a outrem.¹⁹⁹

Entre os brasileiros, é amplamente conhecido o conceito de Clóvis Beviláqua, amparado em Pothier, Saleilles, Planiol, entre outros, no sentido de que “a culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina a violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem”.²⁰⁰ Trata-se do conceito que inspirou o art. 159 do Código Civil anterior. Além disso, amparado em Chironi, afirma Beviláqua que na culpa “há sempre a violação de um dever preexistente”.²⁰¹

¹⁹⁴ VON THUR, A. *Tratado de las obligaciones*. Traduzido para o espanhol por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. I, p. 275.

¹⁹⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versão espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. II, p. 570.

¹⁹⁶ A ideia tem relação direta com o tema do dano social, abordado atualmente pela doutrina no Brasil. Por todos, ver: 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. p. 370-377.

¹⁹⁷ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. t. I, p. 8-9.

¹⁹⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, (s.d.). t. I: Parte general, p. 120.

¹⁹⁹ ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 338.

²⁰⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. I, cit., p. 426.

²⁰¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. I, cit., p. 426.

Ainda quanto aos nacionais clássicos, afirma Pontes de Miranda que “A culpa é defeito que se pode apontar na vontade. Supõe-se que o agente, no que quis, passou o limite em que a sua atividade ou a sua omissão seriam sem defeito”.²⁰² Já o dolo seria “a vontade da contrariedade ao direito”.²⁰³ Na esteira do que aqui se expôs e se afirmou, leciona que a “culpa, em sentido amplo, abrange a culpa; porque é culpado quem pratica o ato, ou deixa de o praticar, com dolo”.²⁰⁴

Para Alvino Lima, a culpa em sentido amplo é “a lesão imputável do direito de terceiro, ou qualquer fato ou violação de um dever jurídico”.²⁰⁵ Em sentido estrito, sustenta que “a culpa é apenas um erro de conduta, um desvio da normalidade do agir ou abster-se”.²⁰⁶ Da *Enciclopédia Saraiva de Direito* pode ser extraído que a culpa em sentido amplo é a violação de um dever jurídico imputável a alguém, em decorrência de um fato intencional (dolo) ou de omissão de diligência e cautela (culpa em sentido estrito).²⁰⁷

Por todos os conceitos clássicos aqui expostos, pode-se afirmar que a culpa deve ser entendida em sentido amplo (*lato sensu*) e em sentido estrito (*stricto sensu*). No primeiro, a culpa engloba o dolo – a intenção de prejudicar outrem, a ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do Código Civil Brasileiro – e a culpa estrita – que vem a ser o desrespeito a um dever preexistente ou a violação de um direito subjetivo alheio, pela fuga de um padrão geral de conduta. Pelo que consta do último dispositivo citado, e também pelo que previa o art. 159 da codificação anterior, a culpa em sentido estrito é relacionada a três modelos jurídicos, quais sejam, a imprudência, a negligência e a imperícia.²⁰⁸ A imprudência vem a ser uma falta de cuidado somada a uma ação, algo próximo da ideia de *culpa in comittendo* dos romanos. A negligência, por sua vez, é uma falta de cuidado somada a uma omissão (*culpa in omittendo*). Por fim, a imperícia pode ser definida como a falta de qualificação geral para desempenho de uma função ou atribuição.²⁰⁹

²⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XXIII, p. 71.

²⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXIII, cit., p. 72.

²⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXIII, cit., p. 72.

²⁰⁵ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit., p. 52.

²⁰⁶ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit., p. 52.

²⁰⁷ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 2, cit., p. 24. O verbete a respeito da culpa foi escrito por Yussef Said Cahali.

²⁰⁸ Essa relação, no Direito Brasileiro, é atribuída, entre outros, a Aguiar Dias (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. t. I, p. 136).

²⁰⁹ Apesar da falta de menção à imperícia no art. 186 do Código Civil de 2002, foi clara a intenção do legislador civil em diferenciar os três conceitos no art. 951 da nossa atual codificação, dispositivo este que trata da responsabilidade civil dos profissionais da área de saúde, nos seguintes termos: “O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”. O preceito é aplicável à responsabilidade civil do

Também de acordo com a doutrina aqui esposada, verifica-se que a culpa em sentido estrito tem dois elementos.²¹⁰ O primeiro, é um *elemento objetivo*, qual seja, a violação de um dever e o consequente desrespeito a um direito alheio. O segundo, o elemento subjetivo, é a previsibilidade de impossibilidade de praticar o ato, por ato consciente ou até inconsciente, isto é, a imputabilidade.²¹¹ O dever, que é violado no elemento objetivo, é indeterminado, podendo ser retirado da lei, de um contrato ou de um padrão geral de conduta (senso comum). A imputabilidade – *elemento subjetivo* – é relacionada à previsibilidade do dano, aqui mencionada na construção de Iturraspe e Aristóteles, e também percebida por Karl Larenz, entre outros.²¹²

Consigne-se que muitos autores expostos, caso de Chironi e Alvino Lima, retiram do conceito de culpa esse elemento subjetivo, havendo na sua configuração o mero desrespeito a um dever jurídico.²¹³ Este último, de fato, é o melhor caminho de categorização a respeito da culpa. Percorre-se, assim, a trilha da *objetivação da culpa* ou da *culpa objetiva*, abandonando-se questões subjetivas como a intenção expressa ou implícita de agir com imprudência, negligência ou imperícia.²¹⁴

Superada essa ampla conceituação, como se afirmou no título da presente seção, a culpa passou a ter um papel coadjuvante na responsabilidade civil ou, como quer Anderson Schreiber, vivemos a égide do seu *ocaso*.²¹⁵ Merece relevo a simbologia de Ricardo Luis

médico, sem excluir a incidência do Código de Defesa do Consumidor, em *diálogo das fontes*. Subsumindo a Lei n. 8.078/1990 ao caso, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se: STJ, REsp 731078/SP, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 799.

²¹⁰ Também a respeito dos dois elementos da culpa no sistema italiano, consultar: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti, cit., p. 210-218.

²¹¹ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 2, cit., p. 22. O verbete foi escrito por Yussef Said Cahali.

²¹² Como aponta o autor alemão, a conduta culposa se verifica quando há uma censura ao ato. Ademais, constata-se o elemento culpa quando o agente, no caso concreto, poderia ter agido de outra forma. Há uma atuação injusta, segundo Larenz, uma vez que a sua atuação seria outra se houvesse diligência, atenção ou boa vontade de sua parte. Assim, considera a liberdade de poder agir de outra forma e a desconsideração de tal fato como elementos fundamentais da culpabilidade (LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versão espanhola e notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. I, p. 280).

²¹³ Para aprofundamentos a respeito do tema, consultar: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função, cit.

²¹⁴ Para fazer uso do termo culpa objetiva e citar julgados italianos, ver ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti, cit., p. 210-215.

²¹⁵ “Estas duas barreiras – prova da culpa e prova do nexo de causalidade – chegaram a ser chamadas de filtros da responsabilidade civil ou filtros da reparação, por funcionarem exatamente como óbices capazes de promover a seleção das demandas de ressarcimento que deveriam merecer acolhida jurisdicional. Aos olhos da época, parecia evidente que se, por qualquer catástrofe, estes filtros se rompessem, o Poder Judiciário seria inundado com um volume incalculável de pedidos de reparação. Partindo-se desta imagem, 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 ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de

Lorenzetti, no sentido de que a responsabilidade baseada na imputação culposa seria semelhante a um edifício de portas difíceis de abrir, uma vez que somente quem demonstra a culpa pode obter a reparação civil.²¹⁶ Foi em razão da existência de um *custo no acesso ao Direito* que a responsabilidade objetiva ganhou progressivamente novos campos, por apresentar-se como medida mais justa e mais coerente diante da realidade de potencialidades dos riscos.²¹⁷ Ademais, conforme destaca o próprio Lorenzetti, a imputação objetiva é mais adequada ao sistema de segurança social, em que todos resultam compensados pelos danos sofridos.²¹⁸

A contribuir para essa mudança de papel, deve ser citado o primeiro *salto evolutivo* relativo à prova da culpa, da *culpa provada para a culpa presumida*.²¹⁹ Para que esse salto fosse possível, no Brasil, foi fundamental a obra de Alvino Lima, aqui já citada.²²⁰ De acordo com as suas lições, na culpa presumida há uma inversão do ônus da prova, o que melhora sensivelmente a situação da vítima, uma vez que o agente é quem deve provar que não agiu com culpa. Destaca o autor que as presunções são relativas ou *iuris tantum*, donde se conclui que não há um afastamento total da ideia de culpa, mas apenas a derrogação de “um princípio dominante em matéria de prova”.²²¹ Em conclusão, as antigas situações de culpa presumida continuavam a gerar a responsabilidade subjetiva, havendo apenas uma flexibilização probatória no âmbito processual.

Nesse contexto, sempre se estudou, como modalidades de culpa presumida, a *culpa in vigilando*, a *culpa in eligendo* e a *culpa in custodiendo*, conceitos que remontam à

ressarcimento. Tome-se, de início, o caso – ou o caso – da culpa” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 11).

²¹⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 239.

²¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 239.

²¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 67.

²¹⁹ Conforme observado, entre outros, por Paulo Lôbo, ao tratar de tema específico: “Indicação marcante do declínio do papel da culpa na responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos. Durante o predomínio do individualismo liberal, cuja expressão jurídica no Brasil foi o Código Civil de 1916, responsáveis eram os pais quando a vítima conseguia provar a culpa por atos ou omissões deles. O ônus da prova era da vítima. Depois, a doutrina e a jurisprudência trilharam caminho adjacente, passando a considerar que a culpa era presumida, transferindo o ônus da prova para os pais, que poderiam demonstrar que não tinham agido com imprudência, negligência ou imperícia. Finalmente, o art. 933 do Código Civil de 2002 estabeleceu, sem restrições, a responsabilidade objetiva dos pais, que não podem mais alegar ausência de culpa, mas inexistência do dano ou de que seu filho não teria causado diretamente o dano, ou alguma hipótese de afastamento da responsabilidade civil, como a culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito e força maior” (LÔBO, Paulo. *Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade*, cit., p. 12).

²²⁰ Giselda Hironaka é uma das autoras que reconhece a importância da obra para o referido *salto de evolução* (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 39-44).

²²¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit., p. 72.

Roma.²²² A primeira é tida como culpa presumida na vigilância; a segunda, culpa presumida na escolha ou eleição; a última, culpa presumida na custódia de um animal ou de uma coisa.

As situações geradoras das modalidades de culpa presumida por vigilância e por escolha constavam do art. 1.521 do Código Civil de 1916.²²³ Previa a norma que também seriam responsáveis pela reparação civil: *a)* os pais, pelos filhos menores que estivessem sob seu poder e em sua companhia (inc. I); *b)* o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se achassem nas mesmas condições (inc. II); *c)* o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competisse, ou por ocasião dele (inc. III); *d)* os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, em que se albergasse por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos (inc. IV); *e)* os que gratuitamente tivessem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (inc. V). Os incs. I, II e IV traziam como conteúdo a culpa *in vigilando*, os demais (inc. III e V), a culpa *in eligendo*. Sobre o inc. V do art. 1.521 do Código de 1916, era antiga a crítica no sentido de se tratar de uma previsão relativa à vedação do enriquecimento sem causa, e não a uma modalidade de responsabilidade por ato de outrem.

Complementado a norma anterior, enunciava o art. 1.522 do Código Civil de 1916 que a responsabilidade estabelecida no inc. III abrangeria as pessoas jurídicas que exercessem exploração industrial. A redação foi dada pelo Decreto do Poder Legislativo n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919. Do mesmo modo, com sentido suplementar, o art. 1.523 da codificação anterior dispunha que, excetuada a situação do inc. V do art. 1.521, só seriam responsáveis as pessoas enumeradas nos arts. 1.521 e 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa ou negligência de sua parte. Assim, havia uma presunção de culpa dos primeiros elencados no art. 1.521, desde que existisse prova de culpa dos segundos elencados. Para ilustrar, para que o empregador tivesse culpa presumida, seria necessária prova de culpa do empregado.

Por outra via, a culpa presumida pela custódia de um animal estava tratada no art. 1.527 do Código de Beviláqua, cuja redação era a seguinte: “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar: I – que o guardava e vigiava com

²²² Sobre tais categorias, por todos, consulte-se: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 71-72. Ver, ainda, com estudo profundo: SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. V, p. 267-294.

²²³ O próprio Beviláqua afirmava que o comando legal previa tipificações de culpa presumida (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. IV, cit., p. 666-669).

cuidado preciso; II – que o animal foi provocado por outro; III – que houve imprudência do ofendido; IV – que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior”. Consigne-se que, alguns autores, por exemplo, Aguiar Dias, já analisavam a hipótese como de responsabilidade sem culpa, objetiva, e não como culpa presumida.²²⁴ De qualquer maneira, essa visão era considerada avançada demais para a época, pois prevalecia o entendimento da presunção relativa da culpabilidade.²²⁵

Comprovando que, realmente, a culpa deixou de ter papel principal para figurar como coadjuvante na contemporaneidade, o Código Civil de 2002 trouxe um novo tratamento a respeito dos temas da responsabilidade indireta – ou por ato de outrem – e da responsabilidade pelo fato ou guarda de um animal.

De início, quanto à responsabilidade por atos de outrem, as hipóteses estão previstas no art. 932 da codificação vigente, dispositivo que apresenta apenas algumas alterações de redação se confrontado com o antecessor, o art. 1.521 do CC/1916.²²⁶ No inc. I, a expressão “poder” foi substituída por “autoridade”. No inc. III, “patrão, amo” por “empregador”. No mais, seguiu-se o modelo anterior.

Na realidade, o grande impacto modificativo conceitual consta do art. 933 do Código Civil de 2002, que tem a seguinte redação: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Nota-se que o sistema privado brasileiro passou a prever, expressamente, a responsabilidade objetiva das primeiras pessoas elencadas por atos daqueles que as sucedem na norma. O dispositivo merece os devidos aprofundamentos, visto que representa quebra de importantes paradigmas tradicionais da responsabilidade civil.

²²⁴ Nas palavras de Aguiar Dias, “Na realidade, a responsabilidade do dono ou detentor do animal é, no Código brasileiro, mais rigorosa do que no art. 1.358 do Código Civil francês. Basta atentar em que, perante o nosso Código, à vítima só incumbe provar o dano e identificar o dono ou detentor do animal” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. t. II, p. 56).

²²⁵ Por todos: BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. IV, cit., p. 677; SOARES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 259; MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 77; STOCO, Rui. *Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 494.

²²⁶ CC/2002. “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

Uma primeira observação a ser feita é a de que foi adotado um sistema de *responsabilidade objetiva indireta* – ou *impura*, como quer Álvaro Villaça Azevedo –, pois, para que os primeiros elencados respondam objetivamente, há necessidade de prova das culpas dos segundos correspondentes.²²⁷ Ilustrando, para que o pai responda objetivamente, é preciso comprovar a culpa do filho menor; para que o tutor responda sem culpa, é essencial a prova da culpa do tutelado; para que o empregado tenha responsabilidade objetiva, faz-se necessária a demonstração da culpabilidade do empregado, e assim sucessivamente. Essa dedução tem prevalecido na doutrina brasileira contemporânea, em interpretação ao art. 932 do Código Civil de 2002.²²⁸

No entanto, a principal observação se refere à superação do modelo da culpa presumida (pela vigilância ou pela eleição) pela responsabilidade sem culpa (objetiva), conclusão que decorre da leitura do art. 933 da codificação de 2002. A respeito dessa mudança de perspectiva, pontua com otimismo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka que “o colossal art. 933 do novo Código, em caráter coadjuvante, determina que as pessoas indicadas no artigo antecedente (os pais, o tutor, o curador, o empregador) responderão pelos atos daqueles indicados e a eles relacionados (os filhos menores, os pupilos, os curatelados e os empregados), ainda que não haja culpa de sua parte. Trata-se da tão ansiada transição da culpa presumida e do ônus probatório invertido para uma objetivação efetiva dessa responsabilidade *in casu*”.²²⁹ Outros autores nacionais, em reforço, veem com bons olhos a superação do modelo anterior, não se falando mais em culpa presumida em tais situações.²³⁰ A evolução do sistema brasileiro foi percebida, em Portugal, por Maria da

²²⁷ Para Álvaro Villaça, a responsabilidade objetiva impura é aquela que “tem, sempre, como substrato, a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil, 10. ed., cit., p. 284). De forma inversa, pode-se também dizer, a partir das lições do mestre, que na responsabilidade objetiva impura há direito de regresso, na forma do que dispõe o art. 934 do atual Código Privado (“Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”).

²²⁸ Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7: Responsabilidade Civil, p. 519; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, cit., p. 832; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 175; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 897; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 131. A ideia foi adotada na *III Jornada de Direito Civil*, evento do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça ocorrido em 2004, com a aprovação do Enunciado n. 191, aplicado ao inc. III do art. 932 e à responsabilidade civil na área da saúde. É a sua redação: “A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932, III, do CC, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico”.

²²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 142.

²³⁰ Nessa linha de pensamento: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 21. ed., v. 7, cit., p. 519; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código*

Graça Trigo, para quem o Código Civil Brasileiro de 2002, ao consolidar a responsabilidade objetiva por atos de outrem, “passa a constituir um dos regimes mais amplos de responsabilidade objectiva. Que só não representará uma verdadeira ‘revolução’ em matéria de responsabilidade civil no direito brasileiro pelo facto de se saber que, ainda na vigência do CC anterior, a doutrina e a jurisprudência interpretavam de forma muito ‘progressista’ os preceitos normativos”.²³¹

A par dessa ordem de pensamento, no âmbito jurisprudencial, merece revisão a antiga Súmula n. 341 do Supremo Tribunal Federal, aprovada em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, cuja redação é a seguinte: “É presumida a culpa do empregador ou comitente por ato culposo do empregado ou preposto”. Ora, com o devido respeito, diante da falta de revisão do próprio Tribunal até o presente momento, o caso não é de culpa presumida, mas, sim, de responsabilidade objetiva. O enunciado correto da súmula, pelo que consta dos arts. 932, III, e 933 do novo Código Civil, deveria ser: é objetiva a responsabilidade do empregador ou comitente por ato culposo do empregado ou preposto.²³²

Civil interpretado conforme a Constituição da República, v. II, cit., p. 836; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil, 10. ed., cit., p. 285; SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 31; SIMÃO, José Fernando Simão. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 80; CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função, cit., p. 101-105; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Coord). São Paulo: Manole, 2007. p. 777; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 149; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. IV: Responsabilidade civil, p. 89.

²³¹ TRIGO, Maria da Graça. *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 98.

²³² Trazendo essa revisão conceitual do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em parte: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MANOBRA DE MARCHA A RÉ. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO. PROVA ORAL A INDICAR A UTILIZAÇÃO DO VEÍCULO DO DEMANDADO NO EVENTO DANOSO. PRESUNÇÃO DE CULPA *IN VIGILANDO* DO PROPRIETÁRIO. 1. Restando evidenciado na prova oral, bem como na comunicação de ocorrência policial, que foi o condutor do veículo do réu quem provocou o acidente, tanto assim que anotada a placa do mesmo e indicada de forma precisa a descrição do veículo, não há como se furtar o réu à responsabilidade pelo evento danoso. 2. Mesmo na hipótese de que o veículo fosse dirigido por terceiro, ainda assim subsistiria a responsabilidade do réu como proprietário, já que sua responsabilidade independe de culpa, nos termos do que dispõe o art. 933 do Código Civil. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido (TJRS, Recurso Cível n. 71001508639, Marau, 1ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, julgado em 27/03/2008, DOERS 02/04/2008, p. 113). Do Tribunal Mineiro transcreve-se: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VIA PREFERENCIAL. CRUZAMENTO SINALIZADO. PARADA OBRIGATÓRIA. PRESUNÇÃO DE CULPA NÃO ILIDIDA PELAS PROVAS DOS AUTOS. CONDUTOR. FILHO MENOR SOB A AUTORIDADE PATERNA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 933 DO CÓDIGO CIVIL. LUCROS CESSANTES INDEVIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. É presumida a culpa do motorista que conduz seu veículo em cruzamento sinalizado com parada obrigatória, respondendo pelos danos causados ao condutor que trafega por via preferencial, se dita presunção não restou ilidida por elementos de prova em sentido contrário. A indenização por danos morais e materiais fundada na responsabilidade civil subjetiva condiciona-se à

No que concerne à responsabilidade civil por fato ou guarda de animal, da mesma maneira houve uma alteração substancial, da culpa presumida (*culpa in custodiendo*) para a responsabilidade objetiva, tendo o atual art. 936 do Código Privado a seguinte redação: “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior”. Apesar da falta de menção expressa à responsabilidade sem culpa – como ocorre no art. 933 –, vários são os argumentos utilizados pela doutrina para a conclusão da responsabilidade objetiva, abandonando-se o antigo modelo da presunção.²³³ Uma das teses mais invocadas, encabeçada por Sérgio Cavalieri Filho, é a de que “O art. 936 não mais admite ao dono ou detentor do animal afastar sua responsabilidade provando que o guardava e vigiava com cuidado preciso, ou seja, provando que não teve culpa. Agora, a responsabilidade só poderá ser afastada se o dono ou detentor do animal provar fato exclusivo da vítima ou força maior. Temos, destarte, uma responsabilidade objetiva tão forte que ultrapassa os limites da teoria do risco criado ou do risco-proveito”.²³⁴ Outras manifestações, no mesmo sentido, são encontradas na doutrina nacional, pois não há mais menção a respeito do dever de vigilância como excludente da responsabilidade civil.²³⁵

Para José Fernando Simão, a conclusão de que a responsabilidade por animal é objetiva pode ser retirada da menção às excludentes da culpa exclusiva da vítima e da força maior, uma vez que, na qualidade de excludentes genéricas e não específicas, parte-se do campo da presunção de culpa para a teoria do risco.²³⁶ Realmente, parece ter razão o professor da Universidade de São Paulo. O novo dispositivo prevê tais excludentes seguindo o modelo do Código de Defesa do Consumidor, que trata, nos seus arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, da culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor como fatores obstativos da responsabilidade objetiva.

demonstração do ato ilícito provocado pelo agente através de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. Não comprovada a conduta culposa da vítima, mas tão somente do condutor do veículo causador do dano, resta configurado o dever de indenizar. Nos termos do artigo 933 do Código Civil, responde o pai, independente de culpa de sua parte, pelos danos causados pelo filho menor que se encontre sob sua autoridade e em sua companhia. Cabe ao autor a prova daquilo que deixou de lucrar a fim de fazer jus à indenização por lucros cessantes” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0713.05.045325-5/0011, Viçosa, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Selma Marques, julgado em 17/10/2007, *DJEMG* 10/11/2007).

²³³ Anote-se que no sistema italiano também houve uma evolução da doutrina e da jurisprudência para a responsabilidade objetiva no dano causado por animal, conforme destacam Guido Alpa e Mario Bessone (ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti, cit., p. 430-452).

²³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 208.

²³⁵ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, cit., p. 844.

²³⁶ SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil pelo fato do animal: estudo comparativo dos Códigos Cíveis de 1916 e de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 353.

Some-se a esse argumento a invocação da teoria do risco para fundamentar a responsabilidade sem culpa, não sendo mais relevante a investigação da culpa do dono ou detentor.²³⁷ De fato, muitas vezes, ter um animal pode até representar uma atividade de risco, a enquadrar a situação no art. 927, parágrafo único, do atual Código, dispositivo que ainda merecerá os devidos estudos e aprofundamentos. A ilustrar, cite-se o caso de alguém que desenvolve a atividade de adestrador de cães violentos ou a hipótese de alguém que tem um apiário, dedicado à criação de abelhas.

Em reforço, o Código de Defesa do Consumidor pode entrar em cena, em *diálogo de complementaridade*, para a conclusão da responsabilização objetiva por animal, incidindo a responsabilidade objetiva do prestador de serviços (art. 14 do CDC) ou até do fornecedor de produtos (arts. 12 e 18 da Lei n. 8.078/1990). Da criatividade jurisprudencial, dessa maneira concluiu-se a respeito de acidente causado por animal em hotel fazenda.²³⁸ Os julgados, a par da mesma ideia, têm aplicado a Lei Consumerista para responsabilizar objetivamente as empresas concessionárias de rodovias pelos animais que invadem a pista, causando danos aos usuários.²³⁹

Todavia, a questão está longe de ser pacífica, pois ainda pode ser encontrado na doutrina posicionamento a defender a culpa presumida, *in custodiendo*, por fato ou guarda do animal.²⁴⁰ De qualquer maneira, é forte a tendência de objetivação, mesmo na

²³⁷ Essa é a opinião de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo curso de direito civil*, cit., p. 174-177).

²³⁸ Concluindo pela aplicação da Lei n. 8.078/1990, mas excluindo a responsabilidade do hotel fazenda pelas circunstâncias do caso concreto: “CIVIL. DANO MATERIAL. CDC. HOTEL FAZENDA. HÓSPEDE QUE CAI DE CAVALO. DANIFICAÇÃO DE FILMADORA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA AFASTADA. CULPA EXCLUSIVA DA CONSUMIDORA. 1. O hotel fazenda, na qualidade de fornecedor de serviços, é, em regra, responsabilizado objetivamente pelos danos que vier a causar a consumidor, em razão da prestação do serviço defeituoso. 2. No entanto, consumidora-hóspede que, mesmo sem saber montar, sujeita-se a andar a cavalo, portando nas mãos uma filmadora e, devido ao refugo do animal, sofre uma queda e vê danificado o aparelho de filmagem, age com culpa exclusiva, afastando, assim, a responsabilidade civil objetiva do fornecedor de serviços. 2. Recurso conhecido e provido para reformar *in totum* a sentença monocrática” (TJDF, Acórdão n. 20010110791862, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Rel. Des. Benito Augusto Tiezzi, julgado em 29/05/2002, DJU 13/06/2002, p. 44).

²³⁹ Por todos os julgados do Superior Tribunal de Justiça com essa conclusão: REsp 647.710/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Sebastião de Oliveira Castro Filho, julgado em 20/06/2006, DJU 30/06/2006, p. 216. Com a mesma conclusão, cite-se do Tribunal Paulista: TJSP, Apelação com revisão n. 704.928.5/6, Acórdão n. 2454264, Marília, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Franklin Nogueira, julgado em 29/01/2008, DJESP 19/05/2008.

²⁴⁰ Ainda entendendo pelo sistema de presunção na doutrina contemporânea nacional, podem ser citados: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., p. 726; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil comentado*, cit., p. 904; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*, cit., p. 405; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV: Responsabilidade civil, p. 193.

jurisprudência.²⁴¹ Esse não parece ser o melhor caminho, pois, além de desprezar todos os argumentos técnicos esposados, ignora toda a evolução histórica e social da culpa presumida para a responsabilidade objetiva.

Superadas essas discussões, e contribuindo sobremaneira para a *troca de papéis* antes mencionada, está a incidência da responsabilidade objetiva, prevista na Lei n. 8.078/1990 – Código Brasileiro de Defesa do Consumidor –, para uma gama de situações jurídicas ou, sem exagerar, para a maioria das relações privadas da atualidade.

É sabido que a citada norma inverteu a lógica quanto à responsabilidade civil, prevendo como regra a responsabilidade civil independentemente de culpa, retirada dos citados e transcritos arts. 12 e 14 da lei protetiva dos consumidores. Como exceção, há também a previsão da responsabilização mediante culpa, responsabilidade subjetiva, dos profissionais liberais que prestam serviços de consumo (art. 14, § 4º, da Lei n. 8.078/1990).²⁴² Em síntese, está correta a afirmação de que, pelo CDC, a responsabilidade objetiva é regra e a subjetiva, exceção.

A emergência da sociedade de consumo de massa (*mass consumption society*, como querem os norte-americanos) inverteu a lógica das relações privadas, fazendo com que as relações de consumo assumissem a dominação da realidade fática.²⁴³ Isso vale para as interações extracontratuais, mas, sobretudo, para as relações contratuais.²⁴⁴ Basta a verificação de um dia qualquer do cotidiano. Contando-se quantas relações são civis puras e quantos negócios estabelecidos ou que nos cercam são de consumo, será percebido que os últimos prevalecem com larga margem de vantagem.

²⁴¹ Entre os diversos julgados dos Tribunais Estaduais, já mencionando o art. 936 do Código Civil de 2002 e a responsabilidade sem culpa: TJSP, Acórdão n. 909.364-0/0, Fatura, 35ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Artur Marques, julgado em 15/05/2006; TJRJ, Agravo de Instrumento n. 2007.002.02756, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, julgado em 28/02/2007; TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.06.046569-7/0011, Belo Horizonte, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues, julgado em 03/06/2008, *DJEMG* 28/06/2008; TJRS, Acórdão n. 70020213039, Santo Ângelo, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga, julgado em 18/09/2008, *DOERS* 09/10/2008, p. 37; TJRS, Acórdão n. 70022138721, Lagoa Vermelha, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 27/08/2008, *DOERS* 04/09/2008, p. 42.

²⁴² Lei n. 8.078/1990. “Art. 14 [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

²⁴³ Guido Alpa menciona o aumento dos custos sociais diante da existência de danos que decorrem dos produtos postos em circulação no mercado de consumo. Esses custos, para o doutrinador, parecem ser difíceis de reduzir, mesmo com a presença de um progresso tecnológico em constante incremento. A grande dificuldade, diz, está na busca de um equilíbrio entre assegurar o ressarcimento aos prejudicados e operar uma racional distribuição dos custos que tais danos geram ao meio coletivo (ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 3. ed. Roma: Laterza, 2002. p. 391).

²⁴⁴ Muito além da existência da relação de consumo, os fenômenos da massificação contratual e da *standardização dos contratos*, com a prevalência de conteúdos impostos aos aderentes, são muito explorados pela obra já tida como clássica de Enzo Roppo (ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. p. 311-318).

Para ilustrar, em uma grande cidade brasileira, um professor acorda de manhã e toma o seu café acompanhado de um tradicional pão com manteiga em uma padaria (relação de consumo de compra e venda). Em seguida, dirige-se a uma instituição privada, para lecionar a sua ciência, local em que alunos, os quais celebraram contratos de consumo com a escola, assistem às suas aulas. Encerrado o primeiro turno de trabalho, o professor almoça em um restaurante *self-service*, estabelecendo outra relação de consumo. Isso após sacar dinheiro em um caixa eletrônico de um banco, com o qual mantém um típico contrato de consumo.²⁴⁵ No período da tarde, o professor dedica-se a elaborar obras que serão colocadas no mercado por uma editora, mantendo ambas relações de consumo com os destinatários finais, leitores. No último turno de trabalho, o professor leciona novamente naquela citada instituição privada, encerrando o seu dia de atividades.

Como se pode notar da análise concreta, o exemplo demonstra apenas relações de consumo mantidas pelo professor no seu dia a dia, em um cotidiano sem maiores riscos ou complicações, em um *dia normal*. É perfeitamente possível *apimentar* a história, demonstrando situações em que o professor fuma ou bebe no seu dia a dia, celebra contratos de seguro (inclusive de seguro-saúde), pega empréstimos de uma instituição financeira, toma o ônibus para ir e voltar ao trabalho, compra livros ou outros bens para consumo pela internet etc. Em todas as novas atribuições, em que aumentam os riscos de demandas de responsabilidade civil, as relações de consumo prevalecem sobre as relações civis puras. É justamente por isso que o cidadão comum, em tempos de contemporaneidade, pode ser descrito como um *homo consumatoris*.

No Brasil, em tom jocoso para o qual se pede licença, é comum afirmar que “algumas leis pegam e outras não pegam”, ou seja, algumas normas jurídicas têm validade, eficácia e aplicabilidade social plena, enquanto outras não. Em relação ao Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, por certo, filiou-se às primeiras, tanto que serve como inspiração para a elaboração de outras leis no mesmo sentido, em outros países.²⁴⁶ Muitos fatores podem ser descritos para a conclusão de que “a lei pegou”: boa técnica legislativa;

²⁴⁵ Nos termos da Súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

²⁴⁶ Pode ser citado o anteprojeto de elaboração do Código de Defesa do Consumidor em Portugal, a cargo da comissão de juristas presidida pelo professor António Pinto Monteiro, da Universidade de Coimbra. Ao tratar do projeto de lei para o futuro do direito do consumidor naquele país, menciona o presidente da comissão de elaboração que: “Não abundam, é certo, no direito comparado, os exemplos de codificação neste domínio. Apenas o Brasil, desde 1990, a França, desde 1993, e a Itália, muito recentemente, desde Outubro de 2005, dispõem de um Código do Consumidor ou do Consumo” (PINTO MONTEIRO, António. *Estudos de direito do consumidor*, n. 7. Director António Pinto Monteiro. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005. p. 257).

aumento na conscientização da população, ainda que longe do que se espera; maior preparo e disposição dos juízes e da comunidade jurídica para a sua incidência, embora ainda distante do ideal; surgimento de escolas doutrinárias relativas ao tema; vasto campo de aplicação, sobretudo no Brasil, em que há uma disposição das empresas de abusarem contratualmente; bem como outros fatores sociais, econômicos, políticos e ideológicos. Uma das principais incidências da Lei Consumerista Brasileira, sem dúvida, se dá no campo da responsabilidade civil, no qual impera a regra da objetivação.

Superada essa última demonstração da mudança do papel da culpa, que ficou coadjuvante pela sistemática consumerista, a encerrar o presente tópico, surge uma indagação. Seria possível afirmar que, diante dessa mudança de papel, a responsabilidade objetiva passou a ser a regra do Código Civil de 2002?

A resposta é negativa, pela análise técnica da realidade legislativa. Em verdade, pela codificação privada vigente no Brasil – até longe do ideal e do que propõe este estudo –, a responsabilidade civil subjetiva ou mediante culpa continua sendo a regra geral do sistema jurídico nacional. Isso pode ser retirado, de início, da leitura do art. 186 do Código Civil de 2002, que adotou o modelo culposo para a configuração do ato ilícito civil. A conclusão é semelhante pela leitura do *caput* do art. 927, que, ao mencionar a responsabilidade civil e o dever de reparar o dano, faz menção à citada ideia de ilicitude. No tocante à responsabilidade contratual, o modelo subjetivo foi adotado expressamente pelo art. 392 do Código Civil.

Mesmo os autores mais avançados e inovadores, que propõem a derrocada da culpa – ou o seu *ocaso* –, em visão cética concluem pela sua manutenção como regra do sistema. Aponta Giselda Hironaka que *há certo declínio da culpa*; entretanto, esta não desapareceu e talvez não desapareça nunca, visto que a responsabilidade subjetiva continuará a existir no sistema, quiçá ainda por muito tempo, como regra geral do ordenamento.²⁴⁷ Conclui a professora da Universidade de São Paulo que “a sua sobrevivência se deve, certamente, ao seu papel importantíssimo de prevenção à ocorrência de danos e ao seu papel sancionador do responsável por conduta culposa. Contudo, não há como negar, a culpa já não ocupa mais, no direito contemporâneo, o lugar de único ou de principal fundamento da responsabilidade civil”.²⁴⁸

²⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 131.

²⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 151.

Da mesma forma, ensina Anderson Schreiber que “A culpa continua sendo relevante para a responsabilidade civil. Embora tenha perdido aplicação em uma ampla gama de relações – hoje regida pela responsabilidade objetiva –, a noção de culpa, não em sua versão psicológica ou moral, mas em sua roupagem contemporânea, continua desempenhando papel importante na etiologia da responsabilidade subjetiva. Mesmo aí, contudo, a função de filtro dos pedidos de indenização que, outrora, se lhe atribuía vem sofrendo continuado desgaste. A demonstração da culpa libertou-se, ao longo dos últimos anos, de muitos de seus tormentos originais. As transformações vividas no âmbito da própria responsabilidade subjetiva corroboram tal constatação. A proliferação das presunções de culpa, as alterações no método de aferição da culpa, a ampliação dos deveres de comportamento em virtude da boa-fé objetiva e outros expedientes semelhantes vêm contribuindo, de forma significativa, para a facilitação da prova da culpa, hoje não mais uma *probatio* diabólica”.²⁴⁹

De qualquer forma, a tendência, no futuro, é a de que a culpa passe a ser mera figurante e de que a responsabilidade objetiva até seja considerada regra. Destaque-se que há juristas brasileiros, como é o caso de Gustavo Tepedino, com olhares no horizonte, os quais enxergam no Código Civil outro *sistema dualista* – atualmente com a culpa e o risco –, em que convivem a responsabilidade subjetiva e a objetiva, sem que qualquer uma delas seja a regra.²⁵⁰ Para outros, até já se pode dizer que, pelo Código Civil de 2002, a responsabilidade objetiva é a regra e a subjetiva, a exceção, pois a codificação traz mais casos de responsabilidade sem culpa do que com culpa.²⁵¹ Em relação à última corrente, vale o alerta

²⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 48.

²⁵⁰ “A orientação foi absorvida pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que, além de prever novas hipóteses específicas de responsabilidade objetiva, instituiu, no parágrafo único do seu artigo 927, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco. Consolida-se, assim, o modelo dualista que já se delineava no sistema anterior, convivendo lado a lado a norma geral da responsabilidade subjetiva, do atual art. 186, que tem como fonte o ato ilícito, e as normas reguladoras da responsabilidade objetiva para determinadas atividades, informadas por fonte legislativa específica e agora também pela cláusula geral contida na nova codificação” (TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 195).

²⁵¹ Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a culpa não é mais elemento essencial da responsabilidade civil, mas, sim, elemento acidental (*Novo curso de direito civil*, v. II e v. III: Responsabilidade civil, cit., p. 25). De fato, vários dispositivos do atual Código preveem a responsabilidade objetiva, sem a necessidade de prova de culpa (arts. 187, 932, 933, 936, 937, 938, entre outros). Essa também é a opinião de Sylvio Capanema de Souza, que afirma: “Agora, podemos dizer, sem o risco de estarmos exagerando, que é exatamente o inverso, ou seja, a regra geral passa a ser a responsabilidade objetiva, e a exceção, a subjetiva” (SOUZA, Sylvio Capanema de. Novos aspectos da responsabilidade civil da administração pública. Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 184).

de que é da melhor técnica legislativa positivar a regra uma vez apenas e a exceção várias vezes, como ocorreu com a responsabilidade com culpa e sem culpa, respectivamente.

As visões são interessantes e plausíveis, mas demandam uma alteração estrutural e funcional do Código Civil Brasileiro, que adotou a *responsabilidade subjetiva como regra e a objetiva como exceção*. É possível afirmar que o que consta da codificação nacional não está em acordo com a realidade fática nem com o *estado da arte* relativo ao tema, pois a culpa já não é mais o ator de outrora. Em verdade, a culpa é coadjuvante, uma vez que o dano assumiu o papel principal na responsabilidade civil pós-moderna.²⁵² Isso será devidamente demonstrado até o final do presente capítulo.

2.3 A INVESTIGAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. SEUS DESAFIOS. AS TEORIAS RELATIVAS AO TEMA E A SUA FLEXIBILIZAÇÃO

O nexo de causalidade é o elemento imaterial da responsabilidade civil, podendo ser definido como *a relação de causa e efeito existente entre a conduta do agente e o dano causado*.²⁵³ Em outras palavras, é um elemento imaterial, virtual ou espiritual que liga esses dois polos: a conduta e o resultado.²⁵⁴

Justamente por se referir a algo causal que tem natureza abstrata em sua essência, a doutrina é uníssona em apontar as dificuldades de sua conceituação e determinação de sua natureza. Em reforço, não há unicidade científica concernente à teoria que justifique a necessidade do nexo de causalidade.²⁵⁵ A contribuir para tanto, anote-se que a categoria é

²⁵² Em comentários ao art. 927 do atual Código Civil, pode ser extraída a seguinte nota da obra coordenada por Tepedino, Bodin de Moraes e Barboza: “Em razão justamente da desvalorização do requisito da culpa e da consideração alcançada pela figura do dano na atualidade, alguns autores preferem a designação ‘Direito de Danos’ para intitular a matéria objeto dos capítulos seguintes” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, cit., p. 804). Entre esses autores, destacam-se os argentinos, como é o caso de Mosset Iturraspe (ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidade por danos*, t. I, II e III, cit.).

²⁵³ A construção está baseada, entre outros, nas ideias de Maria Helena Diniz, que assim conceitua a causalidade: “1. *Filosofia do direito*. a) Relação entre uma causa e um efeito; b) qualidade de produzir efeito; c) princípio em razão do qual os efeitos se ligam às causas. 2. *Direito civil e direito penal*. Um dos elementos indispensáveis para a configuração do ilícito ou do delito, pois as responsabilidades civil e penal não poderão existir sem a relação ou o nexo de causalidade entre o dano ou resultado e o comportamento do agente. Deveras, considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 641).

²⁵⁴ Para a conceituação aqui exposta também serviram as lições de Sérgio Cavalieri Filho, nos seguintes termos: “O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 46).

²⁵⁵ Apontando tais dificuldades no Direito Civil Brasileiro, por todos: TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 63-81; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 45.

recente nas ciências jurídicas, havendo ainda um vasto campo para o seu desenvolvimento no Direito. Ademais, conforme leciona Mosset Iturraspe, a ideia de causalidade não é apenas jurídica, sofrendo influências de outras ciências, como da Filosofia e da Física.²⁵⁶

Não se pode olvidar que o nexo de causalidade tem relação com o conceito de *causa*, tão bem investigado, no Brasil, por Antonio Junqueira de Azevedo.²⁵⁷ Leciona o professor titular da Universidade de São Paulo a prevalência do conceito de *causa* em um *sentido objetivo*, que vislumbra na causa uma função prático-social ou econômico-social.²⁵⁸ A ideia foi concebida para o negócio jurídico, mas pode ser adequada à esfera da responsabilidade civil, eis que a causalidade estabelece um liame entre a conduta e o prejuízo a outrem, justamente por haver uma finalidade prática e coletiva no que toca ao dever de indenizar.²⁵⁹

Na tentativa de elucidar o conceito de nexo de causalidade e, para isso, valendo-se de símbolos, é possível imaginar o nexo de causalidade como um *cano virtual*, que liga a conduta ao dano causado.²⁶⁰ Simbolizando de outra forma, o nexo de causalidade também seria uma *ponte imaginária*, a qual une os citados elementos. Giselda Hironaka prefere utilizar o símbolo das tomadas em duas paredes separadas, que são precisamente a conduta de um lado e o dano de outro. O nexo de causalidade seria o *fio com plugs nas pontas*, que, encaixados, unem as duas tomadas.²⁶¹

Pois bem, dúvida que sempre atormenta o estudioso se refere ao elemento formador desse nexo de causalidade, nas duas modalidades básicas de responsabilidade civil, ou seja, na responsabilidade subjetiva e na objetiva.

²⁵⁶ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*, t. I, cit., p. 211.

²⁵⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152-161.

²⁵⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*, cit., p. 153.

²⁵⁹ A palavra *causa* vem de *ocasio*, o que quer dizer oportunidade, situação, ocasião, circunstância (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 14, p. 56). Em uma visão da física, desenvolvida por Meyerson, “Pode-se definir a causa como o ponto de partida da dedução em que o fenômeno será o ponto final” (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 14, cit., p. 56). A par desse conceito, na responsabilidade civil, a causa é a conduta, e a causalidade o que a liga à consequência, que no caso é o dano ou prejuízo.

²⁶⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 3. ed., v. 2: Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil, cit., p. 364.

²⁶¹ Essa visualização da jurista ainda pende de publicação, tendo sido exposta durante conversa informal de orientação do presente trabalho.

De início, na responsabilidade subjetiva pode-se afirmar que o nexo de causalidade – *cano, ponte ou fio* – é formado pela *culpa lato sensu*, que é justamente o elemento encontrado entre a conduta humana e o prejuízo causado.²⁶²

Já na responsabilidade objetiva, o nexo é constituído pela lei, que qualifica a conduta, ou por uma atividade de risco desempenhada pelo autor do dano. A conclusão, que já consta de outra obra deste autor, é retirada do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, o qual define, em termos gerais, as duas possíveis origens da responsabilidade sem culpa.²⁶³ Dessa forma, percebe-se que, mesmo nos casos de responsabilidade objetiva, o nexo de causalidade deve estar presente para que surja o dever de indenizar.

Por isso, ao contrário do que muitos imaginam, a responsabilidade objetiva não significa, por si só, uma *sentença de morte* para o agente, que poderá comprovar a existência das excludentes de nexo de causalidade para afastar o seu dever de indenizar.

Tais elementos obstam o nexo de causalidade, representando *uma rolha dentro do cano virtual*, um *bloqueio na ponte imaginária* ou um *corte do fio dos plugs*. São eles a culpa ou fato exclusivo da vítima, a culpa ou fato exclusivo de terceiro, o caso fortuito e a força maior.²⁶⁴ Para demonstrar tal conclusão, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor, cujo sistema foi construído tendo como regra a objetivação, prevê as excludentes do nexo em seus arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, a saber: a ausência de dano, pela não colocação do produto no mercado; a ausência de defeito; a culpa exclusiva de terceiro e a culpa exclusiva do consumidor, no caso, a vítima.²⁶⁵ De qualquer modo, os dispositivos pecaram por falta de técnica, pois a ausência de dano – o que inclui a ausência de defeito –

²⁶² Essa culpa *lato sensu* ou em sentido amplo, repise-se, engloba o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa *stricto sensu* ou em sentido estrito (desrespeito a um dever preexistente, decorrente da lei, do contrato ou do senso comum).

²⁶³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 365.

²⁶⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil, cit., p. 371-381. Para as nossas conclusões, influenciaram as seguintes obras: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 21. ed., v. 7, cit., p. 110-116; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 63-66; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 165-206.

²⁶⁵ Prevê o § 3º do art. 12 da Lei n. 8.078/1990, quanto aos danos decorrentes do produto, que “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Em complemento, em relação aos prejuízos originários do serviço, é a redação do § 3º do art. 14 do CDC: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

não é um fator obstativo do nexo ou mesmo da responsabilidade civil, mas, sim, falta de pressuposto do dever de indenizar.

Grande dificuldade aqui apontada se refere à determinação da teoria que prevalece a respeito o nexo de causalidade, tema amplamente debatido pela doutrina, civil e penal, seja no Direito Comparado ou mesmo no Brasil.²⁶⁶

Entre os contemporâneos nacionais, a partir da doutrina de Gustavo Tepedino²⁶⁷ e Gisela Sampaio da Cruz,²⁶⁸ três teorias referentes ao nexo de causalidade merecem destaque.

A primeira delas é a teoria da equivalência das condições, do histórico dos antecedentes ou teoria objetiva da causalidade (*sine qua non*, que quer dizer “sem a qual não”), atribuída a Maximiliano von Buri (Alemanha). Por essa teoria, todos os fatos relativos ao evento danoso, sejam diretos ou indiretos, geram a responsabilidade civil, o que em muito amplia o nexo de causalidade. Segundo Tepedino, “considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso”.²⁶⁹ Essa teoria não foi adotada no Brasil, pois, caso contrário, todos os fatos correlatos gerariam o dever de indenizar, não se admitindo sequer as excludentes de ilicitude ou de nexo de causalidade. Conforme aponta Gisela Sampaio da Cruz, a grande oposição que se faz a essa teoria “diz respeito ao seu excessivo apego à causalidade natural”, devendo-se levar em conta os limites objetivos fixados pelo sistema, para que não se tenha conclusões práticas contraditórias.²⁷⁰ Um dos limites fixados que pode ser citado é a exclusão da configuração da ilicitude prevista no art. 188 do Código Civil Brasileiro, merecendo destaque o estado de necessidade e o exercício regular de direito. Ora, se tivesse sido essa a teoria adotada, também em casos tais haveria o dever de indenizar do agente.²⁷¹

²⁶⁶ No Direito Comparado, entre as obras de Direito Civil, podem ser citados alguns trabalhos. Do Direito Italiano: VISINTINI, Giovanna. *I fatti illeciti*. Padova: Cedam, 1999. v. 3: Causalità e danno. Em Portugal: COELHO, F. Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955. Trazendo parâmetros para o Direito Espanhol: DIEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2004. v. II, p. 548-550. Na Argentina, sobre as teorias do nexo de causalidade, ver: ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*, t. I, cit., p. 212-214 e ALCINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 267-27. Entre os nacionais clássicos, por todos: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 75-84 e ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 298-329.

²⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade, cit., p. 63.

²⁶⁸ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 33-110.

²⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade, cit., p. 67.

²⁷⁰ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 48.

²⁷¹ CC/2002. “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. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente

A segunda teoria a ser citada é a *da causalidade adequada*, concebida por Ludwig von Bar e aprimorada e desenvolvida por Von Kries, ambos alemães.²⁷² Caio Mário da Silva Pereira, citando adeptos da teoria como ele, por exemplo, Gabriel Marty, Plainol, Ripert, Boulanger, Genéviève Viney e James Santos Briz, assim a resume:

“O problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, ‘no curso normal das coisas’, provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói nesse processo técnico se diz da ‘causalidade adequada’, porque faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade.”²⁷³

Em suma, entra em cena uma ideia de *provável acontecimento do resultado*, o que demanda análise caso a caso. Como explica Gisela Sampaio da Cruz, essa teoria “examina a adequação da causa em função da possibilidade e probabilidade de determinado resultado vir a ocorrer, à luz da experiência comum. Significa dizer que a ação tem que ser idônea para produzir o resultado. E para que se verifique a adequação da causa, realiza-se um juízo retrospectivo de probabilidade de que, no âmbito doutrinário, é denominado ‘prognose póstuma’”.²⁷⁴ Anota a doutrinadora que a referida “prognose” é feita com a resposta à seguinte pergunta: “*A ação ou omissão que julga era por si apta ou adequada para produzir normalmente essa consequência?*”. Sintetizando, somente o fato ou os fatos relevantes para o evento danoso geram a responsabilidade civil e o consequente dever de reparar. A crítica feita a essa tese se refere ao fato de que ela leva em conta uma probabilidade do dano, sendo certo que esta nunca constitui uma certeza, o que traz ao nexo de causalidade ainda mais dúvidas e dificuldades.²⁷⁵

quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

²⁷² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 303. Conforme aponta J. W. Hedemann, essa teoria se desenvolveu rapidamente após da entrada em vigor do BGB Alemão, compreendendo, segundo ele, a opinião dominante da doutrina germânica (HEDEMANN, J. W. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 114-115).

²⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 79.

²⁷⁴ CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 64.

²⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 79; ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 304.

Por fim, há a *teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal*, pela qual somente devem ser reparados os danos que decorrem de efeitos necessários da conduta do agente, admitindo-se que atos alheios, de terceiros ou da própria vítima obstem o nexo de causalidade. Essa última teoria foi supostamente adotada pelo art. 403 do atual Código Civil Brasileiro, cuja redação merece destaque: “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”. Valer ressaltar que o dispositivo é redação quase integral do art. 1.060 do Código Civil de 1916, apenas foi introduzida a menção ao previsto no estatuto processual, após a última vírgula. A doutrina de outrora já apontava a prevalência dessa teoria,²⁷⁶ o que vem sendo repetido pelos doutrinadores contemporâneos²⁷⁷ que sustentam a sua aplicação tanto aos casos de responsabilidade contratual quanto extracontratual. Isso apesar de o dispositivo transcrito estar inserido no capítulo que discorre sobre o inadimplemento das obrigações. Desse modo, como se vê, trata-se de outra norma que tende à unificação do *sistema dualista de responsabilidades*, conforme anteriormente exposto.

Porém, a questão está longe de ser pacífica, e a defesa deste estudo deve estar em sintonia com a adoção da *teoria da causalidade adequada*, em que pese o respeitável entendimento em contrário e a dicção do art. 403 do Código Civil em vigor. Demonstrando que o debate doutrinário é intenso, na *I Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal, aprovou-se o Enunciado n. 47, prevendo que o art. 945 do Código Civil não exclui a teoria da causalidade adequada. Na doutrina referente ao Código Civil de 1916, Luiz Roldão de Freitas Gomes era um dos autores que entendia pela prevalência da adequação da causa.²⁷⁸ Entre os doutrinadores do Código de 2002, Sérgio Cavalieri Filho filia-se à aplicação da causalidade adequada, uma vez que, “em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas *somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado*”.²⁷⁹

Pode ser notada uma diferença sutil entre as duas teorias. A teoria do dano direto e imediato trabalha mais com as exclusões totais de responsabilidade, ou seja, com a

²⁷⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 304-329.

²⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade, cit., p. 67; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*, cit., p. 96-111.

²⁷⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos da responsabilidade civil. In: LIRA, Ricardo Pereira (Coord). *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 75-76.

²⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 49.

obstação do nexos causal. Por outra via, a teoria da causalidade adequada lida melhor com a concausalidade, isto é, com as contribuições de fatos para o evento danoso. Tal constatação justifica plenamente a adoção à segunda tese.

Aliás, observe-se uma total confusão jurisprudencial em relação ao problema do nexos de causalidade, com a existência de uma *miríade de teorias*, como quer Anderson Schreiber, ou de uma *torre de babel judicial*.²⁸⁰ De fato, vários são os julgados que se referem à *teoria do dano direto e imediato*.²⁸¹ Outros tantos, por sua vez, fazem menção à *causalidade adequada*.²⁸² Além disso, até podem ser encontrados acórdãos que tratam as teorias como sinônimas.²⁸³

²⁸⁰ De acordo com o *Moderno dicionário Michaelis de língua portuguesa*, a palavra miríade tem os seguintes significados: “1. Número de dez mil unidades. 2. Grande quantidade. 3. Quantidade indefinida e muito grande” (Disponível em: <<http://biblioteca.uol.com.br>>. Acesso em: 1º dez. 2008). Percebe-se, portanto, que o autor quis demonstrar uma grande diversidade de teorias referentes ao tema: “Em que pese a inegável importância do debate acadêmico em torno das diversas teorias da causalidade, em nenhuma parte alcançou-se um consenso significativo em torno da matéria” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 59).

²⁸¹ Com a devida citação doutrinária e de julgamento do STF: “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO E O ATO ILÍCITO PRATICADO POR FORAGIDO DE INSTITUIÇÃO PRISIONAL. AUSÊNCIA. 1. A imputação de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexos causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito). 2. ‘Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [403], a teoria adotada quanto ao nexos causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexos causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva [...]’. Essa teoria, como bem demonstra Agostinho Alvim (Da Inexecução das Obrigações, 5ª ED., n. 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa’ (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ 07/08/92, Rel. Min. Moreira Alves). 3. No caso, não há como afirmar que a deficiência do serviço do Estado tenha sido a causa direta e imediata do ato ilícito praticado pelo foragido. A violência contra a recorrida, que produziu os danos reclamados, ocorreu mais de dez meses após o foragido ter se evadido do presídio. Ausente o nexos causal, fica afastada a responsabilidade do Estado. Precedentes do STF (RE 130.764, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 07/08/92; RE 369.820-6, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 27/02/2004; RE 341.776-2, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 17/04/2007) e do STJ (REsp 858.511/DF, 1ª Turma, relator para o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19/08/2008). 4. Recurso Especial a que se dá provimento” (STJ, REsp 719.738/RS, Processo n. 2005/0012176-7, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 16/09/2008, DJE 22/09/2008).

²⁸² Adotando a causalidade adequada, no Supremo Tribunal Federal: STF, RE-AgR 481.110-3/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06/02/2007, DJU 09/03/2007. Do Superior Tribunal de Justiça: STJ, AgRg no Ag 682.599/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 334.

²⁸³ Da recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vale conferir: “CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. EMPRESA DE ESTACIONAMENTO QUE PERMITE A RETIRADA DE VEÍCULO PELO FILHO DA PROPRIETÁRIA DO MESMO, SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE ESTACIONAMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO HORAS MAIS TARDE EM CIDADE DIVERSA. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. 1. À luz do comando normativo inserto no art. 1.060 do Código Civil de 1916, reproduzido no art. 403 do vigente Códex, sobre nexos causal em matéria de responsabilidade civil – contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva – vigora, no direito brasileiro, o princípio da causalidade adequada, também denominado princípio do dano

Outro argumento utilizado para rebater a suposta adoção da *teoria do dano direto e imediato* é o de que tal caminho vem sendo abrandado pelos seus próprios partidários. Entre nós, desde Agostinho Alvim até Gustavo Tepedino e Gisela Sampaio, surge a adoção da subteoria da *causa necessária* ou da *necessariedade causal*, que “entende as expressões dano direto e dano imediato de forma substancial, como reveladoras de um liame de necessariedade – e não de simples proximidade – entre causa e efeito. Haverá, assim, dever de reparar quando o evento danoso for efeito necessário de determinada causa”.²⁸⁴ O surgimento dessa variante se justifica, uma vez que se tem admitido a reparação de danos indiretos, visualizados como *danos reflexos* ou *em ricochete*. Como inicial exemplo a ser exposto, aponte-se a indenização cabível pela morte de um parente querido, mormente nos casos de homicídio, sendo reconhecida a reparabilidade material e imaterial pelo art. 948 do atual Código Civil.²⁸⁵ Ademais, merece menção a indenização pela perda de um *objeto de estima*, tratada pelo já transcrito art. 952 da codificação, que traz previsão do *preço de afeição*, em seu parágrafo único.²⁸⁶ Por fim, destaque-se a inovação referente à lesão ao

direto e imediato. 2. Segundo referido princípio ninguém pode ser responsabilizado por aquilo a que não tiver dado causa (art. 159 do CC/1916 e art. 927 do CC/2002) e somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso (art. 1.060 do CC/1916 e 403 do CC/2002). 3. A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato, quais: a conduta do agente e o resultado danoso; e de um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é lógico, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. 4. *In casu*, revela-se inequívoca a ausência de nexo causal entre o ato praticado pela ora recorrida (entrega do veículo ao filho da autora e seus acompanhantes sem a apresentação do respectivo comprovante de estacionamento) e o dano ocorrido (decorrente do acidente envolvendo o referido veículo horas mais tarde), razão pela qual não há de se falar em responsabilidade daquela pelos danos materiais e morais advindos do evento danoso. 5. Recurso Especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 325.622/RJ, Proc. 2001/0055824-9, 4ª Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, julgado em 28/10/2008, DJE 10/11/2008).

²⁸⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 58.

²⁸⁵ CC/2002. “Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”. Pela redação do *caput*, não estão excluídos os danos morais que decorrem da morte de um familiar querido. O inc. I do dispositivo trata dos danos emergentes que decorrem da morte. O inc. II dos lucros cessantes, mais propriamente dos *alimentos indenizatórios* ou *ressarcitórios*, que são devidos aos dependentes do falecido, em geral esposa e filhos.

²⁸⁶ De realidade contemporânea, vejam-se os julgamentos referentes aos danos morais por morte de animal doméstico. Por todos: “MORTE. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. A morte de animal de estimação por ato voluntário de outrem constitui ilicitude e gera o dever de indenizar. O animal de estimação, independentemente de ser tratado ou não como um ente familiar, é um bem móvel sujeito a uma relação de propriedade” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0610.04.009092-6/0011, São Domingos do Prata, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. José Antônio Braga, julgado em 28/08/2007, DJEMG 29/09/2007). Está em voga discutir, e há uma clara tendência pós-moderna de ampliação de tutela dos vulneráveis, os direitos dos animais, como ocorre no Direito Português (COSTA, António Pereira da. *Dos animais: o direito e os direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998).

direito da personalidade do morto, que passou a ser aceita juridicamente pelo art. 12, parágrafo único, do Código Civil.²⁸⁷

Como principal argumento, não há dúvida de que existe uma oposição de sentido do que consta dos arts. 944, parágrafo único, e 945 do Código Civil Brasileiro de 2002 em relação ao art. 403 da mesma codificação. O primeiro dispositivo traz exceção à reparação integral dos danos, prevendo que, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização.²⁸⁸ Pelo art. 945 do Código, havendo culpa concorrente da vítima para o evento danoso, sua indenização será fixada com base na gravidade de sua culpa em confronto com a culpa do autor do dano. Não restam dúvidas de que esses últimos comandos procuram *adequar* a causa de acordo com as circunstâncias que circundam o evento. Desse modo, em suma, a indenização deve ser adequada às condutas dos envolvidos: agente, vítima e eventual terceiro.²⁸⁹ É possível que, havendo culpa exclusiva de terceiro ou da própria vítima, a adequação da causa e das condutas mande determinar que não haja o dever de indenizar do agente. A conclusão, nesse contexto, é a de que não há incompatibilidade entre as excludentes ou fatores obstativos do nexo de causalidade e a ideia de adequação da causa.²⁹⁰ A teoria da

²⁸⁷ A norma merece integral reprodução, para a compreensão de seu alcance: “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”. Aplicando a ideia da recente jurisprudência do Tribunal Paulista, merece destaque: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PLEITO DE FAMILIARES DO FALECIDO. CÉDULA CRÉDITO RURAL RENEGOCIADA. EXECUÇÃO. RESTRIÇÃO NO BANCO CENTRAL. DÍVIDA PAGA. PROSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. MANUTENÇÃO DA RESTRIÇÃO POR NOVE ANOS. INQUÉRITO POLICIAL. ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. ÓBITO DO DEVEDOR. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. AÇÃO E OMISSÃO DO BANCO. NEGLIGÊNCIA. DANO MORAL CARACTERIZADO: *IN RE IPSA*. Ofensa à honra subjetiva, ao nome, imagem e memória do morto. Presunção *juris tantum*. Desnecessidade de prova. Indenização devida. Critério de fixação. Sentença reformada. Procedência. Recurso provido” (TJSP, Apelação Cível n. 7053022-0, Acórdão n. 2554007, São Bento do Sapucaí, 13ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cauduro Padin, julgado em 20/02/2008, *DJESP* 23/04/2008).

²⁸⁸ CC/2002. “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

²⁸⁹ Conforme reconhece J. W. Hedemann, a teoria da causalidade adequada significa uma *adequação*, ou seja, uma adaptação, visto que o resultado deve ser apropriado com a forma de agir do agente produtor do dano (HEDEMANN, J. W. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 115).

²⁹⁰ Em sentido muito próximo, Caitlin Sampaio Mulholland procura essa compatibilização entre os fatores obstativos do nexo de causalidade e a teoria da causalidade adequada. São suas palavras, que merecem adesão por este autor: “Vê-se daí que a teoria da causalidade adequada deve ser adotada com uma modificação em seus fundamentos originários. Ao invés de analisada do ponto de vista da probabilidade danosa, deve-se considerar também a possibilidade de interrupção do nexo de causalidade. Este artifício, muito caro aos adeptos da teoria do dano direto e imediato, deve ser transplantado para a teoria da causalidade adequada, sob pena de tornar-se absolutamente inviável. E isso tem sido feito pelos teóricos portugueses de tal forma que aproximam as bases de investigação do nexo de causalidade numa e noutra teoria” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 193).

causalidade adequada ganha, assim, uma nova dimensão. Conforme antes se destacou, a última teoria é mais adequada para resolver os casos de contribuição causal, comuns na pós-modernidade.

Consigne-se, por oportuno e fundamental, que no sistema português, no qual há teses como a que se propõe neste trabalho, tem prevalecido a adoção pela categoria da causalidade adequada. Nesse diapasão, José Carlos Brandão Proença defendeu tese de doutoramento perante a Universidade Católica Portuguesa, pesquisando e escrevendo sobre a conduta da vítima como critério de imputação da responsabilidade extracontratual.²⁹¹ Ao fundamentar seu estudo nos ensinamentos de Von Kries, aponta o jurista que “A colocação pelo lesado de determinada condição cooperante torna esse quesito mais complexo, dada a necessidade de ser afirmado um *juízo de adequação entre as condutas* (em regra, culposas) *do lesante, do lesado e o dano real sofrido por este*. Sendo escopo fundamental da doutrina da adequação excluir imediatamente da imputação (objectiva) determinados danos, pode afirmar-se que, na adaptação a essa concausalidade efectiva, a sua função essencial é a de delimitar o dano a imputar bilateralmente”.²⁹²

Como reforço a essa bem delineada argumentação, o que será devidamente aprofundado quando da análise dos fundamentos deste estudo, a ideia de concausalidade parece estar melhor antenada com a causalidade adequada do que com o dano direto e imediato. Lembre-se de que na concausalidade há uma soma de causas, fatos e condutas no fato gerador do evento danoso, bem como na derivada responsabilização civil.

Cumprе esclarecer que o art. 945 do Código Civil – que traz a ideia principal confrontante em relação do art. 403 – foi inspirado no art. 570º, n. 1, do Código Civil Português, que assim dispõe: “Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”. Entre os patrícios, por interpretação dessa norma, tem prevalecido a adesão ao sistema da causa adequada.²⁹³

No caso brasileiro, parece que o novel legislador pecou em manter a redação do art. 403 e introduzir o art. 945, gerando inúmeras dúvidas e controvérsias entre os estudiosos

²⁹¹ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997.

²⁹² PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 442.

²⁹³ LIMA, F. Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. revista e actualizada, com a colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. v. I, p. 587.

do Direito. No mínimo, a primeira norma não merece interpretação literal. Assim, quem sabe, *de lege ferenda*, entre as tantas propostas de alteração do atual Código Civil Brasileiro, seria o caso de adequar a redação do seu art. 403 à atual realidade da responsabilidade civil, particularmente ao que consta dos arts. 944 e 945 do próprio CC/2002.²⁹⁴ Seria interessante que o art. 403 não mais fizesse menção aos *danos diretos e imediatos*, mas, sim, a danos que devam ser efetivamente provados, ou melhor, *danos efetivos*, sendo essa a melhor interpretação do dispositivo. Desse modo, caso não seja alterado o comando, da última maneira deve ele ser interpretado atualmente, para que não haja claro conflito com o capítulo específico referente à indenização.

Por fim, como último argumento a afastar a teoria do dano direto e imediato, a própria categorização de nexo de causalidade vem sendo flexibilizada pela doutrina e pela jurisprudência, surgindo o que se denomina *nexo de causal flexível*: pela insuficiência das teorias referentes à causalidade, tem-se procurado reparar a vítima antes de qualquer discussão técnica mais profunda.²⁹⁵ Fala-se ainda em aplicação da *teoria da causalidade alternativa*, pela qual responsabiliza-se qualquer membro de um grupo que acabou por causar um dano.²⁹⁶ De acordo com essa ideia, o próprio conceito de *responsabilidade pressuposta*, o qual surge de forma preventiva para eventos futuros que decorrem da exposição ao perigo ou ao risco, é apropriado para demonstrar tal abrandamento teórico.²⁹⁷

A concausalidade, ainda a ser estudada, vem a flexibilizar intensamente o nexo. Por fim, na realidade legal brasileira, há casos já apontados como de aplicação da *teoria do risco integral*, com uma presunção da presença do nexo ou da causalidade, eis que não são

²⁹⁴ Entre as propostas de alteração do atual Código Civil Brasileiro, de início, pode ser citado o Projeto de Lei n. 276/2007, proposto pelo Deputado Léo Alcântara. Trata-se de reproposição do antigo Projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria original do Deputado Ricardo Fiúza, recentemente falecido. Esse projeto teve a contribuição de iminentes juristas, caso de Maria Helena Diniz, Zeno Veloso, Antonio Junqueira de Azevedo, Álvaro Villaça Azevedo, Jones Figueirêdo Alves, Regina Beatriz Tavares da Silva, Joel Dias Figueira Jr., Mário Luiz Delgado Régis, entre outros. Recentemente, merece destaque o Projeto de Lei n. 2.285/2007, do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, conhecido como *Estatuto das Famílias*. Para o último, contribuíram os juristas que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), tendo sido composta a comissão de sistematização por Giselda Hironaka, Paulo Lôbo, Luiz Edson Fachin, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias e Rosana Fachin. Há neste último uma audaciosa proposta de decodificação, retirando do Código Civil todo livro referente ao Direito de Família.

²⁹⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 61-63. Como ensina Maria Helena Diniz, pela *causalidade alternativa*, surgida no Direito Alemão, “não se sabendo quais foram os responsáveis pela lesão, todos terão responsabilidade civil solidária” (DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, cit., p. 641).

²⁹⁶ Sobre o tema, destaque-se, na doutrina nacional: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 212.

²⁹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit.

admitidas sequer as suas excludentes ou fatores obstativos.²⁹⁸ Pode ser evocada a responsabilidade civil ambiental, prevista no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, âmbito em que se pretende aplicar a citada teoria.²⁹⁹ Em todos esses casos, há uma proximidade muito maior da categoria de causalidade adequada do que em relação à do dano direto e imediato.

Concluindo o tópico, por tudo o que foi aqui exposto, o presente estudo basear-se-á, quanto ao nexo de causalidade, na *teoria da causalidade adequada*, corrente teórica melhor adaptada à adoção das ideias de *risco concorrente* e de autorresponsabilidade da vítima na responsabilidade civil objetiva.

2.4 O DANO. DO PAPEL COADJUVANTE AO PRINCIPAL

A palavra “dano”, que decorre do latino *damnum*, tem muitas acepções, significando, em suma, a presença de um prejuízo real, um mal, um detrimento, uma perda a alguém.³⁰⁰ Aguiar Dias, na doutrina clássica, é um dos autores nacionais que se filia à concepção jurídica de dano como prejuízo, sendo pressuposto objetivo do dever de indenizar.³⁰¹

²⁹⁸ MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 199. A autora cita a responsabilidade civil ambiental.

²⁹⁹ Lei n. 6.938/1981. “Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]. § 1º – Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.” Pela adoção da *teoria do risco integral*, na doutrina ambientalista: MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000. p. 341; BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental*. São Paulo: Forense, 2006. p. 86; CATALAN, Marcos Jorge. *Proteção constitucional do meio ambiente e seus mecanismos de tutela*. São Paulo: Método, 2008. p. 83. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aplicando a teoria do risco integral para os danos ambientais, ver Resp 442.586/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 26/11/2002, DJ 24/02/2003, p. 196.

³⁰⁰ Conforme pesquisa no *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*, versão eletrônica (Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=dano&stype=k>>. Acesso em: 2 dez. 2008).

³⁰¹ São suas palavras: “Como, para nós, é possível, como já insinuamos, exigir-se que a noção de dano se restrinja à ideia de prejuízo, isto é, o resultado da lesão, só por isso mostra mais adequada do que a de Carnelutti a definição de Fischer que considera o dano nas suas duas acepções: a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. Assim, a lesão que o indivíduo irroga a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito. O suicídio, por exemplo, não é punido pelas leis penais, apesar do seu caráter público. Tem-se a impressão, contudo, de que a não punição do suicídio não é, como aí se afirma, efeito do desinteresse do legislador penal, mas efeito da impossibilidade de efetivá-la” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, t. II, cit., p. 284-285).

Desde o Direito Romano, é plenamente admitida a reparação do dano, particularmente aquele de natureza material – primeiro a ser reconhecido –, tendo surgido, na ocasião, a *restitutio in integrum*.³⁰² A codificação brasileira de 1916 fazia menção ao dano material, entre outros dispositivos, nos arts. 1.059 a 1.061, que tratavam das *perdas e danos*. De modo semelhante, assim o fez a codificação de 2002, nos seus arts. 402 a 404, dispositivos que discorrem sobre a fixação dos parâmetros dos danos patrimoniais tanto na responsabilidade civil contratual quanto na extracontratual, conforme outrora exposto.

Os danos patrimoniais devem ser provados por quem os alega – é antiga a lição. Nesse sentido, são fartas as manifestações no sentido de que não se pode reparar o dano hipotético ou eventual.³⁰³ Em algumas situações até se admite o dano presumido (*damnum in re ipsa*), mas o que normalmente ocorre é o fato de o autor da demanda ter contra si o ônus de demonstrá-lo, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, na categoria de danos emergentes e lucros cessantes. A prova, com o Código Civil de 2002, não se refere apenas à existência do dano mas também à sua extensão (art. 944), a fim de que o aplicador do direito fixe o *quantum* indenitário.

Dispõe o *caput* do art. 944 da atual codificação privada que a indenização mede-se pela extensão do dano. Trata-se de inovação, uma vez que o Código Civil de 1916 não trazia norma no mesmo sentido. Não é demais dizer que o próprio sistema romano admitia a fixação da indenização de acordo com a extensão da perda patrimonial, não sendo a premissa uma novidade.³⁰⁴

Conforme aponta parte da doutrina, o comando legal adota a *teoria da extensão do dano*, uma vez que a indenização deve ser fixada de acordo com o prejuízo suportado pela vítima.³⁰⁵ Para outra visão, o dispositivo está fundamentado no *princípio da reparação integral dos danos*, versão atualizada da *restitutio in integrum* dos romanos, pelo qual a vítima do evento danoso faz jus a uma indenização por todos os prejuízos que foram suportados.³⁰⁶ Parece ter razão a segunda corrente, uma vez que há no dispositivo a

³⁰² A máxima invocada pode ser retirada da Lei das XII Tábuas, especificamente do preceito n. 2 da Tábua Sétima: “Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare” (MEIRA, Sílvia. A. B. *A Lei das XII Tábuas*, cit.).

³⁰³ Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, veja-se julgado que enfrentou a questão dos danos hipotéticos: STJ, REsp 32.575/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª Turma, julgado em 1º/09/1997, DJ 22/09/1997, p. 46.396.

³⁰⁴ Ver regra n. 9 da mesma Tábua Sétima, da Lei das XII Tábuas: “Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses”.

³⁰⁵ Cf. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil comentado*, cit., p. 911.

³⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, cit.

premissa de ampla proteção da vítima, diante da tendência de *personalização*, comum na atualidade do Direito Privado.³⁰⁷

A grande dúvida reside em saber se há e qual é o fundamento jurídico do princípio da reparação integral dos danos. No que concerne às relações de consumo, o princípio é cristalino no art. 6º, VI, da Lei n. 8.078/1990, ao prever entre os direitos básicos do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Relativamente às relações civis tidas como puras ou relações que não são de consumo, a reparação integral está fundada na regra geral do art. 927, *caput*, da codificação, pelo qual aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, será obrigado a repará-lo. Também pode ser citado o art. 402 do CC/2002, que, ao tratar das perdas e danos, faz menção ao que efetivamente se perdeu (danos emergentes ou danos positivos) e o que razoavelmente se deixou de lucrar (lucros cessantes ou danos negativos).

Partindo-se para uma análise constitucional, é plausível amparar o *princípio da reparação integral dos danos* no art. 5º, particularmente no inc. V – que assegura o direito à indenização por dano material, moral e à imagem –, e também no inc. X – que tutela o direito à reparação integral por violação do direito à intimidade, vida privada, honra e imagem. Em reforço, é pertinente o amparo na *cláusula geral de tutela da pessoa humana*, constante do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos princípios estruturantes da República Federativa do Brasil. No que tange às questões patrimoniais, especificamente, pode ser citado o direito fundamental à propriedade, previsto no art. 5º, XXII e XXIII, do Texto Maior.

Ainda no que concerne à fundamentação do art. 944 do Código Civil de 2002, este segue o modelo genérico adotado pela própria codificação, no sentido de valorização da eticidade, da socialidade e da operabilidade, conforme apontado por Miguel Reale.³⁰⁸ De início, há relação com a eticidade, uma vez que a fixação da indenização de acordo com a extensão do dano tem um senso ético indiscutível, pela busca da verdade real que circunda

³⁰⁷ Constata-se a influência do Código Civil Português, que em seu art. 562º enuncia o princípio geral relativo à indenização, no sentido de que “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”.

³⁰⁸ Sobre tais princípios, ver: REALE, Miguel. História do novo Código Civil. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord). *Biblioteca de direito civil*. Estudos em homenagem a Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. v. 1. Ver, ainda: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002; MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: CAMBLER, Everaldo Augusto; PAULA BARRETO, Wanderlei; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; TERRA, Marcelo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. IX-CXLVI.

a demanda relativa à responsabilização.³⁰⁹ A par dessa premissa, o sentido da socialidade também é percebido, uma vez que o instituto da responsabilidade é analisado de acordo com o contexto fático que o cerca. Por fim, observa-se a operabilidade – no sentido de *concretude* ou de efetividade, busca de um Direito Civil para o caso concreto – pela utilização da expressão “extensão de dano”, que constitui uma cláusula geral, um conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo aplicador do Direito de acordo com as circunstâncias do fato na espécie.

Superado o reconhecimento da ressarcibilidade dos danos patrimoniais e a sua fixação por extensão ou amplitude, no Brasil, o tema *dano moral* é relativamente novo, eis que a possibilidade de reparação de danos imateriais ou extrapatrimoniais se consolidou a partir da Constituição Federal de 1988. Na codificação revogada, o art. 159 do Código Civil de 1916 reconhecia a possibilidade de reparação de danos sem, contudo, fazer menção expressa ao dano extrapatrimonial. Contudo, Clóvis Beviláqua, principal idealizador da codificação anterior, ensinava que a reparação moral era implícita em tal dispositivo.³¹⁰ Entretanto, na vigência daquele Código, a reparação dos danos morais não era aceita com unanimidade, principalmente em sede jurisprudencial. Essa realidade anterior foi muito bem abordada pelo jurista Wilson Melo da Silva, em obra considerada clássica sobre o tema.³¹¹

³⁰⁹ Como anota Álvaro Villaça Azevedo, “o art. 944 do CC quer dizer que conforme seja o dano, maior, médio ou menor, deve ser a indenização. Esse o princípio tradicional que autoriza a indenização, repondo-se o patrimônio do lesado no estado anterior à lesão” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 278). Ora, a eticidade é clara, uma vez que o senso comum indica que no caso de lesão a outrem deve ser buscada a volta à situação anterior, inclusive pelo intuito compensatório da indenização.

³¹⁰ “O *damno* pode ser material ou moral. É material, quando causa diminuição no patrimônio, ou offende interesse econômico. É moral, quando se refere a bens de ordem puramente moral, como a honra, a liberdade, a profissão, o respeito aos mortos. O Código Civil toma em consideração o *damno* moral quando, no art. 76, autoriza a acção fundada no interesse moral, e quando destaca alguns casos de satisfação do *damno* por offensa à honra (arts. 1.547 a 1.511), sem exclusão de outros analogos, e muito menos daquelles em que o interesse econômico anda envolvido no moral. [...] o Código Civil brasileiro admitiu a indemnização do *damno* moral, e, em alguns casos regulou o modo de ressarcir-lo. Cabe à doutrina extrair dos seus dispositivos, o *systema* a que os mesmos obedecem” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. IV, cit., p. 662-663).

³¹¹ “No Brasil a teoria da ressarcibilidade dos danos morais tem tido seus opositores e os seus adeptos. Na doutrina, a tendência é francamente pela acolhida. Na jurisprudência, porém, não obstante acórdãos em contrário e brilhantíssimos votos vencidos, observa-se uma certa resistência, uma como que impermeabilidade à ideia. Os julgados e as decisões, quando não recusam, de maneira formal, a doutrina, aceitam-na, no comum das vezes, segundo o critério da escola capitaneada por Dalloz, e ordenam a reparação dos danos morais apenas em seus reflexos patrimoniais” (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Edição histórica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 388). O panorama demonstrado refere-se a período anterior à Constituição Federal em vigor. O texto foi escrito no ano de 1983.

A resistência da jurisprudência em relação aos danos morais foi vencida com a edição da Súmula n. 37 pelo Superior Tribunal de Justiça, que possibilitou a cumulação, em uma mesma ação, de pedido de reparação de danos materiais e morais. Interessante verificar que a súmula foi editada no ano de 1992, três anos após a entrada em vigor da Constituição Federal. Conforme aponta o autor mineiro retrocitado, foi forte a resistência na jurisprudência em aceitar o que se denominou por um tempo como *dano moral puro*, aquele sem repercussão material. Em nossa opinião, o Texto Maior também *sepultou* essa discussão, nos incisos do art. 5º que fazem menção à reparação moral – incs. V e X –, os quais não atrelam a reparação moral à material. Nunca é demais repetir que o Código Civil de 2002 confirma esse *sepultamento*, ao admitir, em seu art. 186, a reparação do *dano exclusivamente moral*.

A partir do momento em que se reconheceu a reparação do dano moral, o Poder Judiciário brasileiro recebeu uma infinidade de demandas, tendo como conteúdo pedidos muitas vezes descabidos, fato que até se chegou a denominar como precursor da *indústria do dano moral*. No ano de 2003, em matéria intitulada “Loteria do dano moral”, a revista *Veja* noticiou levantamento afirmando o trâmite, à época, em nossos tribunais, de cerca de 400 mil ações judiciais sobre reparações morais. Conforme foi apontado na matéria, a avalanche de ações já demonstrava – há sete anos atrás –, a existência de casos justos de muitas pessoas tentando obter reparações financeiras pela via judicial, mesmo em situações nas quais se poderiam imaginar várias alternativas para sancionar quem causou dano, perda ou desconforto a alguma pessoa.³¹² Então, coube tanto à doutrina quanto à jurisprudência oferecerem entraves a esses pedidos descabidos, para não colocar em descrédito o nobre instituto que surgia.

Antes mesmo da entrada em vigor da Constituição Federal, quando se discutia a reparabilidade do dano moral, Antônio Chaves escreveu que: “propugnar pela mais ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento de todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade exacerbada, toda exaltação do amor-próprio pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar das asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas possibilitem sejam extraídas da *caixa de Pandora do direito*, centenas de milhares de cruzeiros. É preciso que exista realmente dano moral, que se trate de um acontecimento grave, como a morte de um ente querido, a mutilação injusta, a desfiguração de um rosto, uma ofensa grave, capaz de

³¹² REVISTA VEJA. Loteria do dano moral. São Paulo: Editora Abril, n. 1.823, p. 71, 8 out. 2003.

deixar marcas indelévels, não apenas em almas de sensibilidade de filme fotográfico, mas na generalidade das pessoas, no homem e na mulher medianos, comuns, a ponto de ser estranhável que não sentissem mágoa, sofrimento, decepção, comoção”.³¹³ Recentemente, quando da *III Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2004, visando amparar esse entendimento doutrinário já consolidado, foi aprovado o Enunciado n. 159, prevendo que “O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

Ao lado dessas manifestações doutrinárias, a jurisprudência também tem se preocupado em distinguir o que constitui dano moral e o que não passa de mero transtorno ou aborrecimento, *travando* pedidos descabidos em inúmeros casos, muitos conhecidos pela comunidade jurídica nacional. Assim, o Supremo Tribunal Federal já afastou indenização pretendida pela perda de uma frasqueira, contendo objetos de maquiagem de uma mulher.³¹⁴ O Superior Tribunal de Justiça tem agido de igual maneira quando, por exemplo, há defeitos que atingem um veículo novo, uma vez que não se pode atribuir um amor tão grande a um automóvel.³¹⁵ Por ser fato comum do cotidiano pós-moderno, o Tribunal de São Paulo entendeu que o envio de mensagem eletrônica para a cobrança de uma dívida, mas sem conteúdo ofensivo, por si só, não gera o dano moral.³¹⁶ Ainda

³¹³ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 3, p. 637.

³¹⁴ “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. INDENIZAÇÃO: DANO MORAL. I – O dano moral indenizável é o que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor. A perda de uma frasqueira contendo objetos pessoais, geralmente objetos de maquiagem de mulher, não obstante desagradável, não produz dano moral indenizável. II – Agravo não provido” (Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 387.014/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 08/06/2004, 2ª Turma, *DJ* 25/06/2004, p. 57).

³¹⁵ “RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE VEÍCULO 'ZERO' DEFEITUOSO. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. I. Não há falar em maltrato ao disposto no artigo 535 da lei de ritos quando a matéria enfocada é devidamente abordada no âmbito do acórdão recorrido. II. Os danos morais surgem em decorrência de uma conduta ilícita ou injusta, que venha a causar forte sentimento negativo em qualquer pessoa de senso comum, como vexame, constrangimento, humilhação, dor. Isso, entretanto, não se vislumbra no caso dos autos, uma vez que os aborrecimentos ficaram limitados à indignação da pessoa, sem qualquer repercussão no mundo exterior. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 628.854/ES, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 03/05/2007, *DJ* 18/06/2007, p. 255). A conclusão foi semelhante em caso de atraso na entrega de veículo pela oficina da concessionária: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. VEÍCULO ESTRAGADO. CONserto. DEMORA NA ENTREGA. MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. O atraso da oficina na entrega de automóvel que lhe foi confiado para conserto é mero aborrecimento, incapaz de gerar dano moral” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 401.636/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 25/09/2006, *DJ* 16/10/2006, p. 362).

³¹⁶ “INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. E-MAIL ENVIADO SEM CONTEÚDO OFENSIVO. CARACTERIZAÇÃO, NO CASO, DE MERO ABORRECIMENTO, SEM QUALQUER DANO A INDENIZAR. SENTENÇA IMPROCEDENTE. Recurso, tendente a alterar essa decisão, desprovido. Hipótese de litígio acentuado entre as partes, afastando o excesso de linguagem e informação,

ilustrando, repeliu-se pedido reparatório imaterial em caso de envio de faturas que não foram solicitadas pelo consumidor, fato tido pelo Tribunal Fluminense como comum nas grandes metrópoles.³¹⁷ Em Minas Gerais afastou-se pretensão que pedia danos morais por ter sido adquirida água mineral com um inseto dentro, sem que o produto tivesse sido ingerido; mesma conclusão a que chegou o Superior Tribunal de Justiça em caso envolvendo um refrigerante.³¹⁸

Partindo para a análise do surgimento das novas modalidades de prejuízos, o dano estético vem sendo enquadrado como uma modalidade à parte do dano moral e do dano patrimonial. Na doutrina nacional, um dos primeiros trabalhos a discutir o tema foi o de autoria de Teresa Ancona Lopez, para quem o dano estético está presente toda vez em que há uma transformação ou alteração da normalidade corporal.³¹⁹ Na jurisprudência, esse entendimento tem prevalecido amplamente, o que inclui o Superior Tribunal de Justiça, última instância no País a julgar as principais questões de Direito Privado.³²⁰ Neste

reclamados pelo ofendido, devedor indireto do ofensor, o que é fato” (TJSP, AC 364.909.4/9, Acórdão n. 3327442, São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, julgado em 16/10/2008, *DJESP* 17/11/2008).

³¹⁷ “APELAÇÃO CÍVEL. ENVIO INDEVIDO DE FATURAS. Mero aborrecimento. Meros aborrecimentos, contrariedades, irritação, fatos que são corriqueiros na agitação da vida moderna nas grandes metrópoles não são capazes de originar o ônus indenizatório. O envio de faturas em nome da apelante cobrando acerca de serviço que não lhe fora prestado, apesar de indesejável, não caracteriza dano moral a ser reparado. Negado seguimento ao recurso” (TJRJ, Acórdão n. 2007.001.06975, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, julgado em 14/02/2007).

³¹⁸ “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ÁGUA MINERAL CONTAMINADA. PRESENÇA DE INSETO. PRODUTO NÃO INGERIDO. INEXISTÊNCIA DE DANOS. A identificação de inseto em garrafa de água que não foi sequer aberta é mero aborrecimento que não pode ser elevado à condição de dano moral e, via de consequência, não gera direito à indenização” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0079.05.188618-6/0011, Contagem, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Designado Elias Camilo Sobrinho, julgado em 20/09/2007, *DJMG* 08/10/2007). Do STJ, vejamos decisão publicada no seu *Informativo* 426: “DANO MORAL. INSETO. REFRIGERANTE. O dano moral não é pertinente pela simples aquisição de refrigerante com inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, por se encontrar no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra, ausente situação que produza no consumidor humilhação ou represente sofrimento em sua dignidade. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso da sociedade empresarial, invertendo o ônus da sucumbência. Precedentes citados: AgRg no Ag 276.671-SP, *DJ* 8/5/2000; AgRg no Ag 550.722-DF, *DJ* 3/5/2004, e AgRg no AgRg no Ag 775.948-RJ, *DJe* 3/3/2008” (STJ, REsp n. 747.396/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 9/3/2010).

³¹⁹ “Na concepção clássica, que vem de Aristóteles, é a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras de fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é a ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer) o belo. É claro que, quando falamos em dano estético, estamos querendo significar a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém. Por outro lado, o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético, deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era” (LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. São Paulo: RT, 1980. p. 17).

³²⁰ É exemplar o seguinte julgado: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ÔNIBUS. ATROPELAMENTO. VÍTIMA QUE RESTOU TOTAL E PERMANENTEMENTE INCAPACITADA PARA O TRABALHO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SENTENÇA CONDICIONAL. INEXISTÊNCIA. CUMULAÇÃO DOS DANOS MORAIS COM OS ESTÉTICOS. ADMISSIBILIDADE. – Inexistência no caso de negativa de prestação jurisdicional. – A prova dos lucros cessantes deve ser realizada no processo de conhecimento. A apuração do montante correspondente à remuneração percebida pela vítima

particular, não têm sido diferentes os julgamentos nos Tribunais Estaduais.³²¹ O *cume* dessa visualização jurisprudencial é a edição, pelo Superior Tribunal de Justiça, em setembro de 2009, da Súmula n. 387, prevendo que “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

Note-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça já conferia nova leitura à citada Súmula n. 37, uma vez que a possibilidade de cumulação não seria dupla (*danos materiais + morais*), mas tripla (*danos materiais + morais + estéticos*). Assim, justificava-se uma nova súmula para explicar a consolidação jurisprudencial naquele Tribunal a respeito da tripla cumulação. A alteração efetivada recentemente tem fins práticos, didáticos e metodológicos, evidenciando a elevação do elemento dano como personagem principal dentre os elementos da responsabilidade civil.

Mas é preciso seguir adiante, evoluir cientificamente, e, assim, entram em cena as novas categorias de prejuízos, ou seja, *os novos danos*.³²² Muito além de novas situações em que se admite a reparação imaterial, o que aqui se procurará apontar é a existência de novas categorias danosas.

Essa conquista de ampliação representa normal decorrência da evolução humana, pois, à medida que se reconhecem outros direitos, que são criadas novas tecnologias e o ser humano amplia os seus meios de conquistas, surgem novos riscos, infortúnios e, como decorrência lógica, novas vítimas e categorias de perdas materiais e imateriais.

Atualmente, a civilística nacional tem debatido a reparação dos denominados danos da perda de uma chance. De acordo com a teoria *perte d'une chance*, de origem francesa, são indenizados os prejuízos que decorrem da frustração de uma oportunidade, de uma expectativa, de um fato que possivelmente ocorreria em circunstâncias normais.³²³ A

à época em que trabalhava pode ser relegada à fase de liquidação. Inexistência de sentença condicional, dadas as peculiaridades da espécie em exame. – São cumuláveis os danos morais e danos estéticos, quando atingidos valores pessoais distintos. Recurso especial não conhecido” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 327210/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 04/11/2004, *DJE* 1º/02/2005, p. 564). No mesmo sentido, recentemente: STJ, REsp n. 1.011.437/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 24/06/2008, *DJE* 05/08/2008.

³²¹ Do Tribunal de São Paulo: Apelação com Revisão n. 227.342-4/0, Osasco, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, julgado em 22/03/2006. Do Tribunal do Rio de Janeiro: Acórdão n. 2006.001.60946, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Ismênio Pereira de Castro, julgado em 25/01/2007. Por fim, do Tribunal Mineiro: Apelação Cível n. 1.0024.03.149258-0/0011, Belo Horizonte, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Afrânio Vilela, julgado em 27/02/2008, *DJEMG* 13/03/2008.

³²² Conforme expressão tão bem difundida por Anderson Schreiber, que aponta tal ascensão do dano como elemento central da responsabilidade civil e cujo estudo serviu de inspiração para o presente (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 79-112).

³²³ Na doutrina brasileira, são referências os trabalhos de Savi e Peteffi: SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006; PETEFFI, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007. O trabalho de Savi é fruto de sua dissertação de mestrado,

indenização somente é cabível desde que a chance seja séria e real, de acordo com as circunstâncias do caso concreto.³²⁴

Vários são os julgados nacionais em que se tem aplicado a tese, principalmente em casos relativos a advogados que perdem prazos de seus clientes, gerando a *perda de uma chance de vitória judicial*.³²⁵ É comum, em tais demandas, a nomeação de um especialista da área jurídica que tenha condições de apontar as chances de ganho judiciário do cliente, particularmente a seriedade destas.

Fazendo incidir a teoria de forma curiosa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul responsabilizou um curso preparatório para concursos públicos que assumiu o compromisso de transportar o aluno até o local da prova. Entretanto, houve atraso no transporte, o que gerou a *perda da chance de disputa em concurso público*, surgindo o dever de indenizar.³²⁶ Nesse exemplo, já podem ser notadas as grandes dificuldades que

defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. O de Peteffi, de sua tese de doutorado apresentada na Universidade de São Paulo.

³²⁴ Nos dizeres de Rafael Peteffi: “A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que simples esperança subjetiva. Como bem apontou Jacques Boré, pode-se imaginar um paciente vitimado por uma doença incurável, mas que ainda mantenha as esperanças de sobreviver. Objetivamente, todavia, não existe qualquer chance apreciável de cura. A propósito, ‘a observação da seriedade e da realidade das chances perdidas é o critério mais utilizado pelos tribunais franceses para separar os danos potenciais e prováveis e, portanto, indenizáveis dos danos puramente eventuais e hipotéticos cuja reparação deve ser rechaçada’. Os ordenamentos da *Common Law* também demonstraram a sua preocupação em evitar demandas levianas, exigindo a demonstração da seriedade das chances perdidas. Em *Hotson v. Fitzgerald*, o voto vencedor requeria a existência da perda de uma chance ‘substancial’. A decisão citada, com rara ousadia, chega a afirmar que as demandas das vítimas que perderam menos de vinte e cinco por cento de chances de auferir a vantagem esperada devem ser encorajadas com rigor redobrado, já que demandas de natureza especulativa não devem ser encorajadas” (*Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. 134). Em apresentação ao trabalho, leciona Judith Martins-Costa que os critérios para a perda de uma chance “partem da constatação da existência de ‘chances sérias e reais’, pois ‘a teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável’. Por essa razão, a chance perdida deve representar ‘muito mais que uma simples esperança subjetiva’, cabendo ao réu a sua prova e ao juiz o dever de averiguar quão foi efetivamente perdida a chance com base na ciência estatística, recorrendo ao auxílio de perícia técnica. Além do mais, a sua quantificação segue uma regra fundamental – obedecida também nas espécies de dano moral pela *perte d'une chance* –, qual seja: a reparação da chance perdida pela vítima, não devendo ser igualada à vantagem em que teria resultado esta chance, caso ela tivesse se realizado, pois nunca a chance esperada é igual à certeza realizada” (PETEFFI, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, cit., p. XX).

³²⁵ Ilustrando, quanto ao advogado, do Superior Tribunal de Justiça: Agravo Regimental no Agravo n. 932.446/RS, Processo n. 2007/0167882-9, 3ª Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrigli, julgado em 06/12/2007, *DJU* 18/12/2007, p. 274. De São Paulo: Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Apelação com Revisão n. 648.037-00/9, 5ª Câmara, Rel. Juiz Dyrceu Cintra, julgado em 11/12/2002. Do Rio Grande do Sul: Apelação Cível n. 70005473061, 9ª Câmara Cível, Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 10/12/2003. Do Estado do Paraná: Apelação Cível n. 0502092-6, Curitiba, 10ª Câmara Cível, Rel. Juiz Convocado Vitor Roberto Silva, *DJPR* 05/09/2008, p. 171. Do Mato Grosso do Sul: Embargos Infringentes n. 2007.021241-7/0001-00, Campo Grande, 3ª Seção Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, *DJEMS* 30/07/2008, p. 78.

³²⁶ “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AUTOR QUE CONTRATOU COM A DEMANDADA SERVIÇOS DE ENSINO NOS QUAIS INCLUÍDO TRANSPORTE PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. ATRASO DECORRENTE DE MÁ PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, QUE IMPORTOU EM

existem sobre a aclamada teoria, em específico na determinação da seriedade da oportunidade perdida. Como determinar a sua proporção? Nomear um grupo de professores de direito para apontar as chances do candidato prejudicado? O desafio é, no mínimo, enorme, sendo certo que a mais pura estatística pode não determinar concretamente tal índice de probabilidade.

O precedente relativo à perda de uma chance mais evocado é o prolatado em sede de Superior Tribunal de Justiça no ano de 2005. Trata-se do famoso caso do *Show do Milhão*, programa do Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), comandado pelo ícone da televisão brasileira Sílvio Santos. Uma participante do programa, de nome Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, originária do Estado da Bahia, chegou à última pergunta, à *pergunta do milhão*, que, se respondida corretamente, geraria o prêmio de um milhão de reais. A pergunta então formulada foi a seguinte: “A constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro?”. As alternativas de resposta eram as seguintes: “1) 22%; 2) 2%; 3) 4%; ou 4) 10%”.

A participante não soube responder à pergunta, levando R\$ 500.000,00 como prêmio. Posteriormente, descobriu que a Constituição Federal não ingressou tal reserva, havendo um equívoco na pergunta. Então, ela recorreu a juízo requerendo os outros R\$ 500.000,00, tendo obtido êxito em primeira e segunda instância, ação que teve curso no Tribunal de Justiça da Bahia.

O Superior Tribunal confirmou em parte as decisões anteriores, reduzindo o valor para R\$ 125.000,00, ou seja, os R\$ 500.000,00 perdidos divididos pelas quatro assertivas, sendo esta, por um cálculo simples, a sua real chance de acerto.³²⁷

Pois bem, em livro escrito sobre o tema da responsabilidade civil já manifestamos as nossas reticências em relação à reparação civil pela perda de uma

PERDA DE HORÁRIO PARA INGRESSO NO PRÉDIO ONDE SE REALIZARIAM AS PROVAS. PERDA DE UMA CHANCE CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO ARBITRADA COM MODERAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA RECORRENTE FIRMADA EM RAZÃO DE TER SIDO ATRAVÉS DELA PROMOVIDA A CONTRATAÇÃO DO TRANSPORTE. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS” (TJRS, Processo n. 71000889238, data: 07/06/2006, órgão julgador: 2ª Turma Recursal Cível, Rel. Juiz Clovis Moacyr Mattana Ramos, origem: Comarca de Cruz Alta).

³²⁷ Eis a ementa do julgado: “RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido” (STJ, REsp 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334).

chance.³²⁸ Isso porque tais danos, na maioria das vezes, constituem-se hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do Código Civil Brasileiro exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o *se*, isto é, hipóteses com as quais nem a estatística tem condições de determinar objetivamente. Ademais, muitas vezes, a sua reparabilidade se confunde com a categoria dos lucros cessantes, constante do art. 402 do CC/2002, pela menção ao que razoavelmente se deixou de lucrar. Não haveria, portanto, uma nova categoria de dano, como apregoado pela doutrina aqui citada.

Nesse contexto opinativo, é interessante aqui fazer um contraponto doutrinário ao trabalho de Sérgio Savi sem, contudo, desmerecer a sua excelente pesquisa. Isso porque o doutrinador aponta que a teoria debatida somente merece aplicação se houver mais de 50% (cinquenta por cento) de chance, o que configura a oportunidade como séria e real.³²⁹ No entanto, mais à frente, em sua obra, concorda o jurista com o julgado do Superior Tribunal de Justiça, mesmo em uma situação em que as chances eram de, em um cálculo simples, 25% (vinte e cinco por cento) de acerto.³³⁰ A sua conclusão acaba por realçar as dificuldades existentes no tocante à configuração do dano efetivo para a incidência dessa nova modalidade. Em reforço, surgem, na prática, pedidos descabidos de indenização com base na teoria da perda de uma chance.³³¹

³²⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 3. ed., v. 2. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil, cit., p. 426-427.

³²⁹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, cit., p. 33.

³³⁰ “O acórdão é, em nosso sentir, quase impecável e, sem dúvida, merecedor de nossos aplausos pela forma técnica que elaborado. Os critérios, os limites e a forma de aplicação da teoria defendidos neste livro foram acolhidos quase integralmente. O único reparo que entendemos cabível e que implicaria a modificação do julgado, diz com os limites para a aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance. Isso porque, conforme anteriormente exposto, entendemos que as chances para serem consideradas sérias, reais e, portanto, passíveis de indenização, precisarão ser superior a 50% (cinquenta por cento). Neste caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, o raciocínio dos Ministros que compõem a Quarta Turma foi perfeito. As chances da autora foram adequadamente analisadas no caso concreto. Contudo, mesmo tendo chegado à conclusão que as chances eram de apenas 25% (vinte e cinco por cento), entenderam por indenizar a chance perdida” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, cit., p. 80). Ora, com o devido respeito, se as chances eram de 25% (vinte e cinco por cento), não seria o caso de aplicar a teoria, pois o dano seria meramente eventual e, portanto, não reparável.

³³¹ Entre esses pedidos descabidos, merece destaque o apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível n. 512.944.4/0-00, em 4 de setembro de 2008, julgado pela 4ª Câmara de Direito Privado, tendo como relator o Juiz Convocado Francisco Loureiro. Na demanda, um consumidor pleiteava indenização da Coca-Cola por não ter conseguido participar de promoção que poderia o levar para a Copa do Mundo da Alemanha. Pleiteava danos morais por perda de uma chance. O Tribunal, por unanimidade, concluiu pela não incidência da teoria, pois as chances eram remotas. Além disso, afastou a reparação imaterial, pela ausência de lesão à personalidade. A ementa foi assim elaborada: “RESPONSABILIDADE CIVIL – Danos morais – Consumidor que não conseguiu inserir os códigos exigidos pela promoção após efetuar seu cadastro no ‘site’ indicado – Alegação de dano moral indenizável em razão da perda da chance de concorrer à viagem para a Alemanha e assistir a Copa do Mundo – Inexistência de danos morais, por ausência de violação a direitos da personalidade ou de sofrimento apreciável – Impossibilidade de se indenizar danos hipotéticos ou eventuais, se não mensurável economicamente a chance perdida – Ação improcedente – Recurso improvido”.

Apesar dessa discussão sobre a viabilidade dos danos por perda da chance, o debate coloca o elemento dano na linha de frente da evolução científica, merecendo o devido destaque por este estudo. A evolução de consciência da civilística nacional conduz à admissão desses novos danos ressarcíveis, antes não admitidos. Foi assim com os danos morais individuais, e pode ser dessa maneira a respeito dos danos morais coletivos.

A reparação destes últimos do mesmo modo vem sendo admitida por nossos Tribunais. No Código de Defesa do Consumidor, a sua reparação consta expressamente no art. 6º, VI, da Lei n. 8.078/1990, dispositivo em consonância com o *princípio da reparação integral dos danos*.³³² Na doutrina, tais danos são conceituados como lesões a integrantes de determinada comunidade, no sentido de um grupo previsto de pessoas.³³³

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há um julgado anterior, do ano de 2006, entendendo não ser indenizável o dano moral coletivo em situação que envolvia prejuízos ao meio ambiente.³³⁴ A decisão, por maioria de votos, consubstancia o entendimento de não ser indenizável o dano moral coletivo pela impossibilidade de sua aferição perfeita e de determinação do *quantum* indenizatório.

A lide tem origem no Estado de Minas Gerais, diante de danos ambientais causados pela municipalidade de Uberlândia e por uma empresa de empreendimentos imobiliários pelo lançamento de um loteamento irregular. A ação foi proposta pelo Ministério Público daquele Estado, havendo condenação em primeira instância, por danos morais coletivos, em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). A decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido de não ser possível tal reparação, o que foi confirmado em

³³² Lei n. 8.078/1990. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor. [...] VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.”

³³³ Vejamos o conceito de Carlos Alberto Bittar Filho: “Com supedâneo, assim, em todos os argumentos levantados, chega-se à conclusão de que o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)” (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em: 4 jun. 2007).

³³⁴ “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, REsp 598281/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 02/05/2006, DJ 1º/06/2006, p. 147).

máxima instância. Como se observa da ementa do julgado do STJ, concluiu-se pela incompatibilidade conceitual, uma vez que o dano moral seria apenas individual, e não coletivo.

Na ocasião, houve voto divergente do Ministro Luiz Fux, que conclui ser reparável o dano moral coletivo em casos de lesões ambientais, pois o meio ambiente integra a categoria de interesses difusos, e a sua lesão, caracterizada pela diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico e pela lesão a determinado espaço protegido, acarreta incômodos de todas as naturezas à coletividade. Em suma, para ele, o dano moral coletivo ambiental revela-se como uma lesão ao patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido no art. 225 da CF/1988. Parece ter razão, nesse ponto, o Ministro vencido, diante do sentido coletivo que deve imperar na proteção dos interesses. No ano de 2009, surgiu outra decisão do Superior Tribunal de Justiça na mesma linha, concluindo pela irreparabilidade dos danos morais coletivos, eis que os danos morais somente podem ser individuais, pois relativos à ideia de dor ou sofrimento.³³⁵

De toda sorte, compreendemos que os danos morais coletivos devem ser tidos como nova categoria de dano justamente por constituir a soma de lesões a vários direitos da personalidade, a *várias dignidades* ou a *várias honras*. Isso representa uma importante evolução do conceito de responsabilidade civil, uma *funcionalização social* do instituto. Ademais, não necessariamente o dano moral está relacionado a uma dor, como acontece no dano moral da pessoa jurídica, em que há lesão à honra objetiva (Súmula n. 227 do STJ).

De forma acertada, há outro precedente importante do próprio Superior Tribunal de Justiça, mais recente, admitindo os danos morais coletivos, prolatado no famoso caso das *pímulas de farinha*. Em caso notório, amplamente divulgado pela imprensa nacional, o Tribunal concluiu por bem indenizar as mulheres que tomaram as citadas pímulas e vieram a engravidar, o que não estava planejado. A indenização foi fixada para a empresa *Schering do Brasil*, que fornecia a pílula anticoncepcional *Microvlar*, em uma apurada análise da

³³⁵ A questão envolvia lide de consumo e assim foi publicada no Informativo de Jurisprudência n. 418 do STJ: “DANO MORAL COLETIVO. TELEFONIA. A Turma entendeu que não houve impugnação do recorrente, devendo-se aplicar analogicamente a Súm. n. 283-STF, quanto aos fundamentos do aresto recorrido de que a instalação de novos postos de atendimento ao usuário de telefonia é obrigação não prevista no contrato de concessão e de que não cabe ao Poder Judiciário definir quais localidades deverão ser atendidas, por ensejar incursão ao campo discricionário da Administração Pública. No que diz respeito ao dano moral coletivo, a Turma, nessa parte, negou provimento ao recurso, pois reiterou o entendimento de que é necessária a vinculação do dano moral com a noção de dor, sofrimento psíquico e de caráter individual, incompatível, assim, com a noção de transindividualidade – indeterminabilidade do sujeito passivo, indivisibilidade da ofensa e de reparação da lesão. Precedentes citados: REsp 598.281-MG, DJ 1º/06/2006, e REsp 821.891/RS, DJe 12/05/2008” (STJ, REsp 971.844/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 03/12/2009).

extensão do dano em relação às consumidoras.³³⁶ O julgado passou a admitir os danos morais coletivos como outra modalidade de dano a ser reparado, havendo decisões posteriores em esfera inferior e no mesmo sentido, mormente na seara trabalhista.³³⁷

Conclusão importante a respeito dos danos morais coletivos para sua inclusão em categoria distinta dos danos sociais deve ser demonstrada no sentido de que tais prejuízos atingem direitos individuais homogêneos e direitos coletivos em sentido estrito, em que as pessoas dos prejudicados são determinadas ou, pelo menos, determináveis.³³⁸ Por isso, a indenização deve ser destinada a elas, vítimas, sendo importante, nesses limites, fixar a relevância e a extensão do dano.

Por outra via, os danos sociais, na melhor concepção doutrinária de Antonio Junqueira de Azevedo, são aqueles que causam um rebaixamento do nível de vida da coletividade, decorrendo de *condutas socialmente reprováveis* ou de *comportamentos exemplares negativos*.³³⁹ Trazendo outra interpretação a respeito do conceito, parece-nos

³³⁶ STJ, REsp 866.636/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 29/11/2007, DJ 06/12/2007, p. 312.

³³⁷ Para ilustrar: “DANO MORAL. A prática da empresa recorrida em realizar filmagem dos seus empregados nos locais de trabalho, de forma sigilosa e sem o conhecimento prévio dos mesmos, com violação do direito à intimidade, configura dano moral coletivo e gera direito à reparação” (TRT da 5ª Região. Acórdão n. 25.764/05. 5ª Turma. Recurso Ordinário n. 00052-2004-026-05-00-3-RO. Recorrente: Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região. Recorrido: Ilha Tropical Transportes Ltda. Relatora: Desembargadora Maria Adna Aguiar).

³³⁸ Os conceitos de interesses individuais homogêneos, coletivos em sentido estrito e de interesses difusos são retirados do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivo que é único no sistema, servindo como parâmetro para outros campos de aplicação: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

³³⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil, cit., p. 370-377. Merece destaque o seguinte trecho da tese construída: “Por outro lado, 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 as vezes fosse assim!’. Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida – mais especificamente na qualidade de vida” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil, cit., p. 376). Nossas conclusões sobre o tema constam de artigo escrito por ocasião dos nossos estudos preparatórios para este estudo: TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. Trabalho apresentado como conclusão da disciplina Responsabilidade Civil e Contemporaneidade, no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ministrada pela professora associada Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e pelos professores doutores Nestor Duarte e José Luiz Gavião de Almeida, no primeiro semestre de 2007, cursado por este autor como aluno especial. Artigo publicado na *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34 (2008) e no livro *Direito Civil: análise doutrinária e jurisprudencial* (São Paulo: Método/GEN, 2008). A coordenação da última obra coletiva é de José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior e Renato Afonso Gonçalves.

que os danos sociais atingem direitos difusos, em que as pessoas são indeterminadas em um primeiro momento e, por isso, a indenização deve ser destinada a um fundo de proteção ou até para uma instituição filantrópica, como quer o próprio professor Junqueira.³⁴⁰ Anote-se, a respeito da destinação de valores para fundos, que há julgados que estendem a conclusão para preceitos cominatórios ou multas fixadas judicialmente (*astreintes*).³⁴¹

Esses pontos são fundamentais para a devida distinção em relação aos danos morais coletivos, sendo interessante lembrar que o já transcrito art. 6º, VI, do CDC faz menção aos danos morais coletivos e aos danos difusos de forma destacada. O que se percebe, na prática, é o fato de que muitos casos tratados jurisprudencialmente como danos morais coletivos são, na verdade, de danos sociais, no sentido de um prejuízo pulverizado frente a todo o meio, em que as vítimas são indetermináveis.

Alguns exemplos devem e podem ser trazidos à tona, particularmente para demonstrar as eventuais dificuldades na quantificação da indenização difusa, um dos supostos entraves que existem acerca do tema dos danos sociais.

De início, merece destaque o julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que condenou o sindicato dos metroviários de São Paulo a destinar indenização para instituição filantrópica (cestas básicas) devido a uma greve totalmente abusiva que parou a grande metrópole.³⁴² A extensão dos danos para a coletividade, materiais e

³⁴⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil, cit., p. 376. O fundo de proteção pode ser de trabalhadores, do meio ambiente ou de consumidores, o que depende do interesse difuso atingido. Sobre a instituição de caridade, o fundamento para o destino, segundo Junqueira de Azevedo, estaria no art. 883, parágrafo único, do Código Civil, merecendo destaque todo o comando legal: “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”. A tese é bem interessante e digna de ampla adesão, pelo reconhecimento de uma função social à responsabilidade civil.

³⁴¹ Cite-se parte da ementa de decisão proferida pela 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROIBIÇÃO DE UTILIZAR VIAS PÚBLICAS COMO ESTACIONAMENTO PARTICULAR. DIREITO DIFUSOS. Trata-se de ação objetivando resguardar direitos de toda a coletividade – que as rés se abstenham de utilizar a via pública para guarda de veículos de seus clientes – porque questiona o limite que o particular encontra no uso do bem público, demonstrando o interesse urbanístico de natureza difusa em obstar o uso das vias públicas. [...] MULTA COMINATÓRIA. DESTINAÇÃO. FUNDO DE DEFESA DOS DIREITOS DIFUSOS. PAGAMENTO PARCIAL À REQUERENTE. OBRIGAÇÃO DE RESTITUIÇÃO. Nos termos do inciso I, do § 2º, do art. 1º da Lei n. 9.008, de 21 de março de 1995 c.c. artigo 11 da Lei n. 7.397, de 24 de julho de 1985, a multa cominatória deve ser recolhida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. Após a remessa dos autos a esta Corte, as partes noticiaram acordo em relação à multa ‘assinalada em sentença’. Em razão do ajuste, não homologado e, sem a prévia manifestação do Ministério Público, a Requerida pagou à Requerente o valor de R\$ 100.000,00. Uma vez que a Requerente, verdadeiramente, não é credora e recebeu o numerário indevidamente, não se indagando sobre se agiu com boa ou má-fé, não pode ficar com o que não lhe pertence. Se não devolver espontaneamente, poderá ser compelida a fazê-lo, sob pena de responder por seus atos e omissões” (TJSP, Apelação Cível n. 923.806-0/3, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Irineu Pedrotti, Revisor Des. Nestor Duarte, julgado em 30/01/2008).

³⁴² Veja-se: “GREVE. METROVIÁRIOS. Em se tratando de serviço público de natureza essencial, como o é o transporte, a paralisação como forma de pressão, atinge não só o empregador, mas a coletividade como

imateriais, foi levada em conta para a fixação da indenização, reconhecendo-se o caráter pedagógico ou disciplinador da responsabilidade civil, com uma *função de desestímulo* para a repetição da conduta.

Outra ilustração pode envolver o sindicato de determinada categoria que, em ato de greve, resolve *parar* a cidade de São Paulo, fazendo a sua manifestação na principal avenida da cidade, em plena sexta-feira à tarde. Não se pode especificar, como no caso anterior, quais foram as pessoas prejudicadas, mas, por certo, é nítida a soma de uma *conduta socialmente reprovável* com lesão a direitos difusos de integrantes da coletividade.

Anote-se que a jurisprudência trabalhista tem relacionado os danos sociais com a nova categoria do *dumping social*, havendo prejuízos a toda a sociedade e a necessidade de destinação de valor pecuniário para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), além do destino para a própria vítima.³⁴³

um todo, produzindo efeitos na rotina das relações sociais, ameaçando a segurança e o bem-estar comuns e atingindo principalmente o trabalhador que necessita do transporte público para chegar ao seu local de trabalho, único meio de sua sobrevivência. Não observância da obrigação legal, tanto de empregados quanto de empregadores e dos sindicatos, de garantirem o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, durante todo o movimento. Comprovaram as partes que as negociações encontravam-se suficientemente encaminhadas para que o impasse fosse resolvido sem maiores consequências, ou, ao menos, minimizado com o recurso do funcionamento parcial dos serviços. Mas não. Preferiram o alarde, o caos, o desrespeito ao cidadão que paga seus impostos e mais uma vez arca com o prejuízo, a exemplo de outras tantas crises envolvendo não só o transporte metroviário, mas também o rodoviário e aéreo e outros segmentos de igual importância, como a saúde e a educação. Desta forma, impõe-se concluir pelo manifesto transtorno gerado pela greve, causando danos moral e material à coletividade, configurando a abusividade do movimento e impondo a responsabilização solidária dos suscitados, ante a não observância das disposições legais referidas. Fixo a indenização na entrega de 450 cestas básicas às entidades beneficentes nomeadas, no prazo de 15 dias do trânsito em julgado, sob pena de multa diária” (TRT da 2ª Região, Dissídio coletivo de greve, Acórdão n. 2007001568, Rel. Sonia Maria Prince Franzini, Revisor Marcelo Freire Gonçalves, Processo n. 20288-2007-000-02-00-2, data de julgamento: 28/06/2007, data de publicação: 10/07/2007, Partes: SUSCITANTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA SEGUNDA REGIÃO, SUSCITADO(S): SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TRANSPORTES METROVIÁRIOS DE SÃO PAULO E COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO – METRÔ).

³⁴³ Vejamos a redação do Enunciado n. 4, aprovado na *I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*: “‘DUMPING SOCIAL’. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido *dumping social*, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, *d*, e 832, § 1º, da CLT” (Disponível em <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 9 fev. 2010). O enunciado foi proposto pelo professor de Direito de Trabalho da Universidade de São Paulo e magistrado trabalhista Jorge Luiz Souto Maior, que assim justificou a proposta: “Indenização do Dano Social Gerado pela Agressão Voluntária e Reincidente aos Direitos Trabalhistas. O Código Civil avançou no reconhecimento da situação de que vivemos uma sociedade de produção em massa. Atualmente, nos termos dos arts. 186 e 187, aquele que gera dano ou mesmo expõe o direito de outrem a um risco comete ato ilícito. O ilícito tanto pode repercutir na ordem jurídica individual quanto social. Neste último caso, há a necessidade de se apenar o autor do ilícito, para recuperar a eficácia do ordenamento. Um ilícito não é mero inadimplemento

Por fim, não escapam do conceito de danos sociais as relações de consumo. Exemplifica-se, para encerrar a análise dessa nova categoria, com um dos julgados do famoso caso *Toto Bola*, que envolveu um problema de fraudes em loterias no Estado do Rio Grande do Sul.

Entre os diversos acórdãos, que acatarem ou não pedidos indenizatórios por prejuízos materiais e morais, merece evidência um em que foi repelido o pedido de reparação moral individual e deferido o prejuízo material pelo valor das cartelas adquiridas pelos consumidores. Ato contínuo, o Tribunal, de ofício, entendeu por bem destinar valor para o fundo de proteção dos consumidores daquela unidade da Federação, pela clara presença de danos sociais.

A decisão menciona amplamente o caráter pedagógico ou até punitivo da responsabilidade civil, sendo o valor destinado de quarenta salários-mínimos. Em certo trecho, destaca o julgador que “esta decisão não fere o disposto no art. 944 do CC (‘A indenização mede-se pela extensão do dano’). Isso porque o codificador não explicitou o que entende por dano. E no caso em tela, entende-se que se está a indenizar o ‘dano social’ causado, na esteira das experiências jurídicas contemporâneas de outros países. A expressão ‘dano’, constante do art. 944, é suficientemente elástica, portanto, para abranger

contratual. O valor da indenização, prevê o art. 944 do CC, mede-se pela extensão do dano (individual ou social). Rompidas, pois, em termos de reparação, as fronteiras do individualismo. O tema em questão corresponde ao que a jurisprudência americana chama de *fluid recovery* ou ressarcimento fluído ou global nos casos em que o juiz condena o réu de forma que também o dano coletivo seja reparado, ainda que não se saiba quantos e quais foram os prejudicados e mesmo tendo sido a ação intentada por um único indivíduo que alegue o próprio prejuízo. Na perspectiva da reparação do dano social é que se deve entender, portanto, o disposto no artigo 404, parágrafo único, do Código Civil, assim como os artigos 832, § 1º, e 652, ‘d’, da CLT, inseridos, ademais, no âmbito das ações individuais. Como critérios objetivos para apuração da repercussão social nas relações de trabalho, pode se valer da noção jurídica da reincidência, que, do Direito Penal constitui circunstância agravante da pena (art. 61, I, CP) e impede a concessão de fiança (art. 323, III, CPP) e também da avaliação quanto a ter sido uma atitude deliberada e assumida de desrespeito à ordem jurídica, como, por exemplo, a contratação sem anotação da Carteira de Trabalho ou a utilização de mecanismos para fraudar a aplicação da ordem jurídica trabalhista (voluntário e inescusável – inciso LXVII do art. 5º da CF). A forma de se fixar essa reparação não é o mais importante. Não se podem pôr como obstáculo as discussões processuais em torno da legitimidade e dos limites do pedido formulado. O que se exige do juiz é que, diante do fato demonstrado, que repercute no interesse social, penalize o agressor para desestimulá-lo na repetição da prática e para compensar o benefício econômico já obtido. A medida corretiva, assim, vai desde a condenação ao pagamento de uma indenização adicional (ou suplementar) ao próprio autor, em virtude da facilidade de implementação da medida, até a determinação de obrigações de fazer, voltadas a práticas de atos em benefício da comunidade” (Disponível em <http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com1_proposta14.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2010). Em sentido muito próximo, o Enunciado n. 2, aprovado no 1º Fórum de Direito Material e Processual do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro), assevera que “O dano à sociedade configura violação à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, devendo a indenização ser revertida ao FAT” (1º Fórum de Direito Material e Processual do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região. Rio de Janeiro: TRT da 1ª Região, 2009, p. 6).

também os danos sociais. Trata-se, portanto, de solução perfeitamente compatível com nosso Direito”.³⁴⁴

A interpretação é bem plausível, uma vez que, realmente, adotou o dispositivo em comento um sistema aberto, sendo possível encaixar nesse modelo novos prejuízos e novas perdas que surgirem pela corriqueira evolução do ser humano diante do meio social.

A decisão é, no mínimo, polêmica, particularmente pelo destino *ex officio* da indenização, sob o argumento de se tratar de questão de ordem pública e interesse coletivo do povo gaúcho. O julgado é de fundamental importância, por trazer debates sobre a nova categoria que surge, evidenciando que, no cálculo da indenização, o magistrado deve considerar a extensão do dano para toda a sociedade, o que é um grande desafio.

Todos esses exemplos de ampliação dos novos danos reparáveis demonstram que o dano deixou de ter papel coadjuvante na responsabilidade civil, passando a figurar como principal também no Direito Civil Brasileiro. Ato contínuo, os novos estudos e modalidades reforçam a ideia de evolução científica da responsabilidade civil, instituto que está mais sintonizado com a pessoa humana, com o prejudicado, a vítima. Os novos danos ampliam substancialmente o alcance social do tema da indenização, notando-se clara e ascendente preocupação com as vítimas do evento.

³⁴⁴ Da longa ementa, destaque-se “TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA AO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. ‘O Direito deve ser mais esperto do que o torto’, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa-fé. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensation*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. Recurso parcialmente provido” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Recurso Cível n. 71001281054, 1ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Ricardo Torres Hermann, julgado em 12/07/2007).

Cumprе relevar que, entre os juristas argentinos, tal mudança de papéis já foi observada, pela utilização dos termos *Direito de danos* e *Responsabilidade civil por danos*, para designar a responsabilidade civil.³⁴⁵ Desse modo, nas palavras de Bustamante Alsina, o dano é o aspecto mais relevante da relação jurídica que se origina com o evento danoso.³⁴⁶ Na mesma linha, conforme leciona Ricardo Luis Lorenzetti, um dos exemplos da atividade transformadora do princípio de tutela da pessoa humana é visto na responsabilidade civil (*impacto no direito de danos*):

“A mudança de paradigma é notória. Evolui desde uma concepção produtivista, que considera o dano em função do que a pessoa dá para a sociedade, para outra, personalista, que se baseia no que a sociedade dá para a pessoa. É próprio de um sistema produtivista a consideração da afetação física quanto ao que pode dar a pessoa para a sociedade. Daí deriva a taxaço do prejuízo, levando em conta a remuneração do afetado em determinado trabalho, que é a contraprestação que surge do mercado, o que, sem dúvida, é uma medida objetiva. Isso teve o seu impacto no direito: valorizou-se a menos-valia em função do ideal produtivista, levando-se em conta só o que o homem estava privado de produzir na tarefa que fazia habitualmente, surgindo a noção de dano patrimonial e extrapatrimonial. É óbvio que o não produtivo é uma negatividade, uma exceção à regra. O arquétipo é hoje a pessoa, conforme admitido pela doutrina de forma unânime. Não se trata de localizar o dano na coisa-corpo e depois evidenciar seu proprietário, mas, sim, de determinar de que modo o prejuízo à pessoa repercute sobre a relação com o seu sistema de pertenças.”³⁴⁷

Entre os nacionais, Lucas Abreu Barroso e Pablo Malheiros da Cunha Frota são favoráveis à concretização desse *direito de danos*, destacando que este “altera a perspectiva do intérprete, ao deslocar o âmbito de investigação da conduta do lesante para o dano, já que prevalece a máxima *in dubio pro vítima*”.³⁴⁸

³⁴⁵ Nesse sentido, por todos, ver: ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*, t. I, cit.

³⁴⁶ ALSINA, Jorge Bustamante. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX. In: BUERES, Alberto Jesús; DE CARLUCCI, Aída Kemelmajer (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p. 16.

³⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 258-259.

³⁴⁸ E arrematam, demonstrando quais os objetivos do chamado *direito de danos*: “a) ampliar o número de vítimas tuteladas, de danos reparáveis e de formas de reparação, por meio da flexibilização dos meios de prova, da diluição da antijuridicidade, da desnaturalização da culpa e da relativização do nexo causal; b) intensificar a responsabilização, concedendo-se reparações pecuniárias, proporcionais ao caso concreto, e também despatriomonalizadas, como a retratação pública e as tutelas específicas de dar, fazer e não fazer, ou mesmo *in natura* (Código de Processo Civil, arts. 461 e 461-A e Código Civil, arts. 233, 247 e 250); c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção diante da crescente socialização dos riscos e do incremento das situações de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa – haja vista a (re)personalização do direito civil; d) concretizar a responsabilidade sem danos, pois a possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causá-lo; e) densificar de maneira real e concreta os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana no que tange aos riscos de danos a que está submetida em razão da evolução tecnológica dos bens e dos serviços postos para consumo, principalmente os relacionados à saúde e ao meio ambiente; f) garantir ampla e integral reparação às vítimas, com extensão de igual direito a todos quantos alcançados indiretamente pelo dano ou expostos ao risco que o provocou, mesmo que por circunstâncias fáticas, devendo nesta hipótese o valor da reparação ser destinado a um fundo voltado para o estudo e a pesquisa da antecipação e do equacionamento dos danos oriundos de determinadas atividades socioeconômicas; g) tornar irrelevante a concausa, ‘con el alcance de asignar la totalidad del daño a quien solo aporte una de

Por fim, para que não reste qualquer dúvida a respeito dessa mudança de papel do dano, devem ser transcritas, com destaque, as palavras de 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 necessidade de assistir a vítima em uma realidade social marcada pela insuficiência das políticas públicas na administração e reparação dos danos. Neste contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexo causal) perdem relevância de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na *ratio* da reparação: o dano. Por décadas relegado a um patamar secundário, advindo de sua fácil verificação materialista, este pressuposto – então, efetivamente pré-suposto – o dano vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a autuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios diversos.”³⁴⁹

Em reforço às palavras do jurista contemporâneo, cumpre repisar que, por clara opção do legislador, o dano passou a ser elemento fundamental do ilícito civil, conforme a redação do art. 186 do Código Civil de 2002, que utiliza o conectivo “e” entre a violação do direito e tal elemento objetivo. Relembre-se que, conforme o art. 159 do Código Civil de 1916, esse elemento era dispensável, pela utilização da conjunção “ou”. A mudança é fundamental, eis que o dano passou a ser componente necessário da ilicitude privada. Também com essa constatação, conclui-se que a emergência do dano para o citado *papel principal na responsabilidade civil* é inquestionável e inafastável.

las causas concurrentes’, objetivando diluir as responsabilidades individuais pelo dano; h) aumentar as espécies de instrumentos reparatórios, coordenando-os com os já existentes, tais como: fundos públicos substitutivos da responsabilidade civil para os casos mais comuns de danos; pagamento antecipado de tarifas pelo Estado às vítimas, a economizar custos, a reduzir o montante dos danos, o tempo de espera da vítima no recebimento do montante reparatório e os gastos judiciais; promoção de demandas diretas da vítima contra o segurador do responsável pelo dano; pactuação obrigatória de seguro para atividades com alta sinistralidade (p. ex., seguro ambiental) etc.” (BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação, do fornecimento e da comercialização de medicamentos. Artigo inédito enviado ao autor deste estudo).

³⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 79.

3

O RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL**3.1 CONCEITO DE RISCO. VISÃO CLÁSSICA E CONTEMPORÂNEA**

Possível afirmar, sem maiores dúvidas, que o risco é um dos fatores mais importantes da responsabilidade civil na contemporaneidade. Como outrora se demonstrou, foi o fator *risco* que gerou o surgimento da responsabilidade objetiva ou sem culpa, como evolução natural da matéria, a partir da doutrina de Saleilles e Josserand, para citar apenas alguns. Entre os clássicos nacionais, Alvino Lima expõe que a teoria objetiva, aquela “que funda a responsabilidade no risco criado pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa”.³⁵⁰

Conforme aponta Caio Mário da Silva Pereira, o termo “risco” é *polivalente*, ou seja, possui um grande número de significações, expondo o autor quatro sentidos para a palavra.³⁵¹ No primeiro, em termos gerais, a palavra “risco” significa o perigo de perecimento a que está sujeito o objeto de uma relação jurídica. Em um segundo sentido, o risco é o elemento estruturante dos contratos aleatórios, visando distingui-los dos contratos comutativos, aqueles em que as partes já sabem quais são as prestações. A terceira acepção relaciona-se ao contrato de seguro como o fator gerador do direito à indenização do segurado ou de terceiro. Por derradeiro, no que concerne à responsabilidade civil, tema principal que nos interessa, o risco possui um sentido especial, “e sobre ele a doutrina civilista, desde o século passado vem-se projetando, com o objetivo de erigi-lo em fundamento do dever de reparar, com visos de exclusividade, ou como extremação da teoria própria, oposta à culpa”.³⁵²

Analisando a etimologia da palavra, de acordo com o *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, risco vem de *risque* e de *rischio*, o que quer dizer “perigo, inconveniente mais

³⁵⁰ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*, cit., p. 119. E arremata: “O movimento iniciado por Saleilles, como vimos, encontrou na obra de Josserand o seu mais ardente e possante defensor, e a despeito das críticas lhe foram dirigidas, e que adiante estudaremos, aquela teoria encontrou a sua consagração não só em dispositivos do direito comum, mas também na legislação especial”.

³⁵¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 279.

³⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 279.

ou menos previsível”. De acordo com a mesma orientação, *risco* e *rischio* “exprimem em direito marítimo o ‘perigo ligado a um empreendimento’ e na tradição militar a ‘sorte ou má sorte de um soldado’”.³⁵³ Ainda a respeito da etimologia, Nuno Aureliano demonstra que a palavra *risco* “pode constituir uma derivação das expressões latinas ‘*rixare*’ (querela) ou ‘*resecare*’ (cortar ou separar), embora uma aproximação ao grego actual ‘*rhizikon*’ (acaso) seja também admissível. Atenta a sua tendencial sinônima, a averiguação da origem da palavra *periculum* não se apresenta de igual modo descipienda. Esta corresponde a ‘*perire*’, que, constituindo a voz passiva do verbo ‘*perdere*’, possui como sinônimos ‘*destruere*’, ‘*evertere*’ e ‘*amittere*’ (aniquilar, destruir, perder), encontrando-se de igual modo próximas as expressões ‘*interire*’ e ‘*perimere*’ (falecer e extinguir)”.³⁵⁴

De fato, a palavra “risco” tem grande variante de significados. No senso comum, quer dizer “probabilidade de perigo, com ameaça física para o homem e/ou para o meio ambiente”.³⁵⁵ Ou, ainda, “probabilidade de insucesso, de malogro de determinada coisa, em função de acontecimento eventual, incerto, cuja ocorrência não depende exclusivamente da vontade dos interessados”.³⁵⁶

Em sentido jurídico, a *Enciclopédia* de Rubens Limongi França revela que risco é uma “probabilidade de perigo, incerto, mas possível de acontecer, trazendo ameaça de dano a pessoa ou coisa”.³⁵⁷ Tal categorização foi assimilada com proximidade por Maria Helena Diniz, que vê no risco a “possibilidade da ocorrência de um perigo ou sinistro causador de dano ou de prejuízo, suscetível de acarretar responsabilidade civil na sua reparação” ou, ainda, a “medida de danos ou prejuízos potenciais, expressa em termos de probabilidade estatística de ocorrência e de intensidade ou grandeza das consequências previsíveis”.³⁵⁸

Na doutrina contemporânea, há quem associe, com um sentido econômico, a ideia de risco ao conceito de *jogo*, havendo, “em igualdade de condições e com o cumprimento de regras determinadas, a probabilidade da perda concomitante à probabilidade de ganho”.³⁵⁹ Nessa linha de raciocínio, toda atividade empresarial implica, em certa medida,

³⁵³ *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em:

<<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=risco&stype=k>>. Acesso em: 5 fev. 2009.

³⁵⁴ AURELIANO, Nuno. *O risco nos contratos de alienação*. Contributo para o estudo do direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009. p. 20-21.

³⁵⁵ *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em:

<<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=risco&stype=k>>. Acesso em: 5 fev. 2009.

³⁵⁶ *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Disponível em:

<<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=risco&stype=k>>. Acesso em: 5 fev. 2009.

³⁵⁷ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 66, p. 358.

³⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, cit., p. 250.

³⁵⁹ SADDI, Jairo. Risco e regulação (I). *Jornal Carta Forense*, São Paulo, ed. 69, fev. 2009, p. 43.

riscos de danos a outrem. À medida que tais atividade se tornam mais complexas, os riscos se multiplicam e, com eles, também as responsabilidades das empresas.³⁶⁰

Entre os lusitanos, em obra recente, Nuno Aureliano estabelece a divisão do conceito em *risco-evento* e *risco-situação jurídica*.³⁶¹ Desse modo, o risco “deve ser entendido como situação de facto juridicamente relevante, que, ao se identificar com o próprio evento de risco – do qual se encontra dependente a assunção de uma perda patrimonial – encontra na sua base múltiplos factores de concretização. Pressuposto este substrato, o risco deve ser equacionado enquanto sacrifício, dano potencial ou quantidade negativa patrimonial, que, em termos genéricos, se identifica com a eventualidade de uma situação jurídica desfavorável”.³⁶²

Como se observa, no risco há um sentido menor do que o perigo, uma vez que no primeiro há apenas uma probabilidade de este último acontecer. Em síntese, pode-se afirmar que *arriscado é um conceito menor do que perigoso, mas é maior do que a situação de normalidade*. Assim, em regra, andar com diligência está na normalidade, andar sem cuidado é arriscado e correr sem a devida atenção é perigoso. Diz-se “em regra”, pois andar em um local violento é mais arriscado do que correr em um local calmo. A calma é a normalidade, ou seja, quando se espera que as circunstâncias não se alterem.

Superadas tais visualizações iniciais, atente-se para o fato de que, apesar da proximidade conceitual, o risco não se confunde com as categorias jurídicas do caso fortuito e da força maior, tidos como fatores excludentes do nexo de causalidade, *em regra*.³⁶³ Do ponto de vista dos efeitos, ao contrário, *o risco potencializa a responsabilidade*.

Para que as diferenças conceituais fiquem claras, é importante aprofundar o estudo relativo ao caso fortuito e à força maior. É cediço que não há unanimidade científica nas suas definições. Pelo que consta do art. 393 do atual Código Civil, reprodução parcial do

³⁶⁰ Sobre o risco empresarial, vale consultar, com estudo interessante e atual: GUTIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. *Riesgo de empresa*. Responsabilidad civil del empresario. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 13.

³⁶¹ AURELIANO, Nuno. *O risco nos contratos de alienação*, cit., p. 20-23.

³⁶² AURELIANO, Nuno. *O risco nos contratos de alienação*, cit., p. 23.

³⁶³ *Em regra*, por óbvio, porque há exceções, ou seja, casos em que alguém responderá por caso fortuito e força maior. Ilustrando, pode ser citada a previsão do art. 399 do atual Código Civil, que responsabiliza o devedor em mora por tais ocorrências, salvo se provar ausência total de culpa ou que a perda da coisa objeto da obrigação ocorreria mesmo se não houvesse a mora. Também para exemplificar, no tocante à responsabilidade contratual do comodatário, este responderá por caso fortuito e força maior se, em vez de salvar a coisa emprestada, salvar coisa própria (art. 583 do CC/2002). No último caso, a responsabilização por caso fortuito e força maior acaba funcionando como uma *punição* à parte contratual, diante de uma conduta indesejada.

art. 1.058 do Código anterior, há posicionamento no sentido da existência de uma sinonímia.³⁶⁴ Alguns julgados seguem esse caminho de interpretação de igualdade categorial.³⁶⁵

Em sentido contrário, com profundidade, Washington de Barros Monteiro expõe seis teorias de distinção das duas categorias. A primeira é a *teoria da extraordinariedade*, pela qual o caso fortuito é um evento previsível, mas não quanto ao momento, e a força maior, um evento absolutamente imprevisível. De acordo com a *teoria da previsibilidade e da irresistibilidade*, o caso fortuito é totalmente imprevisível, enquanto a força maior é previsível, mas inevitável. Já pela *tese das forças naturais e do fato de terceiro*, o caso fortuito constitui um fato natural, e a força maior, um fato alheio, ambos insuperáveis. A quarta vertente é a *teoria da diferenciação quantitativa*, que afirma ser o caso fortuito o fato não previsto pela diligência comum, e a força maior o evento não perceptível mesmo pela diligência excepcional. Segundo a *teoria do conhecimento*, o caso fortuito representa algo tido como totalmente desconhecido, ao passo que a força maior, as forças naturais

³⁶⁴ CC/2002. “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

CC/1916. “Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957. Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.” Pontes de Miranda sustenta que a discussão doutrinária relativa à distinção é totalmente desnecessária ou, nas suas palavras, “fora de propósito” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXIII, cit., p. 79). Afirma Arnaldo Wald que “O direito brasileiro, que confunde, para os seus efeitos e consequências, ambas as situações, lhes dá tratamento idêntico. Assim, a doutrina brasileira dominante considera como sinônimos perfeitos o caso fortuito e a força maior, que, aliás, são equiparados pela lei” (WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*. Obrigações e contratos. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 145).

³⁶⁵ Do Supremo Tribunal Federal, tratando os dois conceitos como sinônimos: “CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PEDRA ARREMESSADA EM ÔNIBUS. FERIMENTO EM PASSAGEIRO. Não é de se ter o acórdão recorrido como em divergência com o enunciado da Súmula n. 187, se o ato de terceiro, arremesso de pedra, que provocou o ferimento no passageiro, e de ser equiparado a caso fortuito ou força maior, para o transportador, se foram observadas as exigências, para o transporte, impostas para que houvesse a concessão pública, a par do que não há nada que prove – E nem isso foi alegado – Que no trecho do trajeto em que ocorreu o evento eram frequentes atentados de tal natureza. A imprevisibilidade exonera de responsabilidade civil a transportadora” (STF, RE n. 114.544/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, julgado em 31/05/1988, DJU 07/04/1989). Do Superior Tribunal de Justiça, recentemente: “RECURSO ESPECIAL. SEGURO. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. DEVER DE INDENIZAR. 1. A seguradora que aceitou cobrir os riscos de furto ou roubo de mercadorias transportadas não pode se negar a pagar a indenização securitária à transportadora segurada, alegando que os prejuízos decorrentes de caso fortuito ou de força maior não são indenizáveis. 2. Sem que haja prévia notificação para constituição em mora, o simples atraso do segurado no pagamento de parcela do prêmio contratado não autoriza a seguradora a suspender a cobertura contratual e indeferir o pedido de pagamento de indenização securitária” (STJ, REsp n. 860.562/PR, Processo n. 2006/0124917-9, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 04/12/2007, DJE 1º/12/2008).

conhecidas. Por fim, a *teoria do reflexo sobre a vontade humana* enuncia que, “sob o aspecto estático, o vento constitui caso fortuito; sob o aspecto dinâmico, força maior”.³⁶⁶

De todas essas teorias, parece-nos melhor situada na pós-modernidade a *teoria da previsibilidade e da irresistibilidade*, inclusive pelo que enuncia a parte final do atual art. 393 da codificação. Entre os clássicos, a diferenciação é seguida por Orlando Gomes, para quem o caso fortuito se caracteriza pela imprevisibilidade, enquanto a força maior, por sua irresistibilidade.³⁶⁷ Entre os contemporâneos, Sérgio Cavalieri Filho, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho da mesma forma sustentam que *o caso fortuito é o evento totalmente imprevisível; a força maior, o acontecimento previsível, mas inevitável*.³⁶⁸ Concluindo dessa forma, não há que se diferenciar a presença de uma conduta humana de um ato de terceiro. O caso fortuito é *mais* do que a força maior, pois é um fato que não se espera, o que constitui algo raro na atualidade, uma vez que, *no mundo pós-moderno, tudo pode acontecer*.

Voltando à investigação do risco na contemporaneidade, note-se que ele vem sendo utilizado como fórmula fundamental para o dever de indenizar. Por certo, o século atual – e mesmo, em parte, os dois últimos anteriores – oferece inúmeras situações arriscadas, as quais muitas vezes são verdadeiras *armadilhas para os danos*.

Mesmo a alimentação, necessidade fisiológica do ser humano, apresenta – sendo coloquial – tais *arapucas cotidianas*, o que pode comprometer a saúde e a própria integridade físico-psíquica do indivíduo. Tratando do tema, a revista *Época*, em setembro de 2008, apresentou como reportagem de capa a discussão acerca das restrições à autonomia privada e da liberdade em prol da proteção da saúde, sobretudo as relativas aos alimentos potencialmente nocivos.³⁶⁹ A discussão colocada pela reportagem se refere até que ponto vai a legitimidade do Estado em intervir nos direitos básicos dos cidadãos, restringindo o direito de escolha em casos que envolvem o tabaco, as bebidas alcólicas e os alimentos com excesso de gorduras *trans*.³⁷⁰ A notícia, provocada em certo sentido pela

³⁶⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações, 1ª Parte. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 317-318.

³⁶⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 148.

³⁶⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 65; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. III, cit., p. 111.

³⁶⁹ O título da capa da revista foi assim elaborado: “Perigo! Batata Frita. O ministério da gula adverte: este alimento faz mal à saúde”. E, como subtítulo: “A Lei Seca pegou. O cigarro está proibido. O próximo alvo na luta pela saúde pública é a gordura. Mas até que ponto o governo deveria controlar a nossa vida?” (REVISTA ÉPOCA. Editora Globo, n. 539. 15 set. 2008, p. 104-110).

³⁷⁰ Merece destaque o seguinte trecho da reportagem: “Não há dúvidas de que todos esses ataques a hábitos individuais são sustentados pela lógica do bem-estar geral. Trata-se, afinal, de um esforço coletivo para

então recente Lei Seca (Lei n. 11.702/2008), traz opiniões de cientistas respeitados, no sentido de que o Estado estaria extrapolando na sua forma de atuação ao tentar editar tais normas de restrição.³⁷¹

Na opinião deste autor, não há qualquer excesso em tais restrições, eis que uma das tendências do Estado contemporâneo e pós-moderno é justamente a de intervir nas relações negociais, visando, por exemplo, à proteção de vulneráveis ou de *valores fundamentais de ordem pública*, caso, por exemplo, da saúde. Esse sistema de dirigismo pode e deve conviver perfeitamente com a democracia, não havendo qualquer excesso em se limitar a autonomia privada em algumas situações de interesse coletivo. O Código de Defesa do Consumidor é um exemplo típico de lei dirigista, em prol da proteção dos consumidores, constante do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988. De modo semelhante o fez o Código Civil de 2002, ao restringir a liberdade contratual à função social do contrato (art. 421) e o exercício da propriedade à sua função social e socioambiental (art. 1.228, § 1º). Como questão histórica, relembre-se que o liberalismo sem limites – até com a chancela do Estado – trouxe estragos à humanidade, um deles, recentemente, no plano econômico global.

salvar vidas humanas. Mas será que, para conquistar esse objetivo nobre, é necessária uma intervenção tão radical sobre os direitos individuais? Até que ponto a defesa – legítima – da saúde e do bem-estar coletivos deve se sobrepor à defesa – também legítima – da liberdade de escolha de cada um de nós?” (p. 106).

³⁷¹ O antropólogo Roberto Damatta argumenta “que criar leis que proibem liberdades pode ser uma grande dor de cabeça. ‘As leis de igualdade são incompatíveis com as de liberdade’ [...]. ‘Cada um tem a liberdade de fumar. Mas é proibido fumar em lugares públicos. Não há conjugação das leis, temos que escolher entre elas’” (p. 109-110). Tercio Sampaio Ferraz Jr. sustenta na reportagem que “Esses ataques à liberdade são cheios de boas intenções. [...] Mas são basicamente como babás puritanas e autoritárias, que não toleram ninguém vivendo de forma diferente. [...] Somos todos crianças, e o Estado virou a grande babá que cuida de nós. Isso limita profundamente a dignidade humana” (p. 110). Em tom contundente, diz o filósofo Denis Rosenfield: “Os regimes totalitários começaram politicamente corretos” (p. 107). Anote-se que o professor titular de Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo tem artigo específico em que defende o direito de fumar, com base na liberdade constitucional e na dignidade humana, procurando ainda delimitar as competências do Estado para regular a matéria (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A liberdade de fumar: sobre a liberdade de fumar e o direito à saúde na Constituição e na lei. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio (Coord.). *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007. p. 194-218). Em certo trecho, aduz o jurista a respeito do ato de fumar que “uma proibição absoluta para todo e qualquer recinto coletivo fere não só o espaço reservado à autonomia privada, como também o dever de conciliar os direitos do fumante e do não fumante, quando em ambientes coletivos. Afinal, não há na Constituição Federal restrições ao uso de produtos derivados do tabaco, e das restrições admitidas quanto à propaganda pode-se inferir que o produto, em si, é e pode ser usado (se fosse proibido, nem se cogitaria em regular-lhe a propaganda). Dessa liberdade negativa (se não é proibido, é permitido) segue uma liberdade positiva (de fumar) quando em recintos em que fumantes e não fumantes convivem. Como estes também têm garantida a liberdade positiva de ver preservada a sua saúde, segue o dever de harmonizar-lhes, tecnicamente, os respectivos exercícios daqueles direitos” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A liberdade de fumar, cit., p. 203). Adiante-se que este autor não se filia a tal defesa exagerada do livre-arbítrio, a conduzir a um *verdadeiro culto geracional ao cigarro*. O tema está abordado de forma mais profunda no Capítulo 4 do presente estudo.

Voltando à questão do risco no cotidiano, ficou conhecido em todo o planeta o documentário *Super Size Me* (2004), cuja versão em português foi difundida como *A Dieta do Palhaço*.³⁷² Na película, o próprio diretor, Morgan Spurlock, resolve ser a cobaia de uma experiência, que é a de alimentar-se apenas em restaurantes da rede McDonald's durante um mês, realizando nele todas as suas refeições. Como pano de fundo, o diretor discute a cultura norte-americana do *fast-food* (comida rápida), demonstrando todos os males que essa alimentação pode causar à pessoa, físicos e mentais. Após a *experiência*, o ator-diretor demorou cerca de um ano para se recuperar do prejuízo que lhe foi causado pelos lanches diários.³⁷³

Ainda a respeito da questão dos riscos da alimentação, entra em cena a problemática envolvendo a publicidade. É notório que muitas redes de lanchonetes oferecem brindes e brinquedos aos consumidores, principalmente para crianças e adolescentes, pelo consumo de seus produtos. A *Consumers International* realizou recentemente, no Brasil e em outros treze países, pesquisa relativa a tal prática, constando que se trata de uma das principais estratégias das redes de *fast-food* para atrair as crianças aos alimentos, o que pode contribuir para a obesidade infantil.³⁷⁴ O estudo demonstra altas taxas de gordura e de sódio em todos os lanches combinados com brinquedos.³⁷⁵ A

³⁷² O palhaço, no caso, é Ronald McDonald, símbolo da rede de lanchonetes norte-americana McDonald's.

³⁷³ O documentário recebeu uma indicação ao Oscar de melhor documentário (2005) e ganhou o prêmio de melhor diretor de documentário no festival de Sundance (2005). Conforme notícia veiculada pela versão digital da revista *Veja*, Spurlock determinou que, no período da experiência, tudo o que ingerisse, até a água, deveria vir do McDonald's. Todos os itens do cardápio da lanchonete precisariam ser provados pelo menos uma vez e ele deveria sempre responder "sim" quando o atendente da loja lhe oferecesse a opção do lanche no tamanho gigante ou *super size*. Isso, aliás, justificou o nome do filme. De acordo com a notícia, a opção gigante "é um dos melhores negócios do ramo de *fast-food*: por alguns centavos a mais, o cliente ganha quantidades muito maiores de comida. Custa pouco para ele, custa menos ainda para a lanchonete, e proporciona ao freguês a satisfação de ter conseguido uma pechincha. O número de calorias na bandeja, porém, sobe assustadoramente. Spurlock tinha de aceitar o *super size* porque isso é o que um americano comum faria – e por isso também ele reduziu de forma drástica sua atividade física, até que ela se encaixasse na média nacional" (REVISTA VEJA ON-LINE. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/180804/p_114.html>. Acesso em: 6 fev. 2009). Antes da experiência, Spurlock passou por exames médicos, e os profissionais atestaram que as suas condições físicas eram muito boas. Já dez dias antes do fim da experiência, os médicos pediram que o diretor parasse, pois seu colesterol havia disparado e a gordura havia tomado conta do seu fígado. No decorrer do teste, Spurlock sentia dores de cabeça, náuseas e o seu desempenho sexual havia diminuído sobremaneira. Ao final, o diretor engordou onze quilos e demorou mais de um ano para se recuperar totalmente do impacto causado pela alimentação em sua saúde. O documentário revela que a opção *super size* deixou de constar do cardápio da lanchonete quando da sua estreia nos Estados Unidos. Informa também a existência de um projeto de lei naquele país conhecido como *Lei do Cheeseburger* que pretende afastar o dever de indenizar das empresas de *fast-food* pelos males causados aos consumidores.

³⁷⁴ Conforme notícia veiculada pelo jornal *Folha de S.Paulo*, em 16 de outubro de 2009 (Caderno Cotidiano – página C2). A reportagem é assinada por Talita Bedinelli. Na versão brasileira, as redes de lanchonetes pesquisadas foram McDonald's, Burger King, Bob's, Giraffas e Habib's.

³⁷⁵ De acordo com a pesquisa: o *McLanche Feliz* tem 636 calorias; o *BKIDS* do Burger King possui 665 calorias; o *Tri Kids* do Bob's, 638 calorias; o *Gira Lanche Rico* tem 761 calorias; e o *Kit Habib's*, 630 calorias. Os índices de gordura saturada e sódio também são altíssimos.

pesquisa teve a participação do Instituto de Defesa do Consumidor (Idec), que condenou a prática, por poder gerar um padrão de consumo não saudável.³⁷⁶ De fato, o que se nota na prática são medidas de atração para os bens potencialmente arriscados, deixando-se de lado a informação correta a respeito dos perigos para a saúde dos consumidores.

Com tais ilustrações, deve ficar claro que o dia a dia oferece sérios riscos, mesmo nas atividades mais mezinhas. Por isso, parece ter sido salutar a opção do legislador do Código Civil de 2002, ao prever que a responsabilidade objetiva pode decorrer de casos em que há uma atividade de risco desempenhada pelo autor do dano, além dos casos previstos em lei (art. 927, parágrafo único, do CC/2002). Imperioso consignar que, antes disso, o Código de Defesa do Consumidor já previa como direito básico do consumidor a proteção contra produtos e serviços que lhe oferecessem riscos, o que deve abranger a questão da informação (art. 6º, I e III, da Lei n. 8.078/1990).³⁷⁷ A Lei Consumerista foi até mais longe, prevendo que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não podem oferecer riscos aos consumidores (art. 8º).³⁷⁸

O que se percebe, na evolução relativa ao assunto, é o fato de que várias modalidades de risco foram criadas para justificar a responsabilização civil, notadamente aquela de natureza objetiva, algumas vezes até agravada. A investigação dessas categorias é fundamental para este estudo, preparando as bases teóricas para o próximo e culminante capítulo deste estudo.

³⁷⁶ Na notícia do jornal *Folha de S.Paulo*, assim se pronunciou Lisa Gunn, coordenadora executiva do Idec: “A criança vai à lanchonete e consome o lanche por causa do brinquedo. Essas redes acabam induzindo a formação de um padrão de consumo nada saudável”. Há ainda um parecer da psicóloga Roseli Goffman, do Conselho Federal de Psicologia, no sentido de que “Esses brinquedos mexem com a imaginação da criança. Ela associa os símbolos que vê nos filmes, com os quais se identifica, com um alimento que faz mal” (FOLHA DE S.PAULO. São Paulo, 16 out. 2009. Caderno Cotidiano, p. C2).

³⁷⁷ Lei n. 8.078/1990. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos. [...]. III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”

³⁷⁸ Lei n. 8.078/1990. “Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Parágrafo único. Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto.” Pode-se afirmar que o dispositivo entra em conflito com a norma subsequente, a qual reconhece a possibilidade de produtos nocivos serem colocados no mercado, devendo os fornecedores e prestadores informar corretamente quanto ao risco presente (CDC, “Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”). Ora, o primeiro comando é expresso ao utilizar o verbo no futuro do imperativo, com uma negação (“não acarretarão”).

3.2 ALGUMAS MODALIDADES DE RISCO

3.2.1 Risco administrativo

A responsabilidade objetiva dos entes públicos é realidade que apresenta certo grau de maturação no Brasil. Conforme outrora exposto, na realidade nacional, a responsabilidade sem culpa da administração pública foi introduzida pelo art. 194 da Constituição Federal de 1946.³⁷⁹ Como pode ser retirado da obra clássica de Amaro Cavalcanti, a *responsabilidade do Estado decorre do seu dever de proteção*, eis que há uma “obrigação inerente ao Estado para com os seus súditos e corresponde aos deveres específicos de obediência e fidelidade e aos ônus ou encargos públicos, aos quais os súditos se sujeitam para com o Estado”.³⁸⁰

O art. 37, § 6º, da Carta Fundamental de 1988 foi na mesma esteira, consagrando a *teoria do risco administrativo*, segundo a qual haverá dever de indenizar o dano em virtude do ato lesivo e injusto causado ao cidadão pela administração. Para tanto, não se deve cogitar a culpa genérica da administração ou dos seus agentes ou prepostos.³⁸¹ Para ilustrar, se um policial causa um acidente de trânsito com uma viatura, o Estado responderá pelos danos causados, independentemente de sua culpa ou do policial. Todavia, está assegurando o direito de regresso do ente estatal contra o agente, nos termos do que estatui o citado comando constitucional. Essa linha de pensamento é, há muito tempo, aplicada pela jurisprudência nacional.³⁸²

Anote-se, contudo, que há forte corrente doutrinária que sustenta ter sido adotada a *teoria do risco integral* – a ser ainda abordada –, pela qual o Estado deve responder pela conduta comissiva do agente em qualquer hipótese, não se admitindo qualquer excludente de nexo de causalidade, uma vez que se exige apenas a prova do prejuízo ao cidadão.³⁸³

³⁷⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 995.

³⁸⁰ CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. I, p. 304-305. Destaque-se a obra de complemento, em que há apurada análise comparada e histórica sobre o tema, inclusive no âmbito jurisprudencial da época em que escrita (CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*, t. II).

³⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 585.

³⁸² “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 107 DA CONSTITUIÇÃO. ASSENTADA NO RISCO ADMINISTRATIVO, INDEPENDENTE DA PROVA DE CULPA. BASTA QUE O LESADO DEMONSTRE O NEXO CAUSAL ENTRE O FATO E O DANO. Recurso conhecido e provido” (STF, RE n. 116.333/RJ, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Carlos Madeira, julgamento: 30/06/1988, órgão julgador: 2ª Turma).

³⁸³ Nesse sentido, Maria Helena Diniz, citando o entendimento de Washington de Barros Monteiro (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7: Responsabilidade civil, p. 619). Opina Maria Sílvia Zanella Di Pietro que a maioria da doutrina não faz distinção entre a teoria do risco administrativo e a do risco integral, podendo ser consideradas sinônimas (DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 515-516).

Em regra, não é o que parece a este autor. A teoria do risco integral é teorema drástico, que somente pode ser aplicado em casos excepcionais. Como se verá a seguir, a sua incidência somente se justificaria, segundo parte da doutrina, quando estiverem presentes os danos ambientais, diante dos interesses difusos relativos ao *Bem Ambiental*.

Superada essa questão teórica, merece revisão crítica a corrente que sustenta a responsabilidade subjetiva estatal quando houver omissão da administração ou de seus prepostos. A responsabilidade dependeria de culpa, diante da incidência das teorias da *culpa anônima* ou da *falta do serviço*.³⁸⁴ Do ponto de vista prático, a construção, com o devido respeito, até parece absurda, diante da triste realidade brasileira dos assaltos, dos *sequestros relâmpagos* seguidos de mortes e das *balas perdidas*, em que se sustenta a responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, diante da falta de segurança.

Sobre as *balas perdidas*, Maurício Mota realizou estudo específico, concluindo que é preciso entender, em algumas situações, pela responsabilidade do Estado por tais eventos.³⁸⁵ O artigo do doutrinador fluminense enfrenta um problema social e jurídico que acomete as grandes cidades brasileiras, sobretudo o Rio de Janeiro. Assim, é de se elogiar o estudo, por abordar problemática genuinamente nacional, o que muitas vezes é esquecido. Como aponta o autor no início do artigo científico, a partir de dados do ano de 2007, houve um aumento de quase 20% no tocante a vítimas de balas perdidas no município do Rio de Janeiro. Trata-se de uma triste realidade brasileira, relatada em filmes nacionais de grande sucesso, como, por exemplo, *Cidade de Deus* (2002), de Fernando Meirelles, e *Tropa de Elite* (2007), de José Padilha.

³⁸⁴ Essa visão, na doutrina, é atribuída, entre outros, a Celso Antonio Bandeira de Melo (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 976-981) e ao seu pai, Oswaldo Aranha de Melo, amplamente citado pelo primeiro. No mesmo sentido, posiciona-se Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 176). Muito antes, já sustentava Amaro Cavalcanti: “Na omissão, porém, a coisa é sabidamente diversa. Não há uma violação positiva por meio de ato ou fato: ao contrário, há a ausência destes. Daqui a necessidade de adotar critério diferente na averiguação da responsabilidade, que porventura exista, quanto à suposta ou alegada lesão do alheio direito. E esse critério, outra não poderia ser senão a prova da negligência ou da culpa na omissão do ato, que deveria ser praticado, isto é, o Estado só deve responder pelo dano alegado em caso de omissão, quando se houver verificado que a omissão do seu representante fôra proposital, culposa ou dolosa” (CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*, t. I, cit., p. 350). Com máximo respeito, não contestamos toda a genialidade da contribuição dos eminentes juristas para a construção do Direito Administrativo Brasileiro. Apenas propomos, na atual e infeliz realidade brasileira, que a tese seja repensada e refletida diante daquilo que vivemos. Por óbvio, o Estado não é a *cura* de todos os males, mas deve assumir o mínimo de suas obrigações, de acordo com a ideia de Estado Social, o que não vem ocorrendo. Há, na verdade, um *Estado Ausente e Assistencialista*, nada mais do que isso. Não se prega um *Estado Segurador Universal*, mas um Estado que cumpra com os seus deveres mínimos.

³⁸⁵ MOTA, Maurício. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas. In: MOTA, Maurício. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, 2008. p. 511-549.

No citado estudo, de início, é abordada a situação de danos resultantes de ação de marginais em caso fortuito e imprevisível, como em assaltos em vias públicas. Em casos tais, argumenta o doutrinador que, em regra, não há dever de indenizar do Estado, pela presença de uma omissão genérica, que não conduz ao dever de reparar estatal.³⁸⁶ Todavia, pode estar presente o *fortuito interno*, aquele relacionado com os riscos da atividade estatal, quando não são tomadas as medidas para evitar o evento. Presente essa omissão específica, conclui, o Estado deve responder.³⁸⁷

Como segunda hipótese, vislumbra-se o dano resultante de ação do agente do Estado, em troca de tiros com marginais, situação em que um projétil da arma do preposto atinge terceiro. Nesse ponto, defende Maurício Mota que o Estado tem, sim, o dever de reparar, pela presença do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado ao cidadão. Aduz também que devem ser considerados irrelevantes os argumentos de conduta lícita do agente, até porque é possível que ele responda por tais atuações. Para as suas deduções, o jurista colaciona julgados interessantes, bem atuais.³⁸⁸

Ato contínuo, é investigado o dano resultante de confronto entre policiais e marginais sem que se saiba de onde partiu o disparo que atingiu a vítima. Tal hipótese tornou-se comum na cidade do Rio de Janeiro após o incremento da política de enfrentamento do Estado em relação ao crime organizado. Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, Maurício Mota utiliza como premissa para concluir pela responsabilidade estatal o princípio impositivo do *dever de cuidado*, que pode ser retirado do art. 5º, X, da Constituição Federal. Por meio de tal princípio, acaba deduzindo que “A falta de diligência e prudência do lesante em todo dano injusto resulta implícita na ação (em ato ilícito ou lícito) violadora da norma jurídica impositiva do dever de cuidado (*neminem laedere*) de forma evidente ou verossímil *ipso facto* implicando a inexorável reversão da prova em caso de excepcional existência de causa de exclusão da responsabilidade civil, sob pena de se deflagrar a obrigação de reparar os prejuízos”.³⁸⁹ Mais à frente, o doutrinador utiliza como argumento jurisprudencial a atividade de risco do Estado quando de tais operações, o que pode ser retirado do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.³⁹⁰

³⁸⁶ MOTA, Maurício. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas, cit., p. 520-521.

³⁸⁷ MOTA, Maurício. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas, cit., p. 522-523.

³⁸⁸ MOTA, Maurício. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas, cit., p. 529-532.

³⁸⁹ MOTA, Maurício. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas, cit., p. 535.

³⁹⁰ MOTA, Maurício. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas, cit., p. 537.

Encerrando, Maurício Mota traz à baila o dano resultante em confronto unicamente entre marginais em áreas de reiterada conflagração armada, caso de favelas altamente perigosas, como é o Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro. Conclui que, em tais situações, está presente a omissão do Estado, outra situação visualizada na prática e julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Para o doutrinador, apesar das decisões em sentido contrário, o Estado deve responder, uma vez provada a sua omissão específica de nada fazer contra tais confrontos. A prova deve ser feita por testemunhas, perícias de balas alojadas nas paredes das casas e edifícios, configurações balísticas de linhas de tiro, desvalorização do preço dos imóveis situados em áreas de risco e reclamações reiteradas feitas à polícia.³⁹¹

Para concluir a análise desse importante artigo, destaque-se que os argumentos do jurista são bem interessantes. Realmente, ele propõe uma revisão teórica fundamental a respeito do tema, muito além do que vai a maioria dos manuais de Direito Administrativo ou de Direito Civil. O aumento da criminalidade e as balas perdidas são problemas genuinamente brasileiros. Assim, não se deve analisar a questão a partir de fórmulas gerais provenientes do Direito Comparado. É necessário analisar casuisticamente, como fez Maurício Mota em sua obra.

Pois bem, além do âmbito doutrinário, a tese de aplicação da responsabilidade culposa do Estado a tais ocorrências igualmente deve ser repensada na esfera jurisprudencial.³⁹² Em especial no tocante às balas perdidas, o que se vê, infelizmente, são julgados apontando para a não reparação dos danos delas advindos.³⁹³ Em alguns casos,

³⁹¹ MOTA, Maurício. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas, cit., p. 543-546.

³⁹² Do Supremo Tribunal Federal, pode ser transcrito o seguinte julgado, cujo teor se combate: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO. LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CULPA PUBLICIZADA. FALTA DO SERVIÇO. CF, art. 37, § 6º. I – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, 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 a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III – Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio. Precedentes do STF: Recurso extraordinário n. 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, DJ de 19.12.96; Recurso extraordinário n. 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV – Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, Recurso Extraordinário n. 369.820/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 04/11/2003, órgão julgador: 2ª Turma).

³⁹³ Nesse sentido, para ilustrar: “EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO POLICIAL. BALA PERDIDA. NEXO CAUSAL INCOMPROVADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PROVIMENTO DO RECURSO. A responsabilidade do Estado, ainda que objetiva em razão do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, exige a comprovação do nexo de causalidade entre a

todavia e felizmente, *faz-se justiça*, aplicando-se a regra da responsabilização objetiva, independentemente de culpa do Estado, seja por ação ou por omissão.³⁹⁴

De acordo com a última tendência, recentemente, em sede de tutela antecipada, o Supremo Tribunal Federal acabou por rever a tese da responsabilidade subjetiva por omissão, concluindo pela responsabilidade sem culpa do Estado de Pernambuco, que deve arcar com os custos de tratamento de um cidadão vítima de assalto e atingido por um projétil na via pública.³⁹⁵

ação ou a omissão atribuída a seus agentes e o dano. Não havendo nos autos prova de que o ferimento causado à vítima tenha sido provocado por disparo de uma das armas utilizada pelos Policiais Militares envolvidos no tiroteio, por improcedente se mostra o pedido indenizatório. Daí, em sem mais delongas, a razão de não existir fundamento justo para se imputar ao Estado a responsabilidade pelo evento danoso, por mais trágico que tenha sido o ocorrido na vida do autor postulante” (TJRJ, Processo n. 2006.005.00292, Embargos Infringentes, Des. Maldonado de Carvalho, julgado em 30/01/2007, 1ª Câmara Cível). “RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INDENIZAÇÃO. PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO. BALA PERDIDA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO PODE O ESTADO SER RESPONSABILIZADO POR BALA PERDIDA QUE ATINGIU A APELANTE, QUANDO NÃO TRAZIDO AOS AUTOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE A TANTO CONDUZAM. INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PROJÉTEL DE ARMA DE FOGO QUE CAUSOU O FERIMENTO SOFRIDO PELA RECORRENTE TENHA PARTIDO DE ARMAS UTILIZADAS PELOS POLICIAIS MILITARES, NÃO HÁ COMO SE IMPUTAR AO APELADO A RESPONSABILIDADE PELO DANO A ELA CAUSADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MOSTROU CORRETA E QUE SE MANTÉM. RECURSO NÃO PROVIDO” (TJRJ, Processo n. 2006.001.35996, Apelação Cível, Des. Ismenio Pereira de Castro, julgado em 13/12/2006, 14ª Câmara Cível). “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. APELANTE ATINGIDO POR BALA PERDIDA. FERIMENTO NO TORNOZELO DIREITO. NÃO HÁ PROVA QUANTO À ORIGEM DO DISPARO, NÃO ESTANDO CONFIGURADO O LIAME CAUSAL. NÃO HÁ QUALQUER CONDUTA OU OMISSÃO DE AGENTE DO ESTADO A ENSEJAR DEVER DE INDENIZAR. IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROVIMENTO DO RECURSO” (TJRJ, Processo n. 2006.001.36441, Apelação Cível, Des. Luis Felipe Salomão, julgado em 17/10/2006, 6ª Câmara Cível).

³⁹⁴ Por outra via, responsabilizando objetivamente o Estado: “EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º DA CF. TIROTEIO. VÍTIMA ATINGIDA POR BALA PERDIDA. CONFRONTO ENTRE POLICIAIS MILITARES E TRAFICANTES, RESULTANDO NA AMPUTAÇÃO DA PERNA DIREITA DA AUTORA. AO CONTRÁRIO DO SUSTENTADO PELO EMBARGANTE REVELA-SE DEMASIADO EXIGIR DA PARTE AUTORA A PROVA MATERIAL INDICATIVA DA ARMA DE FOGO DE ONDE TERIA PARTIDO O PROJÉTEL, SENDO SUFICIENTE A DEMONSTRAÇÃO DO CONFRONTO. COMPROVAÇÃO DO FATO, DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE. DANOS MORAIS FIXADOS EM R\$ 52.000,00 (CINQUENTA E DOIS MIL REAIS). MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO PELOS SEUS PRÓPRIOS E JUDICIOSOS FUNDAMENTOS. CONHECIMENTO DOS RECURSOS PARA NEGAR PROVIMENTO” (TJRJ, Processo n. 2005.005.00486, Embargos Infringentes, Des. Siro Darlan de Oliveira, julgado em 21/02/2006, 16ª Câmara Cível).

³⁹⁵ A decisão foi assim publicada no *Informativo n. 502* do Supremo Tribunal Federal, representando importante precedente de mudança de pensamento e, por isso, merecendo transcrição: “Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado – 1. O Tribunal, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em suspensão de tutela antecipada para manter decisão interlocutória proferida por desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que concedera parcialmente pedido formulado em ação de indenização por perdas e danos morais e materiais para determinar que o mencionado Estado-membro pagasse todas as despesas necessárias à realização de cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular – MDM no agravante, com o profissional por este requerido. Na espécie, o agravante, que teria ficado tetraplégico em decorrência de assalto ocorrido em via pública, ajuizara a ação indenizatória, em que objetiva a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da referida cirurgia, que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico” (STA 223, AgR/PE, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, 14/04/2008).

Ora, não há como compreender a razão do tratamento diferenciado entre o ambiente público e o privado. O primeiro seria *maldito* e o segundo *abençoado*? De fato, esse tratamento discrepante entre o espaço público e privado parece conduzir a um *drama brasileiro*, como afirma Luís Roberto Barroso.³⁹⁶ Na doutrina do Direito Administrativo, podem ser citados autores que demonstram a infeliz parcialidade do Direito Público, da herança lusitana até nós, sendo necessário rever antigos dogmas e conceitos nessa seara.³⁹⁷

“Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado – 2. Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço. Ressaltou-se que situações configuradoras de falta de serviço podem acarretar a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, considerado o dever de prestação pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, ou seja, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima, e que, no caso, estariam presentes todos os elementos que compõem a estrutura dessa responsabilidade. Além disso, aduziu-se que entre reconhecer o interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o interesse fundamental da pessoa, que é o direito à vida, não haveria opção possível para o Judiciário, senão de dar primazia ao último. Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie importaria o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana” (STA 223, AgR/PE, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, 14/04/2008). “Tutela Antecipada e Responsabilidade Civil Objetiva do Estado – 3. Vencida a Min. Ellen Gracie, Presidente, que mantinha os fundamentos da decisão agravada, por reputar devidamente demonstrada, no caso, a ocorrência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordens jurídico-constitucional e jurídico-processual. A Ministra asseverava que a decisão em tela, ao determinar, monocrática e incidentalmente, o imediato pagamento da importância teria violado o que dispõe o art. 100 da CF, bem como estaria em confronto com o estabelecido pelo art. 2º-B da Lei 9.494/97, que proíbe a execução provisória de julgados contra o Poder Público. Aduzia, também, que a aludida decisão representaria grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, já que permitiria a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema Único de Saúde, sem que tivesse ocorrido instauração de um procedimento administrativo ou avaliação médica credenciada para tanto” (STA 223, AgR/PE, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, 14/04/2008).

³⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 59-72. Ao discorrer especificamente sobre a experiência brasileira, aponta o autor a existência de debate relacionado ao *princípio da supremacia da ordem pública*, aduzindo: “De fato, sobretudo nos últimos anos, parte da doutrina tem questionado vigorosamente essa premissa metodológica tradicionalmente observada pela doutrina e pela jurisprudência. A controvérsia se estabelece tanto em relação à própria existência e à natureza da suposta norma que prescreveria a supremacia do interesse público sobre o privado, como a respeito da sua legitimidade constitucional” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 68).

³⁹⁷ Em Portugal, podem ser citadas as obras de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva (*Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003) e de Maria João Estorinho (*A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009). No Brasil, Gustavo Binenbojm destaca-se ao propor uma revisão constitucional das premissas fundamentais do Direito Público, merecendo especial relevo a sua tese de doutoramento defendida na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008). Ainda, na mesma linha, pode ser citada a dissertação de mestrado de Rafael Carvalho Resende Oliveira, defendida na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *A constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009).

Relativamente aos ambientes privados, há um superdimensionamento das responsabilidades, diante da comum incidência da responsabilidade civil objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor. Tem-se responsabilizado entes privados pelos assaltos ocorridos no interior de suas dependências, como em bancos e até em estacionamento de supermercados.³⁹⁸ Em tom de exagero, em sede de Tribunal de Justiça de São Paulo, até se imputou o dever de indenizar ao *shopping center* e à empresa cinematográfica, pela conhecida ação de um então estudante de medicina que adentrou no interior da sala de cinema e metralhou as pessoas que ali se encontravam.³⁹⁹ Por bem, há uma tendência de se entender de forma contrária no Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Do Superior Tribunal de Justiça, no que concerne ao assalto a banco: “AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. BANCO. ASSALTO. RISCO DA ATIVIDADE. ÔNUS DA PROVA. MATÉRIA FÁTICA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284 DO STF. INDENIZAÇÃO. REVISÃO DO VALOR. ENUNCIADO 7 DA SÚMULA DO STJ. [...]. 2. Este Tribunal Superior já se posicionou no sentido de estabelecer que nas discussões a respeito de assaltos dentro de agências bancárias, sendo o risco inerente à atividade bancária, é a instituição financeira que deve assumir o ônus desses infortúnios...” (STJ, AgRg no Ag 962.962/SP, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região, 4ª Turma, julgado em 06/11/2008, *DJE* 24/11/2008). Quanto ao assalto em estacionamento de supermercado: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DO RELATOR NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO COM BASE NO ARTIGO 557, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ASSALTO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. RESPONSABILIDADE DO ESTABELECIMENTO QUE OFERECE O ESTACIONAMENTO. JURISPRUDÊNCIA. DECISÃO DO TRIBUNAL *A QUO* COM BASE EM ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. SÚMULA 7 DO STJ. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. [...]. II – EMPRESA QUE, EM ATENÇÃO AOS SEUS OBJETIVOS EMPRESARIAIS, OFERECE LOCAL PRESUMIVELMENTE SEGURO PARA ESTACIONAMENTO, ASSUME OBRIGAÇÃO DE GUARDA E VIGILÂNCIA, O QUE A TORNA CIVILMENTE RESPONSÁVEL POR FURTOS DE VEÍCULOS ALI OCORRIDOS (REsp 49071; Quarta Turma; Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA; *DJ* 27.6.94)...” (STJ, AgRg no Ag 1003299/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 20/05/2008, *DJe* 16/06/2008).

³⁹⁹ Vide as decisões do Tribunal Paulista a respeito da conduta do então estudante de medicina Mateus da Costa Meira, que, em 3 de novembro de 1999, metralhou consumidores que estavam assistindo ao filme *Clube da Luta*, no *Shopping Center Morumbi*, na capital paulista. Entre os julgados, transcreve-se a seguinte ementa: “Indenização por Danos Morais e Materiais – Homicídio ocorrido em cinema localizado dentro de *shopping center*. Responsabilidade solidária do empreendedor e do lojista decorrente da relação de consumo estabelecida entre o consumidor e aquelas pessoas – Estabelecimentos que angariam frequentadores em razão da segurança que oferecem – Verba fixada, entretanto, que se mostra exagerada quanto a um aspecto – Recursos das rés e das autoras parcialmente providos” (TJSP, Apelação com revisão 3850464300, Rel. Arthur Del Guércio, órgão julgados: 7ª Câmara de Direito Privado, data do registro: 23/11/2006).

⁴⁰⁰ Sobre o mesmo caso, transcreve-se decisão publicada no *Informativo n. 433* do STJ: “RESPONSABILIDADE. *SHOPPING CENTER*. Trata-se de REsp em que se discute a responsabilidade e, conseqüentemente, o dever do *shopping* ora recorrente de indenizar em decorrência de disparos de arma de fogo na sala de um cinema daquele *shopping*, fato que levou à morte várias pessoas, entre as quais, o filho do ora recorrido. A Turma entendeu que, para chegar à configuração do dever de indenizar, não basta que o ofendido demonstre sua dor, visto que somente ocorrerá a responsabilidade civil se reunidos todos os seus elementos essenciais, tais como dano, ilicitude e nexo causal. Em sendo assim, não há como deferir qualquer pretensão indenizatória se não foi comprovado, ao curso da instrução, nas instâncias ordinárias, o nexo de causalidade entre os tiros desferidos e a responsabilidade do *shopping* onde se situava o cinema. Desse modo, rompido o nexo causal da obrigação de indenizar, não há falar em direito à percepção de indenização por danos morais e materiais. Diante disso, deu-se provimento ao

Ora, por que essa distinção entre ambos os ambientes? Parece-nos que ela fere a razoabilidade, o bom-senso, o *fim social da norma e do Direito* descrito no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Não haveria um exagero de interpretação a beneficiar a administração pública pela tese da responsabilidade subjetiva por omissão? Não há certo sentido político e ideológico na criação da teoria, a tornar o Estado um ente irresponsável? As respostas são positivas, eis que a diferenciação acaba por trazer a conclusão de que, iniciado um tiroteio na rua, é melhor procurar abrigo em algum local privado, pois ali se está protegido pela responsabilidade sem culpa. Em reforço, partindo para uma análise técnica, na doutrina administrativista, Hely Lopes Meirelles sustentava, há tempos, que a responsabilidade do Estado deveria ser sempre objetiva, por ação ou omissão, não se presumindo do Texto Constitucional em vigor qualquer diversidade de tratamento entre os dois casos.⁴⁰¹

Recentemente, em lúcido artigo, Jones Figueirêdo Alves argumenta que a responsabilidade do Estado é objetiva, havendo ação ou omissão, pois o que realmente interessa são o dano injusto e o fato lesivo.⁴⁰² Em tom prático e efetivo, o Desembargador do Tribunal de Pernambuco analisa questões que envolvem a omissão prejudicial ao direito à saúde, a omissão de garantia à incolumidade física e a omissão no fornecimento de segurança adequada, concluindo que “uma dogmática jurídica brasileira de responsabilidade civil do Estado por omissão deve ser construída por uma percepção realística do caso concreto, capaz de aferir os graus de comprometimento da inação estatal em causação dos danos contra o administrado”.⁴⁰³

De fato, não se pode interpretar a Constituição da República de maneira prejudicial ao cidadão, que terá o pesadíssimo fardo de provar a culpa do ente estatal nos casos de omissão, uma prova perversa, diabólica, até impossível. Por exemplo, como demonstrar que a bala perdida saiu do revólver do policial? Como provar que o agente não policiou as ruas devidamente ou que houve falha no comando do policiamento? Exigir tal ônus é algo totalmente irrazoável, desproporcional.

Encerrando os aspectos relativos ao tema, para essa forma coerente de se pensar a responsabilidade civil do Estado, sempre objetiva pela *teoria do risco administrativo*, entra

recurso” (STJ, REsp 1.164.889-SP, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, Desembargador convocado do TJ-AP, julgado em 04/05/2010).

⁴⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 589.

⁴⁰² ALVES, Jones Figueirêdo. Responsabilidade civil e omissão de socorro público. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5: Responsabilidade civil, p. 322.

⁴⁰³ ALVES, Jones Figueirêdo. Responsabilidade civil e omissão de socorro público, cit., p. 341.

em cena o conceito de *responsabilidade pressuposta*, de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.⁴⁰⁴ Pela pressuposição da responsabilidade é preciso visualizar novos horizontes para o dever de reparação, muito além da discussão de culpa (responsabilidade subjetiva) ou da existência de riscos (responsabilidade objetiva). Deve-se pensar, antes e em primeiro lugar, em indenizar as vítimas, para, depois, se verificar, em um segundo plano, quem foi o culpado ou quem assumiu os riscos de sua atividade. A responsabilidade já nasce pelo ato de *ser Estado*, de *ser administração pública* e, como tal, de criar riscos pela atividade desempenhada aos cidadãos. Em suma, a responsabilidade pública deve ser sempre objetiva, havendo ação ou omissão do Estado.

3.2.2 Risco criado

Muitos atos isolados ou mesmo atividades – soma de atos – podem gerar riscos para outras pessoas ou para a coletividade, surgindo, nesse contexto, a *teoria do risco criado*. Destaque-se que, na história de proposições legais no Brasil, Caio Mário da Silva Pereira supostamente pretendeu inserir essa teoria no seu Código de Obrigações de 1965, sendo a redação do art. 872 do então projeto legislativo: “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado as medidas idôneas para evitá-lo”.⁴⁰⁵ O jurista supõe que o atual Código Civil de 2002 absorveu essa teoria, ao comentar o então projeto de art. 929, parágrafo único, que equivale ao art. 927, parágrafo único, da codificação vigente.⁴⁰⁶

Com a devida vênia, não nos parece que foi o que ocorreu. De início, porque o Projeto de 1965 parece literalmente influenciado pelo art. 2.050 do Código Civil Italiano, que trata da *exposição ao perigo* ou *atividade perigosa*, e não de uma atividade de risco.⁴⁰⁷ Nesse sentido, o art. 872 do projeto citado não adotou a *teoria do risco criado*, uma vez

⁴⁰⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Responsabilidade pressuposta*, cit.

⁴⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 24.

⁴⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 24. A redação do então Projeto 634-B era a seguinte: “Todavia, 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 o direito de outrem” (art. 929). A redação atual é praticamente a mesma, com a supressão da expressão “todavia” e a substituição do singular “direito” pelo plural “direitos”.

⁴⁰⁷ Código Civil Italiano. “Art. 2.050. Responsabilità per l’esercizio di attività pericolose. Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno”. Tradução livre do autor: “Responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa. Aquele que causa dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios empregados, é obrigado ao ressarcimento, se não provar ter tomado todas as medidas adequadas a evitar o dano”.

que, como visto, o risco é um conceito menor e menos agravado do que o perigo. Ademais, a proposta de Caio Mário da Silva Pereira não adotou apenas o *risco criado* mas também o *risco profissional*, dada a menção expressa à profissão.

Realmente, há quem entenda, como o doutrinador mineiro, que *risco criado e o risco profissional equivalem-se, ou seja, são sinônimos*.⁴⁰⁸ Todavia, mais uma vez discordando, não é o que parece. A atuação que gera o risco pode ser ou não profissional. Se não for, incide a *teoria do risco criado*; caso seja, subsume a *teoria do risco profissional*. Em alguns casos, presente um benefício de qualquer natureza ao agente, a teoria a aplicar é a do *risco-proveito*. Em outros, cria-se o risco, mas a própria norma faz incidir o risco integral, o risco administrativo ou outra teoria. Essa diferenciação é fundamental, visto que cada vez mais são ampliadas as teorias no meio científico – *vide a teoria do risco dependência*, de José Fernando Simão⁴⁰⁹ –, consagrando a lei diferentes consequências para uma ou outra premissa categórica, principalmente no tocante às excludentes de nexo de causalidade e à dimensão que o dano pode tomar.

A demonstrar que o risco criado não se confunde com o risco profissional e analisar o dispositivo sem maiores complexidades fáticas, note-se que o art. 938 do Código Civil de 2002 adotou a *teoria do risco criado* ao prever a responsabilidade do ocupante do prédio pelos objetos líquidos e sólidos que dele caírem ou forem lançados em local indevido, causando danos a terceiros.⁴¹⁰ A regra já constava do art. 1.529 do Código Civil de 1916, ao tratar da antiga hipótese de *defenestramento*, expressão de origem latina que quer dizer “jogar para fora pela janela”.⁴¹¹ É a antiga responsabilidade por *effusis et dejectis* dos romanos, pelas coisas líquidas e sólidas que forem lançadas de casas ou prédios. A doutrina contemporânea tem afirmado que a responsabilidade do ocupante é objetiva diante de um risco que é criado, havendo desrespeito a um dever de segurança, como nos casos em que se deixa um objeto perto da janela.⁴¹² Na fileira dessa mesma doutrina de

⁴⁰⁸ Entre os doutrinadores do Código Civil de 1916, Orlando Soares chega a afirmar que a teoria do risco ou teoria do risco criado engloba o risco profissional (SOARES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*, cit., p. 39). Essa, outrossim, parece ser a opinião de Silvio de Salvo Venosa ao dizer que, no risco criado, “leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza do dano”, utilizando o exemplo de uma empresa que produz fogos de artifício (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, v. IV, cit., p. 21).

⁴⁰⁹ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, ob. cit.

⁴¹⁰ CC/2002. “Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.”

⁴¹¹ CC/1916. “Art. 1.529. Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido.” Houve apenas uma pequena alteração terminológica, uma vez que antes se utilizava “casa”, a qual foi substituída por “prédio”.

⁴¹² Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., p. 727-728; TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado segundo a*

objetivação, julga-se que, se algo cair ou for lançado de um condomínio, não sendo possível verificar de qual unidade, responderá todo o condomínio, assegurado, por óbvio, o direito de regresso contra o ocupante que agiu com culpa.⁴¹³

Assim, com a responsabilidade sem culpa, fala-se em *pulverização da responsabilidade*, com a divisão do dever de indenizar entre todos aqueles que fazem parte da comunidade do condomínio.⁴¹⁴ Essa socializada visão prevalece contra qualquer entendimento que tenta encontrar quais os possíveis ocupantes do prédio relacionados ao dano. Sem dúvida, o caso é de causalidade alternativa, respondendo todos os componentes do condomínio, uma clara hipótese de *responsabilização coletiva* pelo risco criado.⁴¹⁵

Imagine-se, por exemplo, que a demanda fosse proposta apenas contra os ocupantes de um lado do prédio. Por décadas, a vítima não receberia a indenização a que faria *jus*. Além disso, a responsabilidade civil não pode depender das leis da física. Por fim, o agente causador do dano pode jogar um objeto para o lado oposto à sua unidade apenas para eximir a sua responsabilidade.

3.2.3 Risco-proveito

O risco pode trazer benefícios ou vantagens. Essa é a premissa maior da chamada *teoria do risco-proveito*. Desse modo, aquele que expõe a risco outras pessoas,

Constituição da República, v. II, cit., p. 849; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, cit., p. 782; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. III, cit., p. 180-181.

⁴¹³ Do Superior Tribunal de Justiça, ver: REsp 64.682/RJ, Rel. Min. Bueno de Souza, 4ª Turma, julgado em 10/11/1998, DJ 29/03/1999, p. 180. Recentemente, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, merece transcrição a seguinte ementa, seguindo precisamente o caminho hermenêutico aqui demonstrado: “RESPONSABILIDADE CIVIL. CONDOMÍNIO DE EDIFÍCIO. OBJETO LANÇADO DE UMA DAS UNIDADES. DANOS CAUSADOS A TRANSEUNTE. RESSARCIMENTO DOS DANOS. RESPONSABILIDADE ‘EFFUSIS ET DEJECTIS’. CONDOMÍNIO. ARREMESSO DE GARRAFA DE VIDRO DE UMA DE SUAS UNIDADES. LESÃO CORTO CONTUSA EM TRANSEUNTE. A responsabilidade ‘effusis et dejectis’, prevista no art. 1.529 e art. 938 do antigo e do novo Código Civil, pela qual aquele que habitar um imóvel, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido, configura-se como responsabilidade objetiva, inspirada na presunção irrefragável de culpa. Assim, em se tratando de edifício de apartamentos, se não se puder saber de qual unidade tombou o objeto, danificando terceiro, ter-se-á responsabilidade solidária de todos os condôminos. Recursos conhecidos e improvidos” (TJRJ, Acórdão n. 9.759/2003, Rio de Janeiro, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio de Mello Tavares, julgado em 25/06/2003).

⁴¹⁴ A conclusão foi bem desenvolvida, na doutrina nacional, por Sílvio de Salvo Venosa, filiado à corrente da responsabilidade objetiva. Destaquem-se as suas palavras: “Ao habitar um condomínio o morador assume o risco de conviver nessa comunhão. Trata-se de mais um encargo da vida contemporânea. Ademais, essa solução encontrada pela jurisprudência atende à tendência moderna de pulverizar a responsabilidade no seio da sociedade para número amplo de pessoas, a fim de permitir sempre que possível a reparação do prejuízo” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, v. IV, cit., p. 118).

⁴¹⁵ Conforme observado por: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 221.

determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências é justamente a responsabilidade objetiva do agente. O risco-proveito, assim com se concebe, foi adotado pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor para justificar a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços.⁴¹⁶

Como outrora exposto, o Código de Defesa do Consumidor não adotou o modelo dualista da responsabilidade civil, dividido em responsabilidade civil contratual e extracontratual. Pura e simplesmente, a responsabilidade tratada se refere ao produto e ao serviço, incluindo ainda a questão da informação. Destaque-se que a Lei n. 8.078/1990 aplica-se à atual problemática dos *contratos coligados* e dos deveres deles decorrentes, tão comuns no mercado de consumo. Tais negócios estão interligados por um ponto ou nexo de convergência, seja direto ou indireto, presentes, por exemplo, nos contratos de plano de saúde, na incorporação imobiliária ou outros negócios imobiliários, bem como em contratos eletrônicos ou digitais.⁴¹⁷ Por óbvio, a jurisprudência tem enfrentado casos relativos às responsabilidades que decorrem de tais interações contratuais.⁴¹⁸

⁴¹⁶ José Geraldo Brito Filomeno apresenta os seguintes pontos fundamentais para justificar a responsabilidade objetiva prevista na Lei n. 8.078/1990: *a)* a produção em massa; *b)* a vulnerabilidade do consumidor; *c)* a insuficiência da responsabilidade subjetiva; *d)* a existência de antecedentes legislativos, ainda que limitados a certas atividades; *e)* o fato de que o fornecedor tem de responder pelos riscos que seus produtos acarretam, já que lucra com a venda (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 171). Relativamente ao último fator, que interessa diretamente a este estudo, leciona, mencionando a sua origem romana: “como já de resto diziam os romanos, ‘ubi emolumentum ibi onus, ubi commoda, ibi incommoda’; ou seja, quem lucra com determinada atividade que representa um risco a terceiro deve também responder pelos danos que a mesma venha a acarretar”.

⁴¹⁷ Sobre o tema, ver: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.). *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 135; AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução. Rio de Janeiro: Aide, 2001; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Saraiva, 2003; MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴¹⁸ Com conteúdos bem interessantes, para ilustrar: “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. NEGÓCIO JURÍDICO SOB A FORMA DE ADESÃO A EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO VINCULADO À ASSOCIAÇÃO COOPERATIVA. NÍTIDO ESCOPO EMPRESARIAL DE VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS FUTURAS. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONFIGURAÇÃO DE INADIMPLEMENTO DO PROMITENTE – VENDEDOR. HAVERES PAGOS QUE DEVERÃO SER DEVOLVIDOS DE UMA SÓ VEZ, SEM QUALQUER RETENÇÃO. SOLIDARIEDADE ENTRE COOPERATIVA E PESSOA JURÍDICA QUE GERENCIAVA O EMPREENDIMENTO. CARACTERIZANDO CONTRATOS COLIGADOS. Indenização pelos honorários contratuais do patrono da autora, sem a qual ficaria incompleta a reparação do prejuízo. Recurso da ré não provido. Recurso da autora parcialmente provido” (TJSP, Apelação n. 990.10.157059-9, Acórdão n. 4526743, Osasco, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 27/05/2010, *DJESP* 24/06/2010). “DANO MORAL. Erro de diagnóstico laboratorial. Responsabilidade solidária do laboratório que realizou a análise clínica, do hospital que o sedia e do plano de saúde. Código de Defesa do Consumidor. Contratos coligados. Diagnóstico equivocado comprovado por perito judicial. Dano indenizável. Autor que já estava na posse de quatro

Repise-se, também, que o CDC adotou expressamente o *princípio da reparação integral dos danos*, pela previsão do seu art. 6º, V, reconhecendo como direito básico do consumidor a efetiva reparação pelos danos patrimoniais ou morais, sejam individuais, coletivos ou difusos. Para facilitar a indenizabilidade, a regra do sistema consumerista é a responsabilidade sem culpa, havendo danos ao consumidor-padrão (*stander*) ou equiparado (*bystander*). O primeiro é aquele que estabelece uma relação direta de consumo com o fornecedor de produtos ou prestador de serviços, nos termos do art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.078/1990.⁴¹⁹ O último, equiparado, representa qualquer pessoa que intervenha na relação de consumo (art. 2º, parágrafo único, do CDC) ou qualquer vítima de tal interação (art. 17 do Código Consumerista).⁴²⁰

Insta saber se o conceito de consumidor *bystander* já atingia os empresários ou comerciantes, que vendiam produtos, na sua relação com os fabricantes, ou seja, se eles já poderiam fazer uso do modelo objetivo para responsabilizar aqueles com quem mantinham relação empresarial. A questão tem relação direta com o novel art. 931 do Código Civil de 2002, cuja redação é a seguinte: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”. A questão de debate é relativa à indagação se o último dispositivo representa ou não uma novidade no sistema privado brasileiro.

exames favoráveis contra um desfavorável ao seu estado de saúde. Fato que impede a condenação no patamar pleiteado na petição inicial. Minoração. Inversão da sucumbência. Recurso provido” (TJSP, Apelação Cível n. 568.839.4/6, Acórdão n. 3945845, São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 16/07/2009, *DJESP* 10/08/2009).

⁴¹⁹ Lei n. 8.078/1990. “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

⁴²⁰ A redação do parágrafo único do art. 2º do CDC é a seguinte: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. O dispositivo é amplo, o qual repercute, inclusive, na tutela coletiva dos consumidores. Já com tom mais específico, para os fins de indenização, prevê o art. 17 da Lei Protetiva que, para os efeitos daquela seção – que trata da responsabilidade civil –, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. Várias são as aplicações práticas jurisprudências relativas ao conceito de consumidor *bystander*. Entre tantas, pode ser citada a conclusão de sua incidência aos casos do *cliente bancário clonado*, em que alguém, um estelionatário, abre contas em nome de outrem munido de seus documentos anteriormente furtados ou roubados. A aplicação se repete em vários tribunais: STJ, REsp 768.153/SP, Processo n. 2005/0120819-1, 3ª Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, julgado em 25/09/2006, *DJU* 09/10/2006, p. 292; TJSP, Apelação com Revisão n. 391.673.4/3, Acórdão n. 3461627, Monte Alto, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, julgado em 03/02/2009, *DJESP* 03/03/2009; TJRS, Acórdão n. 70026664482, Canoas, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 15/12/2008, *DOERS* 06/02/2009, p. 36; TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.05.824102-7/0011, Belo Horizonte, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Elpidio Donizetti, julgado em 21/10/2008, *DJEMG* 05/11/2008; TJPR, Agravo de Instrumento n. 0461870-2, Alto Paraná, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Cezar Bellio, *DJPR* 04/07/2008, p. 75; TJRJ, Acórdão n. 2006.001.21158, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario Robert Mannheimer, julgado em 06/03/2007.

Para uma primeira corrente, a norma é uma inovação justamente por incidir nas relações entre os próprios empresários, no ponto em que não há uma relação de consumo propriamente dita.⁴²¹ Porém, a este autor parece ser melhor a conclusão no sentido de que o dispositivo não representa qualquer novidade, uma vez que a amplitude correta do art. 17 do Código do Consumidor já atingia os empresários na sua relação com os fabricantes, tendo os últimos responsabilidade sem culpa.

De qualquer maneira, à luz da teoria do *diálogo das fontes*, que procura uma interação de complementaridade entre os dois Códigos, a discussão chega a perder relevo.⁴²² Assim, pode-se até afirmar que o art. 931 da codificação privada tem um sentido subsidiário frente ao Código de Defesa do Consumidor.⁴²³

Voltando à questão do risco-proveito, a regra da responsabilidade objetiva do Código Consumerista é quebrada, substancialmente, em relação aos profissionais liberais que prestam serviço, uma vez que somente respondem mediante a prova de culpa

⁴²¹ Essa é a opinião de Maria Helena Diniz, no seguinte sentido: “Logo, o artigo *sub examine* terá aplicação nas hipóteses que não configurarem relação de consumo, visto que esta recai sob a égide da Lei n. 8.078/90, que continuará regendo os casos de responsabilidade civil pelo fato ou vício do produto. Assim, esse dispositivo consagra a responsabilidade civil objetiva de empresa ou empresário pelo risco advindo da sua atividade empresarial, provocado por produto, colocado em circulação junto ao público, p. ex., a terceiro (montador de veículo), lesado pelo seu produto (peça de automóvel contendo grave defeito de fabricação) posto em circulação. O mesmo se diga de companhia distribuidora de gás, que responderá pelo dano causado a terceiro (transeunte) pela explosão de botijão que transporta” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., p. 720). No mesmo sentido, dispõe o Enunciado n. 42 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, prevendo que “o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”.

⁴²² Esse parece ser o sentido do Enunciado n. 378 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, cuja redação é a seguinte: “Aplica-se o art. 931 do Código Civil, haja ou não relação de consumo”. Em suma, incidindo o Código Civil ou o Código do Consumidor, a responsabilidade pelo produto será sem culpa.

⁴²³ Essa foi a recente conclusão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, merecendo destaque a seguinte ementa: “CONSUMIDOR. FORNECEDOR DE PRODUTOS. VÍCIOS DE QUALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CAUSA EXCLUDENTE. DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. A responsabilidade do fornecedor de produtos pelos defeitos destes é objetiva, conforme previsto no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, bem como na regra subsidiária contida no artigo 931 do Código Civil. 2. Em casos de imputação objetiva do dever de indenizar, compete à vítima provar a ocorrência do fato e que dele adveio um dano. Por outro lado, o agente pode se eximir da responsabilidade em algumas hipóteses, entre as quais se destacam aquelas expressamente contempladas no art. 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Não provada qualquer causa excludente do dever de indenizar, impõe-se a responsabilização do agente. 4. Os danos materiais emergentes consistem naquilo que a vítima efetivamente perdeu pelo inadimplemento de uma obrigação que incumbia ao agente. Demonstrados os danos, é procedente o pedido. 5. Não se exige a comprovação efetiva do dano moral. No entanto, é necessário que a vítima demonstre a violação ao ‘neminem laedere’ e que a argumentação por ela trazida convença o julgador de sua existência. Em regra, o descumprimento contratual não enseja condenação por danos morais. Meros dissabores, aborrecimentos, percalços do dia a dia, não são suficientes à caracterização do dever de indenizar. Recurso provido em parte” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0471.05.045078-5/0011, Pará de Minas, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Wagner Wilson, julgado em 03/12/2008, *DJEMG* 16/01/2009).

(responsabilidade subjetiva). Essa é a inteligência do art. 14, § 4º, da Lei n. 8.078/1990.⁴²⁴ A norma é justificada, visto que os profissionais liberais individuais, assim como os consumidores, estão muitas vezes em posição de vulnerabilidade ou hipossuficiência. Além disso, quando o serviço é prestado por um profissional liberal, há um caráter personalíssimo ou *intuitu personae* na relação jurídica estabelecida.⁴²⁵

Outrossim, decorrendo do risco-proveito, o Código de Defesa do Consumidor adota a regra da solidariedade presumida entre os envolvidos com o fornecimento dos produtos e a prestação de serviços como regra geral. De início, essa solidariedade pode ser retirada do art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 8.078/1990.⁴²⁶ A ideia de solidariedade é ainda abstraída do sentido dos arts. 14, 18, 19 e 20 da Lei Consumerista. Relembre-se que o Código do Consumidor Brasileiro representa uma das principais rupturas do *modelo dual de responsabilidade* – contratual e extracontratual. Em suma, a solidariedade é a regra no contrato ou fora dele, em caso de haver uma relação jurídica de consumo.

Fazendo a devida comparação, no sistema civil puro, fora das relações consumeristas, o art. 265 do Código Civil incide na responsabilidade civil contratual, enquanto o art. 942, na codificação para a responsabilidade civil extracontratual. Repise-se que o art. 265 do Código Civil dispõe que a solidariedade não se presume, decorre da lei (solidariedade legal) ou da vontade das partes (solidariedade convencional). Por outra via, de acordo com o art. 942 da codificação, os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado. Se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Em complemento, de acordo com o seu parágrafo, são solidariamente responsáveis com os autores os coautores do ato e as pessoas designadas no art. 932 da mesma norma. Insta saber se a última regra traz uma presunção de solidariedade, assim como o Código do Consumidor, e a resposta parece ser negativa. Isso porque, em regra, ao contrário do que ocorre com as relações consumeristas, não há na relação civil uma cadeia de partes hipersuficientes, em detrimento do consumidor vulnerável.

⁴²⁴ Lei n. 8.078/1990. “Art. 14. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

⁴²⁵ Nesse sentido, ver DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 196-197.

⁴²⁶ Lei n. 8.078/1990. “Art. 7º [...]. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.” A *solidariedade passiva legal* como regra é observada por autores como Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Leis civis comentadas*, cit., p. 193); Luiz Antonio Rizzatto Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 159); Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 248); Cláudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 223).

Desse modo, de acordo com o Código do Consumidor haverá responsabilidade solidária entre fornecedores de produtos e prestadores de serviços no vício do produto, no vício do serviço e no fato do serviço.⁴²⁷ Como exceção, o Código de Defesa do Consumidor traz quebra fundamental da regra da solidariedade nos seus arts. 12 e 13, aplicáveis ao *fato do produto*, normalmente conceituado como *defeito*. Anote-se que, no *vício* – seja do produto ou do serviço –, o problema fica adstrito aos limites do bem de consumo, sem outras repercussões (*prejuízos intrínsecos*). Por outra via, no *fato ou defeito* – seja também do produto ou serviço –, há outras decorrências, como é o caso dos danos morais e dos danos estéticos (*prejuízos extrínsecos*).⁴²⁸

Para elucidar, como exemplo de fato do produto, cite-se o caso em que um eletrodoméstico explode causando danos físicos ao consumidor-padrão. Nos termos do art. 12 da Lei n. 8.078/1990, haverá a responsabilidade imediata ou principal do fabricante ou de quem o substitua, caso do importador.⁴²⁹

O comerciante tem responsabilidade mediata ou subsidiária, somente respondendo nas hipóteses previstas no art. 13 da Lei n. 8.078/1990.⁴³⁰ O primeiro caso refere-se ao fato de o fabricante ou o seu substituto não poder ser identificado. O segundo, trata da situação em que o produto é fornecido sem a identificação clara de quem seja o fabricante ou o seu substituto. Aqui, a lesão ao dever de informar relacionado à boa-fé objetiva transfere a responsabilidade ao comerciante, diante de uma relação de confiança estabelecida.⁴³¹ Por

⁴²⁷ O vício do produto está tratado nos arts. 18 e 19 do CDC, podendo ser de qualidade ou quantidade e havendo solidariedade entre todos os envolvidos com o fornecimento, inclusive entre o fabricante e o comerciante. O vício do serviço consta dos arts. 14 e 20 do CDC, abrangendo todos os que estão envolvidos com a prestação, integrantes da cadeia. Como não há dispositivo diferenciador do regime, a conclusão é igual em relação ao fato do serviço ou defeito. Vejamos a redação do *caput* do art. 14 da Lei n. 8.078/1990, com menção expressa aos defeitos: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

⁴²⁸ Ver, a respeito de tais diferenças, com interessantes didáticas: RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 179-204; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. Código comentado e jurisprudência. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 107-124. As expressões “prejuízos intrínsecos” e “prejuízos extrínsecos” foram retiradas da obra do último doutrinador.

⁴²⁹ Lei n. 8.078/1990. “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

⁴³⁰ Lei n. 8.078/1990. “Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.”

⁴³¹ Consigne-se que a boa-fé objetiva, a exigência de uma conduta de lealdade dos participantes negociais, é princípio do Código de Defesa do Consumidor, conforme o seu art. 4º, III. (“A Política Nacional das

fim, o terceiro caso é aquele em que o comerciante não conserva de forma adequada os produtos perecíveis, clara situação de culpa, ou seja, de responsabilidade subjetiva do comerciante, o que gera a transferência do dever de indenizar. Ilustrando, imagine-se que um supermercado tem o mau costume de desligar as suas geladeiras para economizar energia, gerando estrago dos alimentos que serão consumidos e, conseqüentemente, problemas de saúde nos consumidores. A responsabilidade, sem dúvida, será do comerciante, do supermercado.

Assim, resta claro que o entendimento majoritário da doutrina é no sentido da responsabilidade subsidiária do comerciante.⁴³² A jurisprudência nacional tem aplicado esse sentido de forma constante em julgados que reconhecem a ilegitimidade passiva do comerciante em ações contra ele propostas diretamente.⁴³³

Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]. III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”).

⁴³² Esse é o entendimento de Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto que gerou o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro (DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 192). Compartilham desse posicionamento: Gustavo Tepedino (A responsabilidade civil por acidente de consumo na ótica civil-constitucional. In: *Temas de direito civil*, cit., p. 275); Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, cit., p. 452); Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 467); Roberto Senise Lisboa (*Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001); Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo curso de direito civil*, v. III, cit., p. 263); Carlos Roberto Gonçalves (*Direito civil brasileiro*, v. IV, p. 262); e Sílvio de Salvo Venosa (*Direito civil*, v. IV, cit., p. 219).

⁴³³ Da recente jurisprudência do Tribunal Gaúcho, transcreve-se: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXPLOÇÃO DE BATERIA DE CELULAR. ACIDENTE DE CONSUMO. FATO DO PRODUTO. ILEGITIMIDADE. PASSIVA DA RÉ COMERCIANTE. RECONHECIMENTO. Em se tratando de acidente de consumo pelo fato do produto, o comerciante só pode ser responsabilizado diretamente em casos específicos, pois não se enquadra no conceito de fornecedor (art. 12 do CDC), para fins de responsabilidade solidária. Como vem defendendo a esmagadora doutrina especializada, a responsabilidade do comerciante é subsidiária, e não solidária, tal como estabelecido na sentença. Ilegitimidade passiva do comerciante reconhecida, já que identificado o fornecedor do produto defeituoso. APELAÇÃO PROVIDA” (TJRS, Acórdão n. 70026053116, Porto Alegre, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 11/03/2009, *DOERS* 19/03/2009, p. 43). Do Tribunal Paulista: “Indenizatória. Defeitos em veículo. Responsabilidade pelo fato do produto. [...] Ilegitimidade *AD CAUSAM*. Indenizatória. Defeitos em veículo. Ação ajuizada contra comerciante, vendedor do automóvel com vício de fabricação. Responsabilidade pelo fato do produto. Art. 13 do Código de Defesa do Consumidor. Inocorrência das hipóteses em que o comerciante responde solidariamente. Ilegitimidade passiva reconhecida. Recurso provido para tal fim” (1º TACSP, Recurso n. 1066838-7, 10ª Câmara, Rel. Juiz Ary Bauer, julgado em 26/03/2002). Do mesmo Estado: “COMERCIANTE. RESPONSABILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. DIFERENCIAÇÃO ENTRE FATO DO PRODUTO E VÍCIO DO PRODUTO. HIPÓTESE EM QUE O FABRICANTE ESTÁ IDENTIFICADO E EM QUE NÃO SE ALEGOU FALHA NA CONSERVAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Agravo provido para extinguir o processo. Como nesta ação a autora, alegando ter adquirido e consumido iogurtes impróprios para o consumo, pede indenização pelos gastos médicos e danos morais sofridos, é o fato do produto quem a fundamenta. Nela, portanto, o

Porém, a questão está longe de ser unânime, entendendo alguns juristas pela existência da solidariedade também no fato do produto. Entre todos os pareceres, destaca-se o de Cláudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem, no sentido de que “Considerando que o *caput* do art. 13 impõe a aplicação do art. 12 também para o comerciante, podemos concluir que, nestes casos, a sua responsabilidade solidária é a mesma do fabricante, oriunda de uma imputação objetiva, dependendo somente do defeito e do nexo causal entre defeito e dano”.⁴³⁴ Deve ficar claro, todavia, que esta última conclusão não é a majoritária no sistema nacional consumerista.

Da nossa parte, ao analisar a realidade legal brasileira, não há dúvida de que foi adotada a responsabilidade subsidiária em relação aos comerciantes no *fato do produto*. De toda sorte, mesmo concluindo-se que há lesão ao princípio do protecionismo dos consumidores – retirado do art. 1º da Lei n. 8.078/1990 e do art. 5º, XXXII, da CF/1988 –, nota-se que foi uma opção do legislador retirar a responsabilidade direta dos comerciantes, uma vez que, na maioria das vezes, os defeitos se referem aos fabricantes. Deve ficar consignado, *de lege ferenda*, que essa não parece ser a solução mais justa em muitas hipóteses, mormente se houver dificuldade de prova em relação ao fato danoso, o que pode representar uma prova maligna, diabólica.

Para ilustrar tal dificuldade, pense-se no caso em que um consumidor comprou um iogurte estragado e, ao ingeri-lo, teve uma intoxicação, ficando internado por vários dias. Está presente, no caso descrito, o fato do produto ou defeito. Contra quem deve ser proposta a demanda? Em um primeiro momento, contra o fabricante, nos termos do art. 12 do CDC. Entretanto, pode o fabricante provar que houve culpa exclusiva do comerciante – no caso o supermercado –, que não armazenou o iogurte de forma adequada, excluindo a sua responsabilidade (art. 12, § 3º, III, da Lei n. 8.078/1990). Se a ação for proposta na Justiça Comum – não no Juizado Especial Cível –, a sentença de improcedência gerará a condenação do consumidor pelos ônus da sucumbência (art. 20 do CPC). O fim da história será semelhante no caso de propositura contra ambos – fabricante e comerciante –, sendo a ação julgada procedente apenas contra um deles.

comerciante somente se responsabiliza se não identificado o fabricante ou se suceder falha na conservação do produto. Não sucedida a primeira hipótese e não alegada a segunda, não se verifica sequer em tese a responsabilidade do agravante, impondo-se a extinção do processo em relação a ela sem julgamento do mérito” (TJSP, Agravo de Instrumento n. 190.164-4, Osasco, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mauricio Vidigal, julgado em 20/03/2001).

⁴³⁴ MARQUES, Cláudia; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 280. Compartilha dessa conclusão Rizzatto Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 199).

Observe-se, portanto, que, dentro da técnica processual, o melhor caminho exposto ao consumidor no caso de dúvida é ingressar com uma medida cautelar de produção de prova ou mesmo com uma ação autônoma para provar o fato.⁴³⁵ Isso dificulta em muito a sua vitória judicial, ferindo o próprio espírito da Lei Consumerista, que veio para facilitar o caminho processual dos vulneráveis negociais.⁴³⁶

Superado esse aspecto controverso, tópico que se relaciona com a ideia de risco-proveito é o que concerne às excludentes de responsabilidade civil pelo sistema de consumo. Em relação ao produto, as excludentes de responsabilidade constam do art. 12, § 3º, que assim dispõe: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Apesar da literalidade de menção ao fabricante, as excludentes do mesmo modo incidem a favor do comerciante, nas hipóteses em que for chamado a responder (art. 13 da Lei n. 8.078/1990). Sobre o serviço, os fatores obstativos do dever de indenizar constam do art. 14, § 3º, a saber: “O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Analisando os comandos legais, conclui-se que as excludentes da responsabilidade civil no sistema consumerista são a culpa exclusiva de terceiro e a culpa exclusiva do consumidor – no caso, a vítima (art. 12, § 3º, III e art. 14, § 3º, II, do CDC). A norma ainda faz menção aos seguintes fatores de exclusão: *a)* não colocação do produto no mercado (art. 12, § 3º, I); *b)* inexistência do defeito do produto ou serviço (art. 12, § 3º, II e art. 14, § 3º, II). Porém, repise-se que o melhor entendimento a respeito dos últimos fatores é no sentido de que não são propriamente *excludentes*, mas, sim, situações em que não há o dever de indenizar por falta de um dos elementos fundamentais da responsabilidade civil: o dano. Isso porque é totalmente ausente o dano se o produto não é colocado no mercado ou se o defeito inexistir.

⁴³⁵ Essa é a conclusão de Daniel Amorim Assumpção Neves, ao discorrer, em sua tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, sobre a possibilidade das ações probatórias autônomas (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008 (Coleção Theotônio Negrão).

⁴³⁶ De acordo com essa ideia facilitadora, lembre-se de que a Lei Protetiva veda a denúncia da lide nas hipóteses de fato do produto, nos termos do seu art. 88, que assim determina: “Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denúncia da lide”.

Questão das mais convertidas refere-se a saber se o caso fortuito e a força maior são excludentes de responsabilidade civil no sistema consumerista, uma vez que a lei não trouxe previsão expressa quanto a tais eventos. É forte a corrente doutrinária no sentido de que o rol de excludentes é taxativo (*numerus clausus*), não se admitindo outros fatores obstativos do nexo de causalidade ou da ilicitude.⁴³⁷

Porém, há ainda outra visão, qual seja, a de que os eventos imprevisíveis e inevitáveis devem ser considerados excludentes da responsabilidade no sistema do Código do Consumo, visto que constituem fatores obstativos gerais do nexo de causalidade, aplicáveis tanto à responsabilidade subjetiva quanto à objetiva.⁴³⁸ Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto que gerou o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, admite a ideia, sendo pertinente destacar as suas lições:

“As hipóteses de caso fortuito e força maior, descritas no art. 393 do Código Civil como eximentes da responsabilidade na ordem civil, não estão elencadas entre as causas excludentes da responsabilidade civil pelo fato do produto.

Mas a doutrina mais atualizada já advertiu que esses acontecimentos – ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo.

Na primeira hipótese, instalando-se na fase de concepção ou durante o processo produtivo, o fornecedor não pode invocá-la para se subtrair à responsabilidade por danos.

[...]

Por outro lado, quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre a ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso. Nem tem cabimento qualquer alusão ao defeito do produto, uma vez que aqueles acontecimentos, na maior da parte imprevisíveis, criam obstáculos de tal monta que a boa vontade do fornecedor não pode suprir. Na verdade, diante do impacto do acontecimento, a vítima sequer pode alegar que o produto se ressentia de defeito, vale dizer, fica afastada a responsabilidade dos fornecedores pela inocorrência dos respectivos pressupostos”.⁴³⁹

⁴³⁷ Nessa linha de pensamento: Cláudia Marques, Antonio Herman V. Benjamim e Bruno Miragem (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 263); Rizzatto Nunes (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 195); Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery (*Leis civis comentadas*, cit., p. 195); e Roberto Senise Lisboa (*Responsabilidade civil nas relações de consumo*, cit., p. 270).

⁴³⁸ Essa é a opinião do atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, em sua dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, nos seguintes termos: “O caso fortuito e a força maior enquadram-se, portanto, como causas de exclusão da responsabilidade civil do fornecedor, embora não previstas expressamente no Código de Defesa do Consumidor. O fundamental é que o acontecimento inevitável ocorra fora da esfera de vigilância do fornecedor, via de regra, após a colocação do produto no mercado, tendo força suficiente para romper a relação de causalidade” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, cit., p. 312).

⁴³⁹ DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 190.

Mais à frente, o jurista chega à mesma conclusão em relação à prestação de serviços, ou seja, de que o caso fortuito e a força maior devem ser considerados excludentes da responsabilidade civil.⁴⁴⁰ Em sede de superior instância já se concluiu desse modo, expressamente.⁴⁴¹ A verdade é que a omissão legislativa gerou um grande debate jurídico. Na jurisprudência prevalecem os julgados que admitem a alegação do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilização dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços.⁴⁴²

Na opinião deste autor, a conclusão deve levar em conta a relação que o fato tido como imprevisível ou inevitável tem com o fornecimento do produto ou a prestação de serviço. O debate traz à tona aquela antiga diferenciação entre *fortuito interno* e *fortuito externo*, tão bem desenvolvida, entre os clássicos, por Agostinho Alvim.⁴⁴³ O primeiro – *fortuito interno* – é aquele que tem relação com o negócio desenvolvido, não excluindo a responsabilização civil. O segundo – *fortuito externo* –, é totalmente estranho ou alheio ao negócio, excluindo o dever de indenizar. Em outras palavras, deve-se atentar para os riscos que envolvem a atividade a partir da ideia de *proveito* ao vulnerável da relação estabelecida.

⁴⁴⁰ DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 195.

⁴⁴¹ Mais recentemente: “CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. Nas relações de consumo, a ocorrência de força maior ou de caso fortuito exclui a responsabilidade do fornecedor de serviços. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 996.833/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 04/12/2007, *DJ* 1º/02/2008, p. 1). Mais remotamente: “Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Art. 1.277 do Código Civil. Código de Defesa do Consumidor. Precedente da Corte. 1. Como assentado em precedente da Corte, o ‘fato de o artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do Código Civil’ (REsp n. 120.647-SP, Relator o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, *DJ* de 15/05/00). 2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto. 3. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp n. 330.523/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 11/12/2001, *DJ* 25/03/2002, p. 278).

⁴⁴² Não há qualquer pretensão de se esgotar a ilustração, pois foram encontradas dezenas de decisões. Em muitos casos, acaba-se concluindo pela não presença do caso fortuito ou da força maior, mas a questão é debatida. Vejamos: STJ, REsp 402.708/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 24/08/2004, *DJ* 28/02/2005, p. 267; STJ, REsp 241.813/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 23/10/2001, *DJU* 04/02/2002, p. 372; TJDF, Recurso n. 2004.09.1.005206-5, Acórdão n. 308.873, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz, *DJDFTE* 19/06/2008, p. 183; TJSC, Acórdão n. 2007.041167-5, Xanxerê, Rel. Des. Nelson Juliano Schaefer Martins, *DJSC* 17/12/2007, p. 88; TJMG, Acórdão n. 1.0024.03.073463-6/001, Belo Horizonte, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Renato Martins Jacob, julgado em 06/09/2006, *DJMG* 23/10/2006; TJRJ, Acórdão n. 23301/2003, Rio de Janeiro, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Henrique de Andrade Figueira, julgado em 21/10/2003; 1º TACSP, Agravo de Instrumento n. 834719-5, 4ª Câmara, Rel. Juiz Paulo Roberto de Santana, julgado em 21/08/2002.

⁴⁴³ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 314-315.

Anote-se que é preciso adaptar as construções à diferenciação seguida por este autor, ou seja, também devem ser consideradas a *força maior interna* e a *força maior externa*. Isso porque estamos filiados à construção de que o caso fortuito é o evento totalmente imprevisível, e a força maior, o evento previsível, mas inevitável, conforme outrora demonstrado. Assim, *ambas as categorias podem ser internas ou externas*.⁴⁴⁴

Pois bem, a diferenciação entre eventos internos e externos vem sendo seguida por parcela considerável da doutrina nacional.⁴⁴⁵ Em sede de Superior Tribunal de Justiça tem-se aplicado a diferenciação em casos que envolvem assalto à mão armada a ônibus, concluindo o Tribunal tratar-se de *fortuito externo*, pois não é essencial ao negócio a segurança ao passageiro de modo a impedir o evento.⁴⁴⁶ Por certo que, conforme a nossa leitura anterior, quem deve responder pelos assaltos é o Estado, pela flagrante falta de segurança no País. O conceito de fortuito externo é aplicado, igualmente, por Tribunais Estaduais, para afastar o dever de reparar em casos de prática incontestável.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Realmente, há julgado mencionando a *força maior externa*, no âmbito da Justiça Federal: “RESPONSABILIDADE CIVIL. CEF. PENHOR DE JOIAS. ROUBO. CLÁUSULA CONTRATUAL. DANOS MORAIS. I. O conceito de serviço previsto no art. 3º, § 2º, do CDC alcança a atividade bancária. II. No que concerne ao dano material experimentado pela parte autora, tal fato restou incontroverso nos autos, sendo, portanto, a parte ré obrigada a reparar o dano material causado. E foi exatamente o que ocorreu, *in casu*, tendo a CEF indenizado à parte autora o valor nos termos do que foi acordado no contrato entre as partes. III. Inexiste demonstração de qualquer vício de consentimento que pudesse afetar a quitação firmada pela parte autora, no tocante ao dano experimentado. IV. Não se vislumbra o dano moral apontado, quer porque não houve falha na prestação do serviço, incidindo causa excludente de responsabilidade civil, traduzida em força maior externa; quer porque já houve ressarcimento do dano material, a teor do pactuado; quer porque o valor afetivo noticiado quedou-se no plano das assertivas. V. Apelação da CEF provida para julgar improcedente o pedido inicial” (TRF 2ª Região, Acórdão n. 2000.50.01.008713-4, 7ª Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Reis Friede, DJU 23/10/2007, p. 292).

⁴⁴⁵ Da doutrina nacional, podem ser citados: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 474; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*, v. IV, cit., p. 228-229; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, v. IV, cit., p. 216; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. III, cit., p. 268; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*, cit., p. 115-120. Estamos filiados a esse entendimento, em duas obras distintas: TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*, cit., p. 160-162; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: GEN/Método, 2009. v. 2. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil, p. 490-492.

⁴⁴⁶ Por todos: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAL. ASSALTO À MÃO ARMADA NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO. CASO FORTUITO EXTERNO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. 1. A Segunda Seção desta Corte já proclamou o entendimento de que o fato inteiramente estranho ao transporte em si (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo) constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. 3. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 726.371/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 07/12/2006, DJU 05/02/2007, p. 244).

⁴⁴⁷ Para ilustrar, podem ser transcritos dois julgados do Tribunal Paulista, o primeiro envolvendo o conceito de consumidor equiparado ou *bystander*: “QUEDA DE PAINEL PUBLICITÁRIO DIANTE DE VENDAVAL. O fortuito externo exclui a obrigação de indenizar e, no caso, não se constatou que a queda do objeto se deu em virtude de falha de sustentação, mas, sim, de força anormal e inevitável de fenômeno da natureza. Vítimas que sofreram danos de natureza leve. Improcedência mantida. Não provimento, prejudicado o agravo retido” (TJSP, Apelação n. 482.081.4/0, Acórdão n. Ac. 3334021, Osasco, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 16/10/2008, DJESP 17/12/2008). “Indenização por danos materiais e morais. Roubo à mão armada ocorrido no interior do

Por outra via, a ideia de *fortuito interno* vem sendo aplicada pela inteligência jurisprudencial para não excluir a responsabilidade civil, mormente em fatos concretos de *negativação* do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes.⁴⁴⁸ Do Superior Tribunal de Justiça pode ainda ser destacado recente julgado que concluiu pelo *fortuito interno* em caso de acidente ocorrido em excursão do colégio.⁴⁴⁹ O *fortuito interno* ainda é aplicado em inúmeros julgados acerca do *apagão aéreo*, o qual atingiu o País recentemente.⁴⁵⁰ Em suma, pode-se concluir que os eventos internos e externos estão consolidados na civilística nacional, seja no campo teórico ou prático.

estacionamento de *Shopping Center*. Fato inevitável e que não guarda conexão com o estacionamento. Equiparação a caso *fortuito externo* excludente do próprio nexo causal. Acontecimento impossível de evitá-lo ou impedi-lo. Dever de indenizar inexistente. Apelo improvido” (TJSP, Apelação com revisão n. 462.486.4/1, Acórdão n. 3385583, São José dos Campos, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Testa Marchi, julgado em 02/12/2008, *DJESP* 22/01/2009). Como se vê, o último julgado traz conclusão contrária a entendimento do Superior Tribunal de Justiça antes esposado.

⁴⁴⁸ “DANO MORAL. NÍTIDA A HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR, QUE NÃO TEM COMO FAZER A PROVA DE QUE NÃO CONTRATOU COM A RÉ. INDEVIDA NEGATIVAÇÃO DE NOME DE CONSUMIDOR JUNTO A BANCO DE DADOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. Ocorrência de *fortuito interno*, que se incorpora ao risco da atividade de fornecimento de serviços de massa. Danos morais *in re ipsa* decorrentes da negativação. Critérios para mensuração. Funções punitiva e ressarcitória. Montante fixado em patamar razoável. Recurso provido em parte, apenas para alterar o índice de correção monetária do valor indenizatório” (TJSP, Apelação Cível n. 490.260.4/0, Acórdão n. 3509627, São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 05/03/2009, *DJESP* 30/03/2009).

⁴⁴⁹ “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE OCORRIDO COM ALUNO DURANTE EXCURSÃO ORGANIZADA PELO COLÉGIO. EXISTÊNCIA DE DEFEITO. FATO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE. 1. É incontroverso no caso que o serviço prestado pela instituição de ensino foi defeituoso, tendo em vista que o passeio ao parque, que se relacionava à atividade acadêmica a cargo do colégio, foi realizado sem a previsão de um corpo de funcionários compatível com o número de alunos que participava da atividade. 2. O Tribunal de origem, a pretexto de justificar a aplicação do art. 14 do CDC, impôs a necessidade de comprovação de culpa da escola, violando o dispositivo ao qual pretendia dar vigência, que prevê a responsabilidade objetiva da escola. 3. Na relação de consumo, existindo caso *fortuito interno*, ocorrido no momento da realização do serviço, como na hipótese em apreço, permanece a responsabilidade do fornecedor, pois, tendo o fato relação com os próprios riscos da atividade, não ocorre o rompimento do nexo causal. 4. Os estabelecimentos de ensino têm dever de segurança em relação ao aluno no período em que estiverem sob sua vigilância e autoridade, dever este do qual deriva a responsabilidade pelos danos ocorridos. 5. Face às peculiaridades do caso concreto e os critérios de fixação dos danos morais adotados por esta Corte, tem-se por razoável a condenação da recorrida ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais. 6. A não realização do necessário cotejo analítico dos acórdãos, com indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e os paradigmas implica o desatendimento de requisitos indispensáveis à comprovação do dissídio jurisprudencial. 7. Recursos especiais conhecidos em parte e, nesta parte, providos para condenar o réu a indenizar os danos morais e materiais suportados pelo autor” (STJ, REsp 762.075/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 16/06/2009, *DJe* 29/06/2009).

⁴⁵⁰ “RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. APAGÃO AÉREO. ATRASO NO VOO. Cliente que, para honrar compromisso, seguiu para o destino no seu próprio carro, depois de ficar muitas horas na sala de embarque, sem explicação ou atendimento adequados. Caso *fortuito* ou força maior. Não reconhecimento da excludente. ‘*Fortuito interno*’. Falha na prestação de serviço por omissão. Incidência do CDC. Reparação moral fixada em R\$ 3.800,00, valor equivalente a dez salários-mínimos. Manutenção. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade atendidos. Valores relativos aos danos patrimoniais que devem ser corrigidos da data do prejuízo. Súmula n. 43 do Superior Tribunal de Justiça. Juros de mora. Termo inicial da citação. Honorários advocatícios mantidos. Respeito ao art. 20, § 3º, do CPC. Recurso do autor parcialmente provido, não provido o da ré”

Isso demonstra que, realmente, o rol dos arts. 12, § 3º e 14, § 3º da Lei n. 8.078/1990 não é taxativo (*numerus clausus*), mas exemplificativo (*numerus apertus*), admitindo-se outras excludentes, dentro, por óbvio, do bom-senso. A questão envolve a equidade, a justiça do caso concreto, prevista expressamente como fonte consumerista pelo *caput* do art. 7º do Código do Consumidor.⁴⁵¹

Outra questão que merece ser debatida está relacionada aos *riscos do desenvolvimento*, como excludentes do sistema do consumidor. Esses riscos, segundo Marcelo Junqueira Calixto, não são conhecidos pelas ciências quando da colocação do produto no mercado, vindo a ser descobertos posteriormente, após a utilização do produto e diante dos avanços científicos.⁴⁵² Ilustrando, mencione-se o problema futuro que pode surgir a respeito dos alimentos transgênicos, decorrentes de modificação genética. Imagine-se se, no futuro, for descoberto e comprovado cientificamente que tais alimentos causam doenças, como o câncer. Consigne-se que a matéria foi regulada, no Brasil, timidamente e de forma insatisfatória, pela Lei n. 11.105, de 2005, denominada Lei de Biossegurança.⁴⁵³ No tocante à responsabilidade civil, foi inserida norma prevendo a responsabilidade objetiva das empresas que desenvolvem atividades de transformação genética, em regime próximo à responsabilidade ambiental, que ainda será estudada.⁴⁵⁴

O tema dos *riscos do desenvolvimento* é amplamente debatido no Velho Continente, particularmente diante da Diretiva n. 85/374/CEE, da Comunidade Europeia, de 25 de Julho de 1985, relativa “à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos”.⁴⁵⁵

(TJSP, Apelação Cível n. 7256443-5, Acórdão n. 3462329, São Paulo, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antônio Ribeiro Pinto, julgado em 22/01/2009, *DJESP* 25/02/2009).

⁴⁵¹ Lei n. 8.078/1990. “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.”

⁴⁵² CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176.

⁴⁵³ Dispõe o art. 1º da citada lei: “Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.

⁴⁵⁴ Conforme o art. 20 da Lei n. 11.105/2005, que assim prevê: “Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa”.

⁴⁵⁵ Disponível no site Autoridade Nacional de Comunicações de Portugal (Anacom), no ícone *legislação*: <<http://www.icp.pt/render.jsp?contentId=377819>>. Acesso em: 6 abr. 2009. Entre os *considerandos* da diretiva, há uma previsão expressa a respeito da responsabilidade sem culpa, a saber: “Considerando que

O art. 7º da referida Diretiva Internacional enuncia as hipóteses em que a empresa não responde pelo produto colocado no mercado.⁴⁵⁶ O primeiro caso de exclusão da responsabilidade diz respeito à hipótese de prova do produtor de que não colocou o produto em circulação, situação em que o dano não se faz presente. Ademais, pode-se falar em ausência de nexo de causalidade em casos tais, não havendo a necessária relação de causa e efeito entre uma eventual conduta e o dano presente. A segunda situação de exclusão da reparação refere-se ao caso de o produtor provar “Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente”. Tal previsão tem relação com os *riscos do desenvolvimento*. Igualmente não haverá responsabilidade do fabricante se ele provar que produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um fim econômico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua atividade profissional. A quarta situação é se o defeito, bem como o consequente dano ao consumidor, é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas. Como quinta previsão, o produtor não responde se o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito, excludente do mesmo modo interativa aos *riscos do desenvolvimento*. Por fim, o produtor não responde pelo defeito imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricantes.

a responsabilidade não culposa do produtor é o único meio de resolver de modo adequado o problema, característico da nossa época de crescente tecnicidade, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna”. Também consta a responsabilidade solidária, a favor dos consumidores: “Considerando que, quando várias pessoas são responsáveis pelo mesmo dano, a protecção do consumidor implica que o lesado possa exigir uma indemnização integral do dano a qualquer uma dessas pessoas”.

⁴⁵⁶ É a redação literal do citado dispositivo comunitário: “Art. 7º O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: a) Que não colocou o produto em circulação; b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação ou que este defeito surgiu posteriormente; c) Que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua actividade profissional; d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito; f) No caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricante do produto” (Disponível em: <<http://www.icp.pt/render.jsp?contentId=377819>>. Acesso em: 6 abr. 2009).

No sistema português, a referida Diretiva foi recepcionada pelo Decreto-lei n. 383, de 6 de novembro de 1989, alterado, posteriormente, pelo Decreto-lei n. 131, de 24 de abril de 2001.⁴⁵⁷ As previsões sobre os riscos do desenvolvimento recebem críticas contundentes da doutrina, eis que estariam mais próximas de um sistema de responsabilidade subjetiva fundada na culpa.⁴⁵⁸ Leciona Menezes Leitão, professor da Universidade de Lisboa, que “Esta exoneração foi, porém, subordinada através do art. 15º da Directiva a um procedimento de *stand-still* comunitário para aumentar, se possível, o nível de proteção da Comunidade da modo uniforme, tendo-se previsto expressamente uma eventual revisão da Directiva, neste ponto, após o estudo de sua utilização pelos tribunais”.⁴⁵⁹

De qualquer maneira, a questão não é pacífica entre os lusitanos, uma vez que a comissão elaboradora do anteprojeto do Código do Consumidor Português pretende reproduzir a norma da Diretiva, com a menção dos *riscos do desenvolvimento* como excludente da responsabilidade do produtor.⁴⁶⁰ Relembre-se que a comissão elaboradora é presidida pelo professor catedrático da Universidade de Coimbra, António Pinto Monteiro, contando com vários académicos em seus quadros.⁴⁶¹

Ainda em Portugal, todo o debate relativo a essa Diretiva levou Carlos Ferreira de Almeida, professor da Universidade Nova de Lisboa, a afirmar que “o balanço acerca das virtualidades da Directiva é muito desequilibrado, sendo raras as vozes favoráveis ao seu

⁴⁵⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I: Introdução. Da constituição das obrigações, p. 390.

⁴⁵⁸ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 392.

⁴⁵⁹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 392.

⁴⁶⁰ Prevê o art. 391º do anteprojeto: “(Exclusão de responsabilidade). O produtor não é responsável se provar: a) Que não colocou o produto em circulação; b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação; c) Que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua actividade profissional; d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não permitia detectar a existência do defeito; f) Que, no caso de parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo” (*Código do Consumidor*. Anteprojeto. Comissão do Código Consumidor. Ministério da Economia e da Inovação. Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2006. p. 174). Como se pode notar, as alterações em relação à atual Diretiva referem-se apenas à redação, destacando-se as letras *b* e *e* com relação aos riscos do desenvolvimento.

⁴⁶¹ Além de Pinto Monteiro, são integrantes da Comissão: professor doutor Carlos Ferreira de Almeida (Universidade Nova de Lisboa), professor doutor Paulo Cardoso Correia Mota Pinto (Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional e professor da Universidade de Coimbra), Dr. Manuel Tomé Soares Gomes (Desembargador do Tribunal de Relação de Lisboa), Maria Manuela Flores Ferreira (Procuradora-geral do Tribunal Central de Lisboa), Mestre Mário Paulo da Silva Tenreiro (Chefe da Unidade da Comissão Europeia, em Bruxelas, sobre política dos consumidores), professor José Eduardo Tavares de Souza (Universidade do Porto), professor Doutor Augusto Silva Dias (Universidade de Lisboa e Universidade Lusíada) e professora Doutora Maria da Glória Ferreira Pinto Dias Garcia (Universidade de Lisboa e Universidade Católica Portuguesa) (PINTO MONTEIRO, António. *Código do Consumidor*. Anteprojeto. Comissão do Código Consumidor, cit., p. 4-5).

conteúdo. Nenhuma directiva comunitária é porventura tão criticada e tão mal-amada como esta”.⁴⁶²

O tema dos riscos do desenvolvimento é discutido por igual na Itália, precisamente porque houve uma alteração legislativa no tocante à Diretiva Europeia. Conforme aponta Guido Alpa, o risco do desenvolvimento (*rischio dello sviluppo*) exclui a responsabilidade do produtor do sistema italiano. Porém, a empresa deverá responder se, depois da sua colocação do mercado, conhecia ou deveria conhecer a sua periculosidade, omitindo-se em adotar as medidas idôneas para evitar o dano, principalmente aquelas relacionadas à informação do público.⁴⁶³ As conclusões do jurista são de incidência da responsabilidade do Código Civil Italiano em situações tais, nos termos do seu art. 2.050, da exposição ao perigo, comando legal que ainda será devidamente analisado.

No caso brasileiro, pode-se afirmar que o tema divide a doutrina, havendo uma propensão a afirmar que os *riscos do desenvolvimento* não excluem o dever de indenizar, apesar de fortes resistências. Nessa linha de raciocínio foi a opinião dos juristas presentes na *I Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 43, dispondo que “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”.⁴⁶⁴ Em apurado estudo, ao expor toda a controvérsia doutrinária relativa ao assunto e filiar-se à corrente da responsabilização, lecionam Silmara Juny de Abreu Chinellato e Antonio Carlos Morato, professores da Universidade de São Paulo:

“Risco é diferente de defeito. O fato de não estar previsto o risco do desenvolvimento no art. 12 do CDC não autoriza a concluir que exista como excludente de responsabilidade.

⁴⁶² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 173.

⁴⁶³ ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 404.

⁴⁶⁴ Compuseram a Comissão de Responsabilidade Civil, naquela Jornada, em 2002, os seguintes juristas: Adalberto Pasqualotto, Antônio Ernesto Amoras Collares, Antonio José Silveira Paulilo, Antonio Marson, Cláudio Antonio Soares Levada, Eugênio Facchini Neto, Fernando Boani Paulucci Júnior, Iran Velasco Nascimento, Irineu Antonio Pedrotti, João Maria Lós, Jorge Mosset Iturraspe, Juliana dos Santos Pinheiro, Lindoval Marques de Brito, Lyssandro Norton Siqueira, Maria Lúcia Lencastre Ursaia, Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Ricardo César Mandarino, Roberto Rosas e Zilan da Costa e Silva. São ainda partidários da responsabilização pelos *riscos do desenvolvimento*: CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, cit., p. 242; BENJAMIM, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 128; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*, cit., p. 195; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 476; RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 195; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 186-187; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, cit., p. 773; SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*, cit., p. 336; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*, cit., p. 120.

Ocorre justamente o contrário, posto que a inexistência de previsão legal e toda a interpretação teleológica – constitucional e infraconstitucional – no ordenamento jurídico brasileiro conduzem ao entendimento no sentido de que a responsabilidade do produtor e, por consequência, a indenização por danos ao consumidor são a regra e a excludente a exceção.

Considerando, ainda, que o risco do desenvolvimento relaciona-se com o fato do produto, com sua segurança, envolvendo direito à via, à integridade física e psíquica do consumidor, direitos da personalidade de grande relevância, somente poderia ser admitido no ordenamento jurídico de modo expresso, como ocorre nos países europeus que adotaram a Diretiva 85/374, e jamais implícito.

A opção do legislador foi clara no sentido de não acolher tal excludente de responsabilidade, não havendo margem à dúvida quanto à interpretação taxativa do rol do § 3º do art. 12 do CDC, no qual o risco do desenvolvimento não se inclui.⁴⁶⁵

De fato, seja no sistema civilista ou, principalmente, consumerista, a melhor conclusão é a de que o fornecedor responde pelos *riscos do desenvolvimento*, servindo como alento à ideia de risco-proveito. Ademais, a responsabilidade, na proporção do risco presente, pode ser retirada do art. 10 da Lei n. 8.078/1990, eis que o fornecedor não poderá colocar no mercado produto que sabia ou deveria saber tratar-se de perigoso.⁴⁶⁶ Em reforço, subsume-se o imperativo do art. 8º do Código Consumerista, no sentido de que os produtos colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou à segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer situação, a disponibilizarem as informações necessárias e adequadas a seu respeito. Por bem, a jurisprudência nacional tem chegado à mesma conclusão.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. O risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil*. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009. p. 57-58.

⁴⁶⁶ Lei n. 8.078/1990. “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. § 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço. § 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito.”

⁴⁶⁷ Concluindo desse modo, em questão envolvendo a responsabilidade civil contratual: “PLANO DE SAÚDE. Recusa da seguradora em custear o tratamento de quimioterapia sob alegação de que se trata de medicamento experimental. Sentença procedente. Dano moral configurado. Prevendo o contrato cobertura para a quimioterapia, não poderia a primeira apelante negar o custeio para o tratamento correlato, através de nova técnica, mais eficaz e indicada para o paciente. Ademais, de acordo com o denominado risco do desenvolvimento, é de ser imputado aos fornecedores de serviço, não só as novas técnicas, mas também os efeitos colaterais que a ciência só veio a conhecer posteriormente, caso em que a nova descoberta é incorporada aos serviços. Danos morais reduzidos ao patamar de R\$ 8.000,00, com juros moratórios a contar da citação. Quanto à restituição da quantia de R\$ 4.120,81, deve ser na forma simples e não em dobro, vez que além do pagamento não ter sido realizado diretamente em favor do réu (fls. 77), não houve cobrança indevida, mas apenas a recusa da cobertura securitária, não sendo, assim, aplicável o artigo 42

De qualquer maneira, é forçoso concluir que os riscos do desenvolvimento, apesar de não excluírem a responsabilidade civil, servem para atenuá-la, respondendo, ainda assim, o fornecedor de produto, mas em menor proporção. Desse modo, a *ideia da teoria do risco concorrente tem relação direta com os riscos do desenvolvimento*, sendo esta uma das hipóteses de incidência da premissa jurídica que aqui se propõe.

3.2.4 Risco profissional

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, em uma visão clássica, o *risco profissional* sujeitaria o empregador a reparar os danos causados a seus empregados, em decorrência do trabalho ou em razão dele.⁴⁶⁸ Neste particular, Pontes de Miranda demonstra a origem europeia da construção jurídica, decorrente do incremento da produção, atingindo substancialmente os empregadores na legislação brasileira.⁴⁶⁹ Essa consciência anterior era um tanto quanto restrita, devendo ser ampliada para outras hipóteses, em que se responde diante do exercício de uma atividade e profissão.⁴⁷⁰ Como incidência dessa teoria, pode ser mencionada a previsão legislativa a respeito da indenização acidentária, havendo demanda em face do Instituto Nacional de Seguro Social.

De início, pode-se falar em *risco profissional* não somente nas situações em que o empregador causa danos aos empregados ou trabalhadores mas também quando há danos a

da Lei n. 8.078/90. Provimento parcial de ambos os recursos” (TJRJ, Apelação n. 2009.001.19443, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Mônica Tolledo de Oliveira, julgado em 15/09/2009, *DORJ* 21/09/2009, p. 137).

⁴⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 281.

⁴⁶⁹ “A ideia de risco profissional surgiu na França; e o projeto de FÉLIX FAURE, em 1882, apoiou-se nele. Só o fim do século XIX viu, na França (1898), o novo rumo legislativo, com os aplausos de RAYMOND SALEILLES e L. JOSSERAND, que de comêço eram simpáticos à inovação. FÉLIX FAURE dizia que a noção de ‘risco profissional’ havia existido sempre, o que parecia identificá-lo com o fundamento romano, e não com o *Ubi emolumentum ibis onus*, ou o *Eigenes Interesse, eigene Gefahr*. Mas outros viam no princípio criação da maquinaria industrial contemporânea. Verdade é que a própria lei francesa não podia ser invocada para uma ou outra solução. Antes da lei, RAYMOND SALEILLES (*Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 6 e 12) procurou revelar o princípio do risco profissional, como ‘la rançon du machinisme et de l’industrie moderne’, ‘la part inévitable d’inconnu qu’il faut subir lorsqu’on se livre à ces terribles engrenages devant lesquels l’initiative de l’ouvrier disparaît presque’. [...] Verdade é que o próprio L. JOSSERAND reconhecia que, se a vítima houvesse tido culpa, a responsabilidade não surgiria. Depois disso, J. CABOUAT (*Traité des accidents du travail*, I, n. 113) recorreu à noção de solidariedade dos riscos entre pessoas interessadas em obra comum: a responsabilidade não seria individual, mas indivisa e comum; nos encargos gerais da produção, entraria o de reparar o acidente no trabalho. Tal concepção – mais alemã-austriaca do que francesa – pode corresponder a sistema jurídico em que se tenha a participação dos empregados nos lucros e na direção. Pensou-se em que a irresponsabilidade pelos acidentes no trabalho causaria enriquecimento sem causa por parte dos empregadores; mas, se se adotam a noção de responsabilidade pela despesa de produção e a participação nos lucros, o argumento desaparece. Aliás, se não há lei que dê o dever de reparação, como apoiar-se o jurista em enriquecimento sem causa, se o lucro, aí, é legal?” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 53, p. 157-159).

⁴⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 129.

terceiros, provocados pelo próprio empregado ou preposto, em razão ou em função do trabalho exercido. Nesses casos, nos termos dos arts. 932, III e 933 do atual Código Civil, haverá responsabilidade objetiva do empregador, por ato do seu empregado. Isso, conforme se demonstrou, desde que comprovada a culpa do empregado ou preposto, eis que, nos dizeres de Álvaro Villaça Azevedo, o caso é de *responsabilidade objetiva impura*.⁴⁷¹

O *risco profissional* pode decorrer não só da atuação desenvolvida por uma pessoa jurídica – uma empresa – mas também da atividade de uma pessoa natural, um profissional liberal ou autônomo. Relativamente às pessoas jurídicas, lembre-se de que, em muitos casos, o risco é inerente à própria atividade, como aquela exercida pelas seguradoras, que vendem serviços baseados no risco, no perigo de dano. Sem risco, não há seguro. Diante desse fator, constata-se que o contrato de seguro é um dos mais complexos e controvertidos da contemporaneidade.⁴⁷²

Em relação às pessoas naturais, mais especificamente no que toca aos profissionais liberais, a opção legislativa não tem sido, muitas vezes, pelo modelo do risco, mas, sim, pelo modelo culposo, gerando a responsabilização subjetiva.

Foi o que fez o legislador civil brasileiro em relação aos profissionais da área de saúde, pelo que enuncia o art. 951 da codificação privada, que menciona expressamente a imprudência, a negligência e a imperícia.⁴⁷³ O modelo culposo desses profissionais já constava da legislação privada anterior, conforme o art. 1.545 do CC/1916.⁴⁷⁴

⁴⁷¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil, cit., p. 284.

⁴⁷² A discussão acerca da complexidade parte do ponto da lei ou das leis que devem incidir ao contrato em questão. Como se sabe, há regras específicas quanto ao contrato de seguro no Código Civil de 2002, em mais de quarenta artigos (arts. 757 a 802). O contrato de seguro, na maioria das vezes, é ainda um contrato de consumo, pela regra específica de inclusão desse serviço, constante do art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/1990, que assim dispõe: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Isso sem falar na incidência de leis especiais – caso da Lei n. 9.656/1998 que trata do seguro-saúde – e da própria Constituição Federal. Nessa matéria, a tese do diálogo das fontes é salutar para a devida orientação. Trazendo uma orientação constitucional dos riscos no seguro, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 370 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o qual prevê que “Nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1º, inc. III, da Constituição Federal”.

⁴⁷³ CC/2002. “Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inutilizá-lo para o trabalho”. Os comandos citados pelo dispositivo devem ser transcritos, para que se verifique que são aplicados aos médicos, enfermeiros, técnicos e demais profissionais que atuam na saúde: “Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da

Não é diferente a previsão do Código de Defesa do Consumidor que, como exposto, consagra a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais em seu art. 14, § 4º. Aplicando de forma correta a tese do *diálogo das fontes*, a jurisprudência nacional tem concluído que a responsabilidade do médico, em regra, é subjetiva, seja pelo sistema civilista, consumerista, ou por ambos (*diálogo de complementaridade*).⁴⁷⁵

No entanto, há uma questão relevante, controvertida e profunda relativa à obrigação assumida pelo médico, que passa pelo tema do risco profissional. Isso porque se tornou comum afirmar que a responsabilidade dos profissionais da área da saúde é subjetiva pelo fato de estes assumirem uma obrigação de meio, ou seja, uma obrigação de agir com máxima diligência no desempenho de sua atividade.

A classificação das obrigações quanto ao conteúdo, em *obrigações de meio e de resultado*, é atribuída a Demogue, conforme aponta a doutrina clássica brasileira.⁴⁷⁶ Assim, de acordo com Washington de Barros Monteiro, na obrigação de resultado “obriga-se o devedor a realizar um fato determinado, adstringe-se a alcançar certo objetivo”. Já na obrigação de meio, “o devedor obriga-se a empregar diligência, a conduzir-se com prudência, para atingir a meta colimada pelo ato”.⁴⁷⁷ Muito próxima é a ideia de Limongi França, que afirma: “obrigações de meio são aquelas que o devedor se obriga a ‘diligenciar’ honestamente a realizar um fim, com os meios que dispõe; obrigações de resultado são aquelas em que o devedor se obriga a realizar determinado fim, independentemente da cogitação dos meios”.⁴⁷⁸

convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

⁴⁷⁴ CC/1916. “Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento.”

⁴⁷⁵ Destaca-se julgado do Tribunal Paulista, com menção aos dois comandos legais: “INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. Alegação de falta de advertência pelo profissional a respeito das consequências possíveis de cirurgia. Obrigação de meio. Inexistência de culpa por parte do médico. Exceção prevista no Código de Defesa do Consumidor quando se trata de profissional liberal. Inteligência do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor e art. 951 do Código Civil. Responsabilidade subjetiva caracterizada. Omissão que não pode conduzir ao reconhecimento de responsabilidade civil. Advertência a respeito do risco da cirurgia que por si só, não teria o condão de alterar o resultado do procedimento. Recurso desprovido” (TJSP, Acórdão n. 135.021-4/0, Itu, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Guimarães e Souza, julgado em 11/03/2003).

⁴⁷⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações, cit., p. 56. Tal classificação já constava da tese de doutorado do jurista, consultada no original.

⁴⁷⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações, cit., p. 56.

⁴⁷⁸ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. t. 55, p. 291-292.

Como decorrência lógica dessa conclusão conceitual, afirma-se que a *obrigação de meio gera responsabilidade subjetiva, enquanto a de resultado, responsabilidade objetiva ou culpa presumida*.⁴⁷⁹ Em certo sentido, a afirmação parece decorrer da evolução a respeito do contrato de transporte, desde o Decreto-lei n. 2.681, de 1912, que trata da responsabilidade das empresas de estradas de ferro e que passou a ser aplicada por analogia a todos os tipos de transporte. Como se demonstrou, a citada norma prevê a culpa presumida das transportadoras, havendo evolução para a responsabilidade sem culpa. Diante da *cláusula de incolumidade* presente no transporte, relativa a uma obrigação de resultado de levar a pessoa ou a coisa até o destino com segurança, a afirmação que relaciona a obrigação de resultado à responsabilidade sem culpa ganhou força no cenário brasileiro.⁴⁸⁰ Após a devida pesquisa, o entendimento a que este autor chega é o de que a associação *resultado-risco da atividade* está mais presente na jurisprudência do que nas páginas da doutrina.⁴⁸¹

Do transporte passou a premissa teórica relativa às obrigações de resultado a atingir os médicos que assumem obrigação de fim, mais especificamente os médicos-cirurgiões plásticos estéticos.⁴⁸² Existem decisões em instância superior que concluem que o médico

⁴⁷⁹ Por todos, no Brasil, consulte-se: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 206-207; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II: Direito das obrigações, p. 96-97. Os últimos autores falam em culpa presumida (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. III, cit., p. 208). Em Portugal, com estudo profundo a respeito da matéria, ver SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indemnizar*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1944. v. I, p. 235-248.

⁴⁸⁰ Da inteligência jurisprudencial: “O contrato de transporte constitui obrigação de resultado. Não basta que o transportador leve o transportado ao destino contratado. É necessário que o faça nos termos avençados (dia, horário, local de embarque e desembarque, acomodações, aeronave etc.)” (STJ, REsp 151.401/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 17/06/2004, DJ 1º/07/2004, p. 188).

⁴⁸¹ Cumpre destacar que a diferenciação e as referidas consequências não constam em obras respeitadas e clássicas do direito das obrigações estrangeiro e nacional, tais como as de Giorgio Giorgi (*Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*, 1930); Emilio Betti (*Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006); Karl Larenz (*Derecho de obligaciones*, t. I, 1958); Von Thur (*Tratado de las obligaciones*, cit., 1934); João de Matos Antunes Varela (*Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. I); Mário Júlio Almeida Costa (*Direito das obrigações*, 10. ed., cit.); Luís Manuel Teles Menezes Leitão (*Direito das obrigações*, cit.); Orlando Gomes (*Obrigações*. Atualizado por Edvaldo Brito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004); Paulo Luiz Netto Lôbo (*Teoria geral das obrigações*, 2005). De toda a sorte, merece destaque a já citada obra monográfica do professor da Universidade Clássica de Lisboa, Manuel Gomes da Silva, intitulada *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, com profundo estudo a respeito do tema (*O dever de prestar e o dever de indemnizar*, v. I, p. 235-248).

⁴⁸² Ver: TJRS, Acórdão n. 70022772537, São Borja, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 10/09/2008, DOERS 16/09/2008, p. 42; TJMG, Apelação Cível n. 2.0000.00.495907-9/0001, Lavras, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Fábio Maia Viani, julgado em 1º/11/2007, DJEMG 1º/12/2007; TJPR, Apelação Cível n. 0241611-3, Londrina, 5ª Câmara Cível, Rel. Juiz Convocado Sérgio Luiz Patitucci, DJPR 07/12/2007, p. 124; TJRJ, Acórdão n. 2007.001.08531, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Inês da Penha Gaspar, julgado em 21/03/2007; TJDF, Apelação Cível n.

tem culpa presumida ao assumir a obrigação de resultado, ou seja, posiciona-se na transição para a responsabilidade sem culpa.⁴⁸³ Contudo, não se olvide de que na mesma instância podem ser encontradas ementas de consolidação expressa à responsabilidade objetiva.⁴⁸⁴ Também no STJ há julgado recente que conclui pela responsabilidade objetiva no erro de diagnóstico de ultrassom, havendo, do mesmo modo, uma obrigação de resultado.⁴⁸⁵

Ainda analisando a jurisprudência nacional, anote-se que outros julgados concluem que os médicos-cirurgiões plásticos reparadores, cuja atuação é comum nos casos de

19990110286579, Acórdão n. 141243, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Haydevalda Sampaio, julgado em 11/06/2001, *DJU* 15/08/2001, p. 70.

⁴⁸³ Por todos os julgados do Superior Tribunal de Justiça, colaciona-se, entre os mais recentes: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES. 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética. 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na busca pela cura. 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios. 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova. 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da ‘vítima’ (paciente). 6. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp n. 236.708/MG, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), 4ª Turma, julgado em 10/02/2009, *DJe* 18/05/2009).

⁴⁸⁴ Por todos, entre os julgados mais antigos: “CIVIL E PROCESSUAL – CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) – INDENIZAÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. I – Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II – Cabível a inversão do ônus da prova. III – Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp n. 81.101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, julgado em 13/04/1999, *DJ* 31/05/1999, p. 140).

⁴⁸⁵ “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO DE GESTAÇÃO GEMELAR. EXISTÊNCIA DE UM ÚNICO NASCITURO. DANO MORAL CONFIGURADO. EXAME. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – O exame ultrassonográfico para controle de gravidez implica em obrigação de resultado, caracterizada pela responsabilidade objetiva. II – O erro no diagnóstico de gestação gemelar, quando existente em único nascituro, resulta em danos morais passíveis de indenização. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no Ag n. 744.181/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 11/11/2008, *DJe* 26/11/2008).

acidentes, têm obrigação de meio, somente respondendo por culpa.⁴⁸⁶ Existem outras interpretações jurisprudências relativas à obrigação de resultado dos dentistas e de outros profissionais da área da saúde.⁴⁸⁷ A doutrina, muitas vezes, tem seguido tais conclusões.⁴⁸⁸

Com o devido respeito, parece ser este o momento de se propor a revisão das conclusões sobre do tema. Anote-se que surge corrente respeitável pela qual o médico-cirurgião plástico estético assume obrigação de meio, somente respondendo se provada a sua culpa. Nesse diapasão, conclui Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, merecendo transcrição destacada:

“Cada um de nós sabe – sem sombra de dúvida – que o valor humano relativo ao padrão de beleza é um valor que gera uma expectativa, e até uma esperança, que não pode ser totalmente satisfeita. Dificilmente alguém se reconhece plenamente satisfeito acerca de seu próprio perfil estético; ora o tipo de cabelo, ora a cor dos olhos, ora o contorno da face... sempre há um certo aspecto que gostaríamos de alterar, se possível. E isto gera o sonho. E o sonho, a expectativa. E a expectativa, a decisão pela cirurgia. E dela, em tantas vezes, a frustração em face do resultado obtido, ainda que tudo tenha se dado dentro dos perfeitos parâmetros da eficiência técnica e da diligência médica. O que fazer, num caso assim, em sede de responsabilidade civil do cirurgião? Ele é responsável pela frustração do paciente, ainda quando o tenha preparado convenientemente e tenha, principalmente, dedicado sua maior e melhor atuação técnica.

Nesse passo, já há uma parte da doutrina e jurisprudência posicionando-se em sentido diverso, ou seja, entendendo configurar-se em obrigação de meio este tipo de atividade médica, a cirurgia estética.

Caminhar-se-á, quiçá, por um mar de injustiças caso o comportamento da jurisprudência não se altere, permanecendo predominante a tese da responsabilidade (independente de culpa) do cirurgião plástico e do anestesista, pois cada caso é um caso, e cada paciente apresenta um histórico e um quadro clínico distinto de outro, o que inadmitte, no meu sentir, a generalização do assunto pela objetivação da responsabilidade.”⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ TJSP, Apelação com revisão n. 317.053.4/2, Acórdão n. 3248005, Campinas, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus de Nazareth Lofrano, julgado em 16/09/2008, *DJESP* 10/10/2008; TJMG, Acórdão n. 1.0024.03.038091-9/001, Belo Horizonte, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, julgado em 03/08/2006, *DJMG* 31/08/2006.

⁴⁸⁷ TJRS, Acórdão n. 70006078000, São Leopoldo, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Adão Sergio do Nascimento Cassiano, julgado em 17/11/2004.

⁴⁸⁸ *Vide*, por exemplo, as conclusões de Carlos Roberto Gonçalves relativas ao assunto: “O traço distintivo entre essas duas modalidades de obrigação encontram-se nos efeitos do inadimplemento. Na obrigação de meio, em que o devedor se propõe a desenvolver a sua atividade e as suas habilidades para atingir o objetivo almejado pelo credor, e não a obter o resultado, o inadimplemento somente acarreta a responsabilidade do profissional se restar cumpridamente demonstrada a sua negligência ou imperícia no emprego desses meios. Na de resultado, em que o objetivo final é da essência do ajuste, somente mediante prova de algum fato inevitável capaz de romper o nexo de causalidade, equiparado à força maior, ou de culpa exclusiva da vítima, pode o devedor exonerar-se caso não tenha atingido o fim a que se propôs” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. II: Direito das obrigações, p. 175). Nas duas páginas seguintes, o doutrinador cita os exemplos do transporte, do médico plástico estético e do médico plástico reparador.

⁴⁸⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Cirurgia plástica e responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 7 abr. 2009. Trata-se do conteúdo de palestra proferida na VII Reunião Anual dos Dermatologistas do Estado de São Paulo, na cidade de Santos (SP), em 30 de novembro de 2002, promovida pela Sociedade Brasileira de Dermatologia – Regional São Paulo.

De fato, em termos gerais, a responsabilidade objetiva somente pode decorrer de lei ou de uma atividade de risco desempenhada pelo autor do dano, o que é retirado do art. 927, parágrafo único, da codificação privada, dispositivo a ser aprofundado no presente capítulo.

Definitivamente, a responsabilidade objetiva dos profissionais médicos e afins, pelos termos da lei, é subjetiva, e não objetiva. Assim, não há como enquadrá-los na primeira parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Nesse sentido, resta a dúvida se os profissionais que desenvolvem obrigação de resultado podem ser enquadrados na segunda parte do comando legal, ou seja, na aclamada *cláusula geral de responsabilidade objetiva*, em decorrência de uma atividade de risco *normalmente* desempenhada. Há quem entenda por tal subsunção, como é o caso de Claudio Luiz Bueno de Godoy.⁴⁹⁰

Todavia, a construção jurídica, mormente nos casos em que há cirurgia plástica estética, uma vez que a iniciativa do risco não é do profissional, mas do paciente. Em outras palavras, é ele quem procura a situação arriscada, geralmente por uma questão de satisfação pessoal. Em reforço, a busca pela cirurgia não é *normal*, podendo-se dizer que, em regra, o risco está na busca pela cirurgia plástica estética. A depender das condições gerais da pessoa a ser operada, esse risco pode ser acentuado, fato que pode configurar o perigo. Em todos os casos, repise-se, por iniciativa do paciente.

De qualquer maneira, a persistir a conclusão da responsabilidade sem culpa, o novo enquadramento está na atividade de risco, e não na obrigação de resultado, sendo esse um caminho melhor a ser percorrido tecnicamente. Em suma, o médico cirurgião plástico estético irá responder pelo risco da atividade, e não pelo risco profissional.

3.2.5 Risco dependência

A ideia de *risco dependência* foi desenvolvida por José Fernando Simão, professor da Universidade de São Paulo, em sua tese de doutorado.⁴⁹¹ É pertinente ressaltar que doutrinador leva em conta o tema da responsabilidade civil do incapaz, constante do novo art. 928 do Código Civil de 2002.⁴⁹²

⁴⁹⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, cit., p. 766-767.

⁴⁹¹ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit. A tese foi defendida no ano de 2007, na Universidade de São Paulo, sob orientação da professora Teresa Ancona Lopez. Participaram da banca examinadora, além da orientadora, os professores Álvaro Villaça Azevedo, Luiz Edson Fachin, Rosa Maria de Andrade Nery e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.

⁴⁹² CC/2002. “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. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”

A inovação foi introduzida na codificação privada na esteira da legislação europeia, representando para alguns um avanço importante, pois condizente com as contemporâneas codificações.⁴⁹³ Nesse sentido, é clara a influência do art. 489 do Código Civil Português,⁴⁹⁴ bem como a do art. 2.047 do *Codice Italiano*.⁴⁹⁵

A novidade não deixa de causar certa perplexidade, eis que não se cogitava o dever de indenizar do incapaz no sistema codificado anterior, respondendo aqueles que por ele eram responsáveis, como é o caso, por exemplo, dos pais, dos tutores e curadores, nos termos do comentado art. 1.521 do CC/1916. Merece relevo, contudo, a constatação de que o Estatuto da Criança e do Adolescente já admitia o dever de indenizar do adolescente, pela menção do seu art. 116.⁴⁹⁶ De acordo com o sistema codificado atual, a norma é mais genérica, atingindo qualquer incapaz, maior ou menor, criança ou adolescente. Verifica-se, nesse contexto, que o *incapaz não é tão incapaz assim*, pois terá responsabilidade na órbita privada. Critica-se o fato de o Código Privado procurar apenas resolver os interesses patrimoniais relativos aos incapazes, principalmente de terceiros, sem se dedicar à efetiva tutela da pessoa humana.⁴⁹⁷ Assim, o que se nota é uma excessiva *patrimonialização*, na contramão da tendência atual de *personalização do Direito Civil*.

⁴⁹³ Conforme destacam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, que participaram do processo de elaboração do Código Civil de 2002 (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*, cit., p. 401).

⁴⁹⁴ Código Civil Português. “Art. 489º (Indemnização por pessoa não imputável). 1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância. 2. A indemnização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensáveis para cumprir os seus deveres legais de alimentos.” Analisando o tema, no Direito Português, ver: ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

⁴⁹⁵ Código Civil Italiano. “Art. 2.047. Danno cagionato dall'incapace. In caso di danno cagionato da persona incapace d'intendere o di volere (Cod. Pen. 85 e seguenti), il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto. 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”. Tradução livre do autor: “Dano causado pelo incapaz. No caso de dano causado por pessoa incapaz de entender e de querer (Código Penal, arts. 85 e seguintes), o ressarcimento é devido por quem tem o dever de vigilância sobre o incapaz, salvo se provar que não poderia impedir o fato. No caso em que o lesado não possa obter o ressarcimento de quem tenha a vigilância, o juiz, em consideração às condições econômicas das partes, pode condenar o autor do dano a uma indenização equitativa”.

⁴⁹⁶ Dispõe o art. 116 da Lei n. 8.069/1990 que “Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada”.

⁴⁹⁷ A crítica é formulada, entre outros, por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal: “detecta-se uma disparidade injustificável, verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil, concedendo-lhe tutela tão somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o representante legal), relegando a segundo plano os seus interesses existenciais. Daí a necessidade premente de dedicar-se a proteção

O *risco dependência* foi criado para justificar o dever de indenizar do responsável pelo incapaz, eis que, segundo José Fernando Simão, “A criação deu-se de maneira inédita na História do Direito brasileiro, porque se estima a responsabilidade pessoal e direta do incapaz, mas de maneira subsidiária. De início, a responsabilidade integral recai sobre os representantes legais, independentemente de sua culpa. É a teoria do risco na modalidade dependência”.⁴⁹⁸ A expressão *dependência* é justificada pela relação existente entre pais e filhos, entre curadores e curatelados, entre tutores e tutelados, e assim sucessivamente.

Nesse diapasão, a responsabilidade imediata ou principal, de natureza objetiva, é das pessoas responsáveis pelo incapaz, nos termos dos arts. 932 e 933. Além dos casos de pais, tutores e curadores, os empregadores e os comitentes respondem pelos empregados ou prepostos (art. 932, III), bem como os donos de hotéis e estabelecimentos de ensino pelos hóspedes e educandos (art. 932, IV), sendo os últimos – empregados, prepostos, hóspedes ou educandos – menores ou maiores incapazes. A responsabilidade do incapaz é meramente mediata ou subsidiária, conclusão esta que prevalece na doutrina nacional, nos casos em que as pessoas por ele responsáveis não tiveram obrigação ou condições de pagar indenização.⁴⁹⁹ Aliás, pode-se dizer que essa é uma conclusão corriqueira, retirada da simples interpretação gramatical do art. 928 do Código Civil de 2002. Logo, a subsidiariedade amplia a responsabilização diante de um vínculo de dependência.

Isso fica claro, uma vez que a responsabilidade subsidiária quebra a regra geral de solidariedade que alcança as pessoas elencadas no art. 932, conforme determina o parágrafo único do art. 942 do atual Código Civil Brasileiro.⁵⁰⁰ *De lege ferenda*, a norma deve ser mantida, não sendo o caso de prevalência da obrigação solidária, eis que o *risco dependência* orienta uma responsabilização maior dos pais, tutores, curadores, empregadores e afins.⁵⁰¹

jurídica à pessoa humana sob a perspectiva do que ela é, e não pela ótica do que ela tem” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 198).

⁴⁹⁸ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 249.

⁴⁹⁹ Nesse sentido, trazendo uma exceção, prevê o Enunciado n. 40 da *I Jornada de Direito Civil* que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas”. Como dito, diante do seu caráter especial, a última norma se aplica aos adolescentes, com idade entre 12 e 17 anos (art. 2º da Lei n. 8.069/1990).

⁵⁰⁰ CC/2002. “Art. 942. 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. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.”

⁵⁰¹ Comente-se que o Projeto de Lei n. 276/2007, do Deputado Léo Alcântara – antigo Projeto de Lei n. 6.960/2000, originalmente proposto pelo Deputado Ricardo Fiúza –, pretende alterar o art. 928, para que

Em reforço, repise-se a diferença substancial entre as naturezas das responsabilidades dos terceiros responsáveis e dos incapazes. Os primeiros respondem objetivamente, desde que comprovadas as culpas dos segundos (*responsabilidade objetiva impura*, segundo Villaça Azevedo) – art. 933. Tal constatação incrementa o risco dependência, até porque a responsabilidade subsidiária do incapaz – além dos requisitos previstos no art. 938 – depende da prova de culpa pelo ofensor (responsabilidade subjetiva).⁵⁰²

Para demonstrar ainda a grande amplitude do risco dependência no que concerne ao direito de regresso, consigne-se a importante regra constante da parte final do art. 934 do Código Civil de 2002. De acordo com o comando legal, o responsável, que seja ascendente (por exemplo, pai ou mãe), não tem direito de regresso contra o seu descendente (por exemplo, filho ou filha), seja este absoluta ou relativamente incapaz. A norma tem um sentido ético, pois não seria admissível, pelo senso comum que imperava no momento histórico de sua elaboração, que um pai demandasse um filho, ou vice-versa. Constate-se que a razão moral do comando legal está desatualizada, pois se discute amplamente a possibilidade dessa demanda, mormente no *abandono afetivo* dos pais. De qualquer maneira, a norma está vigente e merece ser atendida.

Por fim, merece ser comentada a regra do parágrafo único do art. 928 do Código Civil, que assim determina: “A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”. De acordo com a norma, portanto, a indenização contra o incapaz deve sempre ser equitativa, não podendo ser atribuída se reduzir o incapaz ou os seus dependentes a uma situação de

passa a ter a seguinte redação: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, observado o disposto no art. 932 e no parágrafo único do art. 942”. A proposta visa solucionar eventual antinomia em relação ao art. 942. Porém, como observa José Fernando Simão, o suposto conflito é perfeitamente sanável, eis que o art. 928 tem cunho mais especial do que o art. 942, norma geral. A questão, em suma, é resolvida pelo critério da especialidade (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 218-221).

⁵⁰² “Em resumo, são requisitos para que haja a responsabilidade direta do incapaz: (1) que haja um fato ilícito; (2) que esse fato tenha causado dano a outrem; (3) que o fato tenha sido praticado em condições de ser considerado culposos, reprovável, se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável; (4) que haja entre o fato e o dano o necessário nexo de causalidade; (5) que a reparação do dano não possa ser obtida do representante legal; (6) que a equidade justifique a responsabilidade total ou parcial do incapaz em face das circunstâncias concretas do caso” (SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*, cit., p. 134-135). Apesar de estarmos filiados ao entendimento da subjetivação da responsabilidade do incapaz, é importante salientar que há autores que entendem pela objetivação, caso de Marcelo Junqueira Calixto (*A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função, cit., p. 42-51). No sistema italiano, Cian e Trabucchi concluem pela *responsabilidade subsidiária objetiva do incapaz* (CIAN, G.; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 2048).

penúria. Aqui, sim, o legislador, ao reforçar a responsabilidade subsidiária, preocupou-se com a pessoa humana, com a ideia de *patrimônio mínimo* ou *mínimo vital*.⁵⁰³

3.2.6 Risco integral

No seu sentido correto, influenciado claramente pela evolução da doutrina ambientalista em nosso país, a *teoria do risco integral* é aquela que não admite qualquer excludente de responsabilidade civil.⁵⁰⁴ Não se cogitam os fatos que excluem a ilicitude, como aqueles previstos no art. 188 do Código Civil, caso da legítima defesa, do estado de perigo, da remoção de perigo iminente ou do exercício regular de direito.⁵⁰⁵ Outrossim, não cabem as excludentes de nexo de causalidade, caso da culpa ou fato exclusivo da vítima; da culpa ou fato exclusivo de terceiro; do caso fortuito; e da força maior.⁵⁰⁶

De fato, verifica-se que a teoria do risco integral gera uma *responsabilidade civil objetiva agravada*, como quer Fernando Noronha.⁵⁰⁷ *Agravada* justamente porque não são admitidas as excludentes gerais da responsabilidade ou de nexo de causalidade, como são a culpa ou o fato exclusivo da vítima e a culpa ou o fato exclusivo de terceiro. Como contributo doutrinário, os termos *responsabilidade objetiva aumentada* ou *responsabilidade objetiva superdimensionada* parecem servir para explicar o fenômeno.

Para a devida confrontação teórica, no Direito Italiano, com sentido diferente, o tema é bem trabalhado por Massimo Bianca, que diferencia a *responsabilidade objetiva* da

⁵⁰³ Repise-se que a construção da tese do *patrimônio mínimo*, que procura *fundir* os direitos patrimoniais e os existenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, foi muito bem desenvolvida por Luiz Edson Fachin (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, cit., 2001). Compartilhando dessa ideia, na *I Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 39 do Conselho da Justiça Federal, cuja redação merece destaque: “a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

⁵⁰⁴ Nesse diapasão, *vide* as anotações de Luís Paulo Sirvinskaskas (*Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 98).

⁵⁰⁵ CC/2002. “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. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

⁵⁰⁶ “A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência de nexo causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável. Pela teoria do risco integral, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior” (CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 8. ed., cit., p. 130-131).

⁵⁰⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. I, cit., p. 638.

agravada. Isso porque admite esta última a excludente do caso fortuito, um argumento que vence a presunção do dever de indenizar.⁵⁰⁸ Desse modo, a *responsabilidade agravada*, na Itália, está relacionada a hipóteses em que a atividade ou a coisa criam um perigo que poderia ser afastado com a adoção das cautelas adequadas.⁵⁰⁹ Se não forem empregadas as diligências normais, haverá dever de reparar o dano. Caso todas as cautelas sejam tomadas e ainda assim o dano se fizer presente, não há que se falar em dever de indenizar.

Voltando ao caso brasileiro, a *teoria do risco integral* é geralmente mencionada pelos autores de Direito Ambiental, como outrora se demonstrou.⁵¹⁰ Trata-se de uma interpretação do art. 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. Eis o momento de aprofundar o assunto, para a devida conclusão sobre o fato de haver ou não no Brasil a adoção dessa teoria.

Muito mais do que evocar a legislação infraconstitucional, a Constituição Federal ampara a responsabilidade civil por danos ambientais no seu art. 225, § 3º, ao normatizar que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”, consagração do *princípio do poluidor-pagador*.⁵¹¹ De acordo com a doutrina, o princípio não tem como objetivo aceitar a poluição mediante uma remuneração, mas, sim, evitar o dano ao meio ambiente, em um sentido de prevenção ou precaução.⁵¹² Está presente, nesse contexto, uma relação de complementaridade entre os princípios de prevenção e reparação, o que faz com que a indenização não perca o seu caráter disciplinador, pedagógico ou até punitivo.

⁵⁰⁸ BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*, v. 5, cit., p. 686.

⁵⁰⁹ BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*, v. 5, cit., p. 687.

⁵¹⁰ Relembrem-se as citações doutrinárias nessa linha: MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*, cit., p. 341; BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental*, cit., 2006, p. 86; CATALAN, Marcos Jorge. *Proteção constitucional do meio ambiente e seus mecanismos de tutela*, cit., p. 83. Além do julgado antes colacionado do Superior Tribunal de Justiça, podem ser encontradas várias decisões que fazem menção ao risco integral, sem a admissão de qualquer excludente. Inúmeros julgados recentes, dos anos de 2008 e 2009, foram encontrados, por exemplo, no Tribunal do Paraná. Por todos, cite-se: TJPR, Apelação Cível n. 0529991-8, Paranaguá, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas, *DJPR* 30/03/2009, p. 222. Na mesma linha, do Tribunal Mineiro: TJMG, Apelação Cível n. 1.0079.04.127579-7/0011, Contagem, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, julgado em 08/11/2007, *DJEMG* 27/11/2007. Do Tribunal Fluminense, analisando a questão da poluição da Baía de Guanabara do ano de 2000 e responsabilizando o Estado por danos causados aos pescadores: TJRJ, Acórdão n. 2006.001.47026, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Wany Couto, julgado em 28/02/2007.

⁵¹¹ Por todos: MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 706, p. 7, ago. 1994.

⁵¹² Nessa linha de pensamento: MATEO, Ramón Martín. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991. p. 240; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. Análise do nexos causal. São Paulo: RT, 2008. p. 63-66; MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 208; MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 48.

A responsabilização objetiva por danos ambientais também mantém relação com a essência do conceito de *Bem Ambiental*, retirado do art. 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988.⁵¹³ Inicialmente, é preciso tentar encaixar a ideia de *Bem Ambiental* na classificação dos bens efetuada pelo Direito Privado codificado. Define o art. 98 do Código Civil de 2002 que são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno. Os demais bens, que não são públicos, são bens privados ou particulares, seja qual for a pessoa a quem pertencerem. O art. 99 do Código subclassifica os bens públicos em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.⁵¹⁴ Ao enquadrar o *Bem Ambiental* nessas categorias tradicionais, ele seria um *bem de uso comum ou geral do povo*, eis que pode ser utilizado sem restrição, de forma gratuita, por todos os componentes da sociedade.

Pois bem, quebrando essa classificação codificada, eivada substancialmente da dicotomia *público x privado*, o conceito de *Bem Ambiental* supera essa visão pelo surgimento de um novo conceito de interesse, maior do que essa simples contradição, qual seja, a tripartição do interesse coletivo em direitos individuais homogêneos, direitos coletivos em sentido estrito e direitos difusos. Tais conceitos *embaralham o público e o privado em uma mesma mão*.

Conforme aponta Celso Antônio Pacheco Fiorillo, o *Bem Ambiental* é, sim, um bem de uso geral do povo, mas um bem essencial à qualidade da vida de todos.⁵¹⁵ Ainda na análise do seu conceito e natureza jurídica, leciona Rui Carvalho Piva que o *Bem Ambiental* é “um valor difuso, imaterial ou material, que serve de objeto mediato a relações jurídicas de natureza ambiental”.⁵¹⁶ Sendo difuso, envolve interesses que não podem ser determinados em um primeiro momento, ou seja, os interesses públicos e os privados ao mesmo tempo, o que justifica a responsabilização objetiva daqueles que lhe causam

⁵¹³ CF/1988. “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

⁵¹⁴ CC/2002. “Art. 99. São bens públicos: I – os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças; II – os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto do direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Parágrafo único: Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado.”

⁵¹⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 104.

⁵¹⁶ PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 114.

danos.⁵¹⁷ Preocupa-se com os *interesses transgeracionais* ou *intergeracionais* relativos a esse bem de todos, pela proteção das futuras gerações, aquelas que ainda virão (*equidade intergeracional*).⁵¹⁸ Como decorrência de tais premissas teóricas, o direito ao equilíbrio no *Bem Ambiental* é considerado um direito fundamental.⁵¹⁹

Em suma, pode-se imaginar que o *Bem Ambiental* é relacionado a um conjunto de coisas, que, além do interesse econômico, tem interesse jurídico coletivo em sentido amplo, com previsão constitucional. Surge aí uma espécie de *bem especial*, enquadrado em normas próprias e protegido pela Norma Fundamental. O Planeta Terra é a residência de toda a humanidade, havendo a proteção de um *domicílio difuso*, não prevista apenas na legislação ordinária de determinados países mas também nas respectivas Constituições Federais. Esse é, inclusive, o compromisso assumido de todos os Estados democráticos e soberanos, *vide* a *Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano* de 1972,⁵²⁰ bem como a *Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente*, de 1992.⁵²¹

Tais conclusões repercutem diretamente no âmbito do Direito Privado, em uma *visão unificada do ordenamento jurídico*, dialogal e interdisciplinar. De início, verifica-se uma nova dimensão ao conceito de propriedade, responsabilizando-se por danos ambientais o novo proprietário, mesmo que não tenha qualquer relação com o prejuízo.⁵²²

⁵¹⁷ “Quanto à natureza jurídica do bem ambiental ou dos bens ambientais, como prefere dizer a doutrina brasileira dominante, não há divergências. Trata-se de um bem difuso, um bem protegido por um direito que visa assegurar um interesse transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Há um reconhecimento geral no sentido de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um bem de uso comum do povo. Aliás, o disposto no artigo 225 da Constituição Federal não deixa dúvidas quanto a isto. Se é de uso comum, não há titularidade plena, pois, como o próprio nome está a dizer, o uso não é individual. É de todos” (PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*, cit., p. 114).

⁵¹⁸ BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5: Responsabilidade civil, p. 365.

⁵¹⁹ LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*, cit., p. 96.

⁵²⁰ Na ocasião, foi enunciado como Princípio n. 1 que “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras”.

⁵²¹ Princípio n. 1 aprovado no citado Encontro Internacional: “Os seres humanos consistem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com o meio ambiente”.

⁵²² O art. 1.228, 1º, do Código Civil Brasileiro passou a adotar, expressamente, o *princípio da função social e da função socioambiental da propriedade*, no seguinte sentido: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Associando a recuperação ambiental do proprietário à responsabilidade objetiva, destaca-se ementa do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESERVA FLORESTAL. NOVO PROPRIETÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Em se tratando de reserva florestal legal, a responsabilidade por eventual dano ambiental ocorrido nessa faixa é objetiva, devendo o proprietário, ao tempo em que conclamado para cumprir obrigação de reparação ambiental, responder por

Como consequência direta dessa proteção no âmbito obrigacional, surge a responsabilidade objetiva e a incidência, para muitos, da *teoria do risco integral*.

Voltando ao ponto principal que este estudo quer debater, a grande dúvida é saber se a incidência da teoria do risco integral é unânime na doutrina teórica e na prática jurisprudencial brasileira. Como aponta José Rubens Morato Leite, os avanços da responsabilidade civil ambiental dão sinais de progresso, mas ainda há necessidade de constante aperfeiçoamento e mutação do sistema tradicional da responsabilização civil.⁵²³ Um ponto de interrogação que surge a respeito dessa mutação refere-se justamente à aplicação do risco integral.

Além da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e da Constituição Federal, merece ser abordada a Lei n. 6.453/1977, que trata da responsabilização por danos nucleares ou atômicos. Estes, nos termos da própria norma, constituem danos pessoais ou materiais produzidos “como resultado direto ou indireto das propriedades radioativas, da sua combinação com as propriedades tóxicas ou com outras características dos materiais nucleares, que se encontrem em instalação nuclear, ou dela procedentes ou a ela enviados” (art. 1º, VII). Como se nota, há uma questão ambiental fundamental, pois os prejuízos são, sobretudo, ao meio ambiente.

O art. 4º da Lei n. 6.453/1977 consagra a responsabilidade objetiva do operador da instalação que seja o causador do dano.⁵²⁴ Por conseguinte, havendo mais de um operador do sistema, a lei impõe a solidariedade passiva entre eles.⁵²⁵ O comando admite excludentes de responsabilidade, caso da culpa exclusiva da vítima, afastando o dever de

ela. 2. O novo adquirente do imóvel é parte legítima para responder ação civil pública que impõe obrigação de fazer consistente no reflorestamento da reserva legal, pois assume a propriedade com ônus restritivo. 3. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 195.274/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 07/04/2005, DJ 20/06/2005, p. 179). Para fazer apurada análise dos julgados que seguem essa linha de conclusão, ver: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*, cit., p. 157-160.

⁵²³ LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 132.

⁵²⁴ Lei n. 6.453/1977. “Art. 4º Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear: I – ocorrido na instalação nuclear; II – provocado por material nuclear procedente de instalação nuclear, quando o acidente ocorrer: a) antes que o operador da instalação nuclear a que se destina tenha assumido, por contrato escrito, a responsabilidade por acidentes nucleares causados pelo material; b) na falta de contrato, antes que o operador da outra instalação nuclear haja assumido efetivamente o encargo do material; III – provocado por material nuclear enviado à instalação nuclear, quando o acidente ocorrer: a) depois que a responsabilidade por acidente provocado pelo material lhe houver sido transferida, por contrato escrito, pelo operador da outra instalação nuclear; b) na falta de contrato, depois que o operador da instalação nuclear houver assumido efetivamente o encargo do material a ele enviado.”

⁵²⁵ Lei n. 6.453/1977. “Art. 5º Quando responsáveis mais de um operador, respondem eles solidariamente, se impossível apurar-se a parte dos danos atribuível a cada um, observado o disposto nos artigos 9º a 13.”

reparar em relação a ele, prejudicado (art. 6º).⁵²⁶ Ato contínuo, determinadas hipóteses de caso fortuito e força maior do mesmo modo excluem a responsabilização, conforme descritos no seu art. 8º.⁵²⁷ Em suma, pela análise da lei, percebe-se que não foi adotada, em casos tais, a teoria do risco integral, pois são admitidos fatores obstativos do nexo causal.⁵²⁸ Essa é a conclusão retirada da simples leitura da norma, apesar de críticas contundentes da doutrina.⁵²⁹ Anote-se que a responsabilidade objetiva por danos nucleares foi introduzida na Constituição Federal por força da Emenda Constitucional n. 49, de 2006, não se fazendo menção ao risco integral.⁵³⁰

Em verdade, mesmo levando-se em conta a Lei n. 6.938/1981, é preciso admitir a existência de excludentes da responsabilidade ambiental, em casos excepcionais. Em suma, é fato que a *teoria do risco integral*, no sentido total e absoluto, não se pode cogitar.⁵³¹ Vejamos, nesse contexto, a análise das questões relativas às conhecidas excludentes de nexo causal tradicionais.

⁵²⁶ Lei n. 6.453/1977. “Art. 6º Uma vez provado haver o dano resultado exclusivamente de culpa da vítima, o operador será exonerado, apenas em relação a ela, da obrigação de indenizar.”

⁵²⁷ Lei n. 6.453/1977. “Art. 8º O operador não responde pela reparação do dano resultante de acidente nuclear causado diretamente por conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou excepcional fato da natureza.”

⁵²⁸ Trazendo conclusões interessantes a respeito do tema: BARROS, Adriano Celestino Ribeiro. A responsabilidade civil e o dano nuclear no ordenamento pátrio. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1987, 9 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12060>>. Acesso em: 16 abr. 2009.

⁵²⁹ Afirma categoricamente Celso Antonio Pacheco Fiorillo que “Em relação à responsabilidade civil pelos danos causados por atividades nucleares, será aferida pelo sistema da responsabilidade objetiva, conforme preceitua o art. 21, XXIII, c, da Constituição Federal. Com isso, consagraram-se a inexistência de qualquer tipo de exclusão da responsabilidade (incluindo caso fortuito ou força maior), a ausência de limitação no tocante ao valor da indenização e à solidariedade da responsabilidade” (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*, cit., p. 282).

⁵³⁰ CF/1998. “Art. 21. Compete à União: [...] XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...] d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.” (Foi destacada a nova redação.)

⁵³¹ Desse modo, tem razão Erik Frederico Gramstrup, quando afirma: “A rigor, não há hipóteses de risco integral no direito brasileiro, nem mesmo do direito ambiental. Essa afirmação, feita assim, cruamente, certamente escandalizará os espíritos mais convencionais, mas é necessário explicar o que efetivamente se quer dizer. Estamos definindo risco integral como a situação em que o pretense responsável não possa valer-se de *nenhuma* escusa; e essa conceituação muito singela visa a evitar as discórdias que o emprego impreciso daquela expressão levanta. Por exemplo, há quem se reporte à responsabilidade por ‘risco integral’ do Estado, quando na verdade quer dizer ‘risco administrativo’, já que essa mesma pessoa está disposta a afastar aquela responsabilidade quando houver fato exclusivo da vítima. Ora, pelo menos essa exonerante é aceita pelos defensores mais radicais de um sistema rigoroso no direito ambiental. E também nós pensamos que deva ser rígido e exigente, em vista do valor transcendente dos bens jurídicos envolvidos. Mas, sem embargo disso tudo, a expressão ‘risco integral’ é, sem dúvida, utilizada um tanto levianamente por nossa doutrina” (GRAMSTRUP, Erik Frederico. Responsabilidade objetiva na cláusula geral codificada e nos microssistemas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5, p. 136).

De imediato, não se pode admitir, em regra, a culpa ou fato exclusivo da vítima, eis que vítimas dos danos ambientais somos todos nós, integrantes e componentes do *Planeta Terra*, conclusão que tem relação direta com a concepção de *Bem Ambiental* outrora estudada. Como exceção, no caso de dano ambiental nuclear, aceita-se essa excludente em relação aos danos suportados pelo próprio prejudicado (art. 6º da Lei n. 6.453/1977).

A culpa ou fato exclusivo de terceiro igualmente não deve ser admitida como fator excludente, até porque, na maioria das vezes, há uma relação de preposição entre aquele que desenvolve a atividade poluidora e esse terceiro. Ademais, admitir essa excludente feriria o espírito de solidariedade retirado do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1991, até porque essa lei, ao contrário do Código do Consumidor, não trata expressamente do fato de terceiro como obstativo de nexo.⁵³² Em reforço à argumentação, por analogia, seria ilógico admitir que não se cogita culpa de terceiro no contrato de transporte de pessoas, no caso de acidente com o passageiro (art. 735 do CC/2002), enquanto no dano ambiental a excludente deve ser admitida.

Finalmente, no que toca ao caso fortuito e força maior, pode e deve ter incidência a diferenciação entre eventos internos e externos, já aqui antes desenvolvida quando da abordagem do *risco-proveito* e das relações de consumo. Assim, *o caso fortuito externo e a força maior externa excluem a responsabilidade ambiental*, enquanto o caso fortuito externo e a forma maior interna não.

Em sentido muito próximo, leciona Motaui Ciocchetti de Souza que “vezes há, no entanto, em que a força maior ou o caso fortuito excluem a própria ação, ou seja, teremos um resultado lesivo, mas não podemos identificar uma ação humana positiva ou negativa como seu causador”.⁵³³ Esse parece ser o fortuito externo. A ilustração do doutrinador é bem interessante, em que cita o caso de dois raios que caem em dois morros, formados por rochas, causando a queda destas. No primeiro, há exploração de minérios, uma pedreira. No segundo, não há qualquer exploração pelo proprietário. Nos dois terrenos, pelas quedas

⁵³² Essa foi a conclusão do Tribunal Gaúcho em recente decisão: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. MULTA POR INFRAÇÃO AO MEIO AMBIENTE. CULPA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. VALOR DA MULTA. Em matéria envolvendo direito ambiental, vige o princípio da responsabilidade objetiva, em que suficiente comprovar a existência do fato e o nexo causador do dano ambiental, sendo desnecessário indagar a propósito da culpa, simplesmente, porque esta decorre da Lei e da atividade exercida pela autuada. A exclusão da responsabilidade em decorrência de culpa exclusiva de outrem, não procede. Primeiro, porque não restou demonstrado nos autos; segundo, porque o risco da autora, no caso, decorre da prática de sua atividade econômica; e terceiro, porque a responsabilidade pelo dano ambiental é solidária” (TJRS, Acórdão n. 70019974575, Porto Alegre, 2ª Câmara Cível – Regime de Exceção, Rel. Des. Arno Werlang, julgado em 11/02/2009, *DOERS* 03/04/2009, p. 22).

⁵³³ SOUZA, Motaui Ciocchetti. *Interesses difusos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 44.

das rochas correspondentes, são causados danos ambientais. Como devem ser diferenciados os eventos pelas atividades exercidas, diante do agravamento dos danos em decorrência do negócio, o proprietário do primeiro morro responderá civilmente. A mesma conclusão não vale para o proprietário do segundo morro.⁵³⁴ O raciocínio é lógico, sintonizado com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, abstraídos da isonomia constitucional (art. 5º, *caput*, da CF/1988).

Em suma, os eventos totalmente externos ao negócio ou atividade devem ser admitidos como excludentes do nexo e da responsabilidade ambiental. Por isso, verifica-se que o sistema nacional não adotou o risco integral, mesmo na responsabilidade por danos ao ambiente, eis que algumas excludentes são admitidas. Por exemplo, prevalecendo o risco integral, um eventual bom proprietário, que sempre conservou determinada área verde, seria punido por um raio que destruísse uma das árvores.⁵³⁵ A conclusão, como se vê, é totalmente absurda, ferindo a lógica do razoável.

Concluindo, a questão ambiental deve ser resolvida pela teoria do risco-proveito, pelo risco criado, pelo risco administrativo – se o dano for causado pelo Estado ou por um dos seus agentes – ou até pelo risco profissional.⁵³⁶ Em suma, nos casos de danos causados ao meio ambiente, a solução não é fixa, mas variável, de acordo com as mais diversas teorias relativas ao risco. De qualquer forma, nota-se uma responsabilidade objetiva agravada ou aumentada pela não admissibilidade de excludentes, como o fato exclusivo de terceiro e o fato exclusivo da vítima.

Superado o estudo das várias modalidades de risco, parte-se para a devida abordagem do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, dispositivo basilar para a conclusão categórica que aqui se propõe.

3.3. O RISCO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002. ANÁLISE DO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002 E SUA CONCREÇÃO PRÁTICA

Uma das mais comentadas e estudadas alterações do Código Civil de 2002 refere-se à introdução do parágrafo único ao art. 927, passando a prever, em termos gerais, a

⁵³⁴ SOUZA, Motaury Ciochetti. *Interesses difusos em espécie*, cit., p. 44.

⁵³⁵ O exemplo é de José Fernando Simão, transmitido em conversa informal.

⁵³⁶ Concluindo pela aplicação do *risco criado*, diante de uma atividade assumida pelo agente quanto ao exercício, e não do risco integral, ver: PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. Breve análise acerca do nexo causal na responsabilidade civil ambiental. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 14, 2007.

responsabilidade sem culpa ou objetiva. É cediço que o *caput* do comando legal trata da responsabilidade com culpa ou subjetiva como regra, ao dispor que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Isso, relembre-se, porque o comando legal faz menção ao ilícito previsto no art. 186, no qual foi adotado o modelo culposo. Cumpre esclarecer que nesse *caput* ainda consta indiretamente a responsabilidade objetiva, pela previsão relativa ao abuso de direito, tido como ilícito equiparado e gerador de uma responsabilidade sem culpa, eis que foi consagrado o modelo objetivo-finalístico.⁵³⁷

Enuncia o parágrafo único do art. 927, como exceção ao modelo da culpa, 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”. O dispositivo teve redação elaborada pelo próprio Miguel Reale, como ele mesmo assume em um de seus estudos.⁵³⁸ Esse fato real é exposto por Mário Luiz Delgado, ex-assessor do Deputado Ricardo Fiúza, com participação efetiva na elaboração da atual codificação privada brasileira.⁵³⁹ De acordo

⁵³⁷ Nesse sentido, o Enunciado n. 37, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal: “Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”. Na doutrina nacional, são partidários da tese segundo a qual a responsabilidade decorrente do abuso de direito é objetiva, entre outros: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. I, cit., p. 371-372; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., p. 219; DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2007. p. 124; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*, v. I, p. 448; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria geral, cit., p. 479; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 7. ed., cit., p. 143; BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*, cit., p. 135-143; JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 125. Merecem destaque as anotações de Tepedino, Barboza e Bodin de Moraes: “No direito civil contemporâneo, ao contrário, a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional” (TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloisa Helena. *Código Civil Interpretado segundo a Constituição da República*, v. II, cit., p. 342). Anote-se que outrora nos filiamos a esta corrente: TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 92.

⁵³⁸ REALE, Miguel. *A história do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005. p. 21.

⁵³⁹ Expõe Mário Luiz Delgado em sua dissertação de mestrado, defendida na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da professora Maria Helena Diniz: “A própria concepção de um título específico dentro do Livro I da Parte Especial para concentrar a matéria de responsabilidade civil (Título IX) coube a Miguel Reale. E também de sua autoria é a redação do atual art. 927, que contempla a responsabilidade objetiva do autor do dano nos casos especificados em lei e a responsabilidade também objetiva, decorrente da teoria do risco, sempre que o risco for produto de atividade lucrativa e dele decorrer dano para alguém, embora não desejado. Pode-se afirmar, sem exageros, ser esta a grande novidade a ser destacada na disciplina da responsabilidade civil. A despeito de a regra geral continuar sendo a da responsabilidade subjetiva, passa o Código, por proposta de Miguel Reale, a prever hipóteses de responsabilidade objetiva, não somente em função de previsão legal, como era no sistema anterior, mas também em função da atividade desenvolvida pelo autor do dano, sempre que for considerada de risco para os direitos de outrem. O Professor não chegou a definir, nem ao menos exemplificar, as

com os dizeres de Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Branco, na essência da nova norma está a noção de *estrutura social*, tão cara a Miguel Reale, em que se leva em conta *valorações sociais conceituais*.⁵⁴⁰

Aprofundando a sua análise, o novel dispositivo tem duas partes separadas pela conjunção alternativa “ou”, o que demonstra que, em termos gerais, a responsabilidade objetiva pode ter duas origens na realidade privada. Em suma, são dois casos totalmente distintos de responsabilidade sem culpa. Ressalte-se que esse tratamento diferenciado tem gerado criações doutrinárias para a devida orientação didática e metodológica.⁵⁴¹

Na primeira parte, enuncia-se que a responsabilidade sem culpa decorre dos casos previstos em lei, o que não representa qualquer novidade. Antes mesmo da entrada em vigor da nova codificação privada, leis especiais previam essa modalidade de responsabilização, caso do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/1981), no presente estudo analisados.

Na segunda parte do parágrafo único do art. 927 está a grande inovação, que deve ser estudada de forma mais aprofundada. Prevê a norma que haverá responsabilidade civil, independentemente de culpa, quando a *atividade* normalmente desempenhada pelo autor do dano implicar, por sua natureza, *risco* aos direitos de outrem. Trata-se da consagração da chamada *cláusula geral de responsabilidade objetiva*, consubstanciada pela soma das expressões “atividade” e “risco”, destacadas no texto citado.⁵⁴² Há um alargamento

chamadas ‘atividades de risco’. Em alguns casos, a tipificação é óbvia (ex.: postos de gasolina, refinarias, distribuidoras de combustíveis e quaisquer outras empresas que exerçam atividades de manejo de inflamáveis, empresas de vigilância, transporte de valores, fábricas de produtos tóxicos, de fogos de artifício, de armamentos etc.). Em outros, caberá ao juiz definir, com base nas circunstâncias do caso concreto, se determinada atividade causadora de dano poderia ser considerada ‘atividade de risco’, para fins de caracterização da responsabilidade objetiva. A redação originalmente proposta por Reale era a seguinte: ‘Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. ... e ...), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Todavia, 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, salvo se comprovado o emprego de medida preventiva tecnicamente adequada’. A única modificação ocorrida posteriormente foi a supressão da cláusula final, a nosso ver injustificável, pois excluiu a possibilidade de o agente, mediante a inversão do ônus da prova, exonerar-se da responsabilidade se provar que adotou todas as medidas aptas a evitar o dano” (DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. Uma história dos bastidores do Código Civil. No prelo – trabalho enviado a este autor por mensagem eletrônica).

⁵⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, cit., p. 128.

⁵⁴¹ Fábio Ulhoa Coelho utiliza interessante diferenciação. Para ele, a responsabilidade objetiva prevista em lei pode ser denominada *responsabilidade objetiva formal*; a decorrente da atividade de risco, *responsabilidade objetiva material* (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2: Obrigações e responsabilidade civil, p. 343).

⁵⁴² A difusão correta do termo pode ser atribuída, entre outros, a Gustavo Tepedino (A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal, cit., p. 195). Tem-se notado uma utilização incorreta do termo *cláusula geral* na prática doutrinária nacional. De acordo com

interessante a respeito da incidência da responsabilidade objetiva, que, a despeito da crítica de alguns, não gerou até o momento temerosos excessos por parte dos aplicadores do Direito.⁵⁴³

Não se pode olvidar a influência sofrida pelo dispositivo por normas constantes do Código Civil Português e do Código Civil Italiano.⁵⁴⁴ Nesse contexto, é possível afirmar que as duas codificações europeias representam marcos teóricos fundamentais em relação à codificação brasileira de 2002, especialmente no que se refere ao direito das obrigações e à responsabilidade civil. Se o Código Civil de 1916 sofria claras decorrências da codificação francesa de 1804, o Código Civil de 2002 é influenciado pela codificação italiana de 1942 e pela codificação portuguesa de 1966, o que justifica a linha de pesquisa adotada por este estudo.

Destaque-se, com essa confrontação, a existência de obra coletiva publicada na Itália em 2003, pela Universidade de Foggia, que procurou *desvendar* algumas das inovações do então Novo Código Civil Brasileiro.⁵⁴⁵ A respeito da responsabilidade civil, merecem relevo o artigo escrito por Giovanni Iudica, italiano, e o estudo de Jorge Sinde Monteiro, português. Ao tratar do art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, Giovanni Iudica afirma categoricamente que a norma brasileira é homóloga à disposição

os ensinamentos de Judith Martins-Costa, Gerson Luiz Branco e Karl Engisch, pode-se afirmar que as cláusulas gerais são janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do direito caso a caso (MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, cit.; ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964). Ora, não se pode dizer que “determinada norma é uma cláusula geral”, como é comum. Assim, é incorreta a dicção: “O art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 é uma cláusula geral”. Em verdade, o que constitui uma cláusula geral é a expressão *atividade de risco*, que dele pode ser retirada. Para auxiliar na compreensão, não se pode dizer que o art. 421 do Código Civil de 2002 é uma cláusula geral (“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”). A expressão *função social do contrato* é um conceito aberto, a ser preenchido pelo aplicador de acordo com as circunstâncias casuísticas, ou seja, uma cláusula geral, na sua acepção técnico-jurídica.

⁵⁴³ Conforme sinaliza Venceslau Tavares Costa Filho a respeito de um eventual temor, “O temor pelo abuso na remissão à cláusula geral em questão não infundado, de modo que a concretização desta não pode se circunscrever a um ativismo judicial, no qual o juiz possa eleger um critério estritamente pessoal, posto que o direito se apresente com um sistema aberto e móvel. Destarte, deve o magistrado voltar-se para as concepções comuns à comunidade, acerca do que se entende por periculosidade, assim como deve levar em consideração entendimentos trazidos pela jurisprudência a respeito” (COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A cláusula geral de responsabilidade objetiva do Código Civil de 2002: elementos para uma tentativa de identificação dos pressupostos para a aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC 2002. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*. Coordenação de Rogério Donnini e Celso Antonio Pacheco Fiorillo. São Paulo: Fiúza, v. 2, abr./jun. 2009. p. 288).

⁵⁴⁴ A influência é notada por Anderson Schreiber, que defendeu sua tese de doutorado em solo italiano, na Universidade de Molise (*Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 21-22). Também observa tais decorrências Claudio Luiz Bueno de Godoy, em sua tese de livre-docência defendida perante a Universidade de São Paulo em 2008 (*Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 42-48).

⁵⁴⁵ CALDERARE, Alfredo (a cura di). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Università Degli Studi di Foggia. Facoltà di Giurisprudenza. Milano: Giuffrè, 2003.

do art. 2.050 do Código Civil Italiano.⁵⁴⁶ Para Jorge Sinde Monteiro, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro constitui uma “importante nota de modernidade”, inspirada em outras legislações, caso do anteprojeto suíço.⁵⁴⁷

No que concerne ao Código Lusitano, dispõe o art. 493º, item 2, que “Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, 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”. Afirmar-se no sistema português que o dispositivo consagra uma modalidade de culpa presumida, e não uma responsabilidade sem culpa, até porque é possível afastar o dever de indenizar com a prova de que todas as medidas foram tomadas pelo agente para evitar o prejuízo.⁵⁴⁸ Todavia, podem ser encontradas afirmações doutrinárias portuguesas no sentido de que a responsabilidade pela atividade perigosa tem natureza objetiva.⁵⁴⁹

No Direito Lusitano sustenta-se que o risco a gerar essa presunção de culpa é tido como aquele relativo a uma atividade que “tenha ínsita ou envolva probabilidade maior de causar danos do que a verificada nas restantes actividades em geral”.⁵⁵⁰ São exemplos que podem ser retirados da doutrina portuguesa a fabricação de explosivos, o transporte de combustíveis, a navegação marítima ou aérea, entre outros.⁵⁵¹ Houve uma grande

⁵⁴⁶ IUDICA, Giovanni. Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo Código Civil brasileiro. In: CALDERARE, Alfredo (a cura di). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*, cit., p. 300.

⁵⁴⁷ MONTEIRO, Jorge Sinde. Responsabilidade civil: O novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes, às actuais discussões de reforma na Europa. In: CALDERARE, Alfredo (a cura di). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*, cit., p. 313.

⁵⁴⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 10. ed., cit., p. 587-588; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, cit., p. 324-325.

⁵⁴⁹ É o que se pode deduzir da obra escrita em coautoria por Pires de Lima e Antunes Varela, merecendo destaque o seguinte trecho: “A responsabilidade pelo risco, ou objectiva, na designação corrente dos autores, caracteriza-se por não depender de culpa do agente. A obrigação de indemnizar nasce do risco próprio de certas actividades e integra-se nelas independentemente de dolo ou culpa. Os casos de responsabilidade objectiva têm carácter excepcional, como se diz no nº 2 do artigo 483º, não podendo as disposições que os admitem aplicar-se por analogia (art. 11º)” (*Código Civil anotado*, v. I, p. 505).

⁵⁵⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 10. ed., cit., p. 587-588.

⁵⁵¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, cit., p. 594.

Aplicando o dispositivo a explosões causadas em rocha, pode ser transcrita a recente ementa do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal: “Em acção de indemnização, fundada em responsabilidade civil por factos ilícitos, em que os autores reclamam indemnização por danos materiais causados pelos réus, no exercício de uma actividade perigosa, em prédio de que aqueles se arrogam donos, por sucessão *mortis causa*, e onde habitam, o invocado direito de propriedade sobre o prédio não constitui o objecto da acção (como nas acções reais, *maxime* na de reivindicação), apenas integrando a respectiva causa de pedir. 2. Assim, a prova de que são donos do prédio e, por via disso, titulares do direito de indemnização, basta-se com a junção de certidão, comprovativa de que o prédio lhes foi adjudicado em partilha judicial, homologada por sentença transitada em julgado, não lhes sendo exigível a prova da aquisição originária do domínio por parte dos seus antecessores. 3. O estabelecimento ou a determinação do nexo de causalidade naturalística entre o facto e o dano constitui matéria de facto da exclusiva competência das instâncias, que o Supremo, enquanto tribunal de revista, não pode sindicar. 4. Tendo, para a implantação de uma construção, sido efectuados rebentamentos de rocha com explosivos, ao longo de cerca de sete meses, sendo as explosões fortes, verificadas durante a semana, em número de três e por vezes quatro por

discussão, em Portugal, a respeito da incidência da norma nos transportes terrestres e na circulação de automóveis, prevalecendo a tese de sua não subsunção.⁵⁵²

No que concerne ao Código Italiano, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro foi influenciado pelo art. 2.050 do *Codice*, *in verbis*: “Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un’attività 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”.⁵⁵³

Todavia, insta demonstrar que há claras diferenças em relação ao sistema italiano. De início, porque neste, segundo a doutrina clássica, foi adotado o modelo de presunção relativa de culpa pela menção da exclusão de responsabilidade quando os meios idôneos e diligentes forem adotados pelo autor do dano, o que se *denomina prova liberatória da responsabilidade*.⁵⁵⁴ Como leciona Giovanni Iudica em seu estudo de comparação, o art.

dia, provocando, pelo seu ruído, sustos e vibrações, e causando, durante esse período, nos autores, que viviam a cerca de 350 metros do local das explosões, intranquilidade e ansiedade, ausência de bem-estar físico e psíquico, estamos perante danos não patrimoniais por estes sofridos, e indemnizáveis porque, pela sua gravidade objectiva, se ajustam ao rigor limitativo da lei (art. 496º/1 do CC), merecendo a tutela do direito. 5. No n.º 2 do art. 493º do CC estabelece-se uma presunção de culpa para quem, no exercício de uma actividade perigosa, causar danos a outrem, só ficando o lesante exonerado da responsabilidade se provar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias para evitar a produção de tais danos. 6. É insuficiente a observância dos deveres inerentes à normal diligência, pois onde a periculosidade está insita na acção há o dever de proceder tendo em conta o perigo; o dever de evitar o dano torna-se, assim, mais rigoroso, quando se actua com a nítida previsão da sua possibilidade, pelo que o sujeito deve adoptar, mesmo que com sacrifícios, todas as medidas aptas para evitar o dano” (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Rel. Santos Bernardino, número do documento: SJ200903120040102, data do acórdão: 12/03/2009, votação: unanimidade, meio processual: revista, decisão: concedida parcialmente revista. Disponível em: <<http://www.stj.pt/?idm=43>>. Acesso em: 29 abr. 2009).

⁵⁵² VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, cit., p. 595-597. Cita o clássico doutrinador lusitano decisão do Supremo Tribunal de Justiça Português, de 21 de novembro de 1979, em que se concluiu pela não aplicação do art. 493º, item 2, para os transportes terrestres. A ementa de resumo, com alguns votos discordantes, foi assim gerada: “O disposto no art. 493º, nº 2, do Código Civil, diz-se no assento, não tem aplicação em matéria de acidentes de circulação terrestre” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I, cit., p. 597). Em julgado recente, do mesmo Tribunal, consta a seguinte conclusão: “Afastado há mais de duas décadas o entendimento, que levou a intenso debate na doutrina e na jurisprudência, que via na circulação rodoviária uma actividade perigosa a impor uma presunção de culpa pelos danos causados ao detentor do veículo (artigo 493.º, nº 2 do Código Civil), afastamento consagrado com o Assento nº 1/80, de 21 de Novembro de 1979 in *Diário da República* nº 24 de 1-1-1980 que excluiu os acidentes de circulação terrestre da previsão do artigo 493.º, nº 2 do Código Civil, hoje, numa outra perspectiva, reacende-se a questão de saber se, no âmbito da sinistralidade rodoviária, não devemos considerar, porque sempre presente o risco, necessariamente presumida a causalidade determinada pelo risco. [...]. Tal presunção seria ilidível mediante a prova de que o acidente foi devido unicamente ao próprio lesado ou a terceiro ou exclusivamente a causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo (artigo 505.º do Código Civil)” (Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, Rel. Salazar Casanova, número do documento: SJ200901200038076, data do acórdão: 20/01/2009, votação: unanimidade, meio processual: revista, decisão: concedida a revista. Disponível em: <<http://www.stj.pt/?idm=43>>. Acesso em: 29 abr. 2009).

⁵⁵³ Como tradução livre deste autor, pode-se ter: “Aquele que causa dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios empregados, é obrigado ao ressarcimento, se não provar ter tomado todas as medidas adequadas a evitar o dano”.

⁵⁵⁴ A respeito de ter sido adotado o modelo de culpa presumida pelo art. 2.050 do *Codice*, ver: CENDON, Paolo. *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1655-2059. Torino: UTET, 1991. v. 4, p. 2087; CIAN, G.;

927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro representa um avanço em relação ao art. 2.050 do *Codice* justamente porque evita introduzir um elemento de tipo subjetivo – culposo –, tratando-se de verdadeira hipótese de responsabilidade objetiva, sem culpa.⁵⁵⁵ Consigne-se, entretanto, que há resistências no entendimento em relação à norma italiana, pois alguns doutrinadores sustentam que a norma consagra a responsabilidade objetiva ou sem culpa, o que é tema de enorme discussão naquele sistema jurídico.⁵⁵⁶

Como outra diferença, o Código Italiano menciona uma *attività perigosa, que é mais do que uma attività de rischio*, diante de uma intensidade maior.⁵⁵⁷ Como se afirma entre os italianos, a periculosidade deve consistir em uma potencialidade lesiva de grau superior ao normal.⁵⁵⁸ De acordo com as lições de Massimo Franzoni, a caracterização da atividade perigosa deve ser *preferencialmente quantitativa*, servindo como critério *a quantidade de rischio ou perigo que se gera*.⁵⁵⁹ Todavia, entram em cena, do mesmo modo,

TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 1692-1693. Giuseppe Monateri afirma ter sido adotado um modelo intermediário, entre a culpa e a responsabilidade objetiva, ou seja, de culpa por presunção (MONATERI, Pier Giuseppe. *Illecito e responsabilità civile*. Diretto da Mario Bessone. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. t. II: Trattato de diritto privato, p. 84). Essa já era a opinião de Adriano de Cupis (CUPIS, Adriano. *Commentario del Codice Civile*. A cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Libro Quarto. Delle Obbligazioni. Art. 1992-2059. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, Ristampa della prima edizione, 1964. p. 330). Entre os brasileiros, Anderson Schreiber, na sua leitura do dispositivo e conforme tese de doutoramento defendida na Itália, também conclui pelo modelo de presunção de culpa (*Novos paradigmas da responsabilidade civil*, cit., p. 22).

⁵⁵⁵ IUDICA, Giovanni. Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo Código Civil brasileiro. In: CALDERARE, Alfredo (a cura di). *Il Nuovo Codice Civile brasiliano*, cit., p. 300.

⁵⁵⁶ Essa é a opinião, por exemplo, de Francesco Galgano (*Diritto privato*. 3. ed. Padova: Cedam, 1985. p. 351). Massimo Franzoni, em obra acurada sobre o tema, demonstra que existem debates contundentes a respeito da natureza da responsabilidade decorrente do art. 2.050 do Código Italiano, prevalecendo realmente a tese da presunção de culpa. Todavia, cita autores como Paccioni e Trimarchi, que sustentam a adoção da ausência de culpa, fundada no risco. A conclusão pessoal do jurista é por um modelo intermediário, entre a culpa e uma mera relação de causalidade (FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva II. Il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*. Padova: Cedam, 1995 (I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale. Collana diretta da Francesco Galgano, p. 247-248).

⁵⁵⁷ A clara diferença em relação aos conceitos de risco e perigo foi observada com precisão, no Brasil, por Ney Maranhão, merecendo destaque: “Todavia, no caso brasileiro, houve um importante desprendimento, um traço mesmo de audácia, já que, no enunciado legal, percebe-se haver um deliberado desvencilhar com relação à clássica ideia de *perigo*, porquanto em nosso dispositivo há simplesmente referência textual à figura do *risco*, medida importante e que suscita considerável ampliação da moldura legal. Nessa esteira – já até dissemos –, o conceito de *atividade de risco* há de ser compreendido não apenas como *atividade perigosa*, mas, indo bem mais longe, também deve abarcar toda *atividade que induza risco*, fator que diferencia a cláusula pátria das demais do mundo – salvo quanto à suíça, que contém disposição semelhante” (MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade*. São Paulo: GEN/Método, 2010. p. 273).

⁵⁵⁸ MONATERI, Pier Giuseppe. *Illecito e responsabilità civile*, cit., p. 95. Dois critérios concorrentes são apontados pelo doutrinador para tanto: *a)* levar-se em consideração a quantidade de danos habitualmente causados pela atividade em questão; *b)* ter-se em conta igualmente a gravidade dos prejuízos ameaçados. Em síntese, diz Monateri que a atividade será perigosa quando, por cálculos estatísticos, causar muitos incidentes e trazer ameaças de prejuízos muitos graves (*Illecito e responsabilità civile*, cit., p. 95-96).

⁵⁵⁹ FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva II. Il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*, cit., p. 142.

critérios qualitativos, como a magnitude e a gravidade do dano causado.⁵⁶⁰ Aduz o jurista italiano que uma atividade pode causar um grande número de acidentes e nem por isso ser perigosa. Ilustra que outra atividade pode ser considerada perigosa porque *potencialmente* pode causar destruições gravíssimas, apesar da probabilidade de acidentes ser reduzida, como ocorre com as atividades nucleares.⁵⁶¹

Em reforço, o perigo, segundo a doutrina clássica italiana de Cian e Trabucchi, deve ser objetivamente ínsito à atividade desenvolvida.⁵⁶² Na mesma linha, da obra organizada por Paolo Cendon extrai-se que isso significa que atividades normalmente não perigosas podem se tornar perigosas, diante dos instrumentos utilizados, sempre que tal periculosidade seja estritamente intrínseca, como é comum nas atividades fabris.⁵⁶³ Partilhando do mesmo raciocínio, entre os contemporâneos, afirma Massimo Bianca que, se o perigo não é intrínseco à atividade ou aos meios adotados, derivando ocasionalmente da negligente modalidade do seu exercício, a atividade não deve ser qualificada como perigosa, não incidindo a comentada norma.⁵⁶⁴

Partindo para a efetividade prática, podem ser citados como exemplos jurisprudenciais italianos as concreções que envolvem a caça, o serviço de teleférico, a atividade futebolística, a produção e a distribuição de gás em botijões e de energia elétrica, a atividade de construção de edifícios, as operações portuárias e a produção de medicamentos.⁵⁶⁵ No sistema italiano também acabou por se concluir que a norma do art. 2.050 não se aplica à circulação de veículos.⁵⁶⁶

Discorrendo sobre o dispositivo italiano, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka vislumbra no comando um fundamento para a sua *responsabilidade pressuposta*, a partir da ideia de *mise en danger*, desenvolvida por Geneviève Schamps.⁵⁶⁷ De acordo

⁵⁶⁰ FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva II*. Il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli, cit., p. 142-143.

⁵⁶¹ FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva II*. Il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli, cit., p. 142-143.

⁵⁶² CIAN, G.; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 1693.

⁵⁶³ CENDON, Paolo. *Commentario al Codice Civile*, cit., p. 2091.

⁵⁶⁴ BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*, v. 5, cit., p. 705.

⁵⁶⁵ CIAN, G.; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 1693; BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*, v. 5, cit., p. 705-706.

⁵⁶⁶ CUPIS, Adriano. *Commentario del Codice Civile*, cit., p. 330; CIAN, G.; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 1.693; MONATERI, Pier Giuseppe. *Illecito e responsabilità civile*, cit., p. 90. A conclusão foi nesta esteira, uma vez que há um dispositivo específico a tratar da responsabilidade pela circulação de veículos, qual seja, o art. 2.054 do *Codice*, que também adotou um sistema de presunção da culpa.

⁵⁶⁷ “Geneviève Schamps descreve que este dispositivo do Código Civil italiano, o art. 2.050, apreendeu a noção de *mise en danger* – a sua concepção de critério padrão de caracterização do dever de indenizar – na conotação geral” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 286).

com as palavras da professora da Universidade de São Paulo: “A *mise en danger*, assim, e sob o foco do legislador que concebeu a regra do art. 2.050, corresponde ao exercício de uma atividade perigosa para terceiros, em razão de sua natureza ou da natureza dos meios empregados. A realização desta *mise en danger* traduz-se pelos danos sofridos por pessoas estranhas ao exercício desta atividade. Só esta realização dos danos – e não a *mise en danger*, em si, e enquanto tal – é que se demonstra suscetível de indenização, incumbida ao agente empreendedor”.⁵⁶⁸ Mais à frente, citando novamente Geneviève Schamps, Giselda Hironaka demonstra a dúvida doutrinária referente do art. 2.050 do Código Italiano, a respeito de tratar-se de uma hipótese de responsabilidade subjetiva ou objetiva. E conclui que o legislador italiano preferiu uma solução intermediária, de culpa presumida, uma vez que “manteve a culpa como fundamento da responsabilidade, mas deixou a cargo do agente a prova liberatória da imputação estabelecida, ampliando, com isso, a própria carga de dever que lhe foi imposta, pela inversão do ônus que determinou”.⁵⁶⁹

Contudo, não se olvide das críticas da autora belga e a evolução jurisprudencial em relação ao art. 2.050 do Código Civil Italiano, no sentido de tratar-se não mais de uma culpa presumida, mas, sim, de uma responsabilidade presumida ou pressuposta.⁵⁷⁰ Conforme restou evidenciado, a discussão sempre existiu e continua presente na temática do Direito Privado Italiano.

Em suma, a conclusão é a de que o nosso comando legal foi apenas influenciado pelos dispositivos alienígenas citados, mas não se afigura como reprodução dos dois dispositivos. Pode-se até afirmar a existência de uma falsa impressão ou de um *falso cognato*, conforme se diz em meios de estudos linguísticos. De qualquer sorte, parece correto dizer que o art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro é o ponto de partida para o reconhecimento de uma responsabilidade pressuposta no futuro, como quer Giselda Hironaka, diante de todas as evoluções que podem nascer de suas interpretações e discussões, teóricas e práticas.

Voltando ao comando nacional, é preciso *desmontar* a segunda parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, por meio da exposição dos requisitos de sua

⁵⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 291.

⁵⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 293.

⁵⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 295. De acordo com a professora da Universidade de São Paulo, “Como se uma espécie de responsabilidade pressuposta. Nem fundada na culpa, nem derivada do risco. Objetivada, mas com precauções. Os freios de expansão bem puxados, controlando os casos de aplicação e restringindo a esfera de abrangência” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 295-296).

incidência, bem como dos casos em que pode subsumir.⁵⁷¹ Ainda é fundamental determinar qual ou quais teorias referentes ao risco foram por ele adotadas. Isso porque o risco é inerente à *teoria do risco concorrente*, que na presente obra se propõe. Em suma, a norma em análise terá aplicação a casos abrangidos por este estudo.

Ab initio, o artigo em comento utiliza o termo “atividade”, que vem a ser uma soma de atos humanos, e não uma atuação isolada. De outro modo, pode-se dizer que vários atos que mantêm entre si uma correlação temporal e lógica, de forma coordenada, geram a atividade. Assim, como observado pela mais recente doutrina nacional relativa ao tema, os atos isolados, não coordenados entre si, estão fora da esfera de aplicação do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do Código Civil Brasileiro de 2002.⁵⁷²

A discussão do devido enquadramento do que seja uma “atividade” não é nova no Direito Brasileiro, eis que, pelo que consta do art. 3º, *caput*, da Lei n. 8.078/1990, somente será fornecedor aquele que desempenha uma atividade, entre outras, de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Alguém que assim atue, de modo isolado, não pode ter contra si a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como na hipótese de quem vende bens pela primeira vez, ou esporadicamente, com ou sem o intuito concreto de lucro.⁵⁷³

Em reforço no tocante à experiência legal, para a caracterização do empresário consta do art. 966 do Código Civil o requisito do exercício da atividade econômica.⁵⁷⁴ Na doutrina empresarial, merecem atenção os comentários no sentido de que não se pode falar em atividade quando há o ato ocasional de alguém, mas, sim, em relação àquele que atua “de modo sazonal ou mesmo periódico, porquanto, neste caso, a regularidade dos intervalos temporais permite que se entreveja configurada a habitualidade”.⁵⁷⁵ A conclusão

⁵⁷¹ Fazendo esse *desmonte* de forma satisfatória, na doutrina nacional, confira-se: MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade*, cit., p. 253-286.

⁵⁷² O elemento coordenação na atividade é muito bem observado em: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 55-57.

⁵⁷³ Como bem observa José Fernando Simão, há o requisito da habitualidade: “O sujeito que, após anos de uso do carro, resolve vendê-lo, certamente não será fornecedor nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, se o mesmo sujeito tiver dezenas de carros em seu nome e habitualmente os vender ao público, estaremos diante de uma relação de consumo e ele será considerado fornecedor” (SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 38).

⁵⁷⁴ CC/2002. “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente *atividade econômica* organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” (Grifo nosso).

⁵⁷⁵ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008. t. XI, p. 84.

é semelhante no que toca ao requisito da atividade constante da segunda parte do parágrafo único do art. 927 da mesma codificação.⁵⁷⁶

Voltando ao *desmonte* ou *destrinche* do art. 927, parágrafo único, utiliza-se o termo “normalmente desenvolvida” para qualificar a atividade do autor do dano. Isso deixa claro que o que se desenvolve não é anormal, ou seja, pode-se pensar em uma atividade lícita, regulamentada e permitida pelo ordenamento jurídico. Constata-se, assim, uma hipótese de responsabilização civil por atos que podem se revelar, em um primeiro momento, lícitos, como é o caso da atividade de uma empresa. Essa responsabilização por atos lícitos não é nova na codificação nacional, eis que o Código Civil de 1916 previa a responsabilização daquele que agiu em estado de necessidade ou para remover um perigo iminente – prestes a acontecer –, o que foi reproduzido pela atual codificação privada.⁵⁷⁷

O Código de Defesa do Consumidor igualmente parece consagrar a responsabilidade civil por atos lícitos, oferecidos no mercado de consumo. Para ilustrar, a atividade de colocar um brinquedo no mercado é lícita; todavia, se esse brinquedo apresentar um problema de mau funcionamento, estará presente o vício de qualidade do produto, respondendo o fabricante e o comerciante solidariamente nos termos do art. 18, *caput*, da Lei n. 8.078/1990.⁵⁷⁸ Ainda a título de exemplo, essa mesma atividade relativa ao

⁵⁷⁶ Observa Antonio Junqueira de Azevedo, comentando o art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “‘Atividade’, noção pouco trabalhada pela doutrina, não é ato, e sim **conjunto de atos**. ‘Atividade’ foi definida por Túlio Ascarelli como a ‘série de atos coordenáveis entre si, em relação a uma finalidade comum’ (*Corso di diritto commerciale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962. p. 147). Para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma **pluralidade de atos**; (ii) de uma **finalidade comum** que dirige e coordena os atos; (iii) de uma **dimensão temporal**, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo. A atividade, ao contrário do ato, não possui destinatário específico, mas se dirige *ad incertam personam* (ao mercado ou à coletividade, por exemplo), e sua apreciação é autônoma em relação aos atos que a compõem” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In: *Novos pareceres e estudos de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 400).

⁵⁷⁷ Era a redação do art. 1.519 do CC/1916: “Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo, que sofreu”. O estado de necessidade era previsto como ato lícito no art. 160, II, da codificação anterior (“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, a fim de remover perigo iminente”). A ideia de responsabilização daquele que agiu em estado de necessidade ou para remover um perigo iminente foi reproduzida pelo art. 929 do Código Civil em vigor, nos seguintes termos: “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”.

⁵⁷⁸ Lei n. 8.078/1990. “Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.”

brinquedo pode ocasionar danos morais e estéticos às crianças ou a outros consumidores, presente o *fato do produto*, respondendo, portanto, o fabricante, nos termos do art. 12, *caput*, da citada norma consumerista.⁵⁷⁹ Nas duas situações expostas, a atividade desempenhada de forma lícita em um primeiro momento gerou o ilícito pelo dano e pela lesão de direito alheio. Esse é o mesmo espírito do art. 927, parágrafo único, do Código, quando menciona a atividade normalmente desenvolvida ou desempenhada.

Repise-se que o próprio Código Civil de 2002 trata da responsabilidade civil pelos atos que se manifestam como lícitos em outra norma, pela vedação do abuso de direito e sua equiparação a ilícito puro, nos termos dos seus arts. 187 e 927, *caput*. Conforme se demonstrou, a partir das lições de Rubens Limongi França, *o abuso de direito é lícito pelo conteúdo e ilícito pelas consequências*. Em outras palavras, conclui-se que a ilicitude está na forma de sua execução, ou seja, ela se manifesta em um posterior momento. Em suma, responde-se por algo que é lícito, como é o caso de uma situação de abuso do exercício da propriedade em uma relação de vizinhança.

Por derradeiro, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil disciplina que essa atuação deve “implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Eis aqui o ponto fulcral de estudo para a aplicação da nova norma privada. O risco é criado a direitos de todos os tipos ou modalidades, sejam materiais ou imateriais. Pode-se ter risco, nesse sentido, a uma lesão patrimonial ou extrapatrimonial. Ilustrando, o risco pode ser de destruição de um imóvel alheio ou de clara lesão irreversível a um direito de personalidade, caso da honra e da boa fama.

Ato contínuo, note-se que o risco decorre da própria natureza da atividade, da sua própria essência.⁵⁸⁰ É o caso do risco derivado da atividade de uma indústria que fabrica fogos de artifício ou daquele que atua no âmbito empresarial e coloca no meio social um produto ou serviço potencialmente perigoso, ciente disso, por exemplo, o cigarro. Cite-se

⁵⁷⁹ Lei n. 8.078/1990. “Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.”

⁵⁸⁰ Essa é a conclusão a que chega Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao analisar o perigo mencionando no art. 2.050 do Código Civil Italiano: “Mas por periculosidade da atividade, cuja regência se opera por meio da regra do art. 2.050 do Código Civil italiano, deve-se entender o exercício da atividade potencialmente perigosa, em razão do elevado cometimento de danos que ela pode causar, seja em razão da sua natureza, seja em razão dos meios adotados para o seu exercício, independentemente da conduta daquele que a exerce. Distancia-se, portanto, a frágil ideia de que *mise en danger* refere-se a apenas uma simples circunstância ou atividade perigosa. A periculosidade, como refere Geneviève Schamps, não é mais apreciada de modo isolado; ela é intrínseca ao exercício da atividade e deve ser determinada caso a caso” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 297).

ainda a hipótese de serviços de diversão de alto risco, como pular de paraquedas, voar de asa-delta ou brincar no *bungee-jump*, um verdadeiro *ioiô humano*. Por igual, lustre-se com os esportes arriscados por excelência, como são as artes marciais. Ainda nesse sentido, as cirurgias médicas, em geral, representam uma forma de risco para o paciente.

Deve ficar claro que o risco é o *conceito mínimo*. Por óbvio, as atividades perigosas, mais do que arriscadas, estão abarcadas pelo dispositivo aqui estudado. Se o menos – o risco – gera a responsabilização objetiva, o mais – o perigo, também o faz.⁵⁸¹ Em suma, o risco é o *piso mínimo* para incidência da norma. A conclusão não seria esta se o Código Civil Brasileiro tivesse adotado a mesma expressão – *perigo* – que consta dos Códigos Italiano e Português. Por certo, caso se responda objetivamente pelo perigo – conceito maior e mais agravado –, não se pode deduzir que se responda da mesma forma pelo risco, que é conceito menor e menos agravado.⁵⁸²

No entanto, a grade dúvida que surge é: qual risco ao direito de outrem é capaz de gerar a responsabilidade civil objetiva? A melhor tese parece ser aquela que aponta a existência de um *risco excepcional*, extraordinário, acima da situação corriqueira de normalidade. Em outras palavras, como quer Claudio Luiz Bueno de Godoy, pode-se falar em um “risco diferenciado, especial, particular, destacado, afinal, se toda e qualquer prática organizada de atos em maior ou menor escala o produz”.⁵⁸³

Seguindo essa linha, na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, a comissão de obrigações aprovou o Enunciado n. 38, o qual dispõe que “a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.⁵⁸⁴ Desse modo, outras ciências auxiliares

⁵⁸¹ Claudio Luiz Bueno de Godoy, seguindo essa linha, fala em *risco perigo*, lembrando que já se sustentava, antes mesmo do projeto do atual Código Civil Brasileiro, que o risco estaria fundado na ideia de perigo (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 77-78).

⁵⁸² Leciona Antonio Junqueira de Azevedo que atividade de risco não é o mesmo que atividade perigosa. E arremata, com exemplos: “a atividade pode ser normal e, ainda assim, criar risco de dano a direito alheio (por exemplo, infecção quanto aos hospitais, pagamento de cheque com assinatura falsa quanto aos bancos, efeitos colaterais de remédio quanto à indústria farmacêutica etc. Não são atividades perigosas, as dos hospitais, bancos, indústrias em geral, etc., mas são atividades que criam risco para direitos alheios)” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). *Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso*. In: *Novos pareceres e estudos de direito privado*, cit., p. 400).

⁵⁸³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 97.

⁵⁸⁴ A proposta de enunciado, naquela ocasião, foi formulada pela juíza federal Maria Lúcia Lencastre Ursaia. É interessante notar que não foram feitas justificativas para o enunciado, como é comum nas *Jornadas de*

podem entrar em cena para a determinação do risco, como é o caso da matemática, da física e da estatística. Igualmente, podem ser utilizadas as máximas de experiência e a análise do contexto social. Exemplificando, nos grandes centros, sobretudo na cidade de São Paulo, todos esses parâmetros apontam para o fato de que a atividade desempenhada por um motoboy é arriscada ou, mais do que isso, perigosa.⁵⁸⁵

A construção constante do enunciado doutrinário é interessante e se justifica porque analisa o conceito de responsabilidade civil de acordo com a coletividade, ou seja, segundo a ideia de função social, da finalidade do instituto perante o meio que o cerca. Na jurisprudência, há decisão trabalhista mencionando expressamente o enunciado em sua ementa.⁵⁸⁶

Para que a questão fique bem clara, é interessante exemplificar, tendo em vista a realidade jurídica e social brasileira. De toda sorte, os exemplos buscados não podem ser enquadrados na primeira parte do art. 927, parágrafo único, do CC/2002, ou seja, em casos de responsabilidade objetiva previstos em lei. É preciso dar efetividade ou operabilidade ao dispositivo para que ele realmente tenha relevância na realidade privada nacional.⁵⁸⁷ Ademais, em alguns dos casos efetivos há mais do que mero risco, mas verdadeiro perigo.

A atividade de dirigir, em regra, não parece ser arriscada. Trata-se de uma atividade normal, da contemporaneidade. Dirigir, por exemplo, em uma rodovia do Estado de São Paulo é até um privilégio, apesar dos pedágios. As pistas são duplicadas, há postos avançados de fiscalização, socorro 24 horas por dia e até telefones para chamar a emergência. Todavia, em algumas unidades da federação não há esse privilégio: as pistas são esburacadas, há até falta de pista, o mato avança, não há policiamento e os assaltos são constantes. Nessas localidades, a atividade de dirigir pode ser considerada arriscada.

Direito Civil. Por isso, não foi possível analisar as razões da ementa doutrinária. As informações foram pesquisadas no site do Conselho da Justiça Federal em 28 de maio de 2009 (Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/>>).

⁵⁸⁵ Os riscos e perigos relativos ao cotidiano desses profissionais podem ser vistos no filme *Linha de Passe* (2008), que também analisa outros problemas relativos à vida paulistana. O filme foi dirigido por Walter Salles e Daniela Thomas.

⁵⁸⁶ TRT, 3ª Região, Recurso Ordinário n. 01754-2005-007-03-00-8, 2ª Turma, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, julgado em 27/02/2007, *DJMG* 07/03/2007.

⁵⁸⁷ Nos dizeres de Miguel Reale, como consta de sua exposição de motivos, o Código Civil de 2002 é fundado nos princípios da *eticidade*, da *socialidade* e da *operabilidade*. Pela eticidade, valoriza-se um padrão geral ético de boa conduta, relacionado à boa-fé objetiva. De acordo com a socialidade, os institutos civis passam a ter uma finalidade coletiva, e não um tom individualista, como imperava na codificação anterior. Por fim, a operabilidade tem dois sentidos. Primeiro, um sentido de facilitação dos institutos privados, como ocorreu, por exemplo, com o tratamento diferenciado da prescrição e da decadência. Segundo, o sentido de um Direito Civil concreto e efetivo, além de meramente teórico e técnico. Na busca dessa *concretude*, utilizando-se de construção de Reale, é preciso buscar dar um sentido de aplicação aos institutos que constam da atual codificação privada.

Os meios de transporte merecem uma anotação à parte no tocante ao risco, notadamente diante dos recentes acidentes aéreos ocorridos no Brasil, do qual merecem destaque três: um primeiro envolvendo a empresa Gol no ano de 2006; um segundo da empresa TAM, na cidade de São Paulo, em 2007; e um terceiro da *Air France*, no ano de 2009. Fica claro que se tem aumentado o risco de voar, o que foi amplamente debatido pelos órgãos de imprensa nacionais e internacionais após o último evento. Mesmo com tal realidade, o risco de voar é menor do que o de dirigir ou o de andar na rua. A revista *Época*, de 15 de junho de 2009, com base em estudos da agência norte-americana *National Safety Council*, expõe que o risco de acidente de avião é de um em 502 mil, enquanto o risco de acidente de carro é de um em 20 mil. Já o risco de ser atropelado na rua é de um em 49 mil.⁵⁸⁸

Sair à noite para diversão em uma cidade do interior ou uma cidade média não é algo arriscado, pois a violência generalizada não chegou até esses centros urbanos. Porém, nas grandes cidades brasileiras – por exemplo, São Paulo e Rio de Janeiro –, não se pode fazer a mesma afirmação. O risco aumenta conforme do tipo de diversão que se busca, podendo haver brigas generalizadas, rixas, assaltos, trocas de tiros ou agressões. Por óbvio, um restaurante ou um cinema é menos arriscado do que uma danceteria ou uma casa noturna.⁵⁸⁹ Também há maior risco quando se busca diversão em um jogo de futebol, sendo certo que os estádios brasileiros são ambientes potencialmente perigosos.

Trabalhar, em regra, não é uma atividade arriscada. Mais do que um fato corriqueiro, é uma necessidade da pessoa humana. Entretanto, em algumas situações, o

⁵⁸⁸ REVISTA ÉPOCA. Edição n. 578. Rio de Janeiro: Editora Globo, p. 86-87, 15 jun. 2009. A reportagem, que analisa a questão do risco de voar após o acidente com o voo 447 da *Air France*, demonstra outros cálculos interessantes daquela agência: a) risco de afogar-se na banheira: um em 862 mil; b) risco de tomar um choque elétrico fazendo a barba: um em 1 milhão; c) risco de levar uma queda na escada: um em 175 mil; d) risco de ataque de cachorro na calçada: um em 9,9 milhões; e) risco de ser assaltado à mão armada no caixa do banco: um em 24 mil. A notícia também analisa quais são os aviões mais arriscados quanto ao voo, levando-se em conta o histórico de acidentes e as decolagens. Os cinco mais perigosos segundo a reportagem são o 707/720, o DC-8, o F-28, o MD-11 e o A-310. Entre os modelos que geram menos risco, podem ser citados o A340, o A330, o 777, o 717 e o CRJ-700/9000.

⁵⁸⁹ Podem ser encontrados vários julgados referentes ao dever de indenizar por agressões praticadas em casas noturnas, inclusive pelos seguranças que ali trabalham. A título de exemplo: STJ, REsp n. 695.000/RJ, Processo n. 2004/0146745-1, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 03/04/2007, DJU 21/05/2007, p. 571; TJPR, Apelação Cível n. 0522077-5, Curitiba, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Rosana Amara Girardi Fachin, DJPR 08/05/2009, p. 308; TJBA, Recurso n. 121499-3/2006-1, 4ª Turma Recursal, Rel. Juíza Mary Angélica Santos Coelho, DJBA 16/03/2009; TJRS, Recurso Cível n. 71001582451, Santa Maria, 1ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. João Pedro Cavalli Júnior, julgado em 05/05/2008, DOERS 21/05/2008, p. 153; TJSP, Apelação Cível n. 519.496.4/6, Acórdão n. 2665058, Piracicaba, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, julgado em 18/06/2008, DJESP 02/07/2008; TJRJ, Acórdão n. 1067/2003, Rio de Janeiro, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Zveiter, julgado em 08/04/2003. Em algumas decisões foi utilizada a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, o que deve ser a regra.

trabalhador é exposto ao risco. Nas grandes cidades, repise-se o caso dos motoboys, que pilotam como loucos as suas motocicletas, eis que ganham por entrega e por produção. No meio urbano, ainda, a atividade de segurança privada é arriscada, sujeita a trocas de tiros e a lutas físicas. No meio rural pode ser ilustrado o caso dos boias-frias, os quais trabalham na colheita de cana, uma atividade árdua e pesada, além de sujeita a acidentes como cortes de facão e picadas de cobras. Ainda em tal ambiente, outra atividade arriscada é a do vaqueiro, que sai pelo sertão nordestino para cuidar do gado e buscar as reses que se perdem no meio da mata.

Partindo para os exemplos práticos efetivos e concretos de aplicação do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do Código Civil, na jurisprudência, a primeira hipótese a ser citada é a relação de trabalho, sobretudo nos acidentes de trabalho. Tem-se aplicado amplamente no Brasil a regra à responsabilidade civil direta do empregador, para concluir que a sua responsabilidade será objetiva, havendo danos aos trabalhadores ou empregados, pois os últimos estão sujeitos a uma atividade de risco por ele desenvolvida. O tema é interdisciplinar, envolvendo diálogos entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, na esteira do que foi defendido como norte orientador do Direito Privado Contemporâneo no Capítulo 1.

Deve ficar claro que o âmbito de incidência é o de *responsabilidade direta* do empregador, e não o de *responsabilidade indireta*, por ato do seu empregado, comissário ou preposto. Esta última responsabilidade também é objetiva, pelo que consta do art. 932, III, conjugado com o art. 933 do Código Civil, dispositivos aqui estudados. A *responsabilidade direta* envolve o desrespeito a normas de segurança e medicina do trabalho, os atos de negligência da própria empresa (por exemplo, não treinar adequadamente os empregados), a imprudência da empresa nos seus atos de direção, entre outros atos tidos como eventos típicos geradores de *acidentes de trabalho*.⁵⁹⁰

⁵⁹⁰ Álvaro Villaça Azevedo expõe escorço histórico a respeito da evolução legislativa sobre o tema do acidente do trabalho no Brasil (*Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, 11. ed., p. 271). Cita que a primeira norma a tratar do assunto foi o Decreto-lei n. 7.036/1944, que consagrava um sistema de seguro (art. 30) ao lado do dever de indenizar decorrente de responsabilidade subjetiva (art. 31). Menciona que o regulamento da Lei de Acidentes do Trabalho foi aprovado pelo Decreto n. 18.809, de 1945. Posteriormente, destaca o surgimento da Lei n. 5.316/1967, que integrou o seguro de acidentes do trabalho na previdência social, bem como da Lei Acidentária n. 6.367/1976, ainda em vigor, a qual determina que a indenização por acidentes seja paga pela Previdência Social, independentemente da indenização de Direito Comum, devida pelo empregador em casos de dolo ou culpa grave. Cumpre lembrar que a última norma apenas confirmou o teor da Súmula n. 229 do STF, *in verbis*: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador”. De toda essa evolução, culminou-se o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988, que consagra a responsabilidade civil subjetiva do empregador, seja qual for o grau de culpa (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, 11. ed., p. 272).

Como nota de comparação de sistemas, consigne-se que a doutrina e a jurisprudência portuguesa têm entendido pela aplicação do art. 499º do Código Português aos acidentes de trabalho, a gerar a responsabilidade objetiva do empregador.⁵⁹¹ Esse dispositivo dispõe que “São extensivas aos casos de responsabilidade pelo risco, na parte aplicável e na falta de preceitos legais em contrário, as disposições que regulam a responsabilidade por factos ilícitos”. Desse modo, o risco, e não o perigo, tem fundamentado a responsabilidade do empregador no sistema lusitano.

Ato contínuo de comparação, na Itália tem se aplicado o art. 2.050 do *Codice* para os casos de responsabilidade do empregador, caso o empregado esteja submetido a uma atividade perigosa. Ilustrando, na doutrina contemporânea, Massimo Franzoni aponta a subsunção da norma à responsabilidade direta do patrão diante do empregado.⁵⁹² No mesmo senso, da obra de comentários de Paolo Cendon são extraídos exemplos jurisprudenciais que envolvem a responsabilidade do empregador em casos de atividade de construção civil e de trabalho em vias de transporte (julgamentos da Corte de Cassação n. 6.739/1988 e 3.451/1971). Além disso, podem ser retiradas ilustrações de julgados envolvendo o trabalho de martelagem de pavimento (julgamento da Corte de Cassação n. 391/1975), o de abertura de leitos viários em via pública (julgamento da Corte de Cassação n. 188/1970) e o de escavação de um terreno (julgamento da Corte de Cassação n. 8.304/1987).⁵⁹³

Em certo sentido, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil parece mitigar a regra da responsabilidade civil subjetiva do empregador, *supostamente* retirada do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal. *Supostamente* porque a norma foi criada para proteger o empregado – depois o trabalhador, a partir da Emenda Constitucional n. 45, que fez essa substituição (empregado por trabalhador) – e, ao revés, sempre foi utilizada para a infeliz conclusão de que a responsabilidade direta do empregador seria sempre subjetiva. Ora, o art. 7º, XXVIII, da Constituição é norma que trata do seguro como um direito do trabalhador, e não um dispositivo que traz a cega conclusão de que a responsabilidade direta do empregador é sempre subjetiva.⁵⁹⁴ O art. 927, parágrafo único, do Código Civil entra em cena, portanto, para corrigir um erro histórico de interpretação.

⁵⁹¹ Como se observa pela leitura da obra de Pedro Romano Martinez (*Acidentes de trabalho*. Lisboa: Publicação do Autor, 1996. p. 29-34.

⁵⁹² FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva II*. Il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli, cit., p. 117-118.

⁵⁹³ CENDON, Paolo. *Commentario al Codice Civile*, cit., p. 2.095.

⁵⁹⁴ Vejamos a redação do Texto Maior: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

Três são as premissas teóricas ou entendimentos que podem ser invocados para a correta conclusão de mitigação da regra da responsabilidade subjetiva do empregador, concluindo-se que este também pode responder objetivamente, quando o trabalhador estiver sujeito, por uma atividade normal sua, a riscos aos seus direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

A *primeira tese* pode ser retirada da redação do *caput* do art. 7º da Constituição Federal, o qual determina que os direitos ali elencados estão em rol exemplificativo (*numerus apertus*), e não em rol taxativo (*numerus clausus*), pois não excluem outros direitos que visam à melhora de sua condição social. Por esse caminho, um dos direitos que o trabalhador tem é o de alegar a responsabilidade objetiva do empregador, com base no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Esse argumento prevaleceu na *IV Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 377 do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça, cuja redação é a seguinte: “O art. 7º, inc. XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco”.⁵⁹⁵ Na mesma linha, quando da *I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e pelo Tribunal Superior do Trabalho, foi aprovado o Enunciado n. 37, prevendo que “Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores”.⁵⁹⁶

Como se nota, a Lei Maior assegura como direito fundamental do trabalhador o seguro, o que não exclui a responsabilidade subjetiva do empregador. Essa é a sua correta dicção e leitura.

⁵⁹⁵ Vários foram os juristas proponentes do enunciado na *IV Jornada de Direito Civil*, evento de 2006, entre os quais, Aldemiro Rezende Dantas Jr. (juiz do trabalho no Amazonas e doutor pela PUC/SP), José Geraldo da Fonseca (juiz do trabalho no Rio de Janeiro), Ricardo Regis Laraia (juiz do trabalho em São Paulo e professor da PUC/SP) e Gabriele Tusa (advogado, professor da Escola Paulista de Direito e doutor em Direito Civil pela USP).

⁵⁹⁶ Foram proponentes do enunciado, na *I Jornada de Direito do Trabalho*, José Augusto de Oliveira Amorim (advogado da área trabalhista) e Raimundo Simão de Melo (procurador do trabalho e doutor pela PUC/SP). O último assim justificou, em termos gerais, a sua proposta de enunciado doutrinário, aprovada naquele evento: “A interpretação do inciso XXVIII do art. 7º da CF precisa ser buscada levando-se em conta a finalidade e razão de ser do mesmo no contexto da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo. Nesse sentido, é oportuna a advertência de Celso Ribeiro Bastos, que diz: ‘as normas constitucionais são como que envolvidas por uma camisa de força. Destarte, o intérprete se vê na contingência de descobrir para além da simples literalidade dos Textos o ‘para quê’ e o ‘para quem’ das suas prescrições, de sorte a distender o fio da interpretação até os limites daqueles parâmetros sistemáticos’, o que deve fazê-lo, levando em conta, como acrescenta o referido autor, que ‘a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, sendo que por isso os problemas de interpretação surgem com maior frequência que noutros setores do Direito. Vimos que a norma constitucional apresenta-se, no mais das vezes, com uma petição de princípios. Aqui a

A *segunda tese*, por sua vez, está estribada nos critérios clássicos de solução das antinomias, quais sejam, os critérios hierárquico (norma superior prevalece sobre norma inferior), o da especialidade (norma especial prevalece sobre norma geral) e o cronológico (norma posterior prevalece sobre norma anterior), desenvolvidos na doutrina clássica por Norberto Bobbio.⁵⁹⁷ O presente autor filiou-se a essa conclusão, pela primeira vez, em artigo escrito no ano de 2003, bem como em outras obras.⁵⁹⁸

Pois bem, existe um claro conflito entre o art. 7º, XXVIII, da CF/1988 e o art. 927, parágrafo único, do CC/2002. Isso porque, analisando o primeiro dispositivo, chega-se à conclusão da responsabilização direta subjetiva do empregador; pela segunda norma, a responsabilidade do empregador, havendo riscos pela atividade desenvolvida, pode ser tida como objetiva, independentemente de culpa.

Dessa forma, pelo primeiro preceito, o trabalhador ou empregado deve comprovar a culpa do empregador para fazer *jus* à indenização, o que não se pode depreender pela leitura do segundo comando legal privado, o qual facilita o caminho a ser percorrido pelo autor da demanda, o trabalhador ou empregado. Observa-se, portanto, um conflito entre uma *norma geral superior* (art. 7º, XXVIII, da CF/1988) e uma *norma especial inferior* (art. 927, parágrafo único, do CC/2002). Trata-se de uma antinomia de segundo grau, a qual abrange os critérios *hierárquico* e da *especialidade*. A partir das lições de Maria

interpretação transforma-se em elemento de constante atualização dessas espécies normativas, dentro de certos limites oriundos da forma (literalidade da lei)'. [...] A minha discordância baseia-se no caráter aberto da Constituição e da disposição inscrita no inciso XXVIII do art. 7º; no 'porquê', no 'para quê' e no 'para quem' foi criada referida norma. [...] Desse modo, não mais se sustenta uma interpretação literal do inciso XXVIII do art. 7º [...], para desde logo se concluir que se trata unicamente de responsabilidade subjetiva. Esse dispositivo está umbilicalmente ligado ao *caput* do art. 7º, que diz textualmente: 'São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social* (grifados)' (A proposta de enunciado encontra-se disponível e pode ser encontrada no site: <http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com4_proposta13.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2009). Seguindo esse raciocínio, Vólia Bomfim Cassar anota, quanto ao art. 7º da Constituição Brasileira, que "deve-se adotar a teoria da interpretação sistemática e teleológica, seja porque os parágrafos e incisos devem respeitar o *caput* do artigo, bem como o capítulo (direitos e garantias fundamentais) e demais princípios, seja porque o objetivo e a finalidade da Carta é o de proteger o trabalhador" (CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 914).

⁵⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, cit., p. 91-110. Também foi fundamental para as conclusões finais a leitura da obra de Maria Helena Diniz (*Conflito de normas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003). O entendimento deste autor, aliás, foi primeiro adotado em 2003, após a transmissão dos ensinamentos pela última doutrinadora no curso de mestrado da PUC/SP.

⁵⁹⁸ O posicionamento, com base no estudo das antinomias jurídicas, foi exposto pela primeira vez em: TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo. *Direito civil e Constituição*. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). *Constituição Federal. 15 anos. Mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003. A conclusão também consta em: TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. São Paulo: GEN/Método, 2010. v. 2: *Direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 458-471; TARTUCE, Flávio. *Diálogos entre o direito civil e direito do trabalho*. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial*. Estudos em homenagem à Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006. p. 36-44.

Helena Diniz, em situação de conflito envolvendo tais critérios – hierárquico e da especialidade –, há um caso típico de *antinomia real*, em que a solução não está nos metacritérios clássicos de Bobbio, quais sejam, a hierarquia, a especialidade e a cronologia.⁵⁹⁹ Consigne-se que a especialidade consta da Constituição Federal, na segunda parte do princípio da isonomia (art. 5º da CF/1988), eis que *a lei deve tratar de maneira igual os iguais* e de maneira desigual os desiguais.⁶⁰⁰

Ainda de acordo com a doutrina de Maria Helena Diniz, havendo essa antinomia real, duas são as possíveis soluções.⁶⁰¹ A primeira é relativa ao Poder Legislativo, com a edição de uma terceira norma apontando qual das duas regras em conflito deve ser aplicada, ou seja, qual deve se sobrepor. Como não há no momento essa terceira norma, não é o caso desse meio de solução. A segunda refere-se ao Poder Judiciário, com a escolha, pelo juiz da causa, de uma das duas normas, aplicando os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/1942), na busca de um *preceito máximo de justiça*. Por esses caminhos, o magistrado deve socorrer-se na analogia, nos costumes, nos princípios gerais do direito, no fim social da norma e na busca do bem comum.⁶⁰²

⁵⁹⁹ “No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma metaregra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derrogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo. Mas, na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: *suum cuique tribuere*, baseado na interpretação de que ‘o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente’. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente” (*Conflito de normas*, cit., p. 50).

⁶⁰⁰ Transcreve-se o sentido dessa orientação da célebre “Oração aos moços”, de Ruy Barbosa: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem” (*Oração aos moços*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2006). Anote-se que o enunciado de que *se deve tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente, de acordo com as suas desigualdades*, vem das lições de Aristóteles (*Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 139).

⁶⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 53-60.

⁶⁰² O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil normatiza que, quando a lei for omissa, o juiz da causa deve apreciar o caso concreto de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. O art. 5º da Lei de Introdução dispõe que, ao aplicar a norma, o juiz deve buscar o seu fim social e o bem comum. Leciona Maria Helena Diniz que a antinomia real é uma situação de problema que demanda uma

Vejamos os possíveis caminhos para a conclusão pelo aplicador do Direito. A partir da analogia, o magistrado poderá entender pela responsabilidade objetiva, como fez Rodolfo Pamplona Filho, ao aplicar os arts. 932, III, e 933 do CC/2002, que tratam da responsabilidade objetiva indireta do empregador.⁶⁰³ Todavia, pelo costume judiciário, o juiz pode entender que a responsabilidade é subjetiva, pois assim vinham entendendo os Tribunais brasileiros, em sua maioria. Consigne-se, contudo, que essa interpretação parece ser equivocada, ferindo a intenção do legislador de proteger o trabalhador constante do art. 7º do Texto Maior. Por fim, pela aplicação do princípio geral de interpretação mais favorável ao empregado, um dos ditames do Direito do Trabalho, a responsabilidade é objetiva.⁶⁰⁴ Semelhante assertiva decorre da aplicação do fim social da norma e do bem comum, consubstanciando a regra *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), o preceito máximo de justiça, retirado das Institutas de Justiniano.⁶⁰⁵ O juiz ainda entenderá

solução satisfatória e justa, com o recurso aos princípios gerais de direito ou aos valores sociais, positivados ou implícitos à ordem jurídica (DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, cit., p. 59-60).

⁶⁰³ Rodolfo Pamplona Filho demonstra que não é tão simples apontar, às cegas, que a responsabilidade direta do empregador dependerá do elemento culpa em todos os casos, concluindo o jurista baiano: “De fato, não há como se negar que, como regra geral, indubitavelmente a responsabilidade civil do empregador, por danos decorrentes de acidente de trabalho, é subjetiva, devendo ser provada alguma conduta culposa de sua parte, em alguma das modalidades possíveis, incidindo de forma independente do seguro acidentário, pago pelo Estado. Todavia, parece-nos inexplicável admitir a situação de um sujeito que: – Por força de lei, assume os riscos da atividade econômica; – Por exercer uma determinada atividade (que implica, por sua própria natureza, em risco para os direitos de outrem), responde objetivamente pelos danos causados. Ainda assim, em relação aos seus empregados, tenha o direito subjetivo de somente responder, pelos seus atos, se os hipossuficientes provarem culpa... A aceitar tal posicionamento, vemo-nos obrigados a reconhecer o seguinte paradoxo: o empregador, pela atividade exercida, responderia objetivamente pelos danos por si causados, mas, em relação a seus empregados, por causa de danos causados justamente pelo exercício da mesma atividade que atraiu a responsabilização objetiva, teria um direito a responder subjetivamente. Desculpe-nos, mas é muito para nosso fígado” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. 1, p. 250-251).

⁶⁰⁴ Aponta Gustavo Filipe Barbosa Garcia que o *princípio de proteção do trabalhador* engloba três vertentes (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2007. p. 73-77). A primeira é consubstanciada na máxima *in dubio pro operario*, ou seja, *na dúvida, a interpretação deve ser a favor do empregado ou do trabalhador*. A segunda vertente é a da *aplicação da norma mais favorável*, pois, “havendo diversas normas válidas incidentes sobre a relação de emprego, deve-se aplicar aquela mais benéfica ao trabalhador” (*Curso de direito do trabalho*, cit., p. 75). O doutrinador cita a *teoria do conglobamento* – muito próxima à teoria do diálogo das fontes para proteger o consumidor –, a qual estabelece que “os instrumentos normativos devem ser comparados em seu todo, optando por aquele que, no conjunto, é mais benéfico ao empregado” (*Curso de direito do trabalho*, cit., p. 75). Nesse diapasão, pode o art. 927, parágrafo único, do Código Civil ser considerado a norma mais favorável no que concerne à responsabilidade civil. Por fim, a respeito da proteção, segundo o doutrinador, em sentido muito próximo, há a *condição mais benéfica*, com a garantia, durante o contrato de trabalho, dos direitos mais vantajosos ao empregado ou trabalhador, que não podem ser-lhe retirados.

⁶⁰⁵ “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vive, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”. “Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o seu” (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. v. 2, p. 300-301). Ainda merece destaque o trecho das *Institutas*, que enuncia “*Iustitia est constants et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*”, ou seja, “A justiça é a vontade constante e perpétua que atribui a cada um o seu direito”. (CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, cit., p. 300-301).

pela responsabilidade objetiva se aplicar a proteção da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988) e a solidariedade social (art. 3º, I, da CF/1988), em prol do trabalhador ou empregado.

Na terceira tese ou entendimento de incidência do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do Código Civil, a relação de trabalho está sintonizada com a aplicação das normas de Direito Ambiental à responsabilidade civil do empregador, em mais um diálogo interdisciplinar entre as fontes.⁶⁰⁶ São invocados, nesse contexto, além do art. 927 do Código Civil, o art. 225 da Constituição Federal e o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, no presente estudo já verificados.⁶⁰⁷ A incidência se dá principalmente nos casos de atividades insalubres e perigosas, podendo os adicionais trabalhistas servirem como parâmetro para tal. Essa tese, a exemplo das anteriores, coloca em descrédito a premissa de que o Direito Civil é mera fonte subsidiária do Direito do Trabalho, conforme preconiza o art. 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ Merece citação a excelência do estudo pioneiro de Raimundo Simão de Melo, conforme sua tese de doutorado defendida na PUC/SP (*Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008). Compartilhando da construção, apesar de entender pela não subsunção do art. 927, parágrafo único, do CC na seara trabalhista: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, p. 499. Na doutrina trabalhista, fazendo interpretação sistemática, conclui José Afonso Dallegrave Neto: “Em suma, pode-se dizer que quando se tratar de acidente de trabalho típico, com efeitos meramente individuais, e causado por empresa que não exerce atividade norma de risco, a responsabilidade do agente será subjetiva, aplicando-se a parte final do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, que exige a prova da culpa patronal. Caso o acidente de trabalho (ou doença ocupacional) decorra de atividade normal de risco (art. 927, parágrafo único, do Código Civil) ou de lesão ambiental com repercussão coletiva (art. 225, § 3º, da Constituição Federal e art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81), a responsabilidade do agente será objetiva” (DALLEGRAVE NETO, José Afonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, cit., p. 270).

⁶⁰⁷ Entre os vários e recentes julgados trabalhistas que invocam a legislação ambiental e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, em diálogos: TRT, 9ª Região, Processo n. 78221-2006-670-09-00-8, Acórdão n. 15825-2009, 2ª Turma, Rel. Des. Rosemarie Diedrichs Pimpão, *DJPR* 26/05/2009; TRT, 12ª Região, Recurso ordinário n. 02288-2004-039-12-00-2, 1ª Turma, Rel. Juiz Jorge Luiz Volpato, julgado em 28/04/2009, *DOESC* 11/05/2009; TRT, 12ª Região, Recurso Ordinário n. 00201-2007-012-12-00-6, 1ª Turma, Rel. Juiz Jorge Luiz Volpato, julgado em 14/04/2009, *DOESC* 22/04/2009; TRT, 2ª Região, Recurso Ordinário n. 02995-2005-073-02-00-5, Acórdão n. 2009/0203989, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Francisco Ferreira Jorge Neto, *DOESP* 14/04/2009, p. 88; TRT, 15ª Região, Recurso Ordinário n. 131-2007-075-15-00-2, Acórdão n. 76110/08, 10ª Câmara, Rel. Des. José Antonio Pancotti, *DOESP* 21/11/2008, p. 118.

⁶⁰⁸ CLT. “Art. 8º. As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.” Assim, fica em xeque a norma pela *teoria do diálogo das fontes* e pela comum e intensa incidência de normas do Código Civil de 2002, principalmente aquelas de responsabilidade civil e de direito contratual, às relações de trabalho. O dispositivo da CLT não é propenso ao diálogo, pois coloca o direito comum em uma posição de inferioridade. A norma até apresentava sua razão de ser diante da realidade do Código Civil de 1916, individualista, egoísta e excessivamente patrimonialista. Não se justifica mais diante de um novo Código Civil estribado na boa-fé, na função social, na vedação do enriquecimento sem causa e em um sistema dual de responsabilização civil.

Interessante trazer à tona algumas interpretações jurisprudenciais de incidência do art. 927, parágrafo único, segunda parte, na seara trabalhista, mormente em relação ao acidente do trabalho. Esses julgados são pertinentes por demonstrarem tentativas de formação do *estado da arte* a respeito do conceito de risco, tendo em vista a realidade brasileira. Anote-se, porém, que a própria jurisprudência ainda debate qual a competência para apreciar as decorrências do acidente de trabalho. De acordo com a correta leitura, pela alteração do art. 114 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45/2005, a competência será sempre da Justiça do Trabalho para julgar as ações de indenização por dano moral e material decorrentes da relação de trabalho.⁶⁰⁹

De início, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, sediado em São Paulo, aplicou o art. 927, parágrafo único, do Código Civil a favor de empregado contratado pela Fundação Casa – antiga Febem –, diante da atividade de risco de ter que conduzir menores infratores, caso, inclusive, de um dos mais perigosos criminosos do Estado de São Paulo, ocasião em que o reclamante foi vítima de uma emboscada.⁶¹⁰ O entendimento parece

⁶⁰⁹ Basta uma simples leitura do atual art. 114, VI, da Constituição Federal, que prevê: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]. VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. O STF, em julgamento histórico, concluiu pela competência da justiça trabalhista para apreciar as lides envolvendo acidente de trabalho: “Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. Nada obstante, como imperativo de política judiciária — haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa —, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04” (STF, CC n. 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 29/06/2005, *DJ* 09.12.2005). Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça vinha excedendo as atribuições de sua competência, ao concluir pela competência da justiça comum para apreciar decorrências indenizatórias do contrato de trabalho. Merecia críticas a Súmula n. 366 do STJ, que assim determinava: “Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho”. Ora, a competência para apreciar a ação relativa à morte do empregado é igualmente da Justiça do Trabalho, pela simples leitura do atual art. 114, VI, da Constituição Federal, na esteira da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, por bem, o Superior Tribunal de Justiça cancelou a referida súmula, conforme consta do seu *Informativo n. 407*, publicado em setembro de 2009 (Conflito de Competência n. 101.977/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 16/09/2009).

⁶¹⁰ “INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. FEBEM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 2. REPARAÇÃO PELO DANO EXTRAPATRIMONIAL. QUANTIFICAÇÃO. 1. A teoria da responsabilidade objetiva em face do risco, estabelecida pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro, e antes assente na doutrina e jurisprudência pátrias, envolve a atividade essencial praticada pelo causador do dano, ou seja, se da sua atividade se verifica um risco potencial aos seus empregados, o que é o caso da ré, que detém unidades de correção de menores infratores, alguns deles de mais alta periculosidade, como no caso do menor conduzido pelo autor, notório ‘Batoré’, quando foi o reclamante envolvido em emboscada e alvejado por disparos de armas de fogo, traduzindo-se a atividade patronal com potencial poder ofensivo à integridade dos trabalhadores. A omissão do Estado é igualmente evidente, pois conforme cabalmente demonstrado pela prova testemunhal, no dia dos fatos, foi negado ao

justo, com interessante diálogo em relação à responsabilidade do Estado, considerando-a objetiva, como realmente deve ser a conclusão.

Em outro julgado do ano de 2009, o Tribunal do Trabalho da 14ª Região, em Rondônia, concluiu pela subsunção do mesmo comando legal para a atividade relativa à construção civil, em que são utilizadas ferramentas pesadas e que oferecem riscos, como é o caso da furadeira de impacto.⁶¹¹ Há outras decisões na mesma linha que aplicam o comando legal para os casos de construção civil em que o empregado trabalha nas alturas (local elevado).⁶¹² Em reforço, há até decisões em que o art. 927, parágrafo único, do Código Civil não só se aplica ao pedreiro como também ao seu auxiliar, o servente de pedreiro.⁶¹³ Com o devido contraponto, há resistência dessa aplicação na própria jurisprudência trabalhista, com julgado do Tribunal Superior do Trabalho refutando a incidência da norma do Código Civil sobre a relação de emprego existente no âmbito da construção civil.⁶¹⁴

de cujus escolta policial, sob argumentos meramente burocráticos, sem quaisquer cuidados com a vida do trabalhador, em verdadeira ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 2. O valor a ser arbitrado para reparação pelos danos extrapatrimoniais causados à vítima deve corresponder, à luz dos artigos 402 e 944 do Código Civil, aos critérios de possibilidade de cumprimento pelo devedor, manutenção da condição social do indenizado, e a reparação efetiva à gravidade do dano, conjuntamente considerados” (TRT, 2ª Região, Recurso Ordinário n. 01119-2002-012-02-00-9, Acórdão n. 2009/0316201, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Celso Ricardo Peel Furtado de Oliveira, *DOESP* 02/06/2009, p. 151).

⁶¹¹ “ACIDENTE DE TRABALHO. CONSTRUÇÃO CIVIL. FURADEIRA DE IMPACTO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. DEVER DE INDENIZAR. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL. Nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a atividade na construção civil que utiliza ferramentas de risco enquadra-se como aquela que normalmente traz maior perigo de violação à integridade física do trabalhador, motivo pelo qual o empregador tem responsabilidade civil objetiva pelo acidente de trabalho, com dever de indenizar independentemente de culpa” (TRT, 14ª Região, Recurso Ordinário n. 01170.2008.003.14.00-0, 1ª Turma, Rel. Juiz Convocado Shikou Sadahiro, *DJERO* 1º/06/2009, p. 16).

⁶¹² TRT, 17ª Região, Recurso Ordinário n. 01568.2005.007.17.00.2, Acórdão n. 5292/2009, Rel. Des. Cláudio Armando Couce de Menezes, *DOES* 19/05/2009, p. 9.

⁶¹³ TRT, 21ª Região, Recurso Ordinário n. 01641-2004-005-21-00-0, Acórdão n. 67.757, Red. Des. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro, julgado em 05/07/2007, *DJRN* 25/07/2007.

⁶¹⁴ “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. CF, ART. 7º, XXVIII. CC, ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO. 1. Para a existência do dever de reparar o dano causado, alguns pressupostos devem estar presentes, sem os quais o próprio instituto da responsabilidade não pode subsistir, quais sejam, o dano experimentado pelo ofendido, a ação ou a omissão do causador, o nexo de causalidade e a culpa ou o dolo. Trata-se do estabelecimento do nexo causal entre lesão e conduta omissiva ou comissiva do empregador, sabendo-se que o direito positivo brasileiro alberga tão somente a teoria da responsabilidade subjetiva, derivada de culpa ou dolo do agente da lesão em matéria trabalhista (CF, art. 7º, XXVIII). 2. *In casu*, o Regional concluiu que era indevida a pleiteada indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, pois a responsabilização da Empregadora dependeria de caracterização de sua culpa subjetiva, o que não ficou demonstrado nos autos, tampouco houve insurgência do Reclamante, no particular, o que, por conseguinte, exclui a possibilidade de se aferir o nexo de causalidade entre o acidente sofrido e a culpa do empregador. Conforme analisado pela Corte Regional, verificou-se apenas que o Obreiro sofreu acidente de trabalho, não sendo confirmada a culpa ou dolo da Reclamada, nem a ação ou omissão que teria ocasionado o mencionado acidente. 3. A pretensão obreira de reconhecimento da responsabilidade objetiva da Empregadora pelo dano sofrido vem calcada no parágrafo único do art. 927 do CC, que a reconhece na hipótese da atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para

O transporte rodoviário tem sido, outrossim, objeto de aplicação da segunda parte do art. 927, parágrafo único, da codificação privada, a favor do empregado-motorista – em face do empregador, geralmente uma empresa transportadora de cargas. Existe julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região deduzindo pela existência da responsabilidade sem culpa por si só, sem a análise dos riscos relativos às estradas locais ou à carga transportada, conforme outrora se depurou.⁶¹⁵ A este autor não parece ser a melhor conclusão, eis que o ato de transportar – mesmo como trabalhador ou empregado – por si só não representa uma atividade de risco. Todavia, é possível a presença do *risco excepcional* ou *especial*, além da normalidade, em algumas situações, como naquelas em que as estradas estão em péssimo estado de conservação ou quando a carga transportada é valiosa ou potencialmente perigosa.

Nesse diapasão, em uma precisa interpretação, o Tribunal do Trabalho de Minas Gerais julgou pela presença da atividade de risco em caso de transporte de materiais explosivos – pirotécnicos –, gerando a responsabilidade sem culpa do empregador.⁶¹⁶ Na mesma linha, pode-se aplicar a ideia de risco da atividade à hipótese envolvendo o

direito alheio. 4. Se, por um lado, a norma civil não alcança a esfera trabalhista, iluminada pelo comando constitucional do art. 7º, XXVIII, por outro, nenhuma atividade laboral está infensa a riscos de acidente (no próprio dizer de Guimarães Rosa, em sua epopeia ‘Grande Sertão. Veredas’, ‘viver é muito perigoso’), mas a CLT somente admite o adicional de periculosidade para as atividades de risco acentuado, insito ao manuseio de explosivos, inflamáveis (art. 193), e energia elétrica (Lei n. 7.369/85, art. 1º), o que descartaria de plano a invocação da responsabilidade objetiva por risco em relação ao setor da construção civil, que é a hipótese dos autos. 5. Assim, não há como se atribuir responsabilidade à Empregadora pelos danos morais e materiais, decorrentes de acidente de trabalho sofrido pelo Reclamante, apenas considerando a teoria da responsabilidade objetiva. Recurso de revista não conhecido” (TST, Recurso de Revista n. 190/2006-003-24-00.7, 7ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, *DJU* 25/04/2008, p. 292). Logicamente, por todos os fundamentos expostos, não há como concordar com o raciocínio desenvolvido no julgado.

⁶¹⁵ “TRANSPORTE RODOVIÁRIO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A atividade de transporte rodoviário envolve riscos, o que se revela pelo elevado índice de acidentes nas vias públicas, inclusive fatais, acarretando mudanças legislativas no sentido de disciplinar os motoristas, profissionais ou não, em suas atitudes quando enfrentando o trânsito rodoviário. Assim, deve ser reconhecida a responsabilidade da ré pelo acidente em razão da culpa objetiva. Inteligência do art. 927, parágrafo único, do novo Código Civil” (TRT, 17ª Região, Recurso Ordinário n. 01343.2005.010.17.00.9, Acórdão n. 5778/2009, Rel. Des. Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi, *DOES* 1º/06/2009, p. 6).

⁶¹⁶ “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EMPREGADORA QUE EXERCE ATIVIDADE QUE IMPORTE EM ALTO RISCO AO EMPREGADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A teoria da responsabilidade objetiva fundamenta-se no elemento objetivo, dano. Nesta hipótese basta haver dano para que sobrevenha o dever de reparar. Essa teoria tem aplicação naquelas atividades que resultam altos riscos aos empregados ou terceiros e pela impossibilidade prática de em certas circunstâncias se provar a culpa, conforme disposição expressa na Lei ordinária citada. Logo, a empresa que atua na área de fabricação e transporte rodoviário de artigos pirotécnicos e pólvora negra e comercialização de fogos de artifício em geral, ostenta atividade de alto risco para os trabalhadores que ali prestam serviços e a outros terceiros, situação esta que impõe a aplicação da responsabilidade objetiva da empregadora” (TRT, 3ª Região, Recurso Ordinário n. 00394-2006-050-03-00-0, 4ª Turma, Rel. Des. Júlio Bernardo do Carmo, julgado 31/01/2007, *DJMG* 10/02/2007).

motoboy, que transporta documentos nas grandes cidades em meio a incontáveis perigos para a sua vida e integridade físico-psíquica.

Seguindo no devido estudo, merece essa correta conclusão o transporte de valores, situação típica de um risco diferenciado, como se tem concluído em sede de Tribunais Regionais do Trabalho.⁶¹⁷ De toda sorte, também no transporte, arriscado ou não, o Tribunal Superior do Trabalho tem afastado tal conclusão, pela premissa da sempre prevalência da responsabilidade subjetiva tratada pelo art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal.⁶¹⁸ Repise-se, mais uma vez, que, por toda a argumentação exposta neste estudo, o art. 927, parágrafo único, pode fazer frente a tal comando constitucional, em um sadio diálogo entre as fontes.

O tema do transporte de valores merece um estudo à parte e destacado. Isso porque, antes mesmo do Código Civil de 2002, o Superior Tribunal de Justiça, em importante precedente, concluiu que se trata de uma atividade de risco, o que fundamentaria a incidência da responsabilidade sem culpa. O caso envolveu um acidente de trânsito – e não relação de trabalho, diga-se –, uma vez que o marido da demandante foi atropelado por um carro-forte vítima de uma emboscada por criminosos armados com fuzis e colocados até como franco-atiradores. Diante do fogo cruzado, o motorista do carro-forte abandonou o veículo, que atropelou a vítima e veio a se chocar contra um muro. Os fatos ocorreram na Avenida Marginal do Tietê, na cidade de São Paulo, em 23 de agosto de 1994.

O então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes Direito, relator nomeado, entendeu pela exclusão da responsabilidade da empresa de carro-forte

⁶¹⁷ Vejamos algumas decisões: “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSALTO. A empresa de transporte de valores responde objetivamente por danos causados aos empregados em decorrência de assalto sofrido, pois exerce atividade de risco, estando obrigada a indenizar o dano independentemente de culpa, na forma prevista no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil vigente” (TRT, 4ª Região, Recurso Ordinário n. 01180-2007-403-04-00-1, 6ª Turma, Rel. Des. Beatriz Renck, julgado em 19/11/2008, *DOERS* 28/11/2008). “DANO MORAL. MEIO URBANO, VIOLÊNCIA. TRANSPORTE DE VALORES PECUNIÁRIOS. OMISSÃO PATRONAL NO DESEMPENHO DAS ATIVIDADES. É passível de responsabilização por dano moral o empregador que submete o trabalhador a desempenhar atividade de risco, sobretudo, ante a violência do meio urbano, como é o caso do transporte de valores pecuniários, sem que, ao mesmo tempo, sejam adotados cuidados no sentido de assegurar a esse desempenho o mínimo de cautelas no resguardo, sobretudo, da integridade física de seu servidor. Vindo este a passar pelo constrangimento e risco de vida como vítima de assalto nas dependências da empresa, no desempenho dessa atividade, devida a indenização imposta pelo juízo” (TRT, 8ª Região, Recurso Ordinário n. 01556-2007-004-08-00-0, 2ª Turma, Rel. Des. Herbert Tadeu Pereira de Matos, *DJEPA* 24/09/2008, p. 5). Na mesma linha: TRT, 3ª Região, Recurso Ordinário n. 01363-2005-107-03-00-1, 3ª Turma, Rel. Juiz Irapuan de Oliveira Teixeira Lyra, *DJMG* 27/05/2006, p. 4 e TRT, 18ª Região, Recurso Ordinário n. 00890-2005-221-18-00-1, Rel. Juiz Elvecio Moura dos Santos, julgado em 15/08/2006, *DJEGO* 1º/09/2006.

⁶¹⁸ TST, Recurso de Revista n. 783/2007-062-03-40.0, 7ª Turma, Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, *DEJT* 21/11/2008, p. 1.373. Os argumentos são basicamente idênticos àqueles expostos no julgado citado à nota de rodapé n. 614.

diante de uma força maior, pois “houve um acidente provocado em razão de ataque imprevisto por assaltantes localizados em viaduto, com utilização de armas de fogo”. Porém, revendo a primeira decisão, o Ministro Nilson Naves julgou não ser a hipótese de força maior, diante de uma atividade perigosa desenvolvida pela empresa. Citou, em seus argumentos, o art. 2.050 do Código Civil Italiano, bem como o dispositivo do então projeto de Código Civil, que hoje equivale ao art. 927, parágrafo único, da atual codificação privada.⁶¹⁹ Foi assim acompanhado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, que também concluiu que a atividade de valores cria riscos para terceiros.⁶²⁰

Ora, se o raciocínio foi este em situação em que não há um contrato de trabalho, muito mais deve ser se presente a relação de emprego, diante de toda a principiologia que rege a matéria – outrora aqui invocada. Mais uma vez são acertadas aquelas decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho relativas ao transporte de valores e os empregados submetidos ao risco, acreditando este autor que a tese deva prevalecer no futuro.⁶²¹

Fundamental ser exposto e consignado que, não obstante os julgados da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho no presente estudo transcritos, há outras decisões da mesma Corte Superior concluindo pela incidência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil nas relações de trabalho, dedução fundamental do presente capítulo. De início, podem ser encontradas ementas recentes da 6ª Turma do TST, destacando-se uma de relatoria do

⁶¹⁹ E concluiu o relator para o acórdão, Ministro Nilson Naves: “Pois bem, trata-se, conforme o acórdão recorrido, repita-se, de ‘atividade arriscada e perigosa’. Dúvida, portanto, não há, pelo visto, quanto ao exercício de atividade perigosa. Quer-me parecer que, em relação a casos como tais, justifica-se o emprego da teoria do risco objetivo. Dir-se-á, todavia, que nos falta texto expresso de lei. Pode ser que nos falte, porém, juridicamente, não existe impedimento que tolha tal exegese, a saber, é lícito entender-se que a espécie rege por tal teoria. Aliás, é de há muito tempo, até de texto de lei (Decreto n. 848, de 1890, art. 386), que os estatutos dos povos cultos são admitidos como subsidiários da legislação e da jurisprudência”. Como se nota pelo trecho final, o julgador justificou a aplicação do art. 2.050 do Código Civil Italiano.

⁶²⁰ A ementa final do julgado é a seguinte: “Responsabilidade civil. Teoria do risco (presunção de culpa). Atividade perigosa (transportador de valores). Acidente de trânsito (atropelamento de terceiro). Inexistência de culpa da vítima (indenização). 1. É responsável aquele que causa dano a terceiro no exercício de atividade perigosa, sem culpa da vítima. 2. Ultimamente vem conquistando espaço o princípio que se assenta na teoria do risco, ou do exercício de atividade perigosa, daí há de se entender que aquele que desenvolve tal atividade responderá pelo dano causado. 3. A atividade de transporte de valores cria um risco para terceiros. ‘Neste quadro’, conforme o acórdão estadual, ‘não parece razoável mandar a família do pedestre atropelado reclamar, dos autores não identificados do latrocínio, a indenização devida, quando a vítima foi morta pelo veículo da ré, que explora atividade sabidamente perigosa, com o fim de lucro’. Inexistência de caso fortuito ou força maior. 4. Recurso especial, quanto à questão principal, fundado no art. 1.058 e seu parágrafo único do Cód. Civil, de que a Turma não conheceu, por maioria de votos” (STJ, REsp n. 185.659/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. para acórdão Min. Nilson Naves, 3ª Turma, julgado em 26/06/2000, DJ 18/09/2000, p. 126).

⁶²¹ Tendência essa observada por Claudio Luiz Bueno de Godoy, em sua tese de livre-docência, apontando tratar-se de uma evolução histórica nacional da matéria da responsabilidade civil do empregador (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 129-135).

Ministro Maurício Godinho Delgado.⁶²² De data próxima, mencione-se acórdão da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho.⁶²³ Por derradeiro, na 3ª Turma, há cinco julgados conhecidos que aplicam o art. 927 da codificação privada ao contrato laboral.⁶²⁴

⁶²² “AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA (FATO DA VÍTIMA). Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, ante a constatação de violação do art. 927, parágrafo único, do CC. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA (FATO DA VÍTIMA). A regra geral do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, *caput*, CC). Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco acentuado para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). Noutro norte, a caracterização da culpa exclusiva da vítima é fator de exclusão do elemento do nexo causal para efeito de inexistência de reparação civil no âmbito laboral quando o infortúnio ocorre por causa única decorrente da conduta do trabalhador, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se, com base nos fatos relatados pelo Regional, se conclui que a conduta da vítima do acidente não se revelou como causa única do infortúnio, afasta-se a hipótese excludente da responsabilização da empregadora pelo dano causado. Recurso conhecido e provido” (TST, Recurso de Revista n. 850/2004-021-12-40.0, sata de julgamento: 03/06/2009, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, data de divulgação: *DEJT* 12/06/2009).

⁶²³ “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – ACIDENTE DE TRABALHO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – INDENIZAÇÃO. De acordo com a teoria do risco, é responsável aquele que dele se beneficia ou o cria, pela natureza de sua atividade. Este é o teor do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Entre os riscos inerentes à atividade de motorista, está o envolvimento em acidente automobilístico, ainda que causado por terceiro. Assim, o empregador deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao empregado que exerce a função de motorista, não podendo este arcar com os prejuízos à sua integridade física e moral decorrentes do exercício das atividades contratualmente fixadas. Agravo de instrumento desprovido” (TST, Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 267/2007-007-18-40.2, data de julgamento: 27/05/2009, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, data de divulgação: *DEJT* 05/06/2009).

⁶²⁴ Tribunal Superior do Trabalho, Recurso de Revista n. 1132/2007-030-04-00.3, data de julgamento: 20/05/2009, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, data de divulgação: *DEJT* 12/06/2009; Recurso de Revista n. 2135/2005-032-02-00.6, data de julgamento: 29/04/2009, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, data de divulgação: *DEJT* 22/05/2009; Recurso de Revista n. 644/2006-008-23-00.7, data de julgamento: 04/02/2009, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, data de divulgação: *DEJT* 13/03/2009; Recurso de Revista n. 729/2004-023-09-00.2, data de julgamento: 12/11/2008, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, data de divulgação: *DEJT* 12/12/2008; Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1949/2005-007-08-40.5, data de julgamento: 25/06/2008, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, data de publicação: *DJ* 08/08/2008. A destacar a citação do seguinte trecho: “Comentando aludido dispositivo, Flávio Tartuce (*Direito civil*: direito das obrigações e responsabilidade civil, v. 2, cit., p. 363) consigna: ‘Esse dispositivo consagra, portanto, a cláusula geral de responsabilidade objetiva, conforme ensina Gustavo Tepedino, consubstanciada na expressão ‘atividade de risco’, possibilitando ao juiz a análise do caso concreto, gerando ou não a responsabilidade sem culpa. Visando esclarecer o que seria ‘atividade de risco’ foi aprovado enunciado na I Jornada de Direito Civil do CJF com a seguinte redação: ‘Enunciado 38 – Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quanto à atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade. [...] A nosso ver, o art. 927, parágrafo único, do CC poderá ser aplicado à relação de trabalho, particularmente à responsabilidade direta do empregador, podendo haver, dependendo da atividade desempenhada pelo empregado, responsabilidade objetiva deste’”.

Superada a análise da seara trabalhista, outro campo de incidência da *cláusula geral de atividade de risco* tem sido o *mundo digital*, ou seja, a internet, a grande rede virtual de computadores, que oferece uma série de riscos aos usuários.⁶²⁵

Na doutrina, autores brasileiros têm sustentado a incidência da norma aos provedores de internet, sem prejuízo da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Não há dúvida de que a última norma se subsume, por exemplo, às hipóteses de contratação digital de produtos e serviços de consumo, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990. O que será buscado, nesta fase do estudo, são concreções de incidência isolada do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, independentemente da norma consumerista, o que visa dar maior efetividade à nova norma civil. Esse, repita-se, é o devido processo de investigação, ou seja, de estudo da segunda parte do parágrafo único do art. 927, independentemente de sua primeira parte, isto é, das situações de responsabilidade objetiva já tratadas pela lei.

Ricardo Luis Lorenzetti, mesmo não concordando em absoluto com a premissa, aponta que alguns autores sustentam que o computador é “uma coisa que representa riscos, ou que a atividade relativa à informática pode ser qualificada como tal”.⁶²⁶ Entre os autores que assim entendem, pode ser citada Patrícia Peck Pinheiro, que, ao tratar da *responsabilidade civil digital*, conclui que a teoria do risco atende melhor às questões virtuais do que a teoria da culpa.⁶²⁷ Compartilhando dessa forma de pensar, Renato Opice Blum e Marcos Gomes Bruno lecionam que “o Novo Código Civil introduziu, no parágrafo único do art. 927, a responsabilidade objetiva, decorrente do risco do negócio, o que significa dizer que, para determinadas atividades nas quais se deve assumir riscos implícitos a ela, o que pode se aplicar à quase totalidade das relações jurídicas que envolvem o meio virtual, haverá responsabilidade independentemente de culpa”.⁶²⁸ Em parte, Claudio Luiz Bueno de Godoy, com razão, sustenta que, em algumas hipóteses, a atividade digital pode criar riscos especiais, particularmente no tocante a direitos da personalidade.⁶²⁹ Mesmo com o devido destaque a esse posicionamento, há reticências a

⁶²⁵ É interessante o termo *Direito Digital* para denotar essa área do conhecimento, ainda em construção, como quer Patrícia Peck Pinheiro (*Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

⁶²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: RT, 2004. p. 468.

⁶²⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*, cit., p. 298.

⁶²⁸ BLUM, Renato Opice; BRUNO, Marcos Gomes. O novo Código Civil e o direito eletrônico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. p. 213-214.

⁶²⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 145-150.

respeito dessa aplicação na própria doutrina nacional, como é o posicionamento de Marcel Leonardi, para quem “as atividades dos provedores de serviços de Internet não podem ser consideradas atividades de risco, nem atividades econômicas perigosas”.⁶³⁰

Conclui-se que todos os doutrinadores citados em parte têm razão. Em regra, parece ser a teoria do risco a mais adequada para a solução dos problemas digitais, podendo, sim, incidir o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Todavia, não se pode dizer que manter um *lugar digital*, por si só, implica riscos. Ilustrando, não é possível afirmar que ter um blog para a veiculação de notícias representa riscos a outrem. No entanto, manter e administrar uma grande comunidade digital de relacionamentos gera riscos de lesão à intimidade alheia. O risco fica superdimensionado no caso de se manter um site com material pornográfico tido como amador. Isso também deve ser dito em relação àquele que é provedor ou proprietário de um endereço eletrônico de vendas por quem não é profissional, o que foge da relação de consumo, em regra.

Alguns exemplos da jurisprudência nacional trazem tais enquadramentos. De início, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul responsabilizou objetivamente a provedora de sítio de anúncios de venda de bens, aplicando o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil em diálogos das fontes.⁶³¹ Na mesma linha de *diálogo*, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais responsabilizou objetivamente um sítio por fraudes praticadas em negociações pela rede.⁶³² O Tribunal do

⁶³⁰ LEONARDI, Marcel. Determinação da responsabilidade civil pelos ilícitos na rede: os deveres dos provedores de serviços de internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GV Law). p. 73.

⁶³¹ “REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. INTERNET. SITE DE ANÚNCIOS. MERCADO LIVRE. PRODUTO ENVIADO E IMPAGO. FRAUDE AO ACUSAR O PAGAMENTO, APTA A ILUDIR A VENDEDORA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA INTERMEDIADORA. DEVER DE INDENIZAR. AFASTADAS PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA, INCOMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, ILEGITIMIDADE PASSIVA, INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL E DE FALTA DE DOCUMENTOS IMPRESCINDÍVEIS. Vendedor que demanda contra empresa de comércio eletrônico em razão do não recebimento do preço. Envio fraudulento de e-mail, supostamente por parte do site de anúncios, acusando o recebimento do preço. Fraude apta a iludir o usuário, que remeteu o produto ao comprador. Relação de consumo configurada. Responsabilidade objetiva da ré, não só pela incidência do CDC à espécie, mas também em razão da aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO” (TJRS, Recurso Cível n. 71001575182, Caxias do Sul, 2ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Vivian Cristina Angonese Spengler, julgado em 06/08/2008, *DOERS* 14/08/2008, p. 104).

⁶³² “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FRAUDE. OPERAÇÕES BANCÁRIAS VIA INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. *QUANTUM*. A responsabilidade do fornecedor, em decorrência de falha na prestação do serviço, é objetiva, nos exatos termos do art. 14 do CDC bem como do art. 927, parágrafo único, do CC/2002. O valor da reparação não deve constituir enriquecimento sem causa, mas deverá ser desestímulo à repetição da conduta danosa. Recurso não provido” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0105.03.080070-7/0011, Governador Valadares, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto Borges de Oliveira, julgado em 08/04/2008, *DJEMG* 26/04/2008).

Rio de Janeiro, por caminho semelhante, incidiu sobre o Código de Defesa do Consumidor, em decisão no mínimo curiosa, ao considerar consumidora por equiparação ou *bystander* uma mulher que teve um perfil falso montado por terceiro, oferecendo serviços sexuais.⁶³³

No entanto, como se disse, merecem maiores destaques os julgados que fazem subsumir o art. 927, parágrafo único, isoladamente, como foi o caso de pioneiro acórdão do Tribunal Mineiro, que concluiu pela responsabilidade objetiva de mantenedora de sítio de relacionamentos por danos à personalidade diante de afirmações ofensivas realizadas pela internet.⁶³⁴ Na esteira, há outra decisão, do Tribunal Gaúcho, responsabilizando

⁶³³ “DIREITO CIVIL. Demanda de obrigação de fazer com pedido de compensação por danos morais movida pela apelada em face da apelante, alegando, em síntese, ter sido surpreendida com a criação de um perfil falso no site de relacionamentos do réu – *Orkut* – no qual a demandante se intitularia como prostituta, com a atribuição de qualidades e comportamento de cunho pornográfico. O aludido perfil contava com fotos de sexo explícito, atribuindo à autora o comportamento ali descrito, de forma degradante, fazendo, inclusive, alusão ao trabalho desta. A partir de então, a autora – que soube do ocorrido através da sobrinha de quinze anos, que recebeu um convite para adicioná-la – passou a receber mensagens de pessoas querendo contratar seus serviços. Sentença de procedência, fixando a compensação a título de danos morais em R\$ 12.000,00 (doze mil reais). Apelo do réu, alegando que a responsabilidade é subjetiva e que não foi provada sua culpa, aduzindo que, ainda que se considerasse que a responsabilidade é objetiva, há fato de terceiro, a excluir o nexo causal, sem embargo de sua atividade não se caracterizar como de risco. Relação de consumo. Apelante que se enquadra no conceito de fornecedor de serviços do CDC, e serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. A remuneração, na hipótese, se caracteriza como indireta, ou seja, aquela que apresenta uma contraprestação escondida. Ré que, embora sustente prestar o serviço aos seus usuários gratuitamente, faz uso de parte do espaço para publicidade. Proveito comercial que reflete uma remuneração indireta pelo serviço prestado. Remuneração, que não se confunde com gratuidade, consoante precedente do STJ. Autora que se afigura como consumidora por equiparação, por ter sido vítima do evento. Dano moral arbitrado de forma módica, considerando a lesividade da conduta, mas que não pode ser majorado, sob pena de *reformatio in peius*. Réu que junta, após a apelação, os números de identificação de computadores atrelados ao perfil falso bloqueado, embora tenha sido instado a fazê-lo em decisão que concedeu a antecipação de tutela. Irrelevância. Manutenção da sentença. Recurso desprovido” (TJRJ, Apelação n. 2009.001.14165, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, julgado em 08/04/2009, *DORJ* 15/04/2009, p. 86).

⁶³⁴ Vale transcrever a ementa desse inovador julgado mineiro: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. OFENSAS ATRAVÉS DE SITE DE RELACIONAMENTO. ORKUT. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR. RECONHECIMENTO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. PRUDÊNCIA E MODERAÇÃO. OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA. MAJORAÇÃO INDEVIDA. Restando demonstrado nos autos que a apelante (Google Brasil) atua como representante da Google inc., no Brasil, fazendo parte do conglomerado empresarial responsável pelo site de relacionamento denominado ‘orkut’, compete-lhe diligenciar no sentido de evitar que mensagens anônimas e ofensivas sejam disponibilizadas ao acesso público, pois, abstendo-se de fazê-lo, responderá por eventuais danos à honra e dignidade dos usuários decorrentes da má utilização dos serviços disponibilizados. Desinfluyente, no caso, a alegação de que o perfil difamatório teria sido criado por terceiro, pois a empresa ré, efetivamente, não conseguiu identificá-lo, informando, apenas, um endereço de e-mail, também supostamente falso, restando inafastável a sua responsabilidade nos fatos narrados nestes autos e o reconhecimento de sua legitimidade para figurar no polo passivo da lide. Aplica-se à espécie o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. No arbitramento do valor da indenização por dano moral devem ser levados em consideração a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano impingido, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cuidando-se para que ele não propicie o enriquecimento imotivado do recebedor, bem como não seja irrisório a ponto de se afastar do caráter pedagógico inerente à medida”

objetivamente a provedora do sítio pela conduta de um usuário que incluiu afirmações e fotos ofensivas de outra pessoa.⁶³⁵

Para encerrar a questão a respeito da *responsabilidade civil digital por uma atividade de risco*, fazendo mais uma vez uma análise comparada, o sistema português traz conclusão totalmente diversa. Isso, diante do Decreto-lei n. 7, de 7 de janeiro de 2004, que transpôs para aquele país a Diretriz Europeia n. 00/31, a respeito da contratação eletrônica. O art. 12º da norma consagra a *ausência de um dever geral de vigilância dos prestadores intermediários de serviços*, prevendo que “Os prestadores intermediários de serviços em rede não estão sujeitos a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito”. Desse modo, não há que se falar em responsabilidade objetiva dos sítios, mas apenas de uma responsabilização fundada na culpa, o que pode ser retirado dos arts. 15º a 17º da mesma lei.⁶³⁶

(TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.08.041302-4/0011, Belo Horizonte, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Luciano Pinto, julgado em 18/12/2008, *DJEMG* 06/03/2009).

⁶³⁵ Vejamos o trecho relevante do julgado: “DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE HOSPEDAGEM CONFIGURADA. Hipótese dos autos em que um usuário assinante dos serviços da provedora criou uma página eletrônica contendo fotos e informações de cunho difamatório que atingiram à imagem da lesada. Na espécie a provedora detinha os elementos de prova capazes de identificar o usuário assinante que criou o site depreciativo, pois o criador da página eletrônica forneceu à provedora os seus dados pessoais, bem como adquiriu os serviços comercializados pela provedora, através de ‘e-commerce’. De outro vértice, a provedora agiu de maneira manifestamente desidiosa e negligente, haja vista que não suprimiu, imediatamente, após ter sido notificada pela ofendida, o site contendo as informações caluniosas. Situação que expôs a autora a situação vexatória e humilhante perante seus colegas de trabalho, familiares e conhecidos da sua comunidade. Dano moral configurado. Inteligência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil cumulado com o art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal, mormente porque a atividade desenvolvida pela provedora de ‘hosting’ implica, por sua natureza, em riscos à esfera jurídica de terceiros. A provedora deve adotar as cautelas necessárias para possibilitar a identificação de seus usuários, especial porque, no caso concreto, se trata de servidor de hospedagem que disponibiliza espaço em seu domínio a assinantes que oferecem uma contraprestação financeira pelo serviço de hospedagem” (TJRS, Acórdão n. 70026684092, Caxias do Sul, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 29/04/2009, *DOERS* 14/05/2009, p. 61).

⁶³⁶ De início, determina o art. 15º do Decreto n. 7/2004, a respeito da armazenagem intermediária que “1 – O prestador intermediário de serviços de transmissão de comunicações em rede que não tenha intervenção no conteúdo das mensagens transmitidas nem na selecção destas ou dos destinatários e respeite as condições de acesso à informação é isento de toda a responsabilidade pela armazenagem temporária e automática, exclusivamente para tornar mais eficaz e económica a transmissão posterior a nova solicitação de destinatários do serviço. 2 – Passa, porém, a aplicar-se o regime comum de responsabilidade se o prestador não proceder segundo as regras usuais do sector: a) Na actualização da informação; b) No uso da tecnologia, aproveitando-a para obter dados sobre a utilização da informação. 3 – As regras comuns passam também a ser aplicáveis se chegar ao conhecimento do prestador que a informação foi retirada da fonte originária ou o acesso tornado impossível ou ainda que um tribunal ou entidade administrativa com competência sobre o prestador que está na origem da informação ordenou essa remoção ou impossibilidade de acesso com exequibilidade imediata e o prestador não a retirar ou impossibilitar imediatamente o acesso”. A responsabilidade por culpa pode ser retirada pela menção ao regime comum de responsabilidade, que é o culposo. Ato contínuo, a conclusão é semelhante no que tange à armazenagem principal das informações, dispõe o seu art. 16º que “1 – O prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável, nos termos comuns, pela informação que armazena se tiver conhecimento de actividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou

A propósito de qualquer dúvida a respeito do tema em Portugal, anote-se que, por ocasião do *VIII Curso de Verão sobre Sociedade da Informação*, promovido pela Associação Portuguesa de Propriedade Industrial e pela Faculdade de Direito de Lisboa entre os dias 13 a 17 de julho de 2009, este autor indagou ao professor catedrático Luís Menezes Leitão sobre a possibilidade de se aplicar o regime das atividades perigosas (art. 493º, n. 2, do Código Português) ou mesmo da atividade de risco (art. 499º do Código Português) para os sítios de internet.⁶³⁷ A resposta do jurista português foi negativa, sob o argumento de existência de normas mais específicas, a saber, aquelas constantes da transposição normativa da Diretriz Europeia. Ademais, sustentou que as duas últimas normas, por constituírem exceções, devem ter aplicação restritiva no ordenamento jurídico lusitano.

Após os exemplos efetivos de concretude, encerrando o capítulo, é de se indagar qual a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 no comando abordado, entre todas as estudadas até o presente momento. Parece-nos que o legislador não convencionou o risco a uma atividade lucrativa ou a uma prestação de serviço (risco profissional). Também não há relação com o risco-proveito, mas, sim, com o risco de decorre da atividade por si só, havendo ou não lucro ou benefício ao agente. Pode-se até imaginar que, em algumas situações, cria-se o risco, surgindo o risco criado, como quer Junqueira de Azevedo, que conclui que a segunda parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil está fundamentada no risco criado, o qual, para ele, é “risco de dano ao direito alheio resultante da atividade”.⁶³⁸

A par de todas essas construções, é mais correto concluir que a construção da segunda parte do art. 927, parágrafo único, do Código é um *conceito mutante ou variável*,

impossibilitar logo o acesso a essa informação. 2 – Há responsabilidade civil sempre que, perante as circunstâncias que conhece, o prestador do serviço tenha ou deva ter consciência do carácter ilícito da informação. 3 – Aplicam-se as regras comuns de responsabilidade sempre que o destinatário do serviço actuar subordinado ao prestador ou for por ele controlado”. Por fim, a respeito da responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos, o art. 17º do Decreto prevê que “Os prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos em rede, por meio de instrumentos de busca, hiperconexões ou processos análogos que permitam o acesso a conteúdos ilícitos estão sujeitos a regime de responsabilidade correspondente ao estabelecido no artigo anterior”. Em suma, no último caso igualmente se aplica o regime comum fundado na responsabilidade subjetiva.

⁶³⁷ A palestra do professor Menezes Leitão foi proferida na manhã do dia 15 de julho de 2009. As anotações da pergunta e da resposta constam de caderno manuscrito por este autor.

⁶³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In: *Novos pareceres e estudos de direito privado*, cit., p. 400.

o qual pode se enquadrar nas mais diversas modalidades de risco até aqui estudadas. As suas molduras práticas pela doutrina e jurisprudência nacional demonstram essa conclusão até o presente momento. O futuro também parece reservar tal variação.

4

A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

4.1 A IDEIA DE CONCAUSALIDADE E O RISCO CONCORRENTE

Para o presente estudo, a concausalidade é um conceito indispensável a ser estudado. Por isso, ele é o tema inicial deste capítulo, ocasião de exposição fundamental da ideia de *risco concorrente*.

A concausalidade sempre foi tema estudado pelos civilistas através das gerações de cientistas. Entre os clássicos doutrinadores brasileiros da codificação anterior, Pontes de Miranda já demonstrava sua preocupação com o tema das *concausas* nos seguintes termos:

“Um dos pontos mais dignos de atenção é o da pluralidade de causas, ou mesmo de causadores, coligados ou separados, com a contemporaneidade ou a sucessão. Se A pôs o fósforo aceso no quintal do vizinho e B, ao descobrir o começo do incêndio, lançou latas de querosene, para que os danos crescessem, ou mesmo, com medo do incêndio, correu e deixou que as latas caíssem, há duas ilicitudes danosas, sem que se possa falar de corresponsáveis. Se A e B cogitaram dos dois atos e os praticaram, os danos resultaram das concausas e há a pluralidade com a solidariedade, porque o ato ilícito absoluto foi uno e a multiplicidade foi subjetiva. Não importa quem atirou o fósforo ou quem jogou as latas.

O lesado pode exigir a indenização a qualquer dos responsáveis, pois que são solidários, no todo, ou em parte. A prestação total por um libera a todos. A regra jurídica sobre solidariedade apanha qualquer responsabilidade pelos danos (*e. g.*, por culpa ou pelo risco), bem como a responsabilidade do autor imediato e do que exerce vigilância, a responsabilidade do possuidor próprio mediato, a do possuidor impróprio mediato e a do possuidor imediato.

Se há dados precisos sobre a discriminação dos danos e das suas causas, subjetivamente determinadas, cada pessoa só é responsável pelo dano que causou, ou pelo qual é, por lei, responsável.

Se há pluralidade de responsáveis, porém com diferenças quantitativas quanto ao que deviam e alguém pagou ou alguns pagaram, quem pagou ou os que pagaram mais do que deviam, têm pretensão a que sejam reembolsados.”⁶³⁹

Por igual, entre os autores *clássicos da modernidade*, Caio Mário da Silva Pereira assinalava o problema da *causalidade múltipla*, decorrente das condutas de vários envolvidos com o dano, o que gera perplexidades na análise do nexo de causalidade.⁶⁴⁰ Por

⁶³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, 3. ed., t. 53, cit., p. 211-212.

⁶⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, cit., p. 78.

causalidade múltipla entende-se a soma de fatores diversos para o evento danoso, podendo esses ser naturais ou humanos. Por óbvio, o problema não atinge somente o nosso sistema mas também outros, em particular diante do aumento de complexidade das relações jurídicas. Pode-se dizer que a pós-modernidade ou a contemporaneidade acentuou o problema das *concausas*, uma vez que os relacionamentos humanos, privados ou não, passaram a envolver maior número de pessoas, de forma cadenciada e até articulada.⁶⁴¹

A problemática não passou despercebida por Karl Larenz, diante da previsão constante do § 830 do BGB, que trata dos coautores e partícipes, prevendo que, se vários tiverem causado o dano mediante um ato ilícito realizado conjuntamente, cada um deles será responsável pelo dano. Ainda nos termos da norma tedesca, deve-se julgar da mesma forma se não for possível determinar qual de todos os partícipes causou o prejuízo (item 1). Em reforço, os indutores e cúmplices se equiparam aos coautores (item 2).⁶⁴² Assim, da obra de Enneccerus, Kipp e Wolff pode ser retirada construção metodológica relativa a três situações diretamente ligadas ao § 830 do BGB e à pluralidade de obrigados a indenizar: *a) danos causados conjuntamente; b) danos causados de forma independente por várias pessoas; e, c) danos causados por uma participação em uma conduta perigosa.*⁶⁴³

Segundo Larenz, essa atuação conjunta de uma ação pressupõe uma cooperação consciente e querida de várias pessoas para a obtenção do resultado, que cada uma quer como se fosse o seu próprio ato (coautoria), gerando o dever de indenizar de acordo com a colaboração para o evento danoso.⁶⁴⁴ A conclusão, por igual, é retirada do § 254 do BGB, o qual regula o concurso de culpas, estipulando que, se na produção do dano há concorrência de culpa do prejudicado, tanto o dever de ressarcimento como a sua extensão dependem das circunstâncias, em especial na medida em que o dano tiver sido causado preponderantemente por uma parte ou por outra (item 1).⁶⁴⁵ A mesma conclusão vale se o

⁶⁴¹ Conforme expõe Ricardo Luis Lorenzetti a respeito das *causalidades complexas*, “Os vínculos sociais se estabelecem sobre uma base territorial cada vez mais extensa, em tempos cada vez mais intensos, com uma participação de milhares de sujeitos que atuam entre si ao mesmo tempo, incrementando a complexidade. Tudo está interconectado, e os vínculos de causa e efeito se estabelecem em múltiplos níveis difíceis de discernir, de maneira que uma perturbação, muito débil a princípio, é suficiente para impor progressivamente um novo ritmo macroscópico” (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito, cit., p. 67).

⁶⁴² Para a pesquisa foi utilizado, com a tradução livre deste autor: MARQUÈS, Albert Lamarca (Dir.). *Codice civile alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 240.

⁶⁴³ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Derecho de obligaciones*. Undécima revisión por Heinrich Lehmann. Traducción de la 35ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. 2. ed. Bosch: Barcelona, 1950. v. 2, p. 690-694.

⁶⁴⁴ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. II, cit., p. 623-624.

⁶⁴⁵ MÀRQUES, Albert Lamarca (Dir.). *Codice civile alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 79.

prejudicado deixar de chamar a atenção da outra parte em relação a um grande dano não usual, que ela não conhecia nem devia conhecer, ou caso se omita a evitar o dano ou a mitigá-lo (item 2).⁶⁴⁶

De acordo com as palavras de J. W. Hedemann, antigo professor da Universidade de Berlim, interpretada a norma, a missão do juiz para a aplicação das regras consiste em decidir a verdade de acordo com a produção das provas e a apreciação dos fatos concorrentes. Se das provas conclui-se que toda a culpa recai de forma isolada sobre o demandado, somente ele será condenado a indenizar. Por outra via, se o total culpado só foi o demandante, não há que se falar em reparação civil por parte do demandado. Por fim, se ambos forem os culpados do dano, a indenização deve ser fixada de acordo com essa coparticipação na causação do dano, *compensando-se as culpas*.⁶⁴⁷ A construção jurídica é muito simples, razoável, equânime, proporcional, servindo como inspiração para este estudo.

Entre os italianos, já na vigência da codificação anterior, Giorgio Giorgi discorria sobre a possibilidade de concursos de culpas, especificamente do próprio credor, a gerar uma compensação e a redução da indenização.⁶⁴⁸ Como se verá mais adiante, o Direito Civil Italiano há tempos trabalha com a concausalidade, particularmente com o concurso do próprio credor para o prejuízo – retirado do atual art. 1.227 do *Codice* –, o que é fundamental para a análise comparativa pretendida neste estudo.

Em França, René Savatier investigou a *causalidade complexa*, decorrente das falhas de vários agentes ao mesmo tempo, o que pode ocorrer das mais diversas formas, levando-se em conta a anterioridade e a contemporaneidade dos atos praticados pelos agentes, por terceiros ou até pela própria vítima do dano.⁶⁴⁹ Louis Josserand escreveu sobre a *divisão obrigatória de responsabilidade* pela presença da concausalidade, havendo culpas variadas que concorrem para a produção do dano, o que atenua o nexo causal.⁶⁵⁰

Adentrando na contemporaneidade doutrinária, na Espanha, Luis Díez-Picazo e Luís Gullón expõem aspectos da concausalidade em seu notório *manual* de Direito Civil. De acordo com os doutrinadores, em caso de pluralidade de atores do fato danoso, deve-se buscar o dever de reparar na proporção daquilo que cada um contribuiu para o evento

⁶⁴⁶ MARQUÈS, Albert Lamarca (Dir.). *Codice civile alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 79.

⁶⁴⁷ HEDEMANN, J. W. *Derecho de obligaciones*, cit., p. 126-128.

⁶⁴⁸ GIORGI, Giorgio. Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano, cit., p. 258-262.

⁶⁴⁹ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Deuxième Édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. p. 28-53.

⁶⁵⁰ JOSSERAND, Louis. *Teoria general de las obligaciones*. Revisado y completado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950. p. 338-339.

danoso (*individualização do comportamento causador do dano*). Não sendo isso possível, valerá a solidariedade entre todos os autores e coautores.⁶⁵¹ Em síntese, segundo os juristas e magistrados espanhóis, como regra, deve-se individualizar os comportamentos e separá-los, estando presente, nesses casos, uma hipótese de concorrência de imputações. Em suma, as responsabilidades devem ser distribuídas entre cada uma das pessoas a quem sejam imputadas tais causas (*fragmentação da obrigação*).⁶⁵² As conclusões consideram o que consta dos arts. 1.137 e 1.138 do Código Civil Espanhol, que tratam da responsabilidade contratual, mas que igualmente são aplicados na responsabilidade extracontratual.⁶⁵³

Não é diferente a conclusão em Portugal, pela previsão do art. 497º do Código Civil, que trata da solidariedade de todos os responsáveis pelos danos (item 1). A relevância das concausas fica evidenciada pelo item 2 do comando, visto que “O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis”. Como se percebe, em regra e no regresso, deverá ser verificado o grau de culpa de cada um dos envolvidos com o dano.⁶⁵⁴ Não sendo isso possível, incide a antiga regra de divisão igualitária proporcional da prestação de cada um, retirada da máxima latina *concurso partes fiunt*.

Ainda no sistema português, a culpa do lesado é tida como atenuante da responsabilidade do ofensor, em outra situação típica de concausalidade. Essa regra de redução consta do art. 570º, item 1, do Código Lusitano, norma que também é fundamental para a análise comparada deste estudo.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*, cit., p. 557-558.

⁶⁵² DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*, cit., p. 557.

⁶⁵³ Vejamos as previsões das normas: “Art. 1.137. La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria. Art. 1.138. Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros”.

⁶⁵⁴ Como assinala Mário Júlio de Almeida Costa, “se apenas alguns dos solidariamente responsáveis forem culpados, só em relação a estes é admitido o direito de regresso. Portanto, os culpados não têm igual direito contra os não culpados. Entre os culpados, funciona o critério do grau de culpabilidade e dos resultados produzidos” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 399).

⁶⁵⁵ Código Civil Português. “Art. 570º 1. Quando um facto culposo do lesado tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída.”

Como aponta José Carlos Brandão Proença, cuja tese de doutoramento defendida na Universidade Católica Portuguesa inspirou o presente estudo: “Perante duas condutas humanas voluntárias, duas responsabilidades, duas opções eticamente censuráveis, ‘impõe-se’ um tratamento jurídico paritário, sem privilégios – a não ser os que resultam da repartição do ónus da prova –, à margem de qualquer consideração de política legislativa, operando mediatamente a sanção ao lesado pela via da redução ou exclusão da indemnização. O dano é suportado pelo lesante e pelo lesado, em uma perfeita lógica comutativa e de acordo com o maior ou o menor peso da culpa”.⁶⁵⁶

No Brasil, a concausalidade já estava presente na codificação civil de 1916. Como norma substancial para tal premissa, o art. 1.518, *caput*, em sua parte final, previa que, se tivesse mais de um autor a ofensa, todos responderiam solidariamente pela reparação. Dessa forma, seria perfeitamente plausível a possibilidade da presença de vários violadores dos direitos alheios. Ademais, o parágrafo único do art. 1.518 do Código Civil anterior dispunha que seriam solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521 do próprio Código. Assim, de outra forma, estava consagrada a responsabilidade solidária dos que contribuíssem para o prejuízo, bem como dos responsáveis em relação aos terceiros pelos quais se responderia, nos termos do antigo art. 1.521 do CC/1916.⁶⁵⁷ Na doutrina anterior, Miguel Maria de Serpa Lopes destacava três tipos de efeitos substanciais da solidariedade na obrigação por ato ilícito.⁶⁵⁸ De início, como *efeito em relação aos codevedores*, haveria um tratamento unitário da pluralidade, ou seja, qualquer um dos codevedores poderia ser demandado. Como *efeito da solidariedade em face do titular do crédito*, existia a opção de demanda, ou seja, qualquer um dos responsáveis poderia ser demandado. Por fim, o *efeito entre codevedores entre si* poderia ser retirado do direito de regresso de um em face do outro, em relação à sua quota correspondente, conforme constava do art. 913 do Código Civil de 1916.⁶⁵⁹

⁶⁵⁶ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 119.

⁶⁵⁷ Repise-se a norma do CC/1916: “Art. 1.521. 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 o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522); IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia”.

⁶⁵⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*, cit., p. 374.

⁶⁵⁹ CC/1916. “Art. 913. O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver. Presumem-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores.”

O Código Civil Brasileiro de 2002 reproduziu na literalidade o *caput* do art. 1.518 no seu art. 942, *caput*, que assim enuncia, na íntegra: “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”. Mais uma vez, portanto, reconhece-se a concausalidade e a correspondente obrigação solidária. O parágrafo único da nova norma substituiu o termo *cúmplice*, próprio do Direito Penal, por *coautores*, o que é melhor do ponto de vista técnico, diante da regra pela qual a responsabilidade civil independe da criminal.⁶⁶⁰ Além disso, há menção ao atual art. 932 do Código Civil, que trata da responsabilidade por ato de terceiro, abrangida pela solidariedade passiva legal.⁶⁶¹

Pois bem, conforme reconhece, entre os contemporâneos, Caitlin Sampaio Mulholland, a concausa constitui “uma condição que concorre para a produção do dano junto com a conduta inicialmente imputada, modificando o curso normal do processo causal iniciado”.⁶⁶² A partir dos seus ensinamentos, pode-se concluir que, na concausalidade, há uma contribuição de condutas, em sentido coordenado ou não. A coordenação, por óbvio, pode ou não ser proposital. Em casos tais, pela ideia de distribuição dos ônus de acordo com as condutas, deve-se, em regra, verificar qual o peso de cada conduta para o prejuízo causado. Obviamente, também a própria vítima pode ter um peso de contribuição.

A principal norma do Código Civil de 2002 a consagrar o amplo reconhecimento da concausalidade é o seu art. 945, que admite a culpa concorrente da vítima como atenuante do dever de indenizar, *in verbis*: “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”. O que se observa, em uma primeira análise, é o fato de que se reconhece a coculpabilidade entre a vítima e o agente do dano. Há uma divisão do

⁶⁶⁰ Essa independência parcial consta do art. 935 do Código Civil de 2002: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. Consigne-se que, com pequenas diferenças, a mesma conclusão estava no art. 1.525 do Código Civil de 1916: “A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

⁶⁶¹ Repisando-se: “São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV – os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V – os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia” (art. 932 do CC/2002).

⁶⁶² MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 105.

dever de reparar o dano de acordo com as condutas dos envolvidos.⁶⁶³ Como se verá adiante, essa culpa concorrente da vítima tem o condão de diminuir o grau de culpa do agente, vislumbrando-se simbolicamente a culpa deste como uma *mola*.

Na doutrina nacional, Claudio Luiz Bueno de Godoy comenta que a norma em análise consagra a equidade como critério da indenização, em complemento ao art. 944 do mesmo Código; como consequência, não necessariamente as culpas dos envolvidos devem ser fixadas em igual parâmetro.⁶⁶⁴ Em suma, pode-se dizer que a razoabilidade serve como parâmetro, sem que necessariamente a divisão das culpas seja proporcional e idêntica. Ilustrando, se um pedestre concorre para o evento danoso em caso de um atropelamento, a divisão dos percentuais da culpa pode ser pela metade (50% de culpa do agente e 50% de culpa da própria vítima). Todavia, parâmetro diferenciado pode ser utilizado a critério do julgador, como um percentual de 60% de culpa para o atropelador e 40% de culpa ao atropelado, e assim sucessivamente, de acordo com a variação das causas.

Destaque-se que o art. 945 do Código Civil incide tanto na responsabilidade extracontratual quanto na contratual, sem distinção, por ser comando próprio da indenização, que vale para as duas modalidades. Como é óbvio, e isso é bem comum, a culpa concorrente da vítima – no caso, de um dos contratantes – pode estar presente nas hipóteses de inadimplemento obrigacional ou contratual, ou mesmo em casos de danos ao contratante sem que haja propriamente um descumprimento. O Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 1963, reconhece que o estabelecimento bancário é responsável pelo pagamento de cheque falso, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva ou concorrente do correntista. Como é claro, a súmula se aplica aos contratos bancários. No Superior Tribunal de Justiça, não tem sido outra a conclusão a respeito do debate acerca da culpa concorrente de partes distintas na responsabilidade civil contratual, conforme se pode depreender de julgados recentes.⁶⁶⁵

⁶⁶³ Essa divisão do dever de indenizar é observada pelo magistrado James Eduardo de Oliveira, nos seguintes termos: “Descortinada a concorrência de culpas, é de rigor a divisão do encargo indenizatório de acordo com a gravidade das condutas culposas. A disparidade entre tais condutas na eclosão do evento danoso impede a responsabilização uniforme dos envolvidos, impondo-se adequar o dever de reparação de acordo com o grau de censurabilidade de cada qual, ou seja, proporcionalmente” (*Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: GEN/Método, 2009. p. 665).

⁶⁶⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, cit., p. 791.

⁶⁶⁵ A discussão de culpa concorrente envolvendo a responsabilidade civil contratual pode ser retirada, entre outros, do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2007: “CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DESABAMENTO DE EDIFICAÇÃO. CONSTRUÇÃO POR ETAPAS. CONCORRÊNCIA DE CULPAS ENTRE QUEM EDIFICOU MAL UMA PARTE DA OBRA E QUEM SE RESPONSABILIZOU PELA OBRA INTEIRA PERANTE A AUTORIDADE MUNICIPAL. Quem contrata um engenheiro para levantar uma parede, ao invés de contratar um operário para empilhar tijolos, espera que esse profissional use conhecimentos técnicos e experiências para cumprir a empreitada. A lei

Pois bem, cumpre relevar o importante papel do magistrado, aplicador do Direito, para tal juízo de razoabilidade. Conforme assinala Renan Lotufo a respeito do emprego da equidade como critério para a fixação da indenização, “Tal emprego é raro no sistema brasileiro e revela que o papel do juiz tem expressão muito grande. Ele há que ser alguém do seu tempo e do seu meio, para que possa aferir não só critérios de igualdade, como de Justiça, quando, então, estará sendo equitativo. Agravam-se os problemas para o intérprete, mas ao mesmo tempo faz-se dele um partícipe na construção da boa lei, da lei que concretize os valores constitucionais, enfim, que preserve a dignidade humana e a solidariedade. O Código Civil de 2002 confia nos juízes como integradores das leis, não como meros locutores do texto escrito. É um desafio, mas é, também, um voto de confiança. Como integrantes do povo, os juízes devem contribuir para que o anseio de Justiça seja cada vez mais concretizado. Assim seja”.⁶⁶⁶ O voto de confiança, de igual modo, é do autor deste estudo.

Na jurisprudência, podem ser encontradas decisões que aplicam a concausalidade de acordo com percentuais ou frações de culpas.⁶⁶⁷ Neste momento, cabe deixar claro que a

exige que uma obra tenha responsável técnico, arquiteto ou engenheiro, na suposição de que será edificada segundo regras técnicas que garantam a segurança de pessoas e a conservação de bens. O trabalho humano tem sempre uma finalidade, que é projetada antes de ser alcançada, ou nas magníficas palavras de Marx: ‘Uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e a abelha envergonha mais de um arquiteto humano com a construção dos favos de suas colmeias. Mas o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho, obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e portanto idealmente. Ele não apenas efetua uma transformação da forma da matéria natural; realiza, ao mesmo tempo, na matéria natural seu objetivo, que ele sabe que determina, como lei, a espécie e o modo de sua atividade e ao qual tem de subordinar sua vontade’ (Karl Marx, *O capital*, Nova Cultural, São Paulo, 1985, Volume I, p. 149/150). Consequentemente, quem quer que seja, e especialmente um engenheiro, só pode levantar uma parede se estiver convencido de que ela suportará as intempéries normais; construindo por instinto, sem estudo prévio da respectiva resistência, incorre em culpa, com a consequente responsabilidade pelo evento danoso – outro tanto ocorrendo com quem firmou perante a Municipalidade o compromisso resultante do Alvará de Construção da obra inteira. Recurso especial conhecido e provido em parte” (STJ, REsp n. 650.603/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 03/04/2007, DJ 18/06/2007, p. 255).

⁶⁶⁶ LOTUFO, Renan. A responsabilidade civil e o papel do juiz no Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil*. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009. p. 462.

⁶⁶⁷ Aplicando a culpa em percentuais, do Tribunal Gaúcho: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE. CULPABILIDADE CONCORRENTE. PENSIONAMENTO. DANOS MORAIS. 1. Os elementos probatórios confirmam a afirmativa fática reconhecida na sentença de que o demandado transitava em velocidade excessiva, ou seja, não observando regra de conduta referente à direção defensiva, o que caracteriza a imprudência, do mesmo modo que existe, em maior proporção, culpa da vítima, que tentou realizar a travessia da via em local e momento inadequados. Mantido o percentual de culpa de em 30% para o demandado e em 70% para o *de cujus*. 2. O recebimento de pensão previdenciária não exclui pagamento de pensionamento mensal em virtude de ato ilícito, tendo em vista a distinção quanto à natureza dos respectivos direitos, informados, por conseguinte, por princípios diversos. 3. Indenização a título de danos morais fixada em patamar condizente com os efeitos do infortúnio em cada um dos demandantes (perda trágica do esposo e pai dos requerentes). Sentença mantida. APELOS IMPROVIDOS” (TJRS, Acórdão n. 70029790102,

concausalidade tem a devida aplicação prática pela realidade consagrada na atual codificação privada brasileira. Ilustrando, em acidentes de trânsito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem feito a razoável divisão, em sentido muito próximo à última exemplificação referente ao atropelamento.⁶⁶⁸ Nesse sentido, não é diferente a conclusão do Tribunal Paranaense.⁶⁶⁹

Precedente nacional interessante a respeito do tema da concausalidade foi proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 13 de junho de 2006 (Recurso Especial n. 577.902/DF).⁶⁷⁰ A questão envolvia três amigos que viajavam de carro de Brasília para Cabo Frio, Rio de Janeiro, onde pretendiam passar o carnaval do ano de 1985. Como se nota, o julgado refere-se a fatos ocorridos na vigência e sob a aplicação do Código Civil de 1916.

Pois bem, no meio do caminho, os amigos pararam na cidade mineira de Barbacena, Minas Gerais, na qual foram a um baile – também carnavalesco. Na ocasião, consumiram bebidas alcoólicas e substâncias entorpecentes. Ao amanhecer, os três resolveram seguir caminho. Em meio à viagem, o proprietário do veículo – de nome Alessandro – percebeu que não tinha condições de dirigir e entregou a direção a um de

Canoas, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Judith dos Santos Mottecy, julgado em 02/07/2009, *DOERS* 14/08/2009, p. 35). Fazendo incidir a fração para a determinação da culpa, do Tribunal de Minas Gerais: “INDENIZATÓRIA. DANO MATERIAL E MORAL. COMPROVAÇÃO. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. FIXAÇÃO. Comprovada a conduta culposa dos requeridos, bem como a culpa concorrente da vítima, o dano e o nexo causal, autorizados restam os pleitos indenizatórios moral e material, que deverão ser suportados em partes iguais pelos litigantes. (...). Ante a culpa concorrente da vítima, deve o pleito indenizatório ser suportado ao percentual de 1/3 (um terço), para cada uma das partes” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0480.04.058902-4/0011, Patos de Minas, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Nívio Lacerda, julgado em 16/04/2008, *DJEMG* 1º/05/2008).

⁶⁶⁸ Entre tantos julgados: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CULPA CONCORRENTE. 1) Entendo que no caso está caracterizada a concorrência de culpas, em igual percentual, de um lado pelo agir culposos da vítima fatal porque, após ter atropelado um cavalo, permaneceu sobre a pista de rolamento; de outro, do réu, por estar trafegando com o seu veículo, Fiat Tempra, em alta velocidade. 2) Danos morais fixados em valor razoável e adequado à espécie, considerando os parâmetros adotados por esta Câmara para casos semelhantes ao *sub judice*. Apelação improvida” (TJRS, Acórdão n. 70029042454, Uruguaiana, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Voltaire de Lima Moraes, julgado em 15/07/2009, *DOERS* 20/08/2009, p. 102).

⁶⁶⁹ TJPR, Agravo de Instrumento n. 0495738-4, Palmas, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Arno Gustavo Knoerr, *DJPR* 03/04/2009, p. 244.

⁶⁷⁰ A ementa do acórdão foi a seguinte: “ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE BENÉVOLO. VEÍCULO CONDUZIDO POR UM DOS COMPANHEIROS DE VIAGEM DA VÍTIMA, DEVIDAMENTE HABILITADO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. RESPONSABILIDADE PELO FATO DA COISA. – Em matéria de acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz e que provoca o acidente, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, ou que o transporte seja gratuito ou oneroso, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros. – Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes. Recurso especial provido” (STJ, REsp n. 577.902/DF, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 13/06/2006, *DJ* 28/08/2006, p. 279).

seus amigos – chamado Luciano –, que, segundo os autos, sabia estar alcoolizado. O pior ocorreu, eis que o condutor do veículo tentou fazer uma ultrapassagem arriscada de um caminhão e capotou o veículo. O terceiro passageiro – de nome Sérgio – sofreu graves danos físicos, ficando paraplégico, e, por isso, ingressou com demanda indenizatória em face do proprietário do veículo, seu próprio amigo.

O julgado do Superior Tribunal de Justiça analisa a questão da culpa concorrente de forma profunda e interessante, com algumas divergências entre os ministros, tendo o acórdão, na íntegra, sessenta e seis páginas.

O relator, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, concluiu pela culpa gravíssima do proprietário do veículo ao entregá-lo a seu amigo bêbado, utilizando como parâmetro para sua decisão o art. 166 do Código de Trânsito Brasileiro.⁶⁷¹ Reproduzindo voto vencido na apelação, o julgador também atribuiu culpa concorrente e grave ao motorista, por dirigir embriagado e por fazer a arriscada ultrapassagem que causou o acidente. Concluiu ainda pela culpa concorrente e grave da própria vítima, por não ter atuado contra o evento, permitindo que o incidente tivesse ocorrido contra si mesma. Nessa linha, entendeu o relator pela divisão em três partes dos prejuízos causados ao autor da demanda. O proprietário do veículo – de nome Alessandro – foi condenado a indenizar o autor da ação na proporção de 60% (sessenta por cento) dos prejuízos, ou seja, em percentual daquilo que teria contribuído para o evento, por ter entregado o seu carro a uma pessoa bêbada. O que se nota é o fato de que o relator atribuiu os outros 40% (quarenta por cento) de culpa para a própria vítima – Sérgio – e para o condutor – Luciano.

O Ministro Humberto Gomes de Barros proferiu voto após vista dos autos. De início, após analisar as decisões da segunda instância, declara sua intenção de analisar “o alcance jurídico-social de um pacto frequentíssimo entre jovens, em nossa sociedade regida pelo automóvel”.⁶⁷² Nesse contexto, concluiu que todos os três amigos assumiram o risco

⁶⁷¹ Lei n. 9.503/1997. “Art. 166. Confiar ou entregar a direção de veículo a pessoa que, mesmo habilitada, por seu estado físico ou psíquico, não estiver em condições de dirigi-lo com segurança: Infração – gravíssima.”

⁶⁷² O seguinte trecho do voto merece destaque: “Tal pacto resulta da reunião de vários jovens, com o objetivo de tornarem menos dispendiosas as viagens de lazer e férias. Da reunião resulta consenso em que, escolhido o automóvel de um dos participantes, os demais obrigam-se a fornecer o combustível a ser consumido na viagem. É comum, na execução do acerto, o revezamento dos viajantes na direção do veículo. Forma-se, então, o que se poderia denominar uma sociedade lúdica, em que várias pessoas se comprometem a contribuir da forma acertada para que a viagem seja prazerosa. Em tais associações transitórias, não há gerentes, patrões ou donos: o automóvel é posto a serviço comum e as decisões são adotadas mediante consenso. Não se pode, tampouco, falar em carona. Os integrantes de tal sociedade de fato correm, dividindo entre si, os riscos de eventuais infortúnios. Integrante da sociedade lúdica, o ora recorrido, na oportunidade em que aconteceu o acidente, não era transportador, patrão nem comitente.

em relação ao evento que causou o resultado, por seguirem viagem pelas estradas do Brasil ainda alcoolizados, devendo responder na proporção de um terço cada um. Nesse ponto, divergiu do relator, que havia atribuído a proporção de culpa do réu, proprietário do veículo, em 60%. Em suma, em sua opinião, a responsabilidade de cada um dos três seria de 33,33333% (trinta e três vírgula trinta e três por cento, com dízima periódica).

O terceiro voto foi prolatado pelo então Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, que analisou a questão sob a ótica do transporte gratuito, a popular carona – como já havia sido feito nas instâncias inferiores –, e com base no teor da Súmula n. 145 do próprio STJ.⁶⁷³ O Ministro Menezes Direito não conheceu do recurso especial, por entender que a questão envolveria matéria de fato e que não poderia ser apreciada pela superior instância, por ter sido discutida anteriormente.

Desse modo, houve um quarto voto, do Ministro Castro Filho. Após relatórios dos fatos e das decisões anteriores, o julgador manifesta sua opinião no sentido de não haver ilícito na conduta do réu – proprietário do veículo – ao entregar o seu carro ao terceiro condutor. São suas palavras: “É que o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior, violadora de um dever jurídico, não se podendo presumir culpa quando a conduta do agente se desenvolve dentro da normalidade, e, na hipótese em tela, penso que não pode ser atribuída qualquer responsabilidade ao réu pelo fatídico acidente, pelo só fato de, sentindo-se cansado, ter transferido a condução do veículo a um amigo que, como ele, havia ingerido bebida alcoólica e que, ao tentar efetuar manobra arriscada de ultrapassagem, terminou por acarretar o acidente”. Por isso, concluiu que o evento se deu por fato estranho às partes, de uma infeliz fatalidade, na esteira de julgamento anterior, não sendo o caso de se falar em reparação de danos. Em síntese, não conheceu do recurso especial, na linha do entendimento do Ministro Menezes Direito.

O último voto proferido foi o da lavra da Ministra Fátima Nancy Andrighi, que inicia as suas razões apontando as altas estatísticas mundiais de acidentes de veículos com vítimas fatais.⁶⁷⁴ Defendendo uma maior rigidez no que toca à responsabilidade civil por

Era, simplesmente um jovem, em busca de divertimento, ao lado de seus companheiros, sobre os quais não tinha qualquer ascendência. Não vejo como declará-lo responsável pelo ato culposo do companheiro que dirigia seu automóvel”.

⁶⁷³ A Súmula n. 145 do Superior Tribunal de Justiça tem a seguinte redação: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

⁶⁷⁴ Vejamos trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi a respeito das estatísticas de acidentes de trânsito: “Realmente, de acordo com as estatísticas mais recentes da Organização Mundial de Saúde, no ano de 2002, os acidentes de trânsito rodoviário fizeram mais de 1.200.000 (um milhão e duzentas mil) vítimas fatais. Para se ter uma ideia do que isso representa, os acidentes de trânsito matam o quádruplo do que

acidente de veículos, a julgadora manifesta o seu entendimento no sentido de que o proprietário do veículo responde solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz. Depois de criticar o teor da Súmula n. 145 do STJ, concluiu pela solidariedade de condutor e proprietário do veículo pelos danos causados, conhecendo o recurso especial e lhe dando provimento para os fins da ação indenizatória ser reputada procedente. Pela conjugação com os votos anteriores, essa foi a decisão que prevaleceu.

Mais do que a questão de mérito, o julgado demonstra quão difícil é a investigação da coautoria dos fatos, bem como quais os limites para a conclusão pela solidariedade ou não. Prevaleceu o entendimento pela solidariedade, pois essa era a solução no sistema anterior em caso de condutas concorrentes. Todavia, ao trazer o caso para a atualidade da codificação em vigor, a solução seria diversa, de divisão de acordo com a contribuição para o evento, conforme as decisões dos Ministros Pádua Ribeiro e Gomes de Barros.

Superada a devida análise jurisprudencial, diante da regra constante do art. 945 do Código Civil Brasileiro e também pela experiência que se tem até o momento, é forçoso concluir que o sistema brasileiro se aproximou da realidade europeia, ou seja, de que, em regra, deve-se buscar a contribuição de cada um dos envolvidos para o evento danoso, incluindo a vítima. Caso isso não seja possível, vale a conclusão da solidariedade na coautoria, retirada do parágrafo único do art. 942 da mesma codificação privada.

Estudada a codificação civil, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, por igual, seguiu a linha de prever a possibilidade de concausalidade. De início, a respeito da solidariedade, determina o parágrafo único do art. 7º da Lei n. 8.078/1990 que, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. Conforme exposto no capítulo anterior deste estudo, parte considerável da doutrina nacional considera a norma geradora da solidariedade como regra na ótica consumerista, corrente a qual se adere. Isso atinge o vício do produto, o vício do serviço e o fato do serviço. Nas hipóteses de fato do produto, pelo que consta dos arts. 12 e 13 da Lei n. 8.078/1990, há uma responsabilidade principal do fabricante e uma

guerras e conflitos juntos, sendo a maior causa de mortes violentas por ano. Adicionalmente a essas mortes, os acidentes de trânsito deixam aproximadamente 50 milhões de pessoas feridas ou incapacitadas todos os anos (dados disponíveis em <www.who.int/violence_injury_prevention/road_traffic/en>, acesso em 6 de junho de 2006). Os números são realmente chocantes: a cada 22 minutos morre uma pessoa em acidente de trânsito, a cada 7 minutos acontece um atropelamento e a cada 57 segundos acontece um acidente de trânsito (dados disponíveis em <www.transitobr.com.br/numeros.htm>, acesso em 6 de junho de 2006). Portanto, é incontestável que, com o progresso econômico da sociedade – o que faz com que a cada ano mais carros, cada vez mais velozes e possantes, entrem em circulação –, os automóveis se tornaram instrumentos móveis perigosos, com um grande potencial de causar danos, tanto pessoais como materiais, e, por isso mesmo, quem os põe em circulação e, conseqüentemente, expõe a coletividade a tais riscos, até mesmo fatais, deve ser submetido a uma responsabilidade civil mais rígida”.

responsabilidade subsidiária do comerciante, também já verificada. Ora, em todas essas situações, como há corresponsabilidade, deixa-se evidenciada a realidade cocausal.

Mas não é só. A concausalidade ainda pode ser retirada pelas menções que a norma consumerista faz a respeito das excludentes de responsabilidade, principalmente da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, seja no produto ou no serviço (arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, da Lei n. 8.078/1990). Conforme se pretende defender – e esse é um dos pontos fulcrais deste estudo – pela argumentação jurídica *do mais para o menos* ou *do maior para o menor* (*argumentatio a maiori ad minus* ou *argumentum a maiore ad minus*), deve-se entender que a culpa ou fato concorrente da vítima e de terceiro servem como atenuantes da responsabilidade civil na ótica consumerista. Para sintetizar, se a culpa exclusiva da vítima e de terceiro afastam a responsabilidade, a culpa concorrente de ambos a atenua.⁶⁷⁵ Na jurisprudência nacional, vários julgados admitem a culpa concorrente em ações fundadas na responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁷⁶ Ressalte-se que a premissa ainda será aprofundada em momento oportuno.

A concausalidade vem recebendo da doutrina brasileira algumas tentativas de classificação, destacando-se a obra de Fernando Noronha, que trata da *autoria ou*

⁶⁷⁵ Conforme se extrai da obra de Karl Larenz, “Numa relação muito próxima com a analogia está o denominado *argumentum a maiore ad minus*. Este diz-se: se, segundo uma disposição legal, para a previsão A vale a consequência jurídica C, então esta tem que valer ‘por maioria de razão’ para a previsão B ainda em maior medida” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 552). Segundo o autor, a verdadeira justificativa para tal técnica argumentativa é o *imperativo de justiça*, assim como ocorre com o artifício da analogia (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 552). Então, no caso brasileiro, a *argumentação do maior para o menor* pode ser retirada do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo qual, ao aplicar a norma, o juiz deve levar em conta os seus fins sociais e a busca do bem comum, que é a pacificação social. Pode também ser retirada da razoabilidade que consta da isonomia constitucional (art. 5º, *caput*, da CF/1988).

⁶⁷⁶ Por todos, do Superior Tribunal de Justiça, sem prejuízo dos demais julgados colacionados no decorrer deste estudo: “Consumidor. Recurso Especial. Cheque furtado. Devolução por motivo de conta encerrada. Falta de conferência da autenticidade da assinatura. Protesto indevido. Inscrição no cadastro de inadimplentes. Dano moral. Configuração. Culpa concorrente. – A falta de diligência da instituição financeira em conferir a autenticidade da assinatura do emitente do título, mesmo quando já encerrada a conta e ainda que o banco não tenha recebido aviso de furto do cheque, enseja a responsabilidade de indenizar os danos morais decorrentes do protesto indevido e da inscrição do consumidor nos cadastros de inadimplentes. Precedentes. – Consideradas as peculiaridades do processo, caracteriza-se hipótese de culpa concorrente quando a conduta da vítima contribui para a ocorrência do ilícito, devendo, por certo, a indenização atender ao critério da proporcionalidade. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte provido” (STJ, REsp n. 712.591/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 16/11/2006, DJ 04/12/2006, p. 300). E, ainda: “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. – Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Art. 14 do CDC. – A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Art. 12, § 2º, III, do CDC. – A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte” (STJ, REsp n. 287.849/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 17/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 165).

causalidade plural presente nos casos de vários fatos geradores do dano que são atribuíveis a pessoas distintas, ou, ainda, quando houver concurso entre fato de uma pessoa e caso fortuito ou força maior (*concorrência efetiva de causas* ou *causalidade concorrente*).⁶⁷⁷

Nesse contexto, como primeira hipótese, o jurista demonstra a *causalidade plural comum*, que se verifica quando “são duas ou mais as pessoas que participam do fato causador do dano”, sendo imperioso saber qual a participação de cada um para a atribuição da correspondente responsabilidade, conforme já se defendeu.⁶⁷⁸ Esta surge, muitas vezes, na *responsabilidade civil grupal*, presente, por exemplo, nos casos de brigas entre gangues, “quebradeiras” generalizadas, rixas e conflitos entre grupos definidos.⁶⁷⁹

A seguir, há a *causalidade plural concorrente*, que resulta da conjugação de duas variáveis, que podem ser: *a)* concurso entre fato do responsável e caso fortuito ou de força maior; *b)* concorrência entre fatos do responsável e do lesado; *c)* concurso de fatos de várias vítimas (*causalidades complexas*).⁶⁸⁰

De início, como situação de *concurso entre o fato do responsável e caso fortuito ou força maior*, Noronha cita a inundação causada pela omissão do Estado, que não conserva as vias, deixando entupidos os bueiros das ruas.⁶⁸¹ Como contribuição, ilustramos com o dano ambiental causado pela inundação de um lago, por chuvas torrenciais, em que há uma atividade extrativista com uso de mercúrio. Logicamente, o dano foi acrescido quanto ao potencial pela atividade poluidora desenvolvida pelo proprietário do terreno.

Ato contínuo, como *concurso entre fatos do responsável e do lesado*, valem as exemplificações do art. 945 do Código Civil neste estudo desenvolvidas, mormente para os acidentes de trânsito.

Por fim, o *concurso de fatos de várias pessoas*, gerador de *causalidades complexas*, merece maior depuração analítica. Fernando Noronha assevera que “estas são as situações mais complexas de causalidade concorrente [...] são casos em que temos fatos diversos, atribuíveis a pessoas diferentes, agindo em separado, mas que acabam contribuindo para o

⁶⁷⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 640.

⁶⁷⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 641.

⁶⁷⁹ Como nas hipóteses de conflitos entre torcidas ou entre torcidas e policiais, comuns em todo o Brasil e analisadas pela jurisprudência nacional no que concerne à responsabilidade civil, veja-se: TJRS, Acórdão n. 70018527150, Porto Alegre, 6ª Câmara Cível – Regime de Exceção, Rel. Des. Odone Sanguiné, julgado em 13/11/2007, *DOERS* 10/01/2008, p. 22; TJSC, Acórdão n. 2007.064749-0, Capital, 3ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Henry Petry Junior, *DJSC* 14/07/2008, p. 121; TJRJ, Acórdão n. 15034/1998, Rio de Janeiro, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Ronald Valladares, julgado em 21/10/2003; TJSP, Acórdão n. 82.376-4, Campinas, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. César Lacerda, julgado em 08/09/1999.

⁶⁸⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 643-652.

⁶⁸¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 644.

dano que se verificou”.⁶⁸² Nesse sentido, o jurista diferencia três hipóteses. Na primeira delas, há a prática, por cada uma das partes envolvidas, de fato que por si só seria suficiente para causar todo o dano verificado (*causalidade colateral*). Na segunda, denominada *causalidade concorrente propriamente dita ou cocausalidade*, as práticas sozinhas não seriam suficientes para causar o dano, mas, somadas, acabam por gerar a causa necessária para tanto. Como terceira, destaca a *causalidade cumulativa ou acumulativa*, aquela “de independente causação por cada pessoa, cada uma praticando um fato diferente, de uma parte delimitada do dano”.⁶⁸³

Na prática, o exemplo clássico de *causalidade colateral* envolve o cozinheiro e o empregado da casa que, agindo de forma separada e sem saberem da intenção do outro, dão veneno para o patrão, com o objetivo de causar a sua morte.⁶⁸⁴ Como ilustração particular, cite-se o caso em que dois franco-atiradores acertam uma mesma pessoa como alvo, causando a sua morte, em hipótese em que um dos tiros já seria motivo para tanto. A solução apresentada pelo autor estudado é a de que todos devem responder solidariamente, pois são considerados coautores do evento.⁶⁸⁵

Noronha ilustra a *causalidade concorrente* com a fatídica situação em que dois motoristas contribuem para um atropelamento: o primeiro, por dirigir em alta velocidade, e o outro, por estar com a luz alta, causando a dificuldade de visualização do primeiro.⁶⁸⁶ Da jurisprudência do Estado de Rio de Janeiro pode ser citado o caso de um acidente que aconteceu em uma plataforma de petróleo e que vitimou um empregado, evento ocorrido em decorrência de condutas que, somadas, geraram a situação danosa.⁶⁸⁷ Em suma, o que se nota é o fato de que as culpas ou condutas em interação geram um infeliz resultado,

⁶⁸² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 647.

⁶⁸³ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 647.

⁶⁸⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 648.

⁶⁸⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 648.

⁶⁸⁶ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 649.

⁶⁸⁷ “PETROBRÁS. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE EMPREGADO EM PLATAFORMA DA PETROBRÁS. TRANSAÇÃO. EFEITOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS. ART. 1.031. C. CIVIL DE 1916. RESPONSABILIDADE CIVIL. Acidente com mortes na plataforma enchova I, da Petrobrás, decorrente de queda de baleeira de salvamento, durante o abandono do local por força de incêndio e explosão em poço de perfuração operado por uma empreiteira. Pedido indenizatório de dependentes de uma das vítimas contra a empregadora desta, a Petrobrás e a empreiteira operadora do poço. Culpa da Petrobrás proclamada em decisão do tribunal marítimo. Causalidade concorrente. Transação entre os autores e a 3ª ré, no exterior, com a extinção do processo, em face da transigente, e das denunciadas por esta. Determinação do prosseguimento do feito em relação às rés remanescentes. Efeitos da transação em relação a terceiros (CC. Art. 1.031). Direito à reparação integral. Reforma parcial da sentença, para julgar procedente o pedido indenizatório, com a apuração do montante em liquidação, sujeito à dedução do antecipadamente recebido na transação, mantida a improcedência, quanto à empregadora da vítima” (TJRJ, Acórdão n. 6114/1993, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Elmo Arueira, julgado em 21/03/1995).

devendo todas elas responderem solidariamente pela totalidade da obrigação, como coautoras, segundo a *opinio* de Fernando Noronha.⁶⁸⁸

A situação típica de *causalidade cumulativa (ou acumulativa)* é o acidente de trânsito que decorre de várias atuações independentes, como nos abalroamentos sucessivos, em que há culpas de todos. Contribuindo para a ilustração, a jurisprudência federal brasileira atribuiu culpa a uma fábrica clandestina de fogos de artifício, em concorrência com a conduta de órgãos públicos, pela falta da devida fiscalização, fatos estes que vieram a causar o prejuízo.⁶⁸⁹ Como se nota, a correta solução para a causalidade cumulativa é a determinação da culpa de cada um, para que responda de acordo com a sua contribuição para o evento.⁶⁹⁰

⁶⁸⁸ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 649.

⁶⁸⁹ “RESPONSABILIDADE CIVIL. EXPLOÇÃO. FOGOS DE ARTIFÍCIOS. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1 – Improperáveis os recursos dos réus. Responsabilidade dos litisconsortes passivos. Pelo laudo pericial de fls. 24/93 ficou constatado que a Ré J. P. da Cruz Bazar Ltda mantinha uma fábrica clandestina de fogos de artifício. Outrossim, a atividade comercial do J. P. da Cruz Bazar Ltda, embora do conhecimento da Autoridade Federal (fls. 187); Estadual (fls. 236/237); e Municipal (fls. 156), não atendia às normas legais vigentes à época. Com efeito, compete à União Federal e aos Estados fiscalizar e autorizar o comércio de artigos pirotécnicos, pólvoras, explosivos, armas e munições. 2 – O termo de vistoria constante às fls. 187, de autoria do Tenente-Coronel Wigder C. do Rego Monteiro Filho, é prova bastante da culpa da União Federal no evento. A referida vistoria, realizada poucos dias antes do ‘acidente’, foi procedida com negligência e imperícia. Outrossim, a alegação da União Federal de que a produção era clandestina não afasta sua responsabilidade, isto porque o comércio e o depósito irregular daqueles produtos, fatos de seu conhecimento, por si só foram causa do dano à Autora. 3 – De mesma sorte, o Estado do Rio de Janeiro é responsável pelos prejuízos. A brilhante tese apresentada por seu procurador, da qual aliás sou adepto, de que a omissão administrativa só se sujeita à responsabilidade civil subjetiva, com a devida vênua, é inaplicável ao caso concreto. Os documentos de fls. 236 237 comprovam que o Estado do Rio de Janeiro detinha pleno conhecimento de que o Bazar Santa Bárbara vendia fogos de artifício. Sendo, portanto, do seu conhecimento, deveria ter procedido constante e rígida fiscalização no local. Se não fosse do conhecimento do Estado do Rio de Janeiro a existência do Bazar, bem como sua atividade, aí sim seria o Estado irresponsável pelos danos. 4 – O Município de Niterói ao conceder a licença de localização ao J. P. da Cruz Bazar Ltda não atentou para o disposto no art. 5º do Decreto Estadual 718/76. Sendo certo que um ato regulamentar estadual não pode vincular uma autoridade municipal, aquele ato normativo é prova de que o Município de Niterói não tomou as mínimas providências para conceder a licença de localização de um estabelecimento comercial que exercia uma atividade de alta periculosidade. 5 – Nesta toada, cada litisconsorte passivo contribuiu com sua conduta omissiva para a ocorrência dos danos reclamados, restando patenteado o respectivo nexo etiológico, conforme bem delineado, incogitando-se de atribuir com exclusividade a um dos réus dada a causalidade cumulativa enfocada. 6 – Descogitando-se, outrossim, diante deste quadro fático, de inoocorrência de culpa dos litisconsortes passivos, o que, de qualquer maneira, imporia a respectiva responsabilidade na linha da teoria do risco administrativo (STF, *mutatis*, RE 109615, DJU 02/08/96). 7 – Noutro feito, a questão de cumulação do dano moral com o material é matéria pacificada a teor do verbete nº 37, da Súmula do STJ, sendo a irresignação, neste flanco, outrossim, improcedente. 8 – Quanto à verba honorária, restou a mesma bem dosada, não se podendo falar como se acena, em causa simples. 9 – No patamar das verbas indenizatórias, de caráter material, devem ser as mesmas mantidas, a uma, porque tendo sido a pensão fixada no valor médio, dos vencimentos líquidos do falecido nos 12 meses anteriores, alicerça-se o resultado preconizado pela jurisprudência pátria da redução de 1/3 para gastos próprios; e, a duas, porque não se impõe qualquer perícia judicial para se apurar, *in casu*, as despesas realizadas com o reparo do veículo, sendo suficiente a prova constante dos autos. 10 – Remessa e recursos conhecidos, porém para lhes negar provimento” (TRF, 2ª Região, Acórdão n. 94.02.11965-5, 6ª Turma, Rel. Juiz Poul Erik Dyrland, DJU 08/04/2004, p. 37).

⁶⁹⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 650.

Encerrando a análise da referencial obra de Fernando Noronha, destaca o autor a *causalidade alternativa*, que também está ligada às concausas. O tema ainda será aprofundado, pois tem relação direta com o objeto deste estudo, mormente para a sua incidência na práxis. Para o doutrinador estudado, há causalidade alternativa “quando existem dois ou mais fatos com potencialidade para causar um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi o verdadeiro causador”.⁶⁹¹ A solução, como se verá, pode ser de responsabilização de qualquer um dos envolvidos. O exemplo, um dos objetos primordiais deste estudo, é o do fumante que consome cigarros de marcas diferentes e que vem a contrair câncer e outras doenças que lhe causam a morte. Como determinar qual o percentual ou fração de culpa de cada um? Pela ideia de causalidade alternativa, qualquer uma das empresas poderia responder.

O momento ainda não é de enfrentamento desta e de outras delicadas situações. O que cumpre destacar, encerrando a seção, é o fato de que a *concausalidade* – tida como o reconhecimento da possibilidade de que vários atos ou fatos contribuam para o evento danoso – é premissa fundamental e basilar para a incidência da *teoria do risco concorrente*. Assim, os riscos assumidos pelas partes em determinada situação têm relação direta com a coautoria e a corresponsabilidade.

Como restou claro, a concausalidade ocorre na prática. Além disso, é amparada pela legislação, seja brasileira ou de outros países. No caso brasileiro, a concausalidade tem tratamento no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor. Fato e Direito. As premissas menor e maior foram alcançadas para o fundamental silogismo do presente estudo.

4.2 FUNDAMENTOS DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE

Em Direito, é comum a busca explícita de fundamentos para as teses, seja nos meios teóricos e acadêmicos ou mesmo na prática, a fim de que o interlocutor fique convencido da ideia exposta. O modo de encerramento da última seção demonstra como o aplicador do Direito tem o costume de buscar a lógica formal, que, na seara jurídica, é fundada na premissa menor (dos fatos) e na premissa maior (do direito), sendo o pedido ou a conclusão a relação que decorre desse silogismo. Igualmente, é afeito ao aplicador do Direito o recurso da subsunção, ou seja, de incidência da norma jurídica para justificar determinada premissa ou tese.

⁶⁹¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 652.

O presente estudo, de início, será fundamentado nessas premissas teóricas, tão difundidas entre os operadores do direito – mormente entre aqueles apegados ao positivismo jurídico e à ideia de *Estado da Legalidade*. Todavia, os argumentos legais para este estudo são apenas os primeiros passos, o piso mínimo de discussão, pois, mais do que na lei, uma tese jurídica deve estar fundada na ideia de *justiça* e em uma análise sistemática da conjuntura político-jurídico-social.⁶⁹² Assim, supera-se o *Estado de Legalidade pelo Estado de Direito*, conforme a orientação de estudos preliminares para este estudo.⁶⁹³ De acordo com o que se verificou no Capítulo 1, deve-se se ter em mente um sistema aberto, sempre afeito aos diálogos interdisciplinares, incluindo o próprio Direito.

Deve ficar claro que o enunciado primordial da premissa jurídica que se propõe é o de que a *responsabilidade civil objetiva deve ser atribuída e fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, seja em uma situação contratual ou extracontratual*. Desse modo, o primeiro argumento para a tese do risco concorrente está na Constituição Federal de 1988, especialmente na compreensão do princípio da igualdade, retirada do seu art. 5º, *caput*, cuja transcrição é primordial para o presente ponto do estudo: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

⁶⁹² Sobre o conceito de *justiça*, entre tantos, consulte-se: ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 314-331. A partir de suas lições, conclui-se que a ideia de justiça tem relação com a construção de “dar a cada um o que é seu” e com a pacificação social proveniente dessa distribuição equitativa dos direitos. Alf Ross expõe alguns exemplos de máximas que expressam tal tratamento, tais como: *a)* a cada um segundo o seu mérito; *b)* a cada um segundo sua contribuição; *c)* a cada um segundo as suas necessidades; *d)* a cada qual segundo a sua capacidade; *e)* a cada um segundo sua posição e condição (ROSS, Alf. *Direito e justiça*, cit., p. 315-321). A respeito do ideário de justiça, ver, ainda: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 180-182.

⁶⁹³ Conforme leciona Sérgio Resende de Barros: “Desse modo, com inspiração em Carré de Malberg, pode-se e deve-se distinguir o Estado de direito do Estado de legalidade. O que ele chamou de Estado ‘legal’ hoje se pode chamar de Estado de legalidade: degeneração do Estado de direito, que põe em risco a justa atuação da lei na enunciação e concreção dos valores sociais como direitos individuais, coletivos, difusos. No mero Estado de Legalidade, a lei é editada e aplicada sem levar em conta o resultado, ou seja, sem considerar se daí resulta uma injusta opressão dos direitos. Impera o legalismo, que é a forma mais sutil de autoritarismo, na qual o espírito autoritário se aninha e se disfarça na própria lei. O processo legislativo atende à conveniência política do poderoso do momento, quando não é este *in persona* quem edita a norma ‘provisoriamente’” (BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. São Paulo: Millenium, 2007. p. 140). Para a devida diferenciação entre o Estado de Direito e o Estado de Legalidade, foram preciosos os ensinamentos transmitidos pelo jurista citado na disciplina “A negação do Estado de Direito pelo Estado da Legalidade”, ministrada no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no segundo semestre de 2009.

Como é notório, o sentido do *princípio da igualdade jurídica* deve ser compreendido de acordo com a oração pela qual *a lei deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais (de acordo com as suas desigualdades)*, atribuída, entre outros, a Aristóteles e a Ruy Barbosa. Essa a essência da isonomia ou igualdade *lato sensu*, ainda denominada *igualdade formal*. Da primeira parte do enunciado, extrai-se a igualdade *stricto sensu* ou *igualdade material*. Na segunda, está a *especialidade*, como no Capítulo 1 se demonstrou.

Eis aqui um *senso comum* no Direito, conforme expõe a doutrina nacional e estrangeira. Em Portugal, comentando o art. 13º da Constituição Portuguesa, Jorge Miranda e Ruy Medeiros lecionam que a igualdade ali proclamada é a igualdade jurídico-formal, “abrangendo quaisquer direitos e deveres existentes na ordem jurídica portuguesa”.⁶⁹⁴ Mais à frente, os juristas demonstram que o *sentido positivo da igualdade* pode ser expresso nas seguintes premissas: *a)* tratamento igual para as hipóteses de situações iguais; *b)* tratamento desigual para os casos de situações concretas e objetivamente desiguais; *c)* tratamento – como faculdade ou obrigação – de acordo com a proporcionalidade, nas situações relativamente iguais ou desiguais; *d)* tratamento das situações não somente como existem mas também como *devem* existir; *e)* consideração do princípio da igualdade não como uma *ilha*, mas, sim, em consonância com outros princípios que constam da Constituição (ponderação).⁶⁹⁵

Não é diferente a dedução de J. J. Gomes Canotilho, para quem a igualdade material é entendida justamente pela máxima de tratar igual o que é igual e desigualmente o que é desigual, eis que, “diferentemente da estrutura da lógica formal de identidade, a igualdade pressupõe diferenciações. A igualdade designa uma relação entre diversas pessoas e coisas. Reconduz-se, assim, a uma *igualdade relacional*, pois ela pressupõe uma relação tripolar (Podlech): o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características”.⁶⁹⁶ Em complemento, o doutrinador ainda demonstra que a igualdade justa é aquela que “pressupõe um juízo e um critério de valoração”.⁶⁹⁷

⁶⁹⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. t. I, p. 120. Vejamos a redação do texto português: “Artigo 13.º Princípio da igualdade. 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

⁶⁹⁵ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, cit., p. 121.

⁶⁹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 427-428.

⁶⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 428.

Como se pode notar pelas lições transcritas, há uma clara interação entre a igualdade como princípio e a razoabilidade ou entre a igualdade e a proporcionalidade, diante da constante preocupação em relação àqueles que não são iguais, tidos como *diferentes*. Não é diversa a conclusão dos constitucionalistas brasileiros. De início, preferindo o segundo termo, Paulo Bonavides demonstra que, “No Brasil, a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em que atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de Direito”.⁶⁹⁸ Para Bonavides, a proporcionalidade é formada por três elementos que constituem os seus conteúdos parciais ou partes integrantes, a saber: *a) a pertinência* ou aptidão, entendida como a adequação, a conformidade ou a validade do fim buscado; *b) a necessidade*, uma vez que “a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”⁶⁹⁹; *c) a proporcionalidade em sentido estrito (stricto sensu)*, que pode ser entendida pela busca de um meio que melhor leva em conta os vários interesses em jogo.⁷⁰⁰

Luís Roberto Barroso utiliza razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade.⁷⁰¹ Aduz que, na produção legislativa, o Estado, tendo como parâmetro a razoabilidade, deve atuar em face das circunstâncias que são concretas, com o intuito de “realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios”.⁷⁰² Em suma, *motivos, fins e meios* passam a ser palavras de ordem para o emprego da razoabilidade jurídica.⁷⁰³

Com o devido respeito às expressões utilizadas e passando a uma análise civilística das construções, a este autor parece que as ideias de *proporcional* e *razoável* não se confundem em algumas situações. A proporcionalidade, muitas vezes, traz a ideia de divisão igualitária entre as partes, o que nem sempre é razoável. Dessa forma, é corriqueira a correlação de que ser proporcional é ser *salomônico*, dividindo-se a situação concreta em partes iguais.⁷⁰⁴ Todavia, cumpre deixar claro que nem sempre a divisão é igualitária na

⁶⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 434.

⁶⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 397.

⁷⁰⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 396-398.

⁷⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 255.

⁷⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 259.

⁷⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 259.

⁷⁰⁴ Utiliza-se o termo *salomônico* diante da parábola do Rei Salomão, de Israel, que, tendo de decidir a respeito da atribuição de um filho para duas supostas mães, resolveu dividi-lo em dois. Como se pode notar, a solução do caso foi proporcional, mas não foi razoável. Se bem que, ao final, a proposta de Salomão acabou por gerar os frutos esperados, uma vez que ele percebeu qual era a mãe verdadeira, aquela que não aceitou a proposta, preferindo entregar o filho à outra.

fórmula da proporção, eis que podem ser utilizados outros critérios pelo julgador. Conforme leciona Valeschka e Silva Braga, em trabalho monográfico que diferencia os conceitos, a proporcionalidade é direcionada por critérios mais objetivos, enquanto a razoabilidade, por construções subjetivas.⁷⁰⁵ De fato, isso é percebido por Luis Recaséns Siches, para quem a lógica do razoável constitui uma razão formada por pontos de vista estimativos, de pautas axiológicas ou sociais.⁷⁰⁶

Vejamos um exemplo envolvendo o Direito Privado. O art. 413 do Código Civil, inovação parcial da codificação de 2002, enuncia que a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz quando a obrigação tiver sido cumprida em parte ou quando a penalidade for excessivamente onerosa, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. Não se impõe na norma que a redução seja proporcional ao montante cumprido, mas, sim, de acordo com o razoável que ordena a finalidade do contrato. Em suma, o seu sentido é a razoabilidade, não a proporcionalidade.⁷⁰⁷

De toda sorte, é importante salientar que o *risco concorrente* tem fundamento na igualdade ou isonomia constitucional, prevista no art. 5º do Texto Maior, e na consequente razoabilidade que decorre desse princípio constitucional. Ora, como a atribuição das responsabilidades é feita de acordo com os riscos assumidos pelos participantes da relação jurídica, está-se buscando um tratamento qualificado e específico de acordo com as características do caso concreto. Constata-se, portanto, que a premissa se enquadra na linha dos posicionamentos aqui expostos a respeito do tratamento diferenciado e do que se espera do razoável, do adequado.

Partindo para os fundamentos legais infraconstitucionais, o *risco concorrente* pode ser abstraído, de início, do art. 944 do Código Civil de 2002. O *caput* do referido dispositivo consagra a regra da reparação integral dos danos, ao prever que a indenização mede-se pela extensão do dano. Todavia, como exceção, o seu parágrafo único determina a

⁷⁰⁵ A respeito da diferenciação pelo nível de objetividade, a autora destaca: “É que os critérios da proporcionalidade são predefinidos, enquanto a razoabilidade possui um conteúdo mais subjetivo, pois envolve a percepção do bom-senso admitido pela comunidade, que acaba variando de acordo com os padrões do próprio intérprete” (BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 184).

⁷⁰⁶ De acordo com as suas próprias palavras: “La lógica de lo humano o de lo razonable es una razón impregnada de puntos de vista estimativos, de criterios de valorización, de pautas axiológicas, que además lleva a sus espaldas como aleccionamiento las enseñanzas recibidas de la experiencia, de la experiencia propia o de la experiencia del próximo a través de la historia” (SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959. p. 642).

⁷⁰⁷ Por isso a conclusão dos participantes da *IV Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 359, o qual prevê que “A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”.

redução equitativa da indenização pelo juiz, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.⁷⁰⁸

A regra do *caput* foi abordada anteriormente no Capítulo 2, sendo pertinente relembrar que todos os danos suportados pela vítima devem ser reparados em qualquer uma das categorias admitidas pelo direito. Alerta-se, mais uma vez, que a tendência é justamente a de ampliação dos novos danos.

O que merece aprofundamento é a redução equitativa da indenização pelo previsto no parágrafo único do art. 944 do Código, cuja transcrição é fundamental: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização”.⁷⁰⁹ O tom de exceção da norma foi reconhecido na *I Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2002, com a aprovação do Enunciado n. 46, cuja redação original era a seguinte:

“Art. 944. A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, *por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.*” [Grifo nosso.]

Adiante-se que a parte em destaque da ementa doutrinária foi excluída pelo Enunciado n. 380 da *IV Jornada de Direito Civil*, evento sucessivo realizado em 2006 igualmente pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. O tema ainda será aprofundado, eis que a exclusão foi proposta por este autor como preparação para o presente estudo.⁷¹⁰ Deve ser esclarecido que a redução da indenização constitui exceção, o que justifica a sua previsão no parágrafo único da norma. O juízo de equidade

⁷⁰⁸ Há clara influência, mais uma vez, do art. 494º do Código Lusitano, *in verbis*: “(Limitação da indemnização no caso de mera culpa). Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

⁷⁰⁹ Deve ser anotada a ressalva observada por Salomão Resedá, em sua dissertação de mestrado defendida na Universidade Federal da Bahia, no sentido de que, apesar de a norma somente mencionar a possibilidade de redução, poderá o magistrado majorar o valor pleiteado pelo autor da ação de responsabilidade civil, se entender que este não se coaduna com a realidade que envolve a lide (RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. São José: Conceito, 2009. p. 211).

⁷¹⁰ Deve ser mencionada a apurada crítica à redação original do enunciado formulada por Kleber Luiz Zanchim, que, em certo trecho de seu artigo científico, conclui e interroga: “Viver em sociedade significa suportar os danos relacionados ao progresso. Assim, não se pode admitir que alguém se livre da parte que lhe cabe nos prejuízos sofridos em razão de sua interação social. Daí a pergunta vestibular: é pertinente falar de reparação total do dano no seu contexto social atual?” (ZANCHIM, Kleber Luiz. Menos indenização na responsabilidade civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2009. v. 2, p. 228). A crítica foi feita à redação original, sem a percepção do Enunciado n. 380 da *IV Jornada*.

merece elogios, apesar da corrente que vê no comando legal um retrocesso, por abrandar a reparação integral como um direito assegurado à vítima.⁷¹¹

A redução equitativa segue o critério ético e aberto da nova codificação, bem como a adequação jurídica aos fatos sociais, representando um grande desafio para os aplicadores do Direito Privado. A equidade mencionada tem relação direta com a ideia aristotélica de *justiça do caso concreto*, colocando nas mãos do aplicador do Direito a análise das circunstâncias que envolvem o evento danoso. Diante disso, o *caso* é que irá determinar a mencionada redução.

Deve-se entender que a redução equitativa da indenização constitui um *poder-dever* do magistrado, pela relação direta que a matéria tem com a ordem pública, mormente com a razoabilidade constitucional. Essa relação cogente fica acentuada no que concerne à responsabilidade civil pelos atos ilícitos em geral. Ademais, segue-se o *modelo dirigista*, intervencionista, que inspirou o Código Civil de 2002 no que tange à matéria de obrigações.⁷¹²

Assim, resta clara a influência do art. 1.226 do *Codice Civile* Italiano, que trata da valorização equitativa do dano, possível se o prejuízo não puder ser demonstrado pela vítima em seu exato montante.⁷¹³ A norma deve ser aplicada a qualquer categoria de dano, uma vez que se refere ao abrandamento do nexo de causalidade, atenuando-o de acordo com o caso concreto e a concausalidade que envolve a lide – ideia de *causalidade*

⁷¹¹ Os debates acerca do dispositivo são invocados por Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, que assessoraram nas últimas emendas à codificação em vigor. São suas palavras: “o dispositivo, ao estabelecer relação de proporcionalidade entre a extensão do dano e a extensão da indenização e, ao mesmo tempo, permitir a redução da indenização, por equidade, se verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, adotando, assim, a teoria da gradação da culpa, a influenciar o *quantum* indenizatório, constitui um dos artigos mais polêmicos de toda a disciplina da responsabilidade civil. O professor Álvaro Villaça Azevedo, por exemplo, é um dos juristas que criticam duramente a possibilidade de redução equitativa da indenização, entendendo que, por sua função reparadora, deve ela se pautar exclusivamente pelo prejuízo sofrido, pouco importando a gradação da culpa. Entretanto, com o devido respeito ao mestre, para que a responsabilidade civil possa efetivamente cumprir a sua finalidade de restabelecimento do equilíbrio pessoal e social, é imprescindível que, na fixação da indenização, seja verificado o grau de culpa do lesante, constituindo o parágrafo único do dispositivo notável avanço legislativo” (*Código Civil anotado*, cit., p. 409).

⁷¹² Vide a função social do contrato, reconhecida como preceito de ordem pública pelo art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

⁷¹³ Da obra de Cian e Trabucchi pode ser retirada a conclusão de que, no sistema italiano, na fixação equitativa da indenização pelo juiz, deve-se considerar os fatos incidentes sobre o dano que sejam notórios ou que resultem da prova construída pelo prejudicado, sempre que esse ônus possa por ele ser suportado (CIAN, G.; TRABUCCHI, A. *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 1226). A conclusão deve ser idêntica no âmbito do Direito Brasileiro.

adequada. Acertadamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem fazendo incidir esse abrandamento de acordo com a culpa às hipóteses de danos morais.⁷¹⁴

Todavia, a questão não é pacífica, pois há quem entenda que os danos morais não estão sujeitos à citada redução por equidade, diante do seu caráter de desestímulo ou punição.⁷¹⁵ Nessa linha de pensamento, há proposta de introdução de um novo parágrafo no art. 944 do Código Civil (§ 2º), passando a prever que: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Trata-se do Projeto de Lei n. 276/2007, antigo Projeto de Lei n. 6.960/2002, anteriormente proposto pelo saudoso Ricardo Fiúza, reproposto em recente legislatura pelo Deputado Léo Alcântara.

Pois bem, o art. 944 é completado pelo art. 945 do mesmo Código, outro fundamento para a teoria do risco concorrente, que, repise-se, assim dispõe: “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”. Eis outro abrandamento do nexo de causalidade, quando houver a culpa concorrente da vítima, que contribuiu para o evento danoso.

Mais uma vez, é clara a influência do Código Civil Português, particularmente do seu art. 570º, n. 1, cuja transcrição é interessante: “Quando um facto culposo do lesado

⁷¹⁴ “Responsabilidade civil. Inscrição indevida do nome do autor em órgãos de proteção ao crédito. Ação de indenização. Danos morais devidos. Processual civil. Recurso especial. Dissídio jurisprudencial. *Quantum* indenizatório. Culpa concorrente da vítima. Redução. Recurso especial a que se dá provimento” (STJ, REsp n. 970.260/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 4ª Turma, julgado em 28/08/2007, *DJ* 17/09/2007, p. 306). Com destaque: “Civil. Recurso especial. Atropelamento por trem em via férrea. Vítima fatal. Culpa concorrente. Precedentes. Indenização por danos materiais e morais. Proporcionalidade. Pensão. Serviço doméstico indenizável. Vítima e pensionista com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Termo final. Constituição de capital. Necessidade. Súmula n. 313/STJ. Compensação por danos morais. Critérios. Juros moratórios. Súmula n. 54/STJ. [...] *Havendo culpa concorrente, as indenizações por danos materiais e morais devem ser fixadas pelo critério da proporcionalidade*. [...] Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp n. 773.853/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 10/11/2005, *DJ* 22/05/2006 p. 200). Ver, ainda, do mesmo Tribunal Superior: REsp n. 503.046/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 28/04/2009, *DJe* 25/05/2009; REsp n. 437.195/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, julgado em 19/06/2007, *DJ* 06/08/2007, p. 493; e REsp n. 746.894/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgado em 15/08/2006, *DJ* 18/09/2006, p. 327.

⁷¹⁵ Nesse sentido: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, cit., p. 790; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil comentado*, cit., p. 912. A última autora é uma das maiores defensoras atuais da tese da função punitiva da responsabilidade civil, sendo certo que o seu parecer influencia o original *Projeto Ricardo Fiúza*. Entre os clássicos brasileiros, sobre o tema da *função de desestímulo da reparação dos danos morais*, ver: BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. O tema da função punitiva da responsabilidade civil vem sendo discutido amplamente em outros países, pela influência do Direito Norte-Americano (*punitives damages*). Para ilustrar, em Portugal, destaca-se: LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

tiver concorrido para a produção ou agravamento dos danos, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas resultaram, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”.⁷¹⁶

Do mesmo modo, na cabível comparação, não se pode afastar a influência do art. 1.227 do Código Italiano, segundo o qual, havendo concurso de fato culposo do credor no inadimplemento de uma obrigação, o ressarcimento deve ser diminuído de acordo com a gravidade da culpa.⁷¹⁷ Anote-se que o art. 2.056 do mesmo Código da Itália determina a aplicação do citado comando na fixação de qualquer indenização, ou seja, também aos casos de responsabilidade extracontratual.⁷¹⁸

No sistema argentino também se admite a atenuação da responsabilidade objetiva pelas condutas do lesado. Nessa linha, Jorge Mosset Iturraspe leciona que a *causalidade bilateral* ou *concorrente* implica a multiplicidade de causas que atuam simultaneamente para o evento danoso. A existência de causa concorrente, diz ele, não implica necessariamente culpa concorrente, pois é possível que atuem como concausas a culpa do agente e o risco imputável à vítima, ou vice-versa. Mais do que isso, é possível que atuem os riscos criados por ambas as partes. Em casos tais, segundo o jurista argentino, deve-se diminuir a quantia do ressarcimento, de forma proporcional à relevância da interferência do prejudicado, entrando no mérito da discussão a culpa ou o *risco concorrente*. Por fim, aduz que, se ambas as partes forem prejudicadas, sendo a causação do dano e a imputação equivalentes, é possível uma *compensação dos danos*.⁷¹⁹ Em obra atual daquele país, também Hugo A. Acciarri discorre a respeito do problema da *contribuição causal da*

⁷¹⁶ Sobre o tema, em Portugal, repise-se a obra de José Carlos Brandão Proença (*A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 70). Merece relevo o trecho em que o autor procura fundamentar a regra do art. 570º, n. 1, do Código de Portugal na ideia de justiça e de moralidade: “O legislador, ao regular o caso mais típico e normal do ‘concurso de culpas’, comina certas consequências que, no plano da ponderação dos interesses em presença e da própria justiça material, não podem deixar de se ter como *naturais*. No plano da justiça comutativa, assente na relação interindividual é natural, e corresponde mesmo a uma certa *moralidade*, essa ponderação-ripartição, independentemente de poder existir e relevar um seguro facultativo de responsabilidade ou de acidentes”.

⁷¹⁷ Tradução livre de parte do dispositivo, cuja redação é a seguinte: “Art. 1.227. Concorso del fatto colposo del creditore. Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza (2056 e seguenti)”. Para a devida análise da norma, serviram como parâmetros: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Trattato di diritto privato*. Diretto da Pietro Rescigno. Torino: UTET, Ristampa, 1987. t. 6: Obbligazione e contratti, p. 298-299; CATTANEO, Giovanni. *Concordo di colpa del danneggiato*. Rissarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale. A cura di Giovann Visintini. Milano: Giuffrè, 1984. p. 39-51; MICCIO, Renato. *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 198-202.

⁷¹⁸ BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*, v. 5, cit., p. 137.

⁷¹⁹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*, t. I, cit., p. 230-231.

vítima, ao afirmar que não se pode mais analisar a responsabilidade civil de forma simplista, no sentido de que a vítima será sempre a figura passiva do evento danoso, com uma contribuição causal nula.⁷²⁰

Merece ainda relevo de comparação o fato de que uma das propostas de elaboração de um Código Civil Europeu unificado – do *Acquis Group*, liderado pelo professor Christian von Bar – traz uma seção própria a respeito do consentimento e da conduta da vítima para o prejuízo.⁷²¹ O espírito da proposta equivale ao que aqui se propõe, ou seja, a conduta do lesado deve ser levada em conta como critério de redução em qualquer modelo de responsabilidade, havendo consentimento expresso para a prática ou mera conduta do lesado.

Voltando à legislação brasileira, as duas normas, arts. 944 e 945 da codificação, se complementam, por uma questão lógica, uma vez que, se a vítima contribui para o evento danoso, é possível concluir que há uma redução automática do grau de culpa do agente. Para isso, pode-se utilizar a simbologia de uma *mola* para a culpa do agente. Assim, a culpa, o fato ou o risco da própria vítima acaba por pressionar a mola para baixo, diminuindo o grau de culpa do agente. Para tanto, mais uma vez, cabe a análise do caso concreto pelo aplicador do Direito.⁷²²

Entra em cena a clássica divisão da culpa de acordo com o seu grau, que remonta ao Direito Romano, tema amplamente debatido pelos civilistas clássicos do Direito Brasileiro, que se dedicaram ao estudo da responsabilidade civil, como é o caso de Alvino Lima e Aguiar Dias.

Ora, da remota compilação de Justiniano pode ser retirada a classificação da culpa de acordo com o seu grau, que já servia há tempos como parâmetro para a fixação do

⁷²⁰ ACCIARRI, Hugo A. *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños*. Reparación, prevención, minimización de costos sociales. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 2009. p. 238-239.

⁷²¹ VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans. Principles, definitions and model rules of European private law. Draft common frame of reference. *Acquis Group*. Munich: European Law Publishers, 2009. p. 406-407.

⁷²² Kleber Luiz Zanchim fornece como exemplo interessante a situação de uma pessoa que dirige o seu automóvel por avenida movimentada de uma grande cidade. Logo atrás, há um micro-ônibus de transporte, o qual perde o controle e atinge o veículo. Interroga, então, quem deve responder. (ZANCHIM, Kleber Luiz. Menos indenização na responsabilidade civil, cit., p. 229). Afastando a tese de que somente a transportadora deveria responder, conclui o autor que há que se dividir as responsabilidades. E arremata: “Desse modo, o interlocutor da transportadora deve suportar alguma fração do prejuízo em razão do poder exercido sobre ela. Do contrário, haverá desequilíbrio comunicativo com reflexo integral sobre terceiros (tomadores de serviço de transporte)” (ZANCHIM, Kleber Luiz. Menos indenização na responsabilidade civil, cit., p. 231).

quantum indenitário.⁷²³ Os arts. 944 e 945 do atual Código Civil Brasileiro, em certo sentido, fizeram ressurgir, até com maior amplitude, o estudo dessa classificação.

De início, na culpa *lata* ou culpa grave, há uma imprudência ou negligência crassa; o agente não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa, de tal forma, que parecia que o quisesse. Em tais casos, o efeito é semelhante ao do dolo, ou seja, o ofensor deverá pagar uma indenização total. Em outras palavras, incide o *princípio da reparação integral dos danos*. Pode-se afirmar que, na *culpa grave do agente, a mola representada pela culpa está em máxima extensão*. Caso não haja culpa concorrente, da vítima ou de terceiro – que pressiona a mola para baixo, diminuindo a culpa do agente –, não merecerá aplicação a redução proporcional da indenização, prevista nos dispositivos aqui analisados. Continua a valer, nesse contexto, a antiga regra de equiparação entre o dolo e a culpa grave (*culpa lata dolo aequiparatur*). Justamente por tal constatação é que em sede de Direito Civil são irrelevantes conceitos intermediários estudados pelo Direito Penal, como o dolo eventual e o preterdolo.

A culpa *leve* ou média é a *culpa intermediária*, situação em que a conduta se desenvolve sem a atenção normalmente devida. Utiliza-se como padrão a pessoa humana comum ou *bonus pater familias*, o que faz surgir a categoria da culpa *in abstrato*. Trata-se de um modelo culposo que considera um comportamento padrão ou *standard*, de acordo com a ideia do *homem razoável* do Direito Anglo-Saxão (*reasonable man*). A construção contrapõe-se ao conceito de culpa *in concreto*, aquela que leva em conta a conduta dos envolvidos segundo a hipótese fática que é proposta à análise. Como aponta a doutrina contemporânea, caso de Anderson Schreiber, a aplicação isolada do modelo geral e abstrato vem sendo criticada e abandonada pelos estudiosos do Direito, uma vez que é artificial e ineficaz, além de desassociada de fatores antropológicos que enquadram a conduta do agente na situação relativa ao evento danoso.⁷²⁴ Por isso, é melhor que os dois modelos, o *concreto* e o *abstrato*, se complementem sempre que isso for possível. Havendo incompatibilidade, a preferência é do modelo *in concreto*. Presente a culpa intermediária do agente e concorrente em relação a um terceiro ou à própria vítima, merece aplicação a redução equitativa da indenização. Simbolicamente, pode-se dizer que *a mola que representa a culpa do agente é pressionada pela culpa da vítima, diminuindo a*

⁷²³ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, v. 1, cit., p. 245.

⁷²⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 39. Também com comentários pontuais relativos ao tema, ver: BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o art. 944 do Código Civil. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: EMERJ, v. 11, n. 44, p. 227-249, 2008.

indenização correspondente. É interessante trabalhar com percentuais ou frações de concorrência – ou de pressão na mola – para a determinação das correspondentes responsabilidades.

Por fim, na visão tripartida, surge a culpa *levíssima* ou no menor grau possível, situação em que o fato só teria sido evitado mediante o emprego de cautelas extraordinárias ou de especial habilidade. A culpa *levíssima* é aquela relacionada com uma conduta que não poderia ser observada por um *bonus pater familias* ou *diligentíssimo chefe familiar*, conceito adaptado à nova realidade do direito de família.⁷²⁵ Mais uma vez, vale a ressalva pela não aplicação do modelo abstrato de forma isolada. *A mola, a culpa do agente, é ainda mais pressionada pela culpa concorrente da vítima*, gerando uma redução ainda maior do *quantum debeat*.

É notório que, para o Direito Civil, o agente deve responder inclusive pela culpa levíssima, porque se tem em vista a extensão do dano como regra. Vale, portanto, aquela antiga regra, consubstanciada no brocardo *in Lex Aquilia et levissima culpa venit*.⁷²⁶ Entretanto, a indenização a ser paga deverá ser reduzida mais ainda pelo juiz da causa, de acordo com as circunstâncias fáticas (*culpa in abstracto + culpa in concreto*).

Vejamos alguns exemplos práticos e concretos da jurisprudência nacional, a fim de demonstrar como se tem aplicado a redução equitativa da indenização conforme o grau de culpa do agente.

Em um primeiro caso, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela presença de culpa grave do empregador, havendo acidente com o empregado; por isso, manteve a indenização em R\$ 43.200,00 (quarenta e três mil e duzentos reais), uma vez que a empresa não disponibilizou ao trabalhador, por longos anos, o devido aparelho auricular protetivo.⁷²⁷ Dessa forma, não houve a redução equitativa, concluindo o Egrégio Tribunal pela incidência do princípio da reparação integral dos danos.

⁷²⁵ Destaque-se o fenômeno da *despatriarcalização* do Direito de Família, baseado na igualdade entre os integrantes da entidade familiar. Por isso, substituiu-se o pátrio poder pelo poder familiar (art. 1.631 do CC/2002).

⁷²⁶ De ementa atual do Superior Tribunal de Justiça, aplicando a máxima: “Na responsabilidade aquiliana ou extracontratual, basta a culpa levíssima do agente” (STJ, Resp n. 238.159/BA, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 29/02/2000, DJ 08/05/2000, p. 100).

⁷²⁷ “RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. DEBILIDADE NA AUDIÇÃO. DANO MORAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. – Acidente do trabalho. Culpa grave da recorrente. Incidência do verbete n. 7/STJ. Valor dos danos morais que não se revela excessivo. – Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp n. 790.671/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, julgado em 13/02/2007, DJ 30/04/2007, p. 326).

Merece destaque decisão do Tribunal Paulista, que entendeu pela culpa leve de uma empresa de ônibus por acidente ocorrido no interior do coletivo, eis que houve uma freada brusca do motorista, a fim de evitar um acidente mais grave.⁷²⁸ A culpa leve, no caso descrito, é indireta, do empregador por ato do empregado, tendo sido a indenização fixada em R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais), a título de danos morais.

Em outro acórdão, do mesmo Tribunal Paulista, foi apreciada questão que envolvia a responsabilidade civil do Estado, mais especificamente o dever de indenizar da municipalidade, diante de danos causados a paciente por uma alta médica concedida por médico preposto do Poder Estatal de forma equivocada. A conclusão foi pela *culpa administrativa leve*, tendo sido a indenização fixada em R\$ 11.400,00 (onze mil e quatrocentos reais).⁷²⁹

Por fim, devem ser colacionados dois julgados em que foi aplicada a ideia de culpa levíssima, no menor grau possível. Do Tribunal Fluminense, mencione-se antigo julgado que concluiu pela culpa levíssima do proprietário de um veículo por uma falha mecânica,

⁷²⁸ “RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ACIDENTE NO INTERIOR DE COLETIVO. FATO QUE LEVOU A AUTORA A BATER O BRAÇO CONTRA O BALAUSTRE, DESLOCANDO A SUA CLAVÍCULA. CULPA CONCORRENTE DESTA NÃO COMPROVADA. Hipótese em que a queda se deu em função de freada brusca, mas necessária para evitar a batida com outro veículo que entrou na frente do coletivo, que não estava em alta velocidade. Culpa leve da empresa ré. Inexistência de gravidade na lesão sofrida pela autora, cujo tratamento foi mais prolongado em função da sua avançada idade. Indenização mantida. Recursos desprovidos” (TJSP, Apelação n. 7264292-3, Acórdão n. 3290183, Ribeirão Pires, 12ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascardi, julgado em 17/09/2008, *DJESP* 03/11/2008).

⁷²⁹ “RESPONSABILIDADE CIVIL. RIBEIRÃO PIRES. HOSPITAL MUNICIPAL. ALTA MÉDICA. FRATURA NO ACETÁBULO DIREITO. CIRURGIA PARA COLOCAÇÃO DE PLACAS E PARAFUSOS. DANOS MORAIS. CULPA. CULPA ADMINISTRATIVA. A culpa administrativa abrange os atos ilícitos da Administração e aqueles que se enquadram como falha do serviço, isto é, em que Administração não funcionou, funcionou mal ou funcionou tarde e implica em culpa subjetiva, com fundamento no art. 159 do Código Civil (redação anterior). O risco administrativo abrange os atos lícitos da Administração, em que a indenização decorre tão somente do nexo causal e do dano e implica em responsabilidade objetiva, com fundamento no art. 37, § 6º da Constituição Federal. Tais formas de responsabilidade coexistem e implicam em diversa prova e em diversa forma de exoneração da responsabilidade. 2. Responsabilidade civil. Alta hospitalar. A perícia médica concluiu que a radiografia feita no Hospital Municipal indicava a fratura do rebordo do acetábulo direito, com deslocamento de fragmento. A hipótese é cirúrgica, como indica o laudo, e a alta foi prematura. Trata-se de responsabilidade subjetiva por mau funcionamento do serviço público. 3. Danos. O evento indenizável se resume às dores e ao incômodo sentidos pelo autor da alta hospitalar em 8/3/2002 à procura de socorro médico em 10/3/2002. Culpa administrativa leve e dores que não podem ser debitadas exclusivamente à conduta dos prepostos da ré. Arbitramento bem feito na sentença. 4. Honorários advocatícios. A fixação da indenização por dano moral em valor inferior ao pedido não implica em sucumbência (Súmula STJ n. 326), mas a rejeição dos pedidos de imposição de multa e de dano material sim. Aplicação do art. 21, *caput*, do CPC. Sentença de procedência parcial. Recurso do Município provido em parte para que cada parte arque com as respectivas despesas processuais e honorários de seus patronos” (TJSP, Apelação com revisão n. 752.664.5/7, Acórdão n. 3119560, Ribeirão Pires, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Torres de Carvalho, julgado em 04/08/2008, *DJESP* 26/08/2008).

uma vez que não realizou as inspeções preventivas do automóvel.⁷³⁰ Não houve culpa pelo ato de dirigir em si, mas por uma omissão anterior, em grau reduzido. O outro julgado da década passada, prolatado pelo Tribunal do Distrito Federal, concluiu pela presença de culpa em menor grau do Poder Público pela queda de uma árvore que atingiu automóvel de usuário, uma vez que o Estado deve zelar pelo seu bom estado e situação de poda.⁷³¹

Contudo, a questão intrincada, fundamental para este estudo, refere-se à possibilidade de se discutir tais parâmetros de culpa – e mesmo a redução equitativa da indenização – nas ações em que a responsabilidade do agente é objetiva, ou seja, independe de culpa. Em suma, a dúvida reside na discussão de incidência dos arts. 944 e 945 do atual Código Brasileiro nos casos de responsabilidade sem culpa, seja por subsunção ou analogia.

A primeira resposta que pode surgir é negativa, sob o argumento de que, havendo a responsabilidade objetiva, não há que se cogitar culpa em qualquer espécie, o que inclui a culpa concorrente da vítima em relação ao agente, a fim de reduzir o valor da indenização. Essa, aliás, foi a primeira conclusão a que se chegou nas *Jornadas de Direito Civil*, diante do Enunciado n. 46 do Conselho da Justiça Federal da *I Jornada* (2002) aqui transcrito, o qual previa, em sua redação original, que a regra de redução da indenização de acordo com o grau de culpa do agente não se aplicaria à responsabilidade objetiva.

Na *IV Jornada de Direito Civil*, repise-se por ser essencial, este autor propôs enunciado doutrinário no sentido de retirar a parte final do enunciado anterior e, por maioria de votos entre os presentes, o entendimento acabou por ser aprovado, abrindo a

⁷³⁰ “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. FALHA MECÂNICA. DANO MATERIAL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. FATO DE TERCEIRO. FALHA MECÂNICA. Alegação de que o acidente ocorreu em virtude de fato de terceiro e posterior falha mecânica, mesmo que provada, que não é o caso dos autos, não elide a responsabilidade de indenizar, não podendo ser considerado como caso fortuito ou de força maior, posto que previsíveis e evitáveis. Na responsabilidade civil extracontratual é suficiente para ensejar a obrigação de reparar amplamente o dano causado às vítimas e configuração de culpa levíssima: ‘*in lege aquilia culpa levissima venit*’. Correta, pois, a sentença que julgou procedente o pedido, dele só excluindo reembolso para cobrir despesas com tratamento médico, desde que não desembolsados pela autora, 2ª Apelante. (recurso adesivo). Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos” (TJRJ, Acórdão n. 6515/1998, Campos dos Goytacazes, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Hudson Bastos Lourenço, julgado em 27/10/1998).

⁷³¹ “DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO CAUSADO EM CONSEQUÊNCIA DE QUEDA DE ÁRVORE. PROVADO O NEXO DE CAUSALIDADE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. 1 – Em estacionamentos públicos, a queda de árvore sobre veículos constitui danos a serem reparados pela administração. O órgão público tem obrigação de guarda em relação à árvore e, portanto, responsabilidade presumida pelos danos por ela provocados. 2 – Não há falar em caso fortuito ou força maior e estranha, quando se comprova que a poda não foi benfeita. 3 – Aplica-se à hipótese o *tropos*: *in lege aquilia et levissima culpa venit*, ou seja, o menor indício de culpa gera a obrigação de indenizar” (TJDF, Apelação Cível n. 3191894, Acórdão n. 70089, 1ª Turma Cível, Rel. Des. João Mariosa, Julgado em 28/03/1994, DJU 11/05/1994, p. 5.137).

perspectiva de se discutir a atenuação do nexo de causalidade em tais casos. O novo enunciado recebeu o número 380, com a seguinte redação: “Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da *I Jornada de Direito Civil*, com a supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”.⁷³²

Merece destaque o fato de que, quando daquele evento, o promotor de justiça do Estado de Minas Gerais, Roger Silva Aguiar, propôs outro enunciado, no sentido expresso de que a redução equitativa deveria ser aplicada para os casos de responsabilidade objetiva.⁷³³ O entendimento do doutrinador era originário de dissertação de mestrado defendida na Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro, posteriormente publicada.⁷³⁴ O enunciado acabou por não ser aprovado, pois a comissão de responsabilidade civil da *IV*

⁷³² A ideia já havia sido defendida na primeira edição de obra específica sobre o tema, mas sem os devidos aprofundamentos para a construção da *teoria do risco concorrente*, o que se faz no presente estudo (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 2: Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil).

⁷³³ A sua proposta de enunciado foi a seguinte: “O artigo 944, parágrafo único, pode ser aplicado em sede de responsabilidade objetiva, por se encontrar na fase de estabelecimento do *quantum* indenizatório, como instrumento para se alcançar o equilíbrio entre a situação final do ofensor e do ofendido”. As propostas de enunciados e as redações finais foram enviadas pelo Conselho da Justiça Federal aos participantes das *Jornadas de Direito Civil*, caso deste autor.

⁷³⁴ Vejamos os seus argumentos principais, constantes da obra: “Ocorre que a responsabilidade civil, de acordo com a estruturação que lhe foi dada pelo Código Civil de 2002, se viu dividida em duas etapas: o estabelecimento do vínculo obrigacional indenizatório e o estabelecimento do *quantum* a ser indenizado. Tal conclusão deflui da mais perfunctória consulta à lei, pela qual se verifica que o legislador reuniu sob um mesmo título (Título IX) dois temas anteriormente separados: Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar; e o Capítulo II – Da Indenização. O primeiro capítulo trata tão somente do estabelecimento do vínculo obrigacional, sendo o objeto deste a entrega da indenização. O montante do objeto, ou seja, o *quantum* da indenização, restou tratado no Capítulo II. O *quantum* a ser indenizado – se a obrigação de indenizar envolverá a reparação integral, parcial ou mesmo se aproximar de zero – é uma questão a ser decidida à luz dos dispositivos contidos no Capítulo II, dos quais sobressai o artigo 944, parágrafo único. O aludido dispositivo é inegavelmente a válvula reguladora da norma contida no artigo 927, parágrafo único, importando ressaltar de imediato sua construção também sob bases valorativas: ‘poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização’. Nenhuma contradição existe entre a primeira parte do artigo sob comento – ‘Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’ – e a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, embora haja menção à questão da culpa. Conforme esclarecido neste trabalho, quando aplicada a teoria objetiva, a verificação da culpa é dispensável tão somente no estabelecimento do vínculo responsabilizatório. Tal fato, entretanto, não quer significar que a culpa não possa ser utilizada na etapa seguinte – na fixação do valor a ser indenizado – exatamente como previu o legislador de 2002. O artigo 944, parágrafo único, desempenha o papel de complementar o trabalho valorativo do aplicador do direito quando este se inicia no artigo 927, parágrafo único. A possibilidade de ‘calibrar’ o valor da indenização, segundo a participação do agente na origem do dano, apresenta-se como peça chave na construção de uma solução equitativa na distribuição do ônus de arcar com o prejuízo. O artigo 944, parágrafo único, somado ao artigo 927, parágrafo único, significa uma ‘pá de cal’ sobre a proposta de se criarem soluções mecânicas para responsabilidade civil, pelas quais, uma vez identificada uma determinada atividade perigosa, o julgador deve, imediatamente, determinar a simples indenização integral de qualquer dano. [...] Nenhum equívoco existe na posição adotada pelo legislador, quando este dispensa a indagação da culpa para o estabelecimento do vínculo responsabilizatório, em casos de dano derivado de atividades de risco, e permite a fixação do valor indenizatório à luz do grau de culpa do agente. Esta equação atende a um único propósito: a realização de Justiça” (AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva*. Do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007. p. 89-90).

Jornada de Direito Civil entendeu, por maioria de votos, que o tema ainda mereceria ser debatido com profundidade pela comunidade jurídica nacional, o que almeja o presente estudo.

Em verdade, parte da doutrina contemporânea já pressentia as dificuldades de compatibilização entre os arts. 944 e 945 do Código Civil e a responsabilidade sem culpa. Nessa linha, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho abriram tópico específico em seu manual, com o título: “Como conciliar a responsabilidade civil objetiva e o art. 944, parágrafo único, do Novo Código Civil”.⁷³⁵ Em certo ponto, afirmam que o “o legislador não andou bem nesse ponto, estabelecendo regra anacrônica diante do sistema consagrado”, justamente pela menção à culpa no parágrafo único do art. 944.⁷³⁶ Assim, concluem pela necessidade de uma contabilização com a responsabilidade objetiva, sendo este um dos desafios do aplicador do Código Civil em vigor.⁷³⁷

Ao propor caminho para solução de tal desafio, Caitlin Sampaio Mulholland é partidária do risco concorrente na responsabilidade objetiva, resolvendo a questão pela concausalidade a partir de sua concorrência, o que reduz o *quantum* reparatório.⁷³⁸

Insta verificar, ainda na doutrina contemporânea, que o próprio proponente do Enunciado n. 46 do Conselho da Justiça Federal, Paulo de Tarso Sanseverino, mudou seu entendimento em relação à redação original da proposta anterior. Em artigo que sintetiza a sua tese de doutorado, defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o jurista expõe, ao comentar o enunciado, que, “Voltando a refletir, com maior profundidade, a respeito do tema por ocasião da elaboração da presente tese, convenci-me, após aprofundar a pesquisa, da possibilidade da incidência da cláusula geral de redução também na

⁷³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. III, cit., p. 142.

⁷³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. III, cit., p. 143.

⁷³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. III, cit., p. 145.

⁷³⁸ Vejamos suas lições: “O segundo caso é a *contrario sensu*, o de uma pessoa que assume o risco de sofrer um dano através de conduta perigosa, quando tinha capacidade de antever a realização do resultado. Aqui a vítima conhecia e previa a possibilidade do evento danoso e aceita o risco do dano, como se fosse um blefe (culpa consciente). Mesmo nessa hipótese não pode haver a exclusão da responsabilidade por parte do agente. Primeiramente, porque não é possível inferir-se a existência de um contrato tácito de assunção de riscos e exclusão da responsabilidade. E em segundo lugar, porque o dano ocasionado teve como causa a conduta de um agente. Contudo, nesse caso, existe uma diminuição do *quantum* indenizatório, na medida em que existe a concorrência de causas. Um exemplo deste último caso é de uma pessoa que invade um depósito de produtos pirotécnicos e o da empresa que não utilizou os meios para promover a segurança do local. Outro exemplo é o da pessoa que atravessa a rua em local permitido, com sinal aberto para ela, mas um carro, em alta velocidade e visivelmente mostrando sinais de que não vai parar a tempo de impedir o dano, a atropela. Há concorrência de culpas, pois o pedestre assumiu os riscos de sua atitude, por mais que fosse lícita, de gerar o dano ocasionado” (MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 24).

responsabilidade objetiva, revisando posição anteriormente sustentada”.⁷³⁹ O desembargador do Tribunal Gaúcho recomenda que a interpretação de acordo com a *gravidade da culpa* seja substituída pela interpretação segundo a *relevância da causa*.⁷⁴⁰ Uma das causas relevantes que este estudo propõe é justamente a assunção do risco pelas partes envolvidas com o evento danoso.

Como argumentos para a proposição quando da *IV Jornada de Direito Civil*, aduzimos que, em casos de responsabilidade objetiva fundada no Código de Defesa do Consumidor, pode o réu alegar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, visando afastar *totalmente* a sua responsabilidade. Para tal fim, foram citados os arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, ambos da Lei 8.078/1990, que preveem tais excludentes. Dessa forma, argumentou-se que, se o suposto agente pode *o mais*, que é alegar a excludente total de responsabilidade para afastar a indenização, poderia *o menos*, que é atestar a conduta concorrente, visando diminuir o *quantum* indenizatório. Para dar sustento à argumentação, foi citada a doutrina de Sérgio Cavalieri Filho.⁷⁴¹ Em reforço, juntou-se notório julgado do Superior Tribunal de Justiça, aqui outrora transcrito, o qual admitiu a discussão de culpa concorrente em ação de responsabilidade objetiva fundada no Código Consumerista.⁷⁴²

Para ampliar a base de sustento dos argumentos que naquela oportunidade foram esposados, é importante perceber que o próprio codificador brasileiro admitiu a discussão da culpa concorrente da vítima, ou melhor, tecnicamente, de fato concorrente da vítima, em um caso de responsabilidade objetiva, a saber, na responsabilidade do transportador de pessoas.⁷⁴³ O dispositivo em questão, art. 738 do Código Civil, enuncia, em seu *caput*, que

⁷³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002. In: CARVALHO NETO, Inácio de (Coord.). *Novos direitos*. Após seis anos de vigência do Código Civil de 2002. Curitiba: Juruá, 2009. p. 103.

⁷⁴⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002, cit., p. 103-104.

⁷⁴¹ São as palavras do jurista: “De nossa parte, temos sustentado que a concorrência de culpas pode ter lugar na responsabilidade objetiva disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor desde que o defeito do produto ou serviço não tenha sido causa preponderante do acidente de consumo” (CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 511).

⁷⁴² O *case* mencionado é conhecido como *caso do escorrega* ou *carro do escorregador*, em que o consumidor contribuiu substancialmente para o próprio prejuízo, o que gerou a redução do *quantum*. A decisão concluiu pela responsabilização do hotel pela falta de sinalização de sua piscina, no sentido de ser rasa. Foi determinado o dever de indenizar solidário da empresa que vendeu o pacote turístico, pelo fato do serviço, incidindo o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (STJ, Resp n. 287.849/SP, Pres. e Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, data da decisão: 17/04/2001, órgão julgador: 4ª Turma, fonte: *DJ* 13.08.2001, p. 165, *RDR* 21/392, *RSTJ* 154/463, *RT* 797/226). O julgado é analisado por Anderson Schreiber como hipótese de flexibilização do nexo de causalidade (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*, cit., p. 66-67).

⁷⁴³ Relembre-se que é antiga a lição pela qual a responsabilidade do transportador tem natureza objetiva. Vários argumentos foram e ainda são utilizados para tal conclusão pela jurisprudência nacional. O primeiro é pela incidência do citado DL n. 2.681/1912, que tratava da responsabilidade das empresas

a pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários. Ato contínuo, deve abster-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, dificultem ou impeçam a execução normal do serviço. A norma é completada pelo seu parágrafo único, segundo o qual, se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. Eis aqui outro ponto a fundamentar a proposta *teoria do risco concorrente*. Os exemplos de sua incidência serão esposados em seção oportuna (seção 4.4 deste capítulo).

Consigne-se que, em sede de Direito Comparado, o Direito Português tem admitido a incidência do mencionado art. 570º do Código Lusitano para os casos de responsabilidade objetiva.⁷⁴⁴ Também se tem sustentado que o art. 494º do Código Civil Português, correspondente ao parágrafo único do nosso art. 944, subsume-se às situações de responsabilidade objetiva, o que pode ser retirado da análise comparada feita por Jorge Sinde Monteiro, com a correta conclusão a respeito do Código Civil Brasileiro.⁷⁴⁵ Quanto à responsabilidade pelo produto, de natureza objetiva, a transposição portuguesa da

transportadoras de estradas de ferro, havendo previsão de sua culpa presumida, mais tarde interpretada jurisprudencialmente como caso de responsabilidade sem culpa (STF, REExt n. 24.406, Rel. Min. Mário Guimarães, julgado em 10/06/1957, 1ª Turma). O segundo argumento é a presença de uma cláusula de incolumidade, uma vez que o transportador assume obrigação de resultado (STJ, REsp n. 302.397/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 20/03/2001, DJ 03/09/2001, p. 228). Como terceiro argumento é comum a incidência do Código de Defesa do Consumidor na maioria das situações relativas ao contrato de transporte (STJ, REsp n. 151.401/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 17/06/2004, DJ 1º/07/2004, p. 188).

⁷⁴⁴ São as palavras de José Carlos Brandão Proença: “Defendida que seja, como nos parece, a concorrência entre a responsabilidade objectiva e o facto do lesado ou entre a culpa do lesante e determinadas condutas do lesado geradoras de perigo de dano, na ausência de critérios legais limitativos ou expansivos o lugar natural para a questão concreta da repartição é o preceito do art. 570º, aplicado por analogia e numa base mais alargada, não cingida apenas as consequências das contribuições culposas ou não culposas. Nesse capítulo será recordado e completado o que já dissemos a propósito da situação – função da ‘culpa’ do lesado no quadrante da responsabilidade objectiva (*lato sensu*), surgindo, como questão importante, o problema da possível extensão analógica do preceito contido no art. 505º – o único em que o legislador de 1966 relevou expressamente o papel preclusivo do facto imputável ao lesado – às outras situações de responsabilidade sem culpa” (PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 80). O último dispositivo mencionado, com aplicação aos casos de responsabilidade objetiva automobilística, no Código Português, tem a seguinte redação: “Sem prejuízo do disposto no artigo 570º, a responsabilidade fixada pelo n. 1 do artigo 503º só é excluída quando o acidente for imputável ao próprio lesado ou a terceiro, ou quando resulte de causa de força maior estranha ao funcionamento do veículo”.

⁷⁴⁵ Comentando o Código Civil Brasileiro, expõe o professor de Coimbra: “Redução equitativa da indemnização. Parece salutar esta possibilidade que o código deposita nas mãos do juiz, ‘se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’ (art. 944º). Em Portugal colocou-se a questão de saber se uma disposição semelhante (o art. 494º) poderia ser aplicável também no âmbito da responsabilidade objetiva. Tem prevalecido uma resposta afirmativa, o que nos parece correcto” (MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade civil: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes às actuais discussões de reforma na Europa*, cit., p. 315).

Diretiva n. 85/374 da Comunidade Europeia, por meio do Decreto-lei n. 383/1989, enuncia em seu art. 8º, item 1, que “A responsabilidade do produtor pode ser reduzida ou excluída, tendo em conta todas as circunstâncias, quando o dano for causado conjuntamente por um defeito do produto e por culpa do lesado ou de uma pessoa pela qual o lesado é responsável”.⁷⁴⁶ Em reforço, tem-se falado em Portugal em *concorrência de riscos* relativos ao produto, não só entre vítima e fornecedor mas também entre fornecedor e terceiros.⁷⁴⁷

Ainda entre os lusitanos, a respeito da questão terminológica, destaca Brandão Proença que várias outras expressões são utilizadas para denotar a corresponsabilidade da vítima – preferidas em relação à *culpa concorrente* –, visando à adaptação no que tange à responsabilidade sem culpa, entre as quais: *autorresponsabilidade*, *causa de exclusão da responsabilidade pelo risco* (Oliveira Matos), *corresponsabilidade do lesado* (Almeida Costa), *fato da vítima* (irmãos Mazaud), *cooperação responsável* (Recchioni) e *fato imputável ao lesado*.⁷⁴⁸

No Direito Italiano, igualmente se admite a incidência do art. 1.227 do *Codice* para as situações de responsabilidade sem culpa. Para Massimo Bianca, o dispositivo traz como conteúdo o máximo dever de diligência no sentido de evitar o próprio prejuízo (*dovere di correttezza*), aplicável a qualquer hipótese de responsabilização.⁷⁴⁹ Giovanni Cattaneo, por sua vez, salienta ser interessante a manifestação no sentido de ser levado em conta o risco assumido pelo lesado no caso concreto, ou seja, a *autorresponsabilidade* pode estar

⁷⁴⁶ A responsabilidade objetiva referente ao produto fica clara em um dos *considerandos* da transposição, a saber: “Considerando que a responsabilidade não culposa do produtor é o único meio de resolver de modo adequado o problema, característico da nossa época de crescente tecnicidade, de uma justa atribuição dos riscos inerentes à produção técnica moderna” (Disponível em: <<http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=377819>>. Acesso em: 10 set. 2009). Sobre a responsabilização objetiva do produtor em Portugal, ver: SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

⁷⁴⁷ Assim, João Calvão da Silva: “No caso do concurso de riscos, a responsabilidade reparte-se na base da proporção em que o risco criado por cada responsável houver contribuído para o dano. É a aplicação da teoria da causalidade adequada, válida tanto para a responsabilidade subjectiva como para a objectiva. Estas diferenciam-se no critério de imputação, no critério que nos diz se certa pessoa é ou não responsável por culpa ou risco, respectivamente, mas não já no nexo de causalidade, porquanto como nota Pereira Coelho, ‘o que a lei quer em ambos os casos é o mesmo – quer que o lesante reponha o lesado na situação em que este provavelmente se encontraria se não fosse a lesão’. Sendo assim, se o problema do nexo de causalidade é resolvido da mesma maneira nos casos de responsabilidade subjectiva e objectiva, não se descortinam razão para a hipótese em apreço – concurso de riscos atribuídos a vários responsáveis pelos danos decorrentes de produtos defeituosos – não se proceder a repartição da responsabilidade na proporção dos riscos, isto é, na medida em que cada um houver contribuído com o seu risco para o dano ao lesado” (SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*, cit., p. 590-591).

⁷⁴⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 81-85.

⁷⁴⁹ BIANCA, Massimo. *Commentario del Codice Civile*. A cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. 2. ed. Roma: Soc. Ed. Del Foro Romano, 1979. Libro quarto – Delle obbligazioni, p. 404.

fundada não somente na culpa da vítima mas também em um critério de risco análogo e simétrico sobre o qual se fundamenta a responsabilidade objetiva.⁷⁵⁰ Na mesma linha, como se extrai da obra coordenada por Paulo Cendon, o art. 1.227 do *Codice* é o ponto de partida para a análise da assunção do risco pelo lesado, a gerar a redução por equidade da indenização na proporção desses riscos assumidos, notadamente porque há um fato da própria vítima.⁷⁵¹ Em outra obra do mesmo jurista, escrita em coautoria com Ângelo Venchiarutti, é citada e comentada a transposição italiana da citada Diretriz n. 85/374 a respeito da responsabilidade objetiva do produtor, prevendo o seu art. 10º, § 1º, que, no caso de concurso de fato culposo do lesado, o ressarcimento será fixado de acordo com a disposição do art. 1.227 do Código Civil Italiano.⁷⁵² Ao comentar a norma, os últimos autores demonstram que os conceitos de culpa e risco não são totalmente excludentes, podendo estar presentes em uma mesma situação fática, o que de fato é algo a se considerar.⁷⁵³ De outra forma, sustentam *que culpa e risco, como critérios de imputação, podem ser combinados e cruzados entre si no mesmo caso concreto*.⁷⁵⁴

Apesar das tentativas de compatibilização entre risco e culpa, esclarecendo o teor do presente estudo, pretende-se que, no Direito Brasileiro, em vez de se utilizar o termo *culpa concorrente da vítima* na responsabilidade objetiva, como é comum na doutrina e na jurisprudência, faça-se uso dos termos *fato concorrente*, *corresponsabilidade da própria vítima* e, principalmente, *risco concorrente da vítima*, no intuito de atenuar o nexo de causalidade e o correspondente *quantum* indenizatório.

Merece destaque a constatação de que é comum na legislação brasileira a utilização do termo *culpa* em situações de objetivação. Repisem-se, mais uma vez, as previsões de excludentes do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, com a menção à culpa do consumidor e de terceiro (art. 12, § 3º, III e art. 14, § 3º, II). Em reforço, cite-se a norma do art. 936 do Código Civil, que admite a culpa exclusiva da vítima para excluir a

⁷⁵⁰ CATTANEO, Giovanni. *Concordo di colpa del danneggiato*, cit., p. 50.

⁷⁵¹ CENDON, Paolo. *Commentario al Codice Civile*, cit., p. 205.

⁷⁵² Tradução livre do autor a partir de: “Art. 10. Colpa del danneggiato. 1. Nell’ipotesi di concorso del fatto colposo del danneggiato il risarcimento si valuta secondo le disposizioni dell’art. 1227 del codice civile” (CENDON, Paolo; VENCHIARUTTI, Ângelo. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*. Direto da Francesco Galgano. Volume Tredicesimo. Guido Alpa, Marino Bin e Paolo Cendon. Padova: Cedam, 1989. p. 185-189). Assim também prevê o art. 122 do Código Italiano de Consumo.

⁷⁵³ CENDON, Paolo; VENCHIARUTTI, Ângelo. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, cit., p. 187.

⁷⁵⁴ CENDON, Paolo; VENCHIARUTTI, Ângelo. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, cit., p. 187.

responsabilidade objetiva do dono ou detentor do animal.⁷⁵⁵ Também na jurisprudência nacional é comum utilizar o termo culpa concorrente da vítima para as hipóteses de responsabilidade sem culpa, o que, em uma análise superficial do tema, pode parecer um contrassenso. Porém, ao aprofundar o estudo do assunto, superando a mera *aparência* e buscando a *essência*, percebe-se *que, se é possível sustentar o mais, qual seja, a culpa exclusiva, também é possível sustentar o menos, a culpa concorrente*.

Não obstante esses cochilos legislativos, esta tese pretende sustentar que o conceito de *risco concorrente* é suficiente e adequado para substituir a *culpa concorrente* como atenuante da responsabilidade objetiva em muitas situações, quando isso for possível. Alerta-se para o fato de que o risco concorrente não afasta totalmente a utilização da culpa, podendo ser necessário procurar socorro no fato culposos da vítima em algumas hipóteses. O risco, como se expôs nos capítulos anteriores deste estudo, é o sucessor natural da culpa na responsabilidade civil; por isso, propõe-se a referida substituição também na questão de se atenuar o dever de reparar. Não que a culpa venha a ser totalmente excluída do sistema, por ser conceito milenar que ainda persistirá por tempos, talvez até a eternidade, inclusive pelo fato de ser próprio ao ser humano o seu *sentimento de culpa*.

Realmente, em algumas situações, o risco concorrente não será aplicado, seja pela sua ausência total, uma vez que a parte não o assumiu de forma expressa ou tácita, seja pela clara presença da culpa da própria vítima ou mesmo de terceiro. Isso ficará claro pelos exemplos práticos de aplicação da tese ainda no presente capítulo.

Em reforço, deve ficar claro que a construção do *risco concorrente* não pode incidir nos casos em que a culpa ou o fato exclusivo da vítima não é admitido como excludente de responsabilidade civil. A situação típica é a de danos ambientais, em que não se admite o argumento da conduta exclusiva da vítima. Conforme exposto no capítulo anterior desta

⁷⁵⁵ Nesse sentido, comenta Claudio Luiz Bueno de Godoy: “explicita o preceito que o dono ou detentor do animal responde pelos danos por ele provocados, salvo se provar ocorrência de culpa da vítima ou de força maior, demonstração de que o Código Civil, malgrado não o tenha feito de forma sistemática, reconheceu a existência de excludentes mesmo à responsabilidade sem culpa” (GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, cit., p. 780). Para ilustrar, aplicando a culpa concorrente da vítima em hipótese de responsabilidade objetiva pelo animal: “RESPONSABILIDADE CIVIL. FRATURA OCASIONADA POR CÃO DE ESTIMAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO DONO DO ANIMAL COMPROVADA. CULPA CONCORRENTE CARACTERIZADA. DANO MORAL. CONFIGURADO. DANO MATERIAL. PARCIALMENTE COMPROVADO. Uma vez que os elementos de convicção trazidos aos autos autorizam concluir que foi o fato de o cachorro do demandado estar solto na via pública o principal causador da queda da autora, que acabou fraturando o fêmur, inafastável o dever de indenizar. Aplicação do art. 936 do CC. Contudo, também restou comprovada falta de cuidado da demandante, que acabou se deixando enroscar na corda que prendia seu animal de estimação, o que caracteriza a culpa concorrente da vítima, nos termos do art. 945 do CC” (TJRS, Acórdão n. 70024185613, Porto Alegre, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sergio Scarparo, julgado em 18/06/2008, *DOERS* 25/06/2008, p. 27).

tese, tal sustentação não pode ser acatada, porque nos casos de danos dessa natureza, diante da construção do *Bem Ambiental* como bem difuso, as vítimas somos todos nós, ou seja, todos os habitantes do Planeta Terra. Em síntese, pelo menos *a priori*, a tese proposta por estas páginas não pode ser subsumida nas situações de responsabilidade civil ambiental.

Pois bem, voltando à tônica principal da *tese do risco concorrente*, na linha da doutrina aqui transcrita, não se pode confundir a culpa como requisito da responsabilização civil com a culpa referente à fixação do *quantum debeatur*, eis que são dois momentos distintos pelos quais passa o processo da responsabilização civil.⁷⁵⁶ Desse modo, a primeira questão é verificar qual a natureza da responsabilidade civil a gerar o dever de reparar, se mediante culpa ou não. Outro ponto refere-se ao valor da indenização, hipótese em que o fato da vítima pode entrar em cena para a fixação equitativa do montante a ser pago, seja na responsabilidade subjetiva ou objetiva.

Por tudo o que foi exposto na presente tese, fica evidenciado que o principal fundamento da *teoria do risco concorrente* – muito além das suas bases legais constitucionais ou infraconstitucionais – é a equidade, que, na *visão aristotélica*, significa a *busca da justiça do caso concreto*. A *teoria do risco concorrente* visa conformar a realidade fática relativa ao evento danoso às consequências que sejam justas para as partes envolvidas. Há uma visualização adequada, uma composição simétrica, de acordo com aquilo que cada um contribuiu para o prejuízo.

Consigne-se que, em Portugal, ao tratar do concurso de culpas do lesado e do ofensor, José Carlos Brandão Proença destaca que “certa doutrina prefere fundar o regime

⁷⁵⁶ Esse também é o entendimento de Kleber Luiz Zanchim, sendo pertinente transcrever suas palavras: “No tratamento da responsabilidade objetiva há confusão entre obrigação de indenizar e direito de receber certo valor como indenização (aqui chamado de crédito). A objetivação da responsabilidade apenas elimina cogitações sobre a culpa no tocante à formação do liame obrigacional entre ‘ofensor’ e ‘ofendido’ (*an debeatur*). Daí não ocorre qualquer conclusão em relação ao montante da indenização (*quantum debeatur*), salvo quando se misturam as ideias como no Enunciado de Jornadas do STJ citado no início do trabalho. Assim, é preciso separar as coisas” (ZANCHIM, Kleber Luiz. Menos indenização na responsabilidade civil, cit., p. 233). Anote-se, mais uma vez, que o autor critica o Enunciado n. 46 C/JF/STJ, sem a devida correção pelo Enunciado n. 380, da *IV Jornada*. Ao tratar do art. 927 do Código Civil, menciona que não há qualquer menção ao crédito, mas apenas em relação ao dever de indenizar. O tratamento do crédito a ser recebido pela vítima, segundo afirma, e com razão, consta do art. 944 do Código Civil de 2002 (Menos indenização na responsabilidade civil, cit., p. 233). Conclui, assim, que “o parágrafo único do art. 944 é fator de liquidação do crédito da indenização. Somado ao art. 927 do Código Civil, oferece anteparo normativo para (i) internalização no ‘causador do dano’ dos prejuízos decorrentes de sua atividade, e (ii) externalização dos custos marginais à sociedade que aceita essa atividade. O Código Civil, primeiro, garante que o subalterno terá um mínimo de necessidades atendidas a despeito do frágil elo comunicativo estabelecido com o poderoso. Depois, permite que o poderoso releve a dimensão de seu poder, materializado no controle de que ele dispunha sobre o evento danoso, autorizando-o a partilhar parcela não controlada do custo do benefício que sua atividade gera à sociedade” (Menos indenização na responsabilidade civil, cit., p. 236).

do ‘concurso de culpas’ na equidade, num critério de justiça, na razoabilidade ou na lógica do bom-senso”.⁷⁵⁷ De toda forma, o jurista lusitano prefere fundamentar o concurso de culpas ou de fatos na ideia de “ponderação de interesses em presença e da própria justiça material”, tidos como argumentos naturais.⁷⁵⁸ Seus ensinamentos devem ser transcritos com relevo, pois essenciais ao presente estudo:

“No plano da justiça comutativa, assente na relação interindividual é natural, e corresponde mesmo a uma certa moralidade, essa ponderação-repartição, independentemente de poder existir e relevar um seguro facultativo de responsabilidade e de acidentes. Nem cremos, por isso, que a repartição do dano esteja apenas reservada para os casos de conculpabilidade e não possa abranger certas hipóteses de concorrência entre causas heterogêneas.”⁷⁵⁹

Com o devido respeito, ponderação e moralidade são conceitos intrínsecos à equidade, não havendo, na opinião deste autor, discrepância em relação ao fundamento na última construção. Deve merecer destaque a menção do jurista português, no sentido de o concurso de fatos ser aplicado às hipóteses de causas heterogêneas, como nas situações em que há uma responsabilidade objetiva do agente e uma culpa concorrente da própria vítima ou de uma responsabilidade subjetiva e risco concorrente da vítima. Do mesmo modo, é primaz relacionar o risco concorrente ao *bom-senso*, conceito exaltado desde René Descartes.⁷⁶⁰

Pois bem, a tese da concorrência de riscos dos envolvidos representa uma exceção ao princípio da reparação integral dos danos, nos casos em que a própria vítima assume o risco relativo ao evento que lhe é prejudicial. Compensam-se as condutas das partes pelas

⁷⁵⁷ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 69-70.

⁷⁵⁸ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 70.

⁷⁵⁹ PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 70.

⁷⁶⁰ “O bom-senso é a coisa do mundo melhor partilhada: pois cada um pensa estar tão bem provido dele, que mesmo os mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa não costumam desejar tê-lo mais do que têm. Não é verossímil que todos se enganem nesse ponto: antes, isso mostra que a capacidade de bem julgar, e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se chama o bom-senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens; e, assim que a diversidade de nossas opiniões não se deve a uns serem mais racionais que os outros, mas apenas a que conduzimos nossos pensamentos pelas vias diversas e não consideramos as mesmas coisas. Pois não basta ter o espírito bom, o principal é aplicá-lo bem. As maiores almas são capazes dos maiores vícios, assim como das maiores virtudes; e os que andam muito lentamente podem avançar muito mais se seguirem sempre o caminho reto, ao contrário dos que correm e dele se afastam” (DECARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 37).

assunções dos riscos (ou *compensam-se os riscos*), muito além da simples compensação das culpas.⁷⁶¹

A equidade é relacionada à constante busca do justo, tendo origem natural e legal. É interessante a simbologia utilizada por José de Oliveira Ascensão – a partir de Aristóteles –, em sua contribuição à *Enciclopédia Saraiva do Direito*, de Limongi França, no sentido de comparar a decisão conforme a equidade com a *régua lésbica*.⁷⁶² Esta, ao contrário da régua vulgar, que é rígida, é maleável, “permitindo a adaptação às faces irregulares dos objetos medidos”.⁷⁶³ Aduz Ascensão que “a norma é uma régua rígida, que abstrai das circunstâncias por ela não consideradas relevantes; a equidade é uma régua maleável. Ela está em condições de tomar em conta circunstâncias do caso, que a regra despreza, como a força e a fraqueza das partes, a incidência sobre o seu estado de fortuna etc., para chegar a uma solução que se adapta melhor ao caso concreto, mesmo que se afaste da solução normal, estabelecida por lei”.⁷⁶⁴

Ao tratar da equidade e dos usos contratuais – os quais têm relação direta com a tese que se propõe –, Ludovico Barassi menciona que a equidade é inerente à melhor justiça distributiva, diante das finalidades perseguidas pelas partes envolvidas.⁷⁶⁵ Tem razão o jurista, pois isso se verifica tanto na responsabilidade civil contratual quanto na extracontratual. Por certo, quando alguém assume o risco em contratar um objeto que seja perigoso, tem a consciência – declarada ou não – de que o infortúnio pode ocorrer. Ilustrando, se alguém compra fogos de artifício, sabe que, quando for operá-lo, é possível que tenha a sua mão queimada. Esse também será o pensamento para uma situação extracontratual, eis que, se alguém busca o lazer por meio de um esporte radical – caso, por

⁷⁶¹ A compensação dos riscos é exposta, no Direito Espanhol, por Jaime Santos Briz, ao analisar o art. 1.104, § 2º, do Código Civil Espanhol, que assim dispõe: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. Para o magistrado espanhol, além da culpa do lesado referida, a norma não exclui as situações de risco criadas pelo próprio prejudicado, que devem ser levadas em conta para o juízo de valor. Sustenta o jurista que é perfeitamente possível uma variedade de imputações, relativas à culpa e ao risco em uma mesma situação. Como exemplos de criação de riscos, citam aqueles referentes à exploração de coisas perigosas (fábricas, veículos, animais). Em casos tais, adverte ser possível a contraposição entre a responsabilidade culposa e a criação dos riscos (BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*. Derecho substantivo y derecho procesal. 4. ed. Madrid: Editorial Montecorvo, 1986. p. 113).

⁷⁶² LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 32, p. 393. Verbete elaborado pelo professor Ascensão, catedrático da Universidade de Lisboa, nos tempos em que vivia no Brasil.

⁷⁶³ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 32, cit., p. 393.

⁷⁶⁴ LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 32, cit., p. 393. Verbete atribuído a José de Oliveira Ascensão.

⁷⁶⁵ BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 484.

exemplo, do paraquedismo –, sabe perfeitamente que é possível que o pior aconteça. O perigo, nas hipóteses expostas, é a essência daquilo que é buscado pela parte da relação intersubjetiva.

Ainda sobre a equidade, a este autor parece que esta deve ser considerada fonte do Direito, mormente para o Direito Privado Contemporâneo, e não mais mero meio auxiliar do julgador. Fica em xeque a regra do art. 127 do Código de Processo Civil, segundo a qual a equidade somente pode ser aplicada pelo julgador nos casos expressos em lei. Ora, por que a justiça do caso concreto somente pode ser aplicada quando a lei a autorizar? Como isso é possível, se a própria origem da lei está no senso da busca pela justiça? As dúvidas são acentuadas pelo atual estágio do Direito Privado pós-moderno – exposto no Capítulo 1 desta tese –, um sistema aberto baseado em cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Na *era da desordem* – para utilizar o conceito de Ricardo Luis Lorenzetti –, a equidade acaba sendo um mecanismo fundamental para a *ordenação mínima*. São os valores da sociedade e do próprio julgador os cânones orientadores para o preenchimento dos conceitos legais indeterminados. Ademais, o art. 127 do Código de Processo Civil parece estar preso à ideia de um *Estado da Legalidade*, e não de um *Estado Democrático de Direito*, como se propõe na contemporaneidade.⁷⁶⁶

Diante do seu fundamento na equidade, perde relevo a crítica que poderia ser feita à *teoria do risco concorrente* no sentido de prejudicar a proteção dos vulneráveis, caso dos consumidores e dos trabalhadores, no âmbito da responsabilidade civil contratual.

Na ótica consumerista, a propósito da equidade como fonte do Direito, há previsão expressa no art. 7º, *caput*, da Lei n. 8.078/1990, no sentido de que o Código Consumerista não exclui a sua incidência.⁷⁶⁷ Ademais, pode parecer, em uma primeira leitura, que a teoria proposta por esta tese é desvantajosa ao consumidor, ferindo a proteção do art. 5º, XXXII, da Constituição Federal. A premissa é falsa, uma vez que, conforme será exposto ainda neste capítulo – pela análise das suas aplicações práticas –, a tese pode ser, sim, vantajosa aos consumidores, em especial nas hipóteses que envolvem o cigarro e outros produtos tidos como perigosos ou arriscados. Em casos em que o consumidor não teria direito à indenização, pela aplicação da culpa exclusiva da vítima, o risco concorrente pode

⁷⁶⁶ Sobre esse *dueto*, Estado da Legalidade e Estado de Direito, ver, mais uma vez: BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*, cit.

⁷⁶⁷ Repise-se a redação do comando legal: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” (art. 7º, *caput*, do CDC).

trazer orientação diversa, qual seja, de distribuição equitativa dos riscos das partes. Assim, ao contrário do caminho anterior, o consumidor terá, sim, direito a ser reparado.

Nas questões de Direito do Trabalho, destaque-se a mesma razão de ser a equidade considerada fonte jurídica pelo art. 8º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁷⁶⁸ Também segundo a *teoria do risco concorrente*, esta pode ser favorável ao trabalhador, não lesando a proteção constante do art. 7º da Constituição Federal de 1988. De início, a teoria do risco concorrente já traz o contributivo de reconhecer que a responsabilidade do empregador frente ao empregado ou trabalhador pode ser objetiva, conforme se expôs e se defendeu na presente tese (Capítulo 3). Além disso, a *teoria do risco concorrente* pode gerar o dever de indenizar do empregador nas hipóteses em que ele até não responderia, diante da incidência da culpa exclusiva ou do fato exclusivo do próprio empregado ou trabalhador.

Em suma, repise-se a afirmação de Sérgio Resende de Barros, segundo a qual não se pode confundir a aparência com a essência das coisas.⁷⁶⁹ A conclusão de que a tese é lesiva à tutela dos vulneráveis protegidos constitucionalmente é apenas aparente, e não real. Em verdade, os novos caminhos da responsabilidade civil indicam a distribuição dos custos de acordo com as contribuições das partes. Não se pode mais imaginar a responsabilidade civil com personagens que detêm papéis estáticos, ou seja, o ofensor

⁷⁶⁸ CLT. “Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

⁷⁶⁹ Merecem destaque as palavras de Sérgio Resende de Barros, pronunciadas em aula ministrada em 25 de agosto de 2009 na disciplina “A negação do Estado de Direito pelo Estado da Legalidade”, oferecida no curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “Não é raro o fato de que o Estado de direito não exista na essência onde ele existe na aparência. Ocorre aí o Estado legal, ou seja, um Estado de mera legalidade, que não passa de aparência ilusória do Estado de direito. A experiência diária mostra que, no mais das vezes, a aparência não revela, mas vela a essência das coisas. Vale dizer: a essência de um fenômeno não se manifesta imediatamente em sua aparência. É necessária a interpretação. Se a aparência sempre revelasse de imediato a essência das coisas do mundo, toda a ciência seria desnecessária. No fundo, ciência é interpretação. Inclusive o Direito. O conhecimento – e sobretudo o conhecimento científico – não é mera fotografia do objeto pelo sujeito. O sujeito ao mesmo tempo conhece e interpreta o objeto. Conhece interpretando e interpretando conhece. Na medida em que se avança nesse processo, as essências descobertas tornam-se aparências de essências mais profundas. As essências interpretadas revelam-se como aparência de novas essências. Aparência e essência são, portanto, contrários que se tornam um no outro. Por isso, a interpretação sucessiva e consecutiva da interação dialética entre aparência e essência pode levar até a substância mais essencial, a realidade mais substancial. Chegar a um conhecimento progressivo e progressista: sempre mais profundo e efetivo da realidade que jaz sob as formas das coisas do mundo. Entrementes, vezes há em que o próprio sujeito trunca o progresso: interpreta superficialmente a aparência do objeto, o que gera conhecimento defeituoso ou deficitário. O processo cognitivo não chega ao mais verdadeiro. Não age pela ciência, mas reage a ela – é reacionário – quase sempre encantado pelas inversões ideológicas”. A exposição foi digitada e distribuída aos alunos da disciplina, caso deste autor.

como reparador puro e a vítima como pessoa a ser indenizada. Existindo contribuição da última, haverá, sim, dever de indenizar, mas conforme a sua conduta de contribuição, notadamente com o risco assumido.

Sem prejuízo de todos esses argumentos, para a eventual e devida ponderação dos valores constitucionais, atente-se para o fato de a *teoria do risco concorrente* estar fundada na tríade *isonomia-razoabilidade-proporcionalidade*, como demonstrado neste estudo, o que afasta qualquer tentativa de sustento de inconstitucionalidade da sua incidência, mormente nos casos relativos aos vulneráveis citados.

Ao adotar um sistema aberto, estribado em conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, bem como inspirado nos modelos alemão, italiano, espanhol e português, o Código Civil de 2002 valorizou a equidade em vários de seus dispositivos, o que serve de alento, pelo menos subsidiariamente, para a ideia de concorrência de riscos dos envolvidos.

Para ilustrar, repise-se, no tocante à responsabilidade do incapaz, a norma do parágrafo único do art. 928 do atual Código Civil, ao determinar que a indenização contra o incapaz deva ser equitativa, para não privar a si e seus dependentes do mínimo para que vivam com dignidade. Ainda, sem prejuízo dos arts. 944 e 945 da codificação – já estudados –, o art. 953 do Código estabelece que a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. O parágrafo único do dispositivo determina que, se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. O art. 954 do Código Civil consagra por igual a equidade, ao mandar aplicar o último comando para os casos de ofensa à liberdade pessoal.⁷⁷⁰

Sem prejuízo da utilização expressa do termo “equidade” pelos dispositivos citados, em vários outros comandos legais do Código Civil de 2002 surgem expressões genéricas, que devem ser preenchidas pelo aplicador do Direito por meio da incidência da *justiça do caso concreto*. Para ficar na esfera da responsabilidade civil, é sempre invocado o art. 187 do Código Civil, que, ao conceituar o abuso de direito, utiliza os parâmetros da função social, da boa-fé e dos bons costumes. O art. 949 da codificação trata da indenização por ofensa à saúde, prevendo que o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de *algum outro prejuízo* que o

⁷⁷⁰ CC/2002. “Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I – o cárcere privado; II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III – a prisão ilegal”.

ofendido prove haver sofrido. A expressão destacada é genérica, devendo ser preenchida pelo uso da equidade. Por fim, quanto à exemplificação, no caso de usurpação ou esbulho de coisa alheia, a regra é a restituição da coisa, indenizando-se as suas deteriorações e os lucros cessantes, sem prejuízo de outros danos (art. 952, *caput*, do CC/2002). Se a coisa vier a não existir, caberá o pagamento do equivalente, fixando o juiz um *valor de afeição*, de acordo com o caso concreto, ou seja, por meio da equidade (art. 952, parágrafo único, do CC/2002).

Para aprofundar o tema da equidade previsto no Código Civil de 2002, merecem relevo as lições de Milton Paulo de Carvalho Filho, na missão de analisar a categoria inserida no capítulo referente à indenização da codificação brasileira. De acordo com seus ensinamentos, estribados em outros juristas clássicos, a equidade constante dos arts. 928, 944, 945, 953 e 954 é a *equidade civil*, “que se baseia na determinação contida na lei” (conforme Limongi França).⁷⁷¹ Ademais, a partir das lições de Alípio de Silveira, a equidade prevista constitui a *equidade stricto sensu*, pois se trata do “ideal de justiça enquanto aplicado, ou seja, na interpretação, integração, individualização judiciária, adaptação etc., e será nessa acepção, empírica, ou ainda de justiça no caso concreto”.⁷⁷² Ainda, assinala que a equidade do Código Brasileiro é a aquela desenvolvida por Tobeñas, eis que “originária de um conceito geral ou amplo, derivado da ideia aristotélica de norma individualizada, adaptada às circunstâncias de um caso concreto, ou como adaptação do direito à realidade, mediante a apreciação exata de todos os elementos do fato que para o caso concorram”.⁷⁷³ Por derradeiro, destaca Milton Paulo de Carvalho Filho ser tal equidade *individualizadora*, na linha de Agostinho Alvim, porque “o juiz terá em vista o caso concreto e suas circunstâncias”.⁷⁷⁴

Em suma, para concluir o tópico, além dos dispositivos legais e do trio *isonomia-razoabilidade-proporcionalidade*, a tese que aqui se propõe tem fundamento na *ordem do justo* de buscar a conclusão que seja mais adequada à realidade do caso concreto. Sem dúvida, constata-se que os argumentos favoráveis à construção do risco concorrente são fortes, tanto do ponto de vista jurídico quanto do sociológico. Outro argumento a ser utilizado é a responsabilidade pressuposta, conforme tópico desenvolvido a seguir.

⁷⁷¹ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 88.

⁷⁷² CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*, cit., p. 88.

⁷⁷³ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*, cit., p. 88.

⁷⁷⁴ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*, cit., p. 89.

4.3 O RISCO CONCORRENTE E A RESPONSABILIDADE PRESSUPOSTA

Outro fundamento importante para este estudo – que se propõe como uma *tese jurídica* – é a *responsabilidade pressuposta*, conforme a tese de livre-docência desenvolvida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, exposta e defendida na Universidade de São Paulo.⁷⁷⁵ Além do próprio trabalho que originou a citada tese, o presente tópico é desenvolvido com base em artigos da doutrinadora,⁷⁷⁶ sem prejuízo de outros juristas que bem procuraram desvendar a sua construção.⁷⁷⁷

Ab initio, discorrendo sobre as razões de se buscar a estrutura de uma responsabilidade pressuposta como um novo critério de imputação civil dos danos, Giselda Hironaka demonstra a tendência surgida na modernidade, de preocupação com as vítimas dos eventos danosos.⁷⁷⁸ Mais do que isso, assevera a linha teórica de se buscar a prevenção da ocorrência dos danos, gerando um verdadeiro *direito de não mais ser vítima*. Isso originaria, para a doutrinadora, um novo sistema de responsabilidade civil a ser construído, eis que “as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo”.⁷⁷⁹ Na esteira de suas palavras, o *sistema da responsabilidade pressuposta geraria um verdadeiro critério de imputação da responsabilidade sem culpa*, construção cuja tarefa não é fácil, de acordo com a própria autora.⁷⁸⁰

Na leitura de Henrique Herkenhoff, o termo *responsabilidade pressuposta* se justifica porque “O responsável deve ser antecipadamente conhecido para o caso de efetivar-se um certo evento lesivo possível: a responsabilidade antecede a lesão, que só torna concreto o dever de reparar o dano. E será precocemente identificado porque será

⁷⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit.

⁷⁷⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5, p. 197-221; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte no declínio do segundo milênio e albores de um tempo novo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade Civil*. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009. p. 185-224.

⁷⁷⁷ Merecendo destaque e servindo de roteiro para o tópico: HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Responsabilidade pressuposta. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006. p. 395-423.

⁷⁷⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, cit., p. 198.

⁷⁷⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, cit., p. 199.

⁷⁸⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, cit., p. 199.

aquele a quem o Direito impõe o dever de prevenção, isto é, de impedir ou minorar as consequências do fato potencialmente prejudicial”.⁷⁸¹

De acordo com as lições transcritas, o baluarte principal dessa responsabilidade pressuposta estaria em uma exposição ao perigo ou ao risco, ou seja, no *mise en danger*, conceito desenvolvido por Geneviève Schamps.⁷⁸² Para Giselda Hironaka, a responsabilidade pressuposta corresponderia ao que ela denomina *mise en danger otimizada*, com dois traços fundamentais.⁷⁸³ O primeiro deles é o *risco caracterizado*, um fator qualitativo, relativo à potencialidade constante da atividade para a causação de um grave dano. O segundo é a *atividade especificamente perigosa* (fator quantitativo), que, para a jurista, se divide em dois subcritérios: *a) probabilidade elevada*, havendo um risco inevitável; *b) intensidade elevada*, altos índices de prejuízos causados.⁷⁸⁴

Nesse contexto, pode-se afirmar que um dos fundamentos para a responsabilidade pressuposta é uma correta leitura do art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro, muito além do que foi feito com o art. 2.050 do Código Civil Italiano, sistema em que acabou por prevalecer a presunção de culpa, conceito este insuficiente para a responsabilidade pressuposta. Em suma, havendo uma atividade de risco, surgirá fundamento para a pressuposição de uma responsabilidade, independentemente da culpa do agente. Nesse contexto, pode-se imaginar a existência de ambientes potencialmente perigosos, como os geradores de uma responsabilidade sem culpa. Cite-se, por exemplo, o ambiente de uma agência bancária, tão suscetível a assaltos ou ataques de grupos armados.

Da jurisprudência brasileira, pode-se extrair ementa de aplicação da responsabilidade pressuposta. Trata-se de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que concluiu pela responsabilização de incorporadora imobiliária pelo desabamento de um

⁷⁸¹ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Responsabilidade pressuposta, cit., p. 397.

⁷⁸² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 291-310; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, cit., p. 214-221.

⁷⁸³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, cit., p. 220.

⁷⁸⁴ A menção à *mise en danger otimizada* também consta daquilo que Giselda Hironaka considera como a súmula de resumo a respeito da responsabilidade pressuposta, constante de artigo científico a respeito do instituto: “Em todo o mundo jurídico, de sistemas ocidentalizados especialmente, tem se buscado alcançar este desiderato, quer dizer, a construção ou consolidação de uma noção que seja um portador geral, ou um denominador comum, ou um critério suficiente, mas que seja capaz de assegurar a reparação efetiva e adequada aos danos sofridos em razão das especificidades do *modus* contemporâneo de atuação humana, exatamente porque – o diz João Baptista Villela em extraordinária síntese – ‘na teoria da responsabilidade civil, o que se procura obter, em última análise, é a restauração de uma igualdade destruída; qualquer que seja o fundamento que se lhe dê – culpa ou risco – é a um resultado igualitário que se objetiva’” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade, cit., p. 198).

prédio, a qual, como sucessora da empresa anterior em direitos e deveres, deve responder pelos riscos do empreendimento. A decisão é paradigmática, por entender pela existência de uma obrigação de resultado e, por conseguinte, de uma responsabilização independentemente de culpa.⁷⁸⁵ Merece destaque no acórdão o trecho de citação da tese da doutrinadora que ora se estuda: “E o desabamento do edifício, longe de caracterizar caso fortuito ou força maior, como cabia exaustivamente demonstrado pela apelante – e não o foi –, configura aquilo que Giselda Hironaka denomina de *responsabilidade pressuposta* (Responsabilidade Pressuposta, Del Rey, São Paulo, 2005), por envolver, a espécie, contrato com obrigação de resultado por parte da ré, cuja culpa se evidencia pelo simples perecimento da obra, que era, sim, de sua responsabilidade até a expedição do ‘habite-se’. Há que se destacar, a propósito, que o desmoronamento ocorreu pouco tempo depois da entrega das chaves aos adquirentes, e antes da expedição do mencionado documento, pelo órgão municipal competente”.

Do mesmo Tribunal, há outros interessantes acórdãos que mencionam a *responsabilidade pressuposta para o risco da atividade de transporte*, trazendo a conclusão de responsabilização solidária da transportadora e da empresa dona da carga transportada, por acidente de veículo.⁷⁸⁶ Em seu voto, o Desembargador Nestor Duarte é enfático ao mencionar a responsabilidade da dona da carga e da empresa que transportava a mercadoria pelo risco da atividade de ambas e pela responsabilidade pressuposta.⁷⁸⁷

⁷⁸⁵ “INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. PERDAS E DANOS. INDENIZAÇÃO. DESABAMENTO DO PRÉDIO ANTES DA EXPEDIÇÃO DO ‘HABITE-SE’. PROCEDÊNCIA PARCIAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA DO ART. 177, DO C.C./16, INAPLICÁVEIS AS DISPOSIÇÕES DOS ARTS. 178, § 5º, IV E 1.245, DO C.C./16. PRAZO DE GARANTIA, INCONFUNDÍVEL COM O DE PRESCRIÇÃO, NO CASO, DE VINTE ANOS, E NÃO DE SEIS MESES, DAS AÇÕES EDILÍCIAS. *Responsabilidade pressuposta da incorporadora*, que, como sucessora da empresa anterior em direitos e obrigações, responde pelos riscos do empreendimento até seu termo, como obrigação de resultado. Ilegitimidade passiva dos correqueridos bem reconhecida. Verba honorária a ser fixada sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC). Sentença confirmada. Apelação da ré não provida e provimento parcial da do autor” (TJSP, Apelação com revisão n. 469.420.4/2, Acórdão n. 2552095, São José do Rio Preto, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Roberto Bedran, julgado em 08/04/2008; DJESP 29/04/2008). [Grifo nosso.]

⁷⁸⁶ Foram encontrados dois acórdãos com tal conclusão, merecendo relevo um deles: “REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO CONDUTOR, DA PROPRIETÁRIA DO CAMINHÃO QUE PROVOCOU O ACIDENTE E DA EMPRESA DONA DA CARGA. A prova demonstrou livre de dúvida a responsabilidade solidária do Requerido, condutor do caminhão, e, também, das correqueridas, uma proprietária do veículo e, a outra, da carga, pela reparação dos danos decorrentes do acidente que causou o óbito de duas vítimas, provocou lesões em uma terceira (vítima) e ocasionou a perda total do veículo conduzido por uma delas e de propriedade de um dos requerentes. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. Como dano moral podem ser consideradas a dor e a tristeza que são impostas a terceiro, de forma que não tenha repercussão alguma no patrimônio” (TJSP, Apelação sem revisão n. 1035239000, 34ª Câmara do D. 7º Grupo (Extinto 2º TAC), Rel. Irineu Pedrotti, julgado em 14/02/2007, data do registro: 17/04/2007).

⁷⁸⁷ Vejamos alguns pontos de suas razões: “Entendo, entretanto, que, também, procede o reclamo para impor condenação solidária à corrê Cia de Cimento Portland Itaú, atentando às particularidades reveladas em sua própria defesa. [...] Buscando, pois, uma entidade não empresária para o exercício de uma atividade

Sem prejuízo dessas exemplificações, não restam dúvidas de que a *teoria do risco concorrente tem relação direta com a responsabilidade pressuposta*. De início, porque valoriza a questão do risco assumido por alguém em sua atuação continuada, a gerar a sua responsabilização independentemente de culpa. No presente contexto, ficou evidenciado até este ponto que a teoria do risco concorrente tem incidência direta justamente na responsabilidade objetiva, incluindo as hipóteses de criação de um risco pela atividade desenvolvida.

Além disso, se o risco incide na conduta do agente para a sua responsabilização, também deve ser critério a ser aplicado ao lesado, o qual igualmente pode atuar de forma arriscada em determinada situação, de modo que a responsabilidade da outra parte seja atenuada de acordo com o risco assumido. Deixando-se de lado os casos que envolvem vulneráveis protegidos – como são os consumidores –, imaginemos situações relativas a duas empresas que, em pé de igualdade, desempenham em colaboração um negócio arriscado, para si e para terceiros. Para ilustrar, esse empreendimento falha, por fatos imputados a ambas, causando-lhes prejuízos recíprocos. Ora, em espécie, os riscos assumidos pelas duas empresas em todas as fases da negociação devem ser levados em conta para a atribuição de responsabilidades.

Sem prejuízo dessas situações, mesmo nos casos concernentes aos vulneráveis, a teoria do risco concorrente pode ser um mecanismo de atribuição da responsabilidade pressuposta. Nos casos relativos a cigarros, por exemplo e como se verá, são comuns os julgados que excluem a responsabilidade das empresas fabricantes pela presença da culpa ou do fato exclusivo da vítima. Todavia, a teoria do risco concorrente superdimensiona a

que seria empresária – o transporte – evidencia-se que a corrê estabeleceu uma extensão de sua própria atividade, ou seja, cometeu a outrem o que, em princípio, executaria por si. Aliás, pondera Orlando Gomes que, por vezes, *‘o transporte apresenta-se como obrigação acessória que incumbe, por exemplo, a quem vendeu a mercadoria’*. Serve, então, o magistério de Aguiar Dias, ao dar os fundamentos da responsabilidade do preponente: *‘O que se faz substituir no exercício das múltiplas funções da empresa, por ser impossível desincumbir-se pessoalmente delas, responde precisamente porque o seu pessoal se considera extensão dela, pelo estabelecimento da larga manus requerida pelo vulto das atividades do capitão de indústria’*. A natureza e forma de constituição das cooperativas que até mesmo dispensa o capital social (art. 1094, I, do Código Civil), quando a elas são cometidas atividades perigosas e nitidamente empresariais, abre a possibilidade de deixar vítimas sem a correspondente indenização, o que justifica alcançar o contratante que delas se servem para o exercício de atividade que eventualmente exerceria por sua conta e risco, isto porque, na lição de Giselda Maria F. Novaes Hironaka, *‘afinal de contas, trata-se de evitar o dano injusto, entendendo-se que um dano civil pode ser injusto tanto por haver sido injustamente causado como pelo fato de ser injusto que o suporte quem o sofreu’*. Disto vai que responde a corrê pelo ilícito praticado, tal qual se se tratasse de ato de empregado seu. Em síntese, a impossibilidade prática de os autores apelantes obterem a indenização, pela incapacidade econômica do condutor do veículo causador do acidente, aliada ao inadequado cometimento de transporte a pessoa jurídica não empresária, autorizam a atribuição de responsabilidade, também, à apelada”.

atividade de risco de tais empresas, devendo responder pelo risco assumido. Responderão menos, é verdade, pois os fumantes assumiram o risco de consumo de algo que sabiam ser perigoso à saúde, mas responderão. Note-se, neste ponto, um claro exemplo de como a teoria do risco concorrente pode ser benéfica aos consumidores.

Tudo isso sem prejuízo da constatação de que *a responsabilidade pressuposta também está amparada na equidade, assim como a teoria do risco concorrente*,⁷⁸⁸ o que foi bem captado por Henrique Herkenhoff, na sua interpretação da obra de Giselda Hironaka, ao discorrer que, “desde que admitimos a dignidade humana como fundamento para a responsabilidade civil, não nos podemos esquecer de que o particular a quem ele seja eventualmente dirigida não é, todavia, menos digno do que o lesionado. Não se pode reparar uma situação injusta, criando outra ainda mais iníqua: causador e vítima da lesão merecem igualmente a consideração de seus semelhantes e do Estado”.⁷⁸⁹ Citando os artigos do Código Civil que tratam da equidade na responsabilidade civil, o magistrado conclui, a respeito do que chama de *princípio da equidade*, o que tem incidência direta para a teoria do risco concorrente:

“A contrapartida desse recente fundamento para a responsabilidade civil, que tanto deverá ampliar sua extensão e hipótese de cabimento, é que a obrigação já não poderá ser imposta sempre e integralmente ao causador do acontecimento funesto.”⁷⁹⁰

De fato, segundo a equidade que fundamenta a responsabilidade pressuposta, a responsabilidade civil deve ser dividida entre os participantes do evento, tendo-se como parâmetro os correspondentes riscos assumidos. Os atos das partes – agente, culpado e eventual terceiro – devem ser considerados substanciais para a determinação das respectivas responsabilidades e do *quantum debeatur*. A boa-fé entra em cena como arcabouço da equidade, eis que, mormente nos casos de responsabilidade contratual, a

⁷⁸⁸ Conforme aponta a própria Giselda Hironaka, ao estabelecer a ligação entre equidade e justiça: “Justiça e equidade estas que guiaram em tempos remotos o legislador na formulação da presunção; justiça e equidade estas que guiam o julgador nos casos de prova insuficiente, mas indiciária e/ou intuitiva [...]. E a equidade passa necessariamente pela igualdade atribuída às partes de provar aquilo que buscam ver reconhecido, respeitando-se, assim, certos e precisos princípios constitucionais como o princípio do contraditório (garantindo-se a ambas as partes a possibilidade de conhecerem as provas carreadas aos autos e sobre elas se manifestarem com intuito de contraditá-las), da motivação das decisões judiciais (para que as partes possam ter conhecimento do efetivo grau de conhecimento operado no íntimo do julgador, bem assim do grau de convencimento atingido por este no caso que buscou solucionar)” (*Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 276).

⁷⁸⁹ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 418. Nesse trecho, o magistrado cita os estudos de Giselda Hironaka a respeito da dignidade humana (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 212-214).

⁷⁹⁰ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 418.

informação a respeito do risco tem um papel incrementador nas responsabilidades dos envolvidos.

Pela *ponte* com a responsabilidade pressuposta, pode-se concluir que a *teoria do risco concorrente* tem relação direta com o princípio da solidariedade social, estampado no art. 3º, I, da Constituição Federal. A solidariedade traz a premissa de *responsabilização pelo outro* e, como decorrência lógica, de uma divisão comunitária dos riscos assumidos nas situações contemporâneas.

Sem prejuízo dessa correlação, em algumas situações, a teoria do risco concorrente, assim como a tese da responsabilidade pressuposta, buscará a tutela da dignidade da pessoa humana, conforme o princípio estruturante que consta do art. 1º, III, da Constituição da República Brasileira. A premissa elaborada é clara, uma vez que a aplicação do risco concorrente trará como conclusão o dever de indenizar, de acordo com um risco criado pela atividade desenvolvida pelo agente. Há uma preocupação com a vítima, além da precaução em relação a novas situações de potenciais prejuízos. Valoriza-se, nesse contexto, a *pessoa como um tipo real*, e não como um ideário imaginativo.⁷⁹¹

Encerrando o tópico, merece destaque o trecho em que Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka estabelece a relação entre a responsabilidade pressuposta e os princípios constitucionais citados:

“A dificuldade pode residir no estabelecimento do critério que desenhará um limiar de periculosidade, isso é certo. Mas parece ser seguro afirmar que a definição deste limite e a fixação deste potencial de perigo é que poderão muito bem servir de pano de fundo para que se alcance, no futuro, um padrão de caracterização das circunstâncias prejudiciais que justifiquem a imputação de um dever de indenizar, além do sistema subjetivo e além do sistema de pré-fixações objetivas de responsabilidades, tendo em vista a impossibilidade de se eliminar, em todas as hipóteses consideradas, o perigo, por meio da adoção das medidas de precaução razoáveis.

A este nível de otimização, talvez seja possível chegar, em tempo nem tão distante, quiçá, de sorte a se buscar obter, enfim, um critério geral de fundamentação do regime objetivo de responsabilidade civil, situado além da solução legal casuística, critério esse que visasse atender mais eficientemente os direitos das vítimas dos danos, tendo por fundamentação original maior os princípios constitucionais da solidariedade social e da dignidade humana, e que se portasse, enfim, como um verdadeiro – e suficientemente abrangente – autocrítério de justificação da responsabilização civil na contemporaneidade.”⁷⁹²

⁷⁹¹ Para a referida conclusão a respeito da dignidade humana, servem como sustento as palavras de Jorge Miranda e Rui Medeiros, para quem “a dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”. (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*, cit., p. 53).

⁷⁹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 300.

Realmente, conforme demonstrado pela referida doutrinadora, a responsabilidade pressuposta gera um sistema jurídico de responsabilidade civil a ser construído.⁷⁹³ Para este autor, uma das importantes ferramentas para tal construção é a *tese do risco concorrente*, cujos exemplos práticos são inúmeros, conforme será exposto a partir de agora no presente estudo.

4.4 APLICAÇÕES PRÁTICAS DA TEORIA DO RISCO CONCORRENTE

4.4.1 Primeiras palavras sobre a concretude do direito

Tornou-se comum na metodologia jurídica a exposição das razões fáticas que amparam uma tese. Conforme demonstra Castanheira Neves, o *caso jurídico é um concreto problema jurídico*.⁷⁹⁴ É relevante para o Direito a análise da questão de fato, que, ainda segundo o autor, comporta dois momentos fundamentais no sentido metodológico proposto. O primeiro deles é a *relevância* a reconhecer a situação concreta problemática. O segundo constitui a *comprovação* dessa relevância e dos seus efeitos.⁷⁹⁵ Em suma, o presente estudo deve ser relevante, objetivo este a ser demonstrado no presente tópico.

Na esteira dessa constatação, Francisco Amaral demonstra que, do ponto de vista prático, uma das funções que se pode atribuir ao Direito Civil é a de *resolução dos conflitos de natureza privada*.⁷⁹⁶ Nasce daí, para ele, a vivência social que interessa ao âmbito jurídico, a *experiência jurídica*, que constitui “uma concreta experiência de conflitos de interesses que o direito é chamado a disciplinar no exercício de uma das suas mais importantes funções, a de resolver tais problemas, visando garantir a realização dos ideais humanos de ordem, justiça e bem comum”.⁷⁹⁷ Uma boa tese que se propõe não pode ficar alheia a essa experiência. Desse modo, é essencial demonstrar que a premissa jurídica proposta tem aplicações práticas, o que, a partir do presente momento, será empreendido por este estudo.

⁷⁹³ “Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 2).

⁷⁹⁴ “Nesses termos, o caso jurídico é um concreto problema jurídico: a pré-síntese de um interrogativo sentido concreto de intenção jurídica que conjuga uma intenção normativa geral ou de validade com uma situação concreta, enquanto fundamenta naquela intenção a pergunta que dirige a esta situação” (CASTANHEIRA NEVES, A. Metodologia jurídica. Problemas fundamentais. *Stvdia Ivridica I. Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 162).

⁷⁹⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. Metodologia jurídica. Problemas fundamentais, cit., p. 163-165.

⁷⁹⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 10.

⁷⁹⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 10.

A própria *visão tridimensional do Direito* gera demandas de buscas reais do alcance das normas jurídicas, que, além de válidas e eficazes, devem ser eficientes no campo prático. Por isso, Miguel Reale fala em um *normativismo concreto*, “consubstanciando-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da ‘práxis social’, mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente”.⁷⁹⁸

Luciano Camargo Penteado, em obra sobre o Direito das Coisas, demonstra a importância de se analisar o Direito Privado a partir de casos, como se tornou comum nas escolas jurídicas mais avançadas.⁷⁹⁹ Nesse contexto, pontua que “a solução de um problema pauta-se, necessariamente, pela necessidade, quase que inexorável, de olhar as coisas de um outro modo”.⁸⁰⁰ Portanto, é imperioso, como quer o jurista, “ver o sistema a partir do problema, ou ver o problema a partir do sistema”.⁸⁰¹

Repise-se que, na pós-modernidade ou contemporaneidade, é importante o enfoque das razões sociais de uma tese jurídica. Assim, na esteira das lições transcritas, é possível subverter a ordem clássica de estudo do Direito Privado. Na vigência do Código Civil de 1916 – na construção de um Direito Civil tido com *clássico* –, era comum a seguinte sequência lógica nas lições do Direito Privado: conceituar, classificar, exemplificar. Tal ordem até pode ser mantida, desde que temperada com o seguinte tópico: aplicação prática. Nesse ponto, deve-se verificar a incidência da categoria, levando-se em conta a realidade brasileira, ou seja, os problemas nacionais e do nosso povo. Até é possível uma subversão total, para que a aplicação prática seja o primeiro ponto, viabilizando-se a discussão

⁷⁹⁸ REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito, cit., p. 77.

⁷⁹⁹ Merecendo transcrição, inclusive pela citação cinematográfica: “O direito, normalmente, tem sido estudado a partir da lei. Parte-se dela para depois, com a citação da jurisprudência, exemplificar o que se passa. Trata-se assim, o caso concreto, de modo residual, dando-se pouco valor à perspectiva judicial que o sistema de direito apresenta. Entretanto, muitas vezes, é preciso inverter a ordem para pensar o direito a partir do caso concreto, para dele extrair as generalizações necessárias ao conhecimento científico do direito. Bem ilustra essa perspectiva a recordação do episódio do filme *Sociedade dos poetas mortos* em que o professor de uma tradicional escola americana, representado por Robin Williams, insiste aos alunos na necessidade de olhar a vida e as coisas de outra forma para o aprendizado da literatura. Para tanto, entre outras coisas, pede que os alunos subam nas carteiras para, literalmente, num momento inicial, poderem ver o seu entorno sob outra perspectiva. Essa mobilidade do intelecto humano é pressuposto fundamental para o progresso do conhecimento. Torna-se, na ocasião, uma espécie de símbolo da necessidade de ver as coisas de outro modo” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: RT, 2008. p. 28-29).

⁸⁰⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, cit., p. 29.

⁸⁰¹ Ainda segundo Camargo Penteado, a questão passa a ser de mera ordenabilidade, eis que o juiz se encarrega da tarefa de ver o sistema a partir do problema, enquanto o cientista, do trabalho de ver o problema a partir do sistema (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, cit., p. 32-33).

jurídica e afastando-se debates desnecessários: aplicação prática, conceituar, classificar, exemplificar. Não há dúvida de que um instituto privado sem aplicação prática torna-se vazio e insuficiente, como tantos que constavam no Código Civil de 1916 e que foram reproduzidos pela codificação de 2002.

Com tal conclusão, a partir do presente momento serão analisados alguns exemplos concretos de incidência da *teoria do risco concorrente*. Para isso, deve ser lembrada a premissa basilar de que a dedução que aqui se propõe constitui um conceito unificador, a ser aplicado tanto à responsabilidade civil contratual quanto à responsabilidade civil extracontratual.

4.4.2 A teoria do risco concorrente e a responsabilidade objetiva do Estado

O presente estudo deixou evidenciado que a melhor solução a respeito do dever de indenizar do Estado é a sua responsabilização objetiva ou independentemente de culpa, não cabendo fazer a distinção entre os atos comissivos e omissivos estatais. O argumento da responsabilidade subjetiva por omissão parece ser injusto e totalmente desassociado da realidade contemporânea nacional. Em reforço, não cabe fazer uma distinção que o legislador não fez, visando tão somente prejudicar o cidadão lesado. Por fim, não convence o argumento, tão utilizado pelos operadores do Direito, de que o Estado não pode ser um *segurador universal*, em uma realidade brasileira em que o Estado nem sequer é *segurador mínimo*, não cumprindo com suas atribuições básicas em relação à sociedade. Em síntese, para as exemplificações que serão expostas, deve-se entender que a responsabilidade civil estatal é sempre objetiva.

Com a devida pesquisa, pode-se verificar a existência de julgados nos Tribunais Brasileiros em que se aplica a culpa concorrente da vítima para atenuar a responsabilidade civil objetiva do Estado. Assim, constata-se, na esteira de tudo o que no presente estudo foi exposto, a possibilidade de se aplicar os arts. 944 e 945 do atual Código Civil – e principalmente o último – nas hipóteses de responsabilidade civil estatal.

De início, encontra-se uma primeira decisão do Supremo Tribunal Federal, da década de 1970, que reconhece que a culpa parcial da vítima deve reduzir o *quantum* indenizatório a ser pago pelo ente estatal.⁸⁰² O caso é de uma ação de indenização por

⁸⁰² “RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO CONTRA A UNIÃO FEDERAL. CULPA PARCIAL DA VÍTIMA. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. II. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA, INSCULPIDA NO ART. 194 E SEU PARÁGRAFO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1946, CUJO TEXTO FOI REPETIDO PELAS CARTAS DE 1967 E 1969, ARTS. 105/107, RESPECTIVAMENTE, NÃO

acidente de veículo proposta em face do Exército Nacional, pelas filhas e pela esposa do falecido. Como a própria vítima também contribuiu para o evento danoso, a conclusão foi pela atenuação do dever de reparar da União Federal.

Do mesmo Excelso, do ano de 1993, há uma ementa com a expressão de que o Tribunal admite a culpa concorrente da vítima como critério diminuidor da responsabilidade do Poder Público.⁸⁰³ Apesar de concluir pela presença da culpa exclusiva da vítima, o acórdão traz lição lapidar com relação à concausalidade e à fixação do dever de indenizar de acordo com a contribuição de cada um dos envolvidos para o infortúnio. Do voto vencedor extrai-se que “a culpa da vítima do dano – exclusiva ou concorrente –, constitui, conforme o caso, fator excludente ou mitigador da responsabilidade civil do Estado. Trata-se de entendimento que essa Excelsa Corte há muito tempo consagra...”.

No Superior Tribunal de Justiça, os julgados que admitem a culpa concorrente da vítima como fator atenuante do *quantum* em ações movidas em face do Estado são recorrentes e se repetem, havendo até ementas que determinam a redução pela metade da indenização, na medida em que as vítimas contribuíram para o evento danoso.⁸⁰⁴ Ressalve-se que podem ser encontrados acórdãos que aplicam a culpa concorrente da vítima em situação de incidência da criticada teoria da responsabilidade estatal subjetiva por omissão. Cumpre relevar julgado, do ano de 2003, que aplicou a culpa concorrente à vítima que fez

IMPORTA NO RECONHECIMENTO DO RISCO INTEGRAL, MAS TEMPERADO. III. INVOCADA PELA RÉ A CULPA DA VÍTIMA, E PROVADO QUE CONTRIBUIU PARA O DANO, AUTORIZA SEJA MITIGADO O VALOR DA REPARAÇÃO. PRECEDENTES. VOTO VENCIDO. RECURSO NÃO CONHECIDO” (STF, RE n. 68.107/SP, Rel. Min. Adalício Nogueira, Rel. para acórdão Min. Thompson Flores, julgado em 04/05/1970, órgão julgador: 2ª Turma).

⁸⁰³ “RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OCORRÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. Esta Corte tem admitido que a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público seja reduzida ou excluída conforme haja culpa concorrente do particular ou tenha sido este o exclusivo culpado (AG. 113.722-3-AGRG e RE 113.587). – No caso, tendo o acórdão recorrido, com base na análise dos elementos probatórios cujo reexame não é admissível em recurso extraordinário, decidido que ocorreu culpa exclusiva da vítima, inexistente a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, pois foi a vítima que deu causa ao infortúnio, o que afasta, sem dúvida, o nexo de causalidade entre a ação e a omissão e o dano, no tocante ao ora recorrido. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE n. 120.924/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 25/05/1993, DJU 27/08/1993, p. 17.023).

⁸⁰⁴ Por todos: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AGRAVO REGIMENTAL – FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MATÉRIA DE FATO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental. 2. Averiguar a correção do valor fixado a título de indenização por danos morais importa, necessariamente, no revolvimento da matéria fática já analisada pelo Tribunal *a quo*, o que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça por força da Súmula 7/STJ. 3. É plenamente razoável e proporcional a diminuição do valor fixado a título de danos morais em 50% (cinquenta por cento), devido à verificação de culpa concorrente das vítimas. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no REsp n. 979.804/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 11/11/2008, DJe 02/12/2008).

mergulho arriscado em balneário público. Pelo que se propõe por este estudo, fazendo incidir a responsabilidade objetiva do Estado – repita-se, o mais justo caminho –, a conclusão poderia ser semelhante, entendendo-se que a própria vítima quis assumir o risco ao fazer o mergulho perigoso. Em vez de culpa recíproca, como consta do final da ementa, poder-se-ia imaginar a existência de um *risco recíproco* ou de fatos concorrentes.⁸⁰⁵

Ainda do mesmo Superior Tribunal de Justiça, foi apreciado o atropelamento de um ciclista por um veículo oficial, ocorrido no Estado do Amapá. As instâncias anteriores haviam concluído pela culpa da vítima, que transitava de forma negligente pela via pública, em concorrência com a culpa do condutor do veículo, ao dirigir de forma inadequada, em velocidade não compatível. Por isso, a indenização foi fixada proporcionalmente, de acordo com as contribuições das partes para o evento. O Estado do Amapá insurgiu-se contra as decisões, alegando serem tais contribuições proporcionais, mas irrazoáveis, pleiteando a redução do *quantum*. Todavia, afirmando ser esse o

⁸⁰⁵ “... RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ATO OMISSIVO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – NEGLIGÊNCIA NA SEGURANÇA DE BALNEÁRIO PÚBLICO – MERGULHO EM LOCAL PERIGOSO – CONSEQUENTE TETRAPLEGIA – IMPRUDÊNCIA DA VÍTIMA – CULPA RECÍPROCA – INDENIZAÇÃO DEVIDA PROPORCIONALMENTE. O infortúnio ocorreu quando o recorrente, aos 14 anos, após penetrar, por meio de pagamento de ingresso, em balneário público, mergulhou de cabeça em ribeirão de águas rasas, o que lhe causou lesão medular cervical irreversível. Para a responsabilização subjetiva do Estado por ato omissivo, ‘é necessário, que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível’ (Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘Curso de Direito Administrativo’, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 855). Ao mesmo tempo em que se exige da vítima, em tais circunstâncias, prudência e discernimento – já que pelo senso comum não se deve mergulhar em local desconhecido –, imperioso reconhecer, também, que, ao franquear a entrada de visitantes em balneário público, sejam eles menores ou não, deve o Estado proporcionar satisfatórias condições de segurança, mormente nos finais de semana, quando, certamente, a frequência ao local é mais intensa e aumenta a possibilidade de acidentes. ‘Não há resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão normal tipificador da obrigação a que estaria legalmente adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso’ (Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., loc. cit.). Há, na hipótese dos autos, cuidados que, se observados por parte da Administração Pública Estadual, em atuação diligente, poderiam ter evitado a lesão. A simples presença de salva-vidas em locais de banho e lazer movimentados é exigência indispensável e, no particular, poderia ter coibido a conduta da vítima. Nem se diga quanto à necessidade de isolamento das zonas de maior risco, por exemplo, por meio de grades de madeira, cordas, corrimãos etc. Em passeios dessa natureza, amplamente difundidos nos dias atuais sob a denominação de ‘turismo ecológico’, não somente para as crianças, como para jovens e adultos, é de se esperar, conforme as circunstâncias peculiares do local, a presença de cabos de isolamento e a orientação permanente de guias turísticos e funcionários que conheçam o ambiente visitado. Segundo a lição do notável Aguiar Dias, doutrinador de escol no campo da responsabilidade civil, ‘a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos’ (in “Da responsabilidade civil”, Forense, Rio de Janeiro, 1960, Tomo II, p. 727). Recurso especial provido em parte para reconhecer a culpa recíproca e, como tal, o rateio das verbas condenatórias e das despesas e custas processuais meio a meio, arcando cada parte com a verba honorária advocatícia do respectivo patrono” (STJ, REsp n. 418.713/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, julgado em 20/05/2003, DJ 08/09/2003, p. 280).

entendimento do Superior Tribunal, o relator, Ministro Otávio Noronha, confirmou a decisão do Tribunal Estadual, afastando a pleiteada redução do valor a ser pago.⁸⁰⁶

Por fim, no que concerne ao Superior Tribunal de Justiça, merece ser comentada decisão do ano de 2008, que teve curso inicial no Estado do Rio Grande do Norte.⁸⁰⁷ Foi proposta ação reparatória de danos materiais e morais por herdeiros de chefe familiar que faleceu por ter caído em um bueiro que estava destampado em uma rodovia próxima à cidade de Mossoró. Em primeira instância, provando-se os fatos e, especificamente, a omissão do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem, o pedido reparatório foi julgado parcialmente procedente. Consta da sentença de primeiro grau que “Ocorreram três concausas. As duas primeiras são de responsabilidade da própria vítima, a saber, o fato de estar embriagada e o fato de dirigir a bicicleta em local impróprio para esse fim, longe da pista de rolamento. A terceira concausa foi a ausência de iluminação pública no local do acidente, a evidenciar omissão da pessoa jurídica responsável pela iluminação”.⁸⁰⁸ Nessa

⁸⁰⁶ Vejamos trecho da decisão, em que há referência a outras decisões do próprio Tribunal: “De fato resta caracterizado o dissenso suscitado, sobretudo diante de julgados desta Corte que prelecionam que, como consequência do reconhecimento da culpa concorrente, deve a indenização observar o critério da proporcionalidade. Todavia, é iterativo o entendimento desta Corte de que o valor fixado a título de indenização deve ser adequado ao dano sofrido, ou seja, deve atender ao princípio da proporcionalidade, mormente nos casos em que se cuida de responsabilidade do Estado, que, de regra, é caracterizada como objetiva (AgRg no REsp 623.190, Primeira Turma, relatora Ministra Denise Arruda, DJ 6/2/2006; REsp 334.781, Segunda Turma, relator Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 13/6/2005; REsp 351.779, e Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 19/11/2002)” (STJ, REsp n. 345.336/AP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, julgado em 07/03/2006, DJ 06/04/2006, p. 252).

⁸⁰⁷ A longa ementa do julgado pode ser assim resumida: “AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 07/STJ. 1. A culpa exclusiva da vítima, nos termos do art. 945, do Código Civil, sob o ângulo de sua prova, revela-se indispensável à reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula n. 07, desta Corte: ‘A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial’ (Precedentes: REsp 653.074/RJ; Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 17.12.2004; AgRg no AG 385.693/RS; Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 26.05.2003) 2. O acórdão recorrido, *in casu*, concluiu que restou comprovado nos autos a ocorrência de culpa concorrente e não exclusiva da vítima para fins de exclusão da responsabilidade civil do Estado. [...] 6. *In casu*, o Tribunal *a quo* considerando a responsabilidade objetiva do Estado, tendo em vista o fato da vítima ter caído dentro de um bueiro que estava aberto, próximo a uma rodovia, bem como a existência de culpa concorrente da vítima, uma vez que encontrava-se embriagada no momento do acidente, frisando que tal fato não impedia o reconhecimento da responsabilidade do DNER, manteve valor fixado em sentença, a título de danos morais em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) e no que concerne aos danos materiais, no valor equivalente a 0,64 salário-mínimo mensal, a ser rateada entre os autores, devida desde o óbito até o implemento dos 21 anos de idade, prorrogável até aos 24 anos, na hipótese de ingresso em curso superior. 7. A modificação do *quantum* arbitrado a título de danos morais somente é admitida, em sede de recurso especial, na hipótese de fixação em valor irrisório ou abusivo, incorrentes no caso *sub judice*. [...] 8. Agravo Regimental desprovido” (STJ, AgRg no REsp n. 901.897/RN, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 25/11/2008, DJe 17/12/2008).

⁸⁰⁸ Conforme consta do próprio acórdão do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp n. 901.897/RN, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 25/11/2008, DJe 17/12/2008). Atente-se para o fato de que as informações foram pesquisadas no site do Superior Tribunal de Justiça (Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602500121&dt_publicacao=17/12/2008>. Acesso em: 7 out. 2009).

ordem, diante da culpa concorrente e relevante da vítima, o pleito em face do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem (DNER) foi reduzido em um terço daquilo que foi pedido pelos autores. O ente estatal apelou ao Tribunal local e, por não vencer, recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, sob alegação de culpa exclusiva da vítima, o que não foi acatado pelas superiores instâncias. A decisão foi justa, resolvida com a culpa concorrente. O risco concorrente, igualmente, *serviria como luva* para a solução. Isso porque a vítima assumiu *duplamente* o risco no caso concreto. O *primeiro risco* foi assumido por ter dirigido a bicicleta após beber; o *segundo*, por seguir o seu caminho por local indevido, conforme destacado pela própria sentença de primeiro grau.

Não tem sido diferente a forma de julgar nos Tribunais Estaduais no tocante à culpa concorrente na responsabilidade pública. Do Tribunal de Justiça de São Paulo, consigne-se acórdão que condenou o Estado pelo atropelamento ocorrido em linha férrea, mantida por órgão da administração pública. Porém, como a vítima agiu com culpa – ou assumiu o risco, na opinião deste autor –, ao atravessar a linha por meio de passagem clandestina, atenuou-se a responsabilidade estatal.⁸⁰⁹ Eis aqui um exemplo típico em que o risco concorrente pode operar tranquilamente e como uma melhor conclusão. Aplicando a construção subjetiva, até se poderia pensar que a melhor solução seria a culpa exclusiva da vítima. Todavia, pelo caminho do risco, verifica-se que há certo perigo na atividade desempenhada pelo Estado, ao manter a linha férrea, o que *pressupõe* o seu dever de indenizar, antes de qualquer discussão (*responsabilidade pressuposta*). Ato contínuo, a vítima assume um risco ao atravessar a linha em local proibido, o que gera a síntese de que o dever de indenizar do Estado continua presente, apesar da sua atenuação. A decisão foi prolatada na linha de entendimento do STJ, conforme se extrai do julgado.⁸¹⁰

⁸⁰⁹ “AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE FATAL EM TRAVESSIA DE LINHA FÉRREA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. CULPA CONCORRENTE SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUANDO HÁ PASSAGEM CLANDESTINA NÃO FECHADA PELA RÉ. Provimento parcial do apelo para reconhecer a culpa concorrente da requerida, condenando-a, a título de danos materiais, ao pagamento de pensão no período compreendido entre a data do falecimento até a maioria dos autores, em equivalente a meio salário mínimo, com correção monetária e juros a partir do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ. Danos morais fixados em R\$ 20.000,00 para cada um dos três filhos da vítima. Recurso parcialmente provido” (TJSP, Apelação sem revisão n. 411.228.4/7, Acórdão n. 2155444, São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, julgado em 30/10/2008, *DJESP* 05/12/2008).

⁸¹⁰ Entre outras, colacionou-se no julgado paulista a seguinte decisão do STJ: “CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO POR TREM. Culpa concorrente da vítima, que teve acesso à ferrovia por meio de uma abertura no muro que a cercava, apesar da existência de uma passarela para pedestres próxima ao local do acidente. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp n. 445.872/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 29/11/2002, *DJ* 24/03/2003, p. 216). Recentemente, há decisão no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça, condenando a empresa concessionária do serviço público, assim publicada no seu *Informativo* n. 430: “TREM. ATROPELAMENTO. A concessionária de transporte ferroviário tem o dever de cercar e fiscalizar os

Do Tribunal do Estado de Minas Gerais pode ser anotada, para concretizar o Direito, a ementa que tratou da culpa concorrente da vítima em relação ao ente estatal, que se suicidou no interior de uma cadeia pública do Estado. A conclusão foi a de que “o autoextermínio é conduta determinante para o evento danoso, constituindo culpa da vítima em reciprocidade com a do agente, o que justifica a redução da reparação devida pelo Estado pela metade”.⁸¹¹ Mais uma vez, a incidência da teoria do risco concorrente seria eficiente para a conclusão a respeito da demanda. O detento assumiu o risco em tentar o suicídio, e o Estado, o risco pela administração das cadeias, sem falar em um risco-criado propriamente dito, pois o ambiente é potencialmente perigoso. Em suma, em vez da culpa concorrente, por se tratar de responsabilização sem culpa, poder-se-ia perfeitamente julgar pelo risco concorrente.

Para encerrar as ilustrações concernentes à responsabilidade objetiva do Estado – sem prejuízo de outros inúmeros julgados que fazem incidir a conduta da vítima para atenuar do dever público de reparar do dano –, merece relevo decisão do Estado do Rio Grande do Sul, que condenou concessionária de serviço público municipal por um choque elétrico que vitimou um cidadão. Reconheceu-se a concausalidade por culpa concorrente, pois a vítima pendurou-se no poste energizado por um varal, assumindo o risco de ser eletrocutado, o que, infelizmente, acabou ocorrendo. Não se reconheceu a culpa exclusiva da vítima, uma vez que a concessionária tem o dever de fiscalizar os postes das cidades.⁸¹²

limites da linha férrea, principalmente em locais de grande concentração populacional, tal como no caso, em que a linha cruza o bairro Barra Funda na cidade de São Paulo. Assim, se a concessionária deixa de tomar as medidas que evitam o acesso de pedestres à via férrea, responde civilmente pelos atropelamentos causados por seus trens. Contudo, nesses casos, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de existir culpa concorrente entre a concessionária e a vítima. Precedentes citados: EREsp 705.859-SP, *DJ* 08/03/2007; REsp 773.853-RS, *DJ* 22/05/2006, e REsp 74.532-RJ, *DJ* 12/05/1997” (STJ, REsp n. 1.042.313/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/4/2010).

⁸¹¹ TJMG, Embargos Infringentes n. 1.0569.05.001953-2/0021, Sacramento, 4ª Câmara Cível, Rel. Desig. Des. Dárcio Lopardi Mendes, julgado em 05/02/2009, *DJEMG* 27/02/2009.

⁸¹² “RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE. DESCARGA DE ENERGIA ELÉTRICA. DEVER DE INDENIZAR. CONCESSIONÁRIA. MUNICÍPIO. 1. O sistema jurídico brasileiro adota a responsabilidade patrimonial objetiva do Estado sob a forma da teoria do risco administrativo. Tal assertiva encontra respaldo legal no art. 37, § 6º, da CF/88. Todavia, aplica-se a teoria da responsabilidade civil subjetiva quando o dano acontece em decorrência de uma omissão do ente público. 2. Desse modo, havendo conduta culposa dos réus quanto ao evento danoso, impõe-se o dever de indenizar, não obstante a existência de culpa concorrente da vítima, que recebeu descarga de energia elétrica letal após tentar pendurar, no respectivo poste energizado, arame que serviria como varal para estender roupas. 3. Obrigação específica da concessionária de serviço público de fiscalizar as condições de transmissão de eletricidade. Serviço que deve ser prestado sem risco para a coletividade, o que não aconteceu no caso dos autos. 4. Obrigação do Município de fiscalizar os postes de energia elétrica que se encontram em via pública. 5. Honorários advocatícios arbitrados em conformidade com as peculiaridades do caso concreto. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO” (TJRS, Acórdão n. 70016510208, Faxinal do Soturno, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 26/06/2008, *DOERS* 16/07/2008, p. 29).

Concluindo o tópico, já se demonstra que a teoria do risco concorrente é plenamente aplicável para os casos de responsabilidade objetiva dos entes componentes da administração pública direta e indireta, até porque é praticamente consolidado o entendimento de incidência da culpa concorrente da vítima em tais situações.

4.4.3 A teoria do risco concorrente e a responsabilidade objetiva do empregador

De acordo com o que ficou claro pelo capítulo anterior, é plenamente plausível o reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador quando o empregado ou trabalhador estiver sujeito a uma atividade de risco em geral desenvolvida no âmbito da relação de trabalho (art. 927, parágrafo único, do CC/2002). Ademais, não se pode olvidar a incidência da *responsabilidade objetiva indireta* do empregador por ato do seu empregado, que prejudica outro trabalhador, pelo que consta dos arts. 932, III e 933 da mesma codificação privada. Em suma, a responsabilidade objetiva do empregador é realidade inafastável do sistema nacional de responsabilidade civil.

Do mesmo modo, tem-se admitido a discussão da culpa concorrente da vítima – no caso do próprio empregado ou trabalhador – para atenuar a responsabilidade do empregador. Esse raciocínio pode ser encontrado em julgados recentes, por exemplo, do ano de 2009.⁸¹³ Há decisões que aplicam a ideia para os casos de responsabilidade indireta por ato de empregado.⁸¹⁴ Ato contínuo de pesquisa, podem ser encontradas ementas – de

⁸¹³ Como no julgado a seguir: “RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. ATENUAÇÃO OU ELIMINAÇÃO, POR CULPA CONCORRENTE OU EXCLUSIVA DA VÍTIMA. Conquanto acolhida, desde 2003, a responsabilização objetiva do empregador, nas situações de risco discriminadas pelo art. 927 do Código Civil, há circunstâncias que atenuam essa responsabilidade e, em certos casos, até mesmo a eliminam. Entre elas, a não comprovação do nexo causal entre o dano e os atos ou omissões do empregador e seus prepostos, bem assim a comprovação, pela empresa, de culpa exclusiva do trabalhador no surgimento da lesão provocada em acidente do trabalho. Mérito, sem divergência, negou-lhe provimento” (TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário n. 276/2009-081-03-00.2, 3ª Turma, Rel. Juiz Convocado Vitor Salino de M. Eca, *DJEMG* 10/09/2009). Na mesma linha, com a mesma conclusão na ementa: TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 00160-2005-261-02-00-7, Acórdão n. 2009/0224579, 12ª Turma, Rel. Des. Fed. Adalberto Martins, *DOESP* 03/04/2009, p. 96.

⁸¹⁴ “ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DE EMPREGADO. INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. A situação fática *sub judice* revela a existência de acidente de trabalho com resultado morte, de modo que a responsabilidade do empregador, para responder pelos danos advindos do sinistro, no caso concreto, é objetiva, porquanto decorrente de ato ilícito praticado por outro empregado seu, agindo nessa condição (art. 932, III c/c art. 933, ambos do Código Civil). Especificamente quanto ao critério de fixação do valor da pensão, doutrina e jurisprudência abalizadas têm entendido que a indenização por danos materiais decorrente de acidente de trabalho deve ser apurada com base na remuneração do autor, descontado o valor de seus gastos pessoais (1/3), passando a indenização a ser calculada com base em 2/3 da remuneração do *de cujus*, valor esse que se reduz, também, em face da culpa concorrente da vítima” (TRT da 23ª Região, Recurso Ordinário n. 00639.2006.003.23.00-2, Rel. Des. Tarcísio Valente, julgado em 22/05/2007, *DJEMT* 25/05/2007).

2009 e 2008 – que mencionam expressamente o art. 945 do Código Civil Brasileiro no âmbito das relações de trabalho, em um sadio *diálogo* entre as fontes civilistas e trabalhistas.⁸¹⁵

Partindo-se para as exemplificações específicas e concretas, notadamente em casos em que foi adotada a teoria do risco, com a consequente responsabilização objetiva do empregador, julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, de forma precisa, aplicou a culpa concorrente do trabalhador que – embora treinado para determinada atuação – agiu em imprudência na escolha do local para troca das rodas, o que veio a lhe ocasionar lesão no joelho.⁸¹⁶ É interessante verificar que não se atribuiu a culpa ou o fato exclusivo à vítima, o que, para alguns, poderia até ser a solução mais correta. Ora, nos casos expostos, não se poderia dizer que o próprio empregado assumiu o risco ao fazer a referida troca, de forma indevida, em sincronia com o risco da atividade da empresa? Para este autor, sem dúvida, a resposta é positiva, incidindo o risco concorrente como atenuante do dever de indenizar. Não necessariamente a solução é contrária ao trabalhador, pois, por meio da culpa, o raciocínio poderia ser pela exclusividade da conduta do empregado, ou seja, em seu desfavor. Esse ponto deve ficar bem esclarecido, pois, repise-se, pode surgir

⁸¹⁵ “ACIDENTE DO TRABALHO. CULPA CONCORRENTE. DIREITO À INDENIZAÇÃO. A culpa concorrente ou recíproca, que se caracteriza quando a conduta do empregado contribui para o acidente de trabalho, não exclui a responsabilidade civil do empregador. Contudo, quando demonstrada nos autos, determina a redução da indenização do valor indenizatório, consoante expressamente dispõe o art. 945 do Código Civil de 2002” (TRT da 12ª Região, Recurso Ordinário n. 01150-2007-025-12-00-6, 3ª Turma, Rel. Juíza Lília Leonor Abreu, julgado em 21/07/2009, *DOESC* 13/08/2009). Na mesma linha, com destaque: “INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E ESTÉTICOS. CULPA CONCORRENTE. O entendimento perfilhado por este Juízo é no sentido de penalizar o empregador quando, de sua conduta, resultam danos para o empregado. O empregador tem o poder diretivo, logo, incumbe-lhe fiscalizar seus empregados, no desempenho das respectivas atribuições, sob pena de arcar com o encargo de sua desídia. Ao descuidar do dever de guarda, permitindo que o empregado causasse acidente, ferindo-se gravemente, a ré agiu com culpa *in vigilando*, logo deve ser condenada a pagar indenização. A negligência do empregado na condução do veículo não exime a responsabilidade patronal, embora funcione como elemento mitigador na dosimetria da indenização, já que o próprio Código Civil, em seu art. 945 prevê que se a vítima houver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa” (TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 00148-2006-013-02-00-3, Acórdão n. 2008/0894040, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Paulo Augusto Câmara, *DOESP* 17/10/2008, p. 540).

⁸¹⁶ “ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E MORAL. RISCO DA ATIVIDADE. Hipótese em que o dever do empregador de indenizar o empregado, vítima de acidente de trabalho, decorre da responsabilidade objetiva, em face do risco da atividade empresarial. Aplicação do disposto no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002. Empregado que teve torção no joelho direito, com lesão de menisco e ligamento cruzado, durante o exercício da atividade laboral. Acidente do trabalho do qual restaram sequelas funcionais. Danos material e moral configurados. Culpa concorrente do empregado que se revela na imprudência na escolha do local para a operação de aperto das rodas, embora devidamente treinado para a tarefa, reduzindo os montantes das indenizações devidas. Recursos do reclamante e da reclamada a que se dá provimento parcial” (TRT da 4ª Região, Recurso Ordinário n. 00040-2006-030-04-00-5, 1ª Turma, Rel. Juíza Convocada Maria da Graça Ribeiro Centeno, julgado em 06/11/2008, *DJERS* 18/03/2009, p. 4).

crítica contundente às conclusões deste estudo, no sentido ser ela prejudicial aos vulneráveis, caso dos trabalhadores, o que não é verdade.

Outro julgado, desta vez do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, constrói todo esse raciocínio de concausalidade para deixar evidenciado que o fato concorrente do empregado não serve para excluir totalmente a responsabilidade do empregador, mas apenas para atenuá-la.⁸¹⁷ O julgamento aduz o fato de que, mesmo havendo culpa ou assunção do risco por parte do empregador, deve o magistrado julgar, munido pela equidade, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e segundo as assunções por condutas. Merece atenção a questão processual de que o ônus da prova a respeito da culpa ou do risco concorrente do empregado cabe ao empregador, aplicação da máxima *in dubio pro operario*.⁸¹⁸

A propósito, nos casos descritos, verificou-se que os empregados foram treinados para o desempenho de uma função, mas agiram em desconformidade com as orientações que receberam, ficando evidenciada a *conduta concorrente*, que pode decorrer de um risco

⁸¹⁷ “Acidente de trabalho. Culpa concorrente da vítima. Minoração do valor arbitrado a título de danos morais. Incumbia ao *de cujus* ter adotado a cautela indispensável na orientação das manobras de veículo de carga. A falta de oportuna observação desses cuidados contribuiu para o acidente. Nesse contexto, por uma questão de justiça, não é errado dizer que a indenização pode ser mitigada se o ofensor não contribuiu de forma maliciosa ou decisiva para consumação do dano em toda sua extensão. Entretanto, independentemente da responsabilidade ser objetiva ou subjetiva, não se discute o dever de reparar, mas a possibilidade de mitigar a reparação integral. Vale dizer: não se busca isentar o ofensor da responsabilidade atribuída pelo sistema jurídico, mas apenas atenuar suas consequências. Precedentes: TRT 23ª região, 2ª turma, RO – 01409.2006.008.23.00-2, Relator Desembargador Osmair Couto. *Dje/MT* 07/05/2007 e TRT 23ª região, 1ª turma, RO – 00902.2006.071.23.00-1, Relator Desembargador Luiz Alcântara. *Dje/MT* 05/06/08. Dessa forma, considerada a contribuição do *de cujus* para o acidente, as condições socioeconômicas das partes e, com lastro ainda nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reduz-se o valor da indenização imposta a título de danos morais do valor fixado de R\$ 90.000,00 para R\$ 60.000,00. Recurso provido em parte. Danos materiais. Constatada a culpa da ré quanto ao infortúnio que culminou no falecimento do *de cujus*, ainda que este tenha dado alguma contribuição para tanto, não há que se falar em exclusão da condenação dos valores deferidos a título de danos materiais, haja vista que presentes os requisitos ensejadores da responsabilização civil da ré. Recurso improvido” (TRT, 23ª Região, Recurso Ordinário n. 01228.2008.066.23.00-9, Rel. Des. Osmair Couto, *DJMT* 10/07/2009, p. 17).

⁸¹⁸ Conforme se concluiu no caso a seguir, sem prejuízo de outras ementas, do mesmo Tribunal e mesma relatoria: “DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. Afinada aos princípios constitucionais da valoração social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, norteadores do Direito do Trabalho, a doutrina avança no sentido de adotar a teoria do risco, que atrai a tese da responsabilidade civil objetiva do empregador pelos danos sofridos por empregado em decorrência de acidente de trabalho. Comprovados o dano e o nexo de causalidade entre as atividades do trabalhador e o acidente do trabalho, aplica-se a teoria da responsabilidade patronal objetiva, para considerar que o empregador assume os riscos da atividade econômica e o ônus da prova de causas excludentes da culpa presumida. Essa forma de pensar permite dar resposta às hipóteses em que o trabalhador não consegue comprovar a culpa do empregador pelo acidente. Ao alegar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, a empresa atrai o ônus da prova, de que, na hipótese dos autos, não se desincumbiu. Recurso em ação de indenização da ré não acolhido” (TRT da 9ª Região, Processo n. 99547-2006-654-09-00-0, Acórdão n. 33955-2008, 2ª Turma, Rel. Des. Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, *DJPR* 19/09/2008).

assumido. Deve ficar claro que, nos casos de ausência de treinamento para uma atividade, ou sendo este totalmente insuficiente, não há que se falar em culpa ou risco concorrente, mas em *culpa ou risco exclusivo pelo empregador*, que deverá, assim, assumir todos os ônus e responsabilidades dessa sua conduta omissiva.⁸¹⁹

Ainda a título de exemplificação, imagine-se a hipótese, muito comum na realidade brasileira, de um trabalhador rural de uma usina de cana-de-açúcar que, não treinado para tal atuação, é incumbido de apagar um incêndio no canavial. Exercendo sua atuação de forma indevida – eis que não recebeu o devido treinamento para tanto –, vem a se acidentar e a falecer no local. Por óbvio, no caso descrito, não há que se falar em culpa ou fato concorrente da vítima, mas, sim, em responsabilização integral do próprio empregador. Não se pode pensar em risco assumido, pois o empregado estava submetido às ordens hierárquicas do empregador, pela sua própria permanência na situação de trabalhador, uma verdadeira necessidade social da contemporaneidade.

A prosseguir nos exemplos, o risco concorrente pode entrar em cena nos casos de não utilização de aparelho protetivo por parte do empregado, mesmo que este seja informado e treinado para tanto. Imagine-se a comum situação do aparelho auricular, em que o agente laboral é devidamente fiscalizado, mas não usa o equipamento, escondendo a sua não utilização. Surge, então, uma doença ocupacional, o que motiva a promoção de uma ação indenizatória do empregado em face do empregador. Ora, se houver culpa ou risco somente do empregado em casos tais, exclui-se a responsabilidade do empregador. Todavia, se a empresa não fiscaliza devidamente o uso do aparelho, por meio de seus prepostos, há culpa concorrente com o risco assumido pelo próprio empregado, a atenuar o dever de indenizar. Eis um claro exemplo em que o elemento subjetivo pode concorrer com o elemento objetivo em uma mesma situação (*culpa + risco*).

Para fazer o devido contraponto, consigne-se a existência de decisões que não admitem a discussão da culpa, do fato ou do risco concorrente do trabalhador para os casos

⁸¹⁹ Nesse sentido: “RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. A atividade será considerada de risco quando, pelas características existentes, denota uma predisposição à ocorrência de acidentes, vale dizer, quando há, no conteúdo das atividades desempenhadas, um potencial perigo de causar danos a alguém. No caso dos autos, a atividade comercial explorada pelas reclamadas, envolvendo a instalação e reparo de linhas telefônicas bastante próximas às linhas de energia elétrica, estas altamente energizadas, se enquadra na definição de atividade de risco, propícia a causar acidentes aos trabalhadores que ali operam. Mantida a sentença que dispõe ser objetiva a responsabilidade. Ausente a culpa concorrente por parte do autor. Contexto dos autos que aponta o treinamento insuficiente, a ausência de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e a presença do instrutor e superior hierárquico na ocasião do sinistro. Negado provimento ao recurso ordinário da primeira reclamada” (TRT da 4ª Região, Recurso Ordinário n. 00059-2006-512-04-00-0, 8ª Turma, Rel. Des. Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, julgado em 17/07/2008, *DOERS* 05/08/2008).

de acidentes de trabalho, levando à risca e com radicalidade o princípio do protecionismo constante do art. 7º do Texto Maior.⁸²⁰ Além disso, encontram-se acórdãos que afastam a alegação de culpa concorrente, por ser incompatível com a responsabilização objetiva, o que só demonstra a necessidade prática da construção do risco concorrente, melhor adequada ao modelo objetivo.⁸²¹

Com o devido respeito, repise-se que a mitigação do dever de indenizar de acordo com as condutas dos envolvidos é um juízo de equidade, que não afasta o direito à reparação, mas somente tende à adequação de acordo com a realidade fática que circunda o conflito e a lide. Consigne-se que há julgados trabalhistas que reconhecem tal solução como o melhor caminho pela equidade.⁸²² Nesse contexto, conforme decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, *em todas as coisas, e principalmente no Direito, deve-se ter em vista sempre a equidade (in omnibus quidem, maxime tamen, in jure, aequitas spectanda sit)*.⁸²³

⁸²⁰ Vejamos trecho de decisão do Tribunal Superior do Trabalho: “Responsabilidade da reclamada. Propositura de ação por pai de ex-empregado da empresa postulando o pagamento de indenização por danos material e moral, sendo a sentença mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho no que diz respeito à indenização por dano material. Hipótese em que a vítima estava executando suas funções na sede da reclamada, quando caiu num vão de alçapão da passarela situada no segundo piso, que estava aberto e sem nenhuma sinalização, vindo a passar, também, pelo vão do primeiro piso até alcançar o solo, num total de oito metros de altura, o que gerou lesões gravíssimas que causaram sua morte. Particularidade em que as provas produzidas constatarem que a reclamada concorreu com culpa para o acidente, uma vez que não foram respeitadas regras de segurança do trabalho que não permitem que trabalhadores laborem em alturas elevadas sem proteção, aliado ao fato de que não existiu a concessão de equipamento de proteção individual ao trabalhador. Manutenção dessa decisão com suporte na doutrina que atribui a responsabilidade civil ao empregador ante a constatação do descumprimento de normas de segurança do trabalho, que exclui, por si só, qualquer possibilidade de se imputar culpa concorrente ao trabalhador, aliado, ainda, ao previsto nos artigos 154, 157, I e 173, todos da CLT. Recurso de revista não conhecido” (TST, Recurso de Revista n. 1229/2005-125-15-00.7, Rel. Min. Horácio Raimundo de Senna Pires, *DEJT* 15/05/2009, p. 1.424).

⁸²¹ “DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Não se discute a existência de culpa ou dolo do empregador, ou ainda de culpa concorrente do empregado diante da responsabilidade objetiva, que subsiste no presente caso por restar provado o dano e o nexo causal que caracterizam a obrigação de indenizar” (TRT da 8ª Região, Recurso Ordinário n. 01344-2008-125-08-00-2, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Ida Selene Duarte Sirotheau Corrêa Braga, *DJEPA* 16/02/2009, p. 21). Na mesma linha, sem prejuízo de outros julgados do mesmo Tribunal e Relatora: TRT 8ª Região, Recurso Ordinário n. 01339-2007-010-08-00-1, 4ª Turma, Rel. Des. Fed. Ida Selene Duarte Sirotheau Corrêa Braga, *DJEPA* 13/05/2009, p. 12.

⁸²² Conforme TRT da 4ª Região, Recurso Ordinário n. 01126-2004-122-04-00-7, 6ª Turma, Rel. Juíza Ana Rosa Pereira Zago Sagrilo, julgado em 27/09/2006, *DOERS* 24/10/2006.

⁸²³ “ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA CONCORRENTE EMBORA PREPONDERANTE DO EMPREGADO NO EVENTO DANOSO. UTILIZAÇÃO DA EQUIDADE. O fato de admitir-se a responsabilidade objetiva nas modalidades de risco proveito e risco criado ou a constatação de existência de culpa leve do empregador, não afasta a averiguação de eventual culpa concorrente ou preponderante da empregada que, confirmada, reduz significativamente o valor da indenização pela aplicação dos arts. 944 e 945 do Código Civil e do brocardo *in omnibus quidem, maxime tamen, in jure, aequitas spectanda sit* – Em todas as coisas, mas principalmente em Direito, deve-se ter em vista a equidade” (TRT 9ª Região, Processo n. 00982-2007-072-09-00-9, Acórdão n. 18541-2008, 3ª Turma, Rel. Des. Paulo Ricardo Pozzolo, *DJPR* 03/06/2008).

Da jurisprudência para a doutrina trabalhista, a discussão de culpa concorrente em sede de acidente de trabalho é admitida por Vólia Bomfim Cassar, mesmo nos casos de incidência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.⁸²⁴ Compartilhando em parte do mesmo raciocínio, leciona Raimundo Simão Melo a respeito da concausalidade nos acidentes de trabalho que “não raro, no dia a dia da prática forense, a reparação será fixada pelo juiz levando-se em conta o grau de participação do agente e da vítima, como estabelece o art. 945 do Código Civil de 2002. *Mutatis mutandis*, é o que pode ocorrer num acidente de trabalho, em atividade potencialmente perigosa, sem que o trabalhador estivesse usando os equipamentos de proteção fornecidos pelo empregador”.⁸²⁵

Por fim, pretende-se, por este estudo, que a culpa concorrente seja substituída pelo risco concorrente do próprio empregado ou trabalhador, vítima do evento danoso. Assim, em parte diante de sua própria conduta, a indenização poderá ser reduzida, fixada razoavelmente e com equidade na seara trabalhista.

4.4.4 A teoria do risco concorrente no transporte

Foi possível perceber, pelo decorrer deste estudo, que a proposta é de sua incidência tanto nos casos de responsabilidade civil contratual quanto nos de extracontratual. Tal premissa fica evidenciada a partir do presente momento, no campo real e concreto, pela análise do contrato de transporte, um dos mais importantes negócios jurídicos da contemporaneidade, em que o ser humano tanto busca se deslocar pelo espaço.

O Código Civil Brasileiro trata o transporte como contrato, entre os seus arts. 730 e 756, o que constitui uma novidade na referida codificação, eis que a matéria constava parcialmente do Código Comercial, pelo tratamento “Dos Condutores de Gêneros e Comissários de Transportes” (arts. 99 a 114). Diante dessa previsão legal, a primeira conclusão que surge é a de que os prejuízos decorrentes do transporte geram uma responsabilidade civil contratual.

Em *diálogo das fontes*, anote-se que é muito comum na realidade doutrinária brasileira a defesa da incidência do Código de Defesa do Consumidor para as hipóteses de

⁸²⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*, cit., p. 911-912.

⁸²⁵ MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 196.

transporte, pois, na maioria das vezes, as suas situações enquadram-se nos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990.⁸²⁶ A jurisprudência nacional tem seguido esse correto pensamento.⁸²⁷

Pois bem, aqui se demonstrou que o Código de Defesa do Consumidor supera a divisão dual do sistema de responsabilidade civil (*contratual x extracontratual*), pois trata do dever de indenizar que decorre do pelo produto e do serviço, incluindo-se ainda os problemas que podem surgir na oferta e na publicidade. Desse modo, no caso de transporte regido pelo Código Protetivo do Consumidor, a clássica divisão fica desprestigiada, uma vez que as demandas jurídicas são analisadas na ótica de uma prestação de serviços. A partir de uma visão unificada da responsabilização privada, o risco concorrente incide de qualquer maneira, mormente porque se está na esfera do dever de reparar independentemente de culpa.⁸²⁸

A culpa concorrente e o fato concorrente da vítima têm sido amplamente aplicados pela casuística nacional para as situações que envolvem a responsabilidade objetiva do ato de transportar. Conforme destacado, o Código Civil de 2002 introduziu um dispositivo específico para atenuar a responsabilidade do transportador se a vítima tiver contribuído

⁸²⁶ Entendendo pela incidência do Código do Consumidor para o transporte, como verdadeira prestação de serviços, seja ele terrestre ou não, nacional ou internacional, entre outros: TEPELINO, Gustavo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009. v. X, p. 463; MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 134; CASES, José Maria Trepas. *Código Civil comentado: várias espécies de contrato*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII, p. 137; GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, cit., p. 594; MORSELO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 68 e 84; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, 6. ed., v. III, cit., p. 458-459; DONDELLI, Luís V. *Código Civil interpretado*. Coordenadora Silmara Juny Chinellato. São Paulo: Manole, 2008. p. 515. Repise-se que, na IV Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado n. 369, o qual prevê que “Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este”. Conforme exposto no Capítulo 1 deste estudo, o enunciado procurou dar um sentido, a partir da teoria do diálogo das fontes e em um diálogo de complementaridade, ao art. 732 do CC/2002, pelo qual “Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”.

⁸²⁷ No Superior Tribunal de Justiça, entre os julgados da década passada que trazem essa conclusão, ver: STJ, REsp n. 164.155/RJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3ª Turma, julgado em 02/03/1999, *DJ* 03/05/1999, p. 145. Entre os mais recentes, pela aplicação do Código Consumerista ao transporte aéreo: STJ, AgRg no Ag n. 903.969/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 09/12/2008, *DJe* 03/02/2009. E no transporte terrestre: STJ, AgRg no Ag n. 878.886/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 21/10/2008, *DJe* 17/11/2008.

⁸²⁸ Como exposto no Capítulo 3, convencionou-se entender no Brasil que a responsabilidade do transportador é objetiva pela assunção de uma obrigação de resultado, gerando uma *cláusula de incolumidade*. Além disso, a responsabilidade é tida como objetiva pela comum e corriqueira aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em *diálogo das fontes*. É de se ressaltar também que a redação do art. 734 do Código Civil deixa clara a opção pela responsabilidade objetiva no transporte de pessoas, pela inviabilidade – diante da nulidade – da cláusula de não indenizar. Igualmente previa a Súmula n. 161 do Supremo Tribunal Federal, não fazendo distinção entre o transporte de pessoas e de coisas.

para o evento danoso, desrespeitando as normas regulamentares do contrato em questão (art. 738, parágrafo único).

Para o presente ponto do estudo, alguns casos específicos, tipicamente nacionais, merecem investigação, a demonstrar a viabilidade da *teoria do risco concorrente*. Algumas das situações expostas também envolvem a responsabilidade estatal, pois os serviços de transporte são usualmente prestados pela administração pública, de forma direta ou indireta, sobretudo por concessões.

De início, no que concerne à ilustração, nos casos de transporte ferroviário, merecem abordagem as concreções relativas ao *pingente* e ao *surfista ferroviário*, tão comuns nas grandes metrópoles brasileiras, como Rio de Janeiro e São Paulo.

O *pingente* é o passageiro que vai pendurado do lado de fora do vagão, podendo ser geralmente notado por quem opera o trem. Por vezes, fica ele pendurado por pura diversão, mas, em algumas situações, o faz por necessidade, devido ao fato de o vagão estar lotado. Por outra via, o *surfista* de trem é aquele que viaja em cima do vagão, sentado ou em pé, movido por ato de emoção, de diversão ou até de contestação do sistema. Os seus enquadramentos em sede de responsabilidade civil têm sido feitos de forma diversa pela jurisprudência nacional, o que parece correto, salvo melhor juízo.

A respeito do *pingente*, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela presença da culpa concorrente da vítima, não se excluindo totalmente a responsabilidade da empresa férrea, mas atenuando-a.⁸²⁹ Existem decisões de Tribunais Estaduais na mesma linha, julgando pela contribuição das condutas.⁸³⁰ Entretanto, pode ser encontrada solução diversa em ementas de decisões de Tribunais Estaduais, que atribuem a responsabilidade somente à prestadora de serviços.⁸³¹

⁸²⁹ Do Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE FERROVIÁRIO. ‘PINGENTE’. CULPA CONCORRENTE. PRECEDENTES DA CORTE. I – É dever da transportadora preservar a integridade física do passageiro e transportá-lo com segurança até o seu destino. II – A responsabilidade da companhia de transporte ferroviário não é excluída por viajar a vítima como ‘pingente’, podendo ser atenuada se demonstrada a culpa concorrente. Precedentes. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp. n. 226.348/SP, Rel. Min. Castro Filho, 3ª Turma, julgado em 19/09/2006, DJ 23/10/2006, p. 294). Na mesma linha, julgado antecedente: STJ, REsp n. 324.166/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 18/10/2001, DJ 18/02/2002, p. 455.

⁸³⁰ Ilustrando: TJRJ, Acórdão n. 2006.001.54574, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Conv. Pedro Freire Raguenet, julgado em 09/01/2007.

⁸³¹ Como ocorreu na recente decisão do Tribunal Paulista, a seguir destacada: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE FERROVIÁRIO. Vítima que viajava como pingente no vagão do trem que trafegava com as portas abertas, vindo a cair e sofrer danos físicos e estéticos. Desídia e responsabilidade objetiva da companhia transportadora caracterizadas. Ação procedente. Recurso provido” (TJSP, Apelação Cível n. 7118304-7, Acórdão n. 3387325, São Paulo, 23ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rizzatto Nunes, julgado em 10/12/2008, DJESP 13/01/2009). Julgando do mesmo modo, sem atribuir culpa concorrente à vítima: TJMG, Acórdão n.

Alterada a *fattispecie*, para o Superior Tribunal de Justiça, os casos de *surfismo ferroviário* são de culpa exclusiva ou fato exclusivo da vítima, não se podendo falar no dever de indenizar daquele que explora o serviço.⁸³² Do mesmo modo têm entendido os Tribunais dos Estados em que se nota o fenômeno.⁸³³

A análise das situações fáticas e dos julgados demonstram que, de fato, as hipóteses são próximas, mas não se confundem, revelando triste realidade brasileira, principalmente nos grandes centros. De acordo com a razoabilidade, as soluções esposadas pela jurisprudência são justas, em especial quando se conclui pela divisão das responsabilidades entre as partes envolvidas.

De forma acertada, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu outrora e de maneira incontestável que o passageiro assume de forma parcial o risco quando viaja de *pingente*⁸³⁴ e totalmente quando o faz como *surfista*.⁸³⁵ Em suma, o Tribunal aplicou, mesmo que não de modo expresso, a *teoria do risco concorrente*, proposta por este estudo,

2.0000.00.343429-5/000, Belo Horizonte, 4ª Câmara Civil, Rel. Des. Alvimar de Ávila, julgado em 31/10/2001, *DJMG* 21/11/2001.

⁸³² “Responsabilidade civil. Acidente ferroviário. Queda de trem. ‘Surfista ferroviário’. Culpa exclusiva da vítima. I – A pessoa que se arrisca em cima de uma composição ferroviária, praticando o denominado ‘surf ferroviário’, assume as consequências de seus atos, não se podendo exigir da companhia ferroviária efetiva fiscalização, o que seria até impraticável. II – Concluindo o acórdão tratar o caso de ‘surfista ferroviário’, não há como rever tal situação na via especial, pois demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, vedado nesta instância superior (Súmula 7/STJ). III – Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp n. 160.051/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3ª Turma, julgado em 05/12/2002, *DJ* 17/02/2003, p. 268). Do mesmo modo, ver: STJ, REsp n. 59.696/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, julgado em 05/09/1995, *DJ* 02/10/1995, p. 32.376.

⁸³³ TJRJ, Acórdão n. 7839/1998, Rio de Janeiro, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, julgado em 17/11/1998; 1º TACSP, Exceção de Suspeição n. 758290-5, 8ª Câmara de Férias, Rel. Juiz Costa Telles, julgado em 02/07/1998.

⁸³⁴ “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM*. DIVERGÊNCIA DE RELATOS. APRECIÇÃO DO ACERVO PROBATÓRIO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PASSAGEIRO QUE VIAJAVA COMO PINGENTE. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. 1. O boletim de ocorrência não goza de presunção *juris tantum* de veracidade das informações, posto que apenas consigna as declarações colhidas unilateralmente pelos interessados, sem, contudo, assegurar que o relato seja verdadeiro. Todavia, na espécie dos autos, as instâncias ordinárias apreciaram livremente o acervo probatório, concluindo que a vítima viajava como pingente. Impera ressaltar, ainda, divergência de relatos que culminaram com a remessa dos autos para o Ministério Público, por suposto crime de falso testemunho. 2. Entende-se que é dever da empresa de transporte conduzir o passageiro até seu destino final, garantindo sua integridade física, bem como assegurar todas medidas cabíveis para tal intento. Por outro lado, inegável o reconhecimento do risco provocado pelo próprio passageiro que viajava como pingente. Não há que se falar, sequer, em culpa exclusiva da vítima, pois, em casos como o dos autos, a jurisprudência desta Corte tem posicionamento remansoso quanto à configuração de culpa concorrente. 3. Agravo regimental parcialmente acolhido” (STJ, EDcl no Ag n. 877.541/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, julgado em 13/11/2007, *DJ* 11/02/2008, p. 1). [Grifo nosso.]

⁸³⁵ “RESPONSABILIDADE CIVIL. ‘SURFISTA FERROVIÁRIO’. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. – Risco assumido inteiramente pelo ‘surfista ferroviário’, sendo inexigível e até mesmo impraticável nessa hipótese a fiscalização por parte da empresa. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp n. 261.027/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, julgado em 19/04/2001, *DJ* 13/08/2001, p. 164).

dividindo as responsabilidades dos envolvidos: da empresa, por não tomar as medidas necessárias para evitar o evento, e do passageiro, por ter assumido o risco concreto, por ato de diversão, emoção ou desafio.

Como se pode perceber no plano concreto, a *teoria do risco concorrente* admite a incidência de condutas de naturezas diversas na assunção de risco, ou seja, de condutas positivas e negativas. No caso específico do pingente, há uma assunção de risco positiva, em concorrência com uma omissão da empresa ou de seus prepostos em não fiscalizar os vagões ou em não tirar os passageiros que estão pendurados. Esta última omissão pode ser culposa ou por risco assumido na espécie. Sintetizando, *o risco concorrente serve como luva para a cabível solução jurídica*.

Igualmente no que concerne ao transporte, podem ser citadas outras ilustrações em que a premissa proposta se mostra satisfatória e eficiente para a resolução das contendas.

De início, imagine-se a hipótese de um passageiro de ônibus que viaja a pé, por mera opção, mesmo com assentos disponíveis e avisos de proibição dessa conduta. Obviamente, quando assim age o passageiro, o faz assumindo um risco, além de desrespeitar norma de conduta do transporte, a enquadrar-se no tipo previsto no alentado art. 738, parágrafo único, do Código Civil. Caso ocorra o evento danoso, pode-se imaginar a concorrência de risco com eventual culpa do motorista, a atenuar o nexo de causalidade sem excluir a responsabilidade da empresa que explora o serviço. Deve ficar claro que, se não há opção ao passageiro em ser conduzido sentado, não se cogita a culpa ou o risco concorrente deste, respondendo integralmente a transportadora.⁸³⁶

Outra situação a ser analisada envolve o passageiro que, por opção pessoal, não usa cinto de segurança, desrespeitando a norma do Código de Trânsito Brasileiro. Por certo, em casos tais e em regra, como há violação de um dever, o melhor caminho é o da culpa

⁸³⁶ Conforme bem entendeu o Tribunal de Justiça do Espírito Santo: “CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS. TRANSPORTE COLETIVO. ACIDENTE. NULIDADE DA SENTENÇA SUPERADA. PERÍCIA. FALTA DE ESPECIALIDADE MÉDICA DA PERITA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. RENOVAÇÃO DA PERÍCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MINIMIZAÇÃO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 – Sendo presumível o dano moral, quando o fato que lhe deu causa é incontroverso, não havia necessidade de nomeação de perita para avaliá-lo. [...] 4 – A queda de passageiro no interior de coletivo, causada por freada brusca, mesmo que necessária, implica em responsabilidade objetiva de indenizar. 5 – O fato da vítima viajar em pé, no caso, somente poderia induzir sua culpa concorrente na hipótese de haver cadeiras vagas e ter sido instada pelos empregados da transportadora a sentar e ter se recusado. 6 – Desnecessária a inversão do ônus da prova, eis que a responsabilidade da transportadora apelada é objetiva e o fato incontroverso. 7 – Recurso parcialmente provido para condenar a transportadora apelada em indenizar os danos morais sofridos pelo apelante” (TJES, Acórdão n. 12050149926, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Fabio Clem de Oliveira, julgado em 04/06/2008, DJES 03/07/2008, p. 7).

concorrente, pelo desrespeito a um dever preexistente. Todavia, em caso de responsabilização objetiva, em particular do Estado, para um correto enquadramento técnico, pode-se falar em risco concorrente da própria vítima.⁸³⁷

Do mesmo modo, realidade constatável no Brasil é a de passageiros que viajam em carrocerias de veículos, de forma precária e arriscada, havendo concorrência de culpas ou de riscos, o que depende da modalidade de responsabilidade civil aventada.⁸³⁸ Além disso, pode ser citada a hipótese de transportado que viaja em compartimento de caminhão, sem a devida segurança, assumindo o risco.⁸³⁹ De toda sorte, ao estabelecer o devido diálogo interdisciplinar, a este autor não parece ser possível atribuir culpa concorrente ao passageiro para os casos chamados de *transporte necessário* ou *compulsório*, como aqueles referentes à relação de trabalho. Nessas situações, o ônus deve ser suportado integralmente pelo empregador transportador.

Outra situação curiosa, e do mesmo modo comum, a qual se enquadra perfeitamente na norma do art. 738, parágrafo único, do Código Civil, é a do passageiro que coloca a cabeça para fora do veículo no decorrer do transporte, especialmente de

⁸³⁷ Do Tribunal de Minas Gerais: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE VEÍCULO. DANOS AO PASSAGEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO. NÃO USO DO CINTO DE SEGURANÇA. CULPA CONCORRENTE CONFIGURADA. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO. CABIMENTO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. DIVISÃO PROPORCIONAL. 1 – Segundo a teoria do risco administrativo, adotada pelo legislador brasileiro, o dano sofrido pelo indivíduo deve ser entendido como consequência do serviço público, não importando se o funcionamento deste foi correto ou não. Logo, basta a relação de causalidade entre o dano e o ato do agente público para se reconhecer a responsabilidade, *in casu*, do Município. 2 – O passageiro que não usa o cinto de segurança e sofre lesões no rosto e no globo ocular em acidente de veículo, contribui para a ocorrência dos danos reclamados, impondo-se o reconhecimento da culpa concorrente. 3 – A indenização por dano moral deve ser justa e digna para os fins a que se destina, não podendo servir como fonte de enriquecimento para o ofendido, mas também não pode ser irrisória ou simbólica. 4 – Em razão da derrota parcial experimentada por ambas as partes, correta é a distribuição dos ônus processuais, de forma proporcional, devendo os honorários ser fixados nos termos do art. 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil. 5 – Recurso parcialmente provido” (TJMG, Acórdão n. 1.0184.02.001785-3/001, Conselheiro Pena, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Batista Franco, julgado em 08/03/2005, *DJMG* 29/04/2005). Da mesma forma, tratando de igual modo de culpa concorrente e responsabilidade estatal por acidente de trânsito: 1º TACSP, Exceção de Suspeição n. 583166-9, 1ª Câmara Especial de Férias, Rel. Juiz Elliot Akel, julgado em 05/01/1995.

⁸³⁸ Para a responsabilidade subjetiva envolvendo a carona, ver, do Tribunal Catarinense: TJSC, Acórdão n. 2005.029094-1, Concórdia, Câmara Especial Regional de Chapecó, Rel. Des. Edson Ubaldo, *DJSC* 16/07/2009, p. 351.

⁸³⁹ “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE DE PASSAGEIRO EM COMPARTIMENTO DE CARGA DE CAMINHÃO. VÍTIMA QUE CONCORRE PARA A OCORRÊNCIA DO ACIDENTE. CULPA CONCORRENTE. DANOS MATERIAL E MORAL. RECURSO PROVIDO EM PARTE. Comprovado que o motorista, além de transportar indevidamente passageiro no compartimento de carga do caminhão, não travou corretamente o gancho lateral que segura a carroceria, responde pelo evento danoso. A concorrência de culpa da vítima, para o evento danoso, não exclui a do autor, fixando-se a indenização em conformidade com os parâmetros traçados pelo art. 945 do Código Civil” (TJMS, Acórdão n. 2008.002054-9/0000-00, Cassilândia, 2ª Turma Cível, Rel. Desig. Des. Hildebrando Coelho Neto, *DJEMS* 05/06/2008, p. 34).

ônibus. Conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado que se refere ao transporte público, há que se falar em culpa concorrente ou, na opinião deste autor, em risco concorrente da própria vítima.⁸⁴⁰ O risco assumido fica claro pela conduta de exposição a um perigo de encontrar um alvo no caminho, como um poste ou uma árvore.

Dúvida concreta que pode surgir refere-se ao caso em que o tal passageiro é um incapaz, mais propriamente uma criança, que está viajando em uma excursão contratada pelos pais. Seria possível, em casos tais, atribuir culpa ou risco a um inimputável? A resposta a essa questão, na vigência do Código Civil de 1916, seria negativa, eis que não se cogitava a responsabilidade pessoal do incapaz. Entretanto, como outrora exposto, o Código Civil de 2002 admite a responsabilidade subsidiária e excepcional do incapaz no seu art. 928. Assim, *prima facie*, é possível, sim, a atribuição de corresponsabilidade ao incapaz, aplicando-se a equidade e a norma do art. 945 do Código Civil, em especial se houver uma consciência mínima do ato praticado.⁸⁴¹

Todavia, na opinião deste autor, o fato de o incapaz não ter ciência plena do risco é ingrediente a reduzir o percentual do risco por ele assumido, concentrando-o substancialmente na outra parte da relação danosa. Por exemplo, se uma guia ou responsável de um colégio está no ônibus de uma excursão para fiscalizar as crianças e uma delas coloca a cabeça para fora do veículo, vindo a sofrer, por isso, danos físicos, é evidente que a omissão e a falha da preposta foram de maior amplitude de contribuição para o prejuízo. Pode-se falar, a título de ilustração, em 90% de risco ou culpa por parte desta preposta e 10% de risco ou culpa pelo menor. Porém, é preciso ser feita a ressalva de que o menor, em especial aquele relativamente incapaz, que está na adolescência ou na

⁸⁴⁰ “RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CULPA CONCORRENTE. DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E PENSIONAMENTO. Passageiro do Trensurb que colocou a cabeça para fora da janela e bateu em um sinalizador externo próximo à locomotiva. Culpa concorrente. Lesões irreversíveis e sequelas permanentes. Valor da indenização por danos morais mantido. Pensionamento deve corresponder ao que a vítima recebia na época do ilícito. Redução do valor fixado na sentença. Danos estéticos. Inocorrência. PRIMEIRA APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. SEGUNDA APELAÇÃO IMPROVIDA” (TJRS, Acórdão n. 70020912325, Porto Alegre, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, julgado em 19/11/2008, *DOERS* 15/12/2008, p. 45).

⁸⁴¹ Nessa linha é a opinião de José Carlos Brandão Proença, após demonstrar a divisão doutrinária a respeito do tema da conduta concorrente do inimputável na Europa: “Há, desde logo, um primeiro ponto que não nos parece duvidoso, mesmo perante o nosso sistema positivo, e que diz respeito à possibilidade de se afirmar em concreto o contributo de uma conduta culposa de um menor de sete anos ou de um interdito por anomalia psíquica, desde que a análise factual possa revelar a dualidade de uma vontade e consciência esclarecidas e uma conduta desnecessária e contrária aos seus interesses” (*A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 553).

chamada pré-adolescência, pode ter ciência acrescida do perigo, devendo a ponderação ser feita de outra forma.⁸⁴² Aliás, conforme se verificou na realidade brasileira, esse desejo pelo perigo do menor pode até ser fator de maior contribuição para o prejuízo, invertendo-se o percentual da atribuição das responsabilidades.⁸⁴³

Para finalizar a abordagem relativa ao risco concorrente no transporte, sem prejuízo de outros exemplos que poderiam demonstrar a efetividade da premissa deste estudo para o contrato descrito, destaque-se que a situação da carona ou transporte desinteressado merece estudo à parte. Isso porque, conforme a própria codificação privada, tal transporte, por amizade ou por cortesia, não se submete às regras do transporte, especialmente à responsabilidade sem culpa. De outra forma, pode-se afirmar que a responsabilidade daquele que deu a carona não é contratual e de natureza objetiva, mas, sim, extracontratual e subjetiva, ou seja, mediante dolo ou culpa.⁸⁴⁴ Assim, em muitas situações concretas,

⁸⁴² Como destaca o próprio Brandão Proença, “No leque dos inimputáveis, os menores-crianças representam a classe dos lesados com maior atracção ao perigo (máxime o rodoviário), tendo em conta a sua pretensão em participar em brincadeiras perigosas, em ingerir substâncias tóxicas mal guardadas, em ‘brincar’ com animais, em usar brinquedos de forma ‘anormal’, em entrar em terrenos alheios, em utilizar foguetes não rebentados” (*A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*, cit., p. 554-555).

⁸⁴³ Conforme se pode extrair de interessante decisão do Tribunal do Espírito Santo: “RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR PÚBERE QUE SALTOU DE ÔNIBUS EM MOVIMENTO QUANDO A PORTA FOI ABERTA PELO MOTORISTA. CULPA RECÍPROCA CARACTERIZADA. PENSÃO DEVIDA NOS TERMOS DAS SÚMULAS NS. 490 E 491 DO PRETÓRIO EXCELSO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS E ARBITRADOS EQUILIBRADAMENTE PELO JUIZ SENTENCIANTE. RECURSO DO MUNICÍPIO IMPROVIDO. RECURSO DOS PAIS DA VÍTIMA PARCIALMENTE PROVIDO PARA INCLUIR A PENSÃO NEGADA PELO JUÍZO *A QUO*. REMESSA PREJUDICADA. 1. Caracteriza culpa recíproca a ocorrência da morte de menor que, de forma açoitada e impaciente, influencia o motorista de um ônibus para que este abra a porta do veículo em movimento e, sendo atendido, desequilibra-se ao pular para fora, vindo a cair sob as suas rodas, falecendo em decorrência de ter a cabeça esmagada; a do condutor, porque deveria prever a probabilidade da ocorrência, ao abrir de forma imprudente, a porta do ônibus em movimento, cedendo aos pedidos da vítima que, por isso, veio a falecer tragicamente. 2. É devida pensão de natureza reparatória aos pais de menor que morreu em acidente de trânsito, ainda que não exercesse atividade remunerada, nos termos das Súmulas ns. 490 e 491 do STF. A pensão deve ser arbitrada na base de dois terços do salário-mínimo vigente à época do fato, sujeitando-se às variações posteriores, até que o menor completasse vinte e cinco anos, a qual será reduzida pela metade, em face do reconhecimento da culpa recíproca para a produção do evento lesivo. 3. É devida também indenização por danos morais aos pais da vítima, mantendo-se o montante arbitrado na sentença, já mitigado em virtude da reciprocidade de culpas reconhecida. 4. Quanto à verba honorária aplica-se o disposto no art. 21, *caput*, do CPC. 5. Recurso do Município improvido. Recurso dos pais da vítima provido em parte. Sentença reformada parcialmente. Remessa prejudicada” (TJES, Recurso Ordinário n. 026.02.900026-7, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Subst. Carlos Simões Fonseca, julgado em 23/12/2002, *DJES* 12/03/2003).

⁸⁴⁴ CC/2002. “Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia.” A nova norma seguiu a linha consolidada pela antiga Súmula n. 145 do Superior Tribunal de Justiça, a saber: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”. Deve ser feita a ressalva da opinião deste autor no sentido de que não se exige mais o dolo ou a culpa grave para surgir o dever de indenizar, respondendo aquele que deu carona por simples culpa, mesmo que levíssima. Conforme manifestado em outra oportunidade, “presente a culpa em qualquer grau, responderá aquele que deu a carona. O grau de culpa apenas serve para a fixação da indenização, inclusive por danos

como naquelas em que o carona aceita ser transportado por motorista bêbado, há que se falar em culpa concorrente da vítima, e não em risco concorrente.⁸⁴⁵

Contudo, conforme o parágrafo único do art. 736 do Código Civil, se aquele que deu a carona auferir *vantagens indiretas* – como nos casos de pagamento de combustível ou de pedágio e dos programas de pontuação para emissão de bilhetes das transportadoras –, serão aplicadas as regras relativas ao transporte, configurando-se a responsabilidade contratual objetiva.⁸⁴⁶ Nesse contexto, cogita-se o risco concorrente, como na situação por último exemplificada.

4.4.5 A teoria do risco concorrente no seguro. O dever de mitigar o prejuízo (*duty to mitigate the loss*) e a questão do “beber e dirigir”

Em outra hipótese contratual, a teoria do risco concorrente pode e deve ser aplicada a situações relativas ao seguro, outro contrato típico disciplinado pelo Código Civil de 2002 (arts. 757 a 802). Assim como ocorre com o transporte, o seguro está sujeito à aplicação de outras normas, como é o Código de Defesa do Consumidor, pela menção expressa ao serviço securitário no art. 3º da Lei n. 8.078/1990. Em suma, o diálogo entre as fontes deve ser constante no que interessa a esse fundamental negócio jurídico da contemporaneidade.

O contrato de seguro interessa diretamente ao presente estudo por ser negócio aleatório por excelência, envolvendo o fator risco na sua formação. Isso, não obstante a discussão a respeito de sua natureza jurídica, eis que surgem vozes que sustentam ser o contrato um negócio comutativo, por trazer como conteúdo uma obrigação de garantia.⁸⁴⁷

morais (arts. 944 e 945 do CC, aplicação da *teoria da causalidade adequada*)” (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, 4. ed., v. 2: Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil, cit., p. 530).

⁸⁴⁵ Ver: “ACIDENTE DE TRÂNSITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA CONFIRMADA. CULPA CONCORRENTE. CONDUTOR DO VEÍCULO EMBRIAGADO. PASSAGEIRO QUE SABIA DESTA CONDIÇÃO. DESCONTO DO SEGURO DPVAT. [...] 2 – Há culpa concorrente pelo acontecimento infortúnio quando o passageiro sabe da condição de embriaguez do condutor do veículo, mas aceita a carona...” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0433.07.220630-6/0011, Montes Claros, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Kupidowski, julgado em 19/02/2009, *DJEMG* 23/03/2009).

⁸⁴⁶ Sobre o tema, como referencial brasileiro, por todos, ver: GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*, cit., p. 602.

⁸⁴⁷ Nessa linha, cite-se o entendimento dos especialistas da área securitária Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti e Ayrton Pimentel (*O contrato de seguro*. De acordo com o novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 30-31). A questão ganha relevo pela alteração conceitual relativa ao contrato em questão. Isso porque o atual Código Civil o define da seguinte forma, no seu art. 757, fazendo menção a uma obrigação de garantia: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. Já o Código Civil de 1916 tinha a seguinte previsão, no seu art. 1.432: “Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”. Na opinião deste autor, a redação não tem o condão de alterar a essência do negócio, que somente nasce da autonomia privada por um interesse relativo

Pois bem, o codificador civil de 2002 fez questão de mencionar o agravamento do risco pelo segurado no seu art. 768, prevendo expressamente que “O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”.⁸⁴⁸ Além dessa previsão, como norma de destaque para este estudo, o *caput* do art. 769 do Código Civil enuncia que o segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provado que se silenciou de má-fé.⁸⁴⁹ Ademais, salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; no entanto, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio ou a resolução do contrato (art. 770 do CC/2002).⁸⁵⁰ Por fim, determina o art. 771 do Código Privado que, “Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro”.⁸⁵¹

Todos esses comandos legais consagram o dever do credor de evitar o agravamento do próprio prejuízo, o que tem relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, elevado pelo art. 422 do Código Civil de 2002 ao patamar de mandamento básico contratual, assim como já constava do art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor. Como é cediço, a boa-fé objetiva é aquela que existe no plano da conduta de lealdade das partes, estando relacionada com os *deveres secundários, anexos ou laterais de conduta*, que são inerentes ao ato de agir honestamente.⁸⁵²

ao risco, e não à garantia em si. Anote-se que o art. 759 da atual codificação privada condiciona a emissão da apólice do seguro à existência de uma proposta com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco. Sem prejuízo desse comando e de outros, o risco é ainda mencionado como fator essencial do negócio pelos arts. 760, 761, 762 e 764 do mesmo Código Civil de 2002. Destaque-se que a questão foi discutida por ocasião da *IV Jornada de Direito Civil*, havendo proposições de que o contrato deveria ser considerado ato comutativo e também negócio aleatório. Nenhum enunciado doutrinário, em um ou outro sentido, foi aprovado quando daquele evento de 2006.

⁸⁴⁸ Com redação mais apurada do que o seu correspondente no Código Civil de 1916, art. 1.454 (“Enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos, ou seja, contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro”).

⁸⁴⁹ Previa o art. 1.455 do Código Civil de 1916, seu correspondente: “Sob a mesma pena do artigo antecedente, comunicará o segurado ao segurador todo incidente, que de qualquer modo possa agravar o risco”.

⁸⁵⁰ Essa norma é uma total novidade, pois não tem correspondente na codificação de 1916.

⁸⁵¹ Corresponde ao art. 1.457 do Código Civil de 1916, com pequenas alterações na redação (“Verificado o sinistro, o segurado, logo que o saiba, comunicá-lo-á ao segurador. Parágrafo único. A omissão injustificada exonera o segurador, se este provar que, oportunamente avisado, lhe teria sido possível evitar, ou atenuar, as consequências do sinistro”).

⁸⁵² Sobre tais deveres secundários, ver: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I, cit., p. 142-156. Em Portugal, a referência é António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro (*Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001). No Brasil, como *obras definitivas* a respeito da boa-fé objetiva: COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushtasky, 1976; MARTINS-

Pode-se dizer que a boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito, que saiu do plano psicológico (*plano intencional, boa-fé subjetiva*) para o plano da conduta concreta dos participantes negociais (*plano da lealdade, boa-fé objetiva*). Três são as funções que a boa-fé objetiva exerce na codificação privada. De início, há a *função de interpretação*, retirada do citado art. 113 do Código Civil, uma vez que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé ou, mais do que isso, de maneira mais favorável a quem estiver agindo de boa-fé. A segunda é a *função de controle*, pois aquele que viola a boa-fé objetiva no exercício de um direito comete abuso de direito, nova modalidade de ilícito, o que pode repercutir em um contrato ou fora dele (art. 187 do Código Civil). Por fim, tem-se a *função de integração*, eis que a boa-fé objetiva deve integrar todas as fases contratuais: pré-contratual, contratual e pós-contratual (art. 422 do Código Civil).⁸⁵³

A relação entre a boa-fé objetiva e o dever de mitigar o prejuízo – *duty to mitigate the loss*, na expressão inglesa – foi reconhecida quando da *III Jornada de Direito Civil*, pela aprovação do enunciado doutrinário de número 169, com a seguinte redação: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

O verbete de orientação da doutrina está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias, que preconiza: “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída”. A proposta de enunciado foi formulada pela professora Vera Jacob Fradera, titular de Direito Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, estudiosa do assunto no Brasil.⁸⁵⁴ A

-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000. Cite-se, ainda, entre os mais jovens civilistas nacionais: ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁸⁵³ É a redação do art. 422 do Código Civil Brasileiro: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. São bem conhecidas as críticas formuladas por Junqueira de Azevedo, antes mesmo da entrada em vigor do atual Código, pois o dispositivo seria insuficiente por não fazer menção à fase pré-contratual (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil – atualmente Código aprovado – na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004). Para suprir tal deficiência, nas *Jornadas de Direito Civil* foram aprovados dois enunciados doutrinários. O primeiro deles é o de número 25, sendo dirigido ao juiz (ou até aos árbitros): “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. O segundo, de número 170, é dirigido às partes negociais: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

⁸⁵⁴ Foram as justificativas finais apresentadas pela professora Vera Jacob Fradera: “Não cumprido o dever de mitigar o próprio prejuízo, o credor poderá sofrer sanções, seja com base na proibição de *venire contra*

jurista entende que o *duty to mitigate the loss* constitui um dever acessório do credor, que deriva da boa-fé objetiva, diante de uma *concepção cooperativa de contrato*.⁸⁵⁵

Consigne-se que já há julgados nacionais aplicando o refinado conceito. Em recente acórdão, o Superior Tribunal de Justiça fez incidir a construção para demanda que envolve compromisso de compra e venda.⁸⁵⁶ Além disso, pode ser citada decisão do Tribunal do Mato Grosso do Sul, que fez reduzir os juros cobrados por empresa de cartão de crédito diante da inércia da instituição financeira e de seu dever de mitigar os danos como credora da relação contratual.⁸⁵⁷ No âmbito extracontratual, o Tribunal Mineiro aplicou a

factum proprium, seja em razão de ter incidido em abuso de direito, como ocorre em França. No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral permite um tratamento individualizado de cada caso, a partir de determinados elementos comuns: a prática de uma negligência, por parte do credor, ensejando um dano patrimonial, um comportamento conduzindo a um aumento do prejuízo, configurando, então, uma culpa, vizinha daquela de natureza delitual. A consideração do dever de mitigar como dever anexo, justificaria, quando violado pelo credor, o pagamento de perdas e danos. Como se trata de um dever e não de obrigação, contratualmente estipulada, a sua violação corresponde a uma culpa delitual. CONCLUSÃO: Como antes mencionado, o tema aqui analisado à *vol d'oiseau* presta-se a grandes discussões, tanto é que não está pacificado na jurisprudência europeia, nem no âmbito das Convenções Internacionais sobre contratos. Apesar de ensejar tão grandes e atuais discussões, tanto nas esferas nacional como na internacional, é de lamentar o fato de nosso Código de 2002 ter silenciado a este respeito. Esperemos, pois, que, a exemplo do ocorrido no passado e sob o império do Código de 1916, a Doutrina e a Jurisprudência nacionais, mediante o auxílio do direito comparado, e com fundamento no princípio da boa fé objetiva, reconheçam a existência de um dever, imposto ao credor, de mitigar o seu próprio prejuízo” (Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 15 out. 2009).

⁸⁵⁵ FRADERA, Vera Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 19, 2004.

⁸⁵⁶ A decisão foi assim publicada no *Informativo n. 439* do STJ: “PROMESSA. COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE. Trata-se de Resp. em que se discute se o promitente vendedor pode ser penalizado pelo retardamento no ajuizamento de ação de reintegração de posse combinada com pedido de indenização, sob o fundamento de que a demora da retomada do bem deu-se por culpa do credor, em razão de ele não ter observado o princípio da boa-fé objetiva. Na hipótese dos autos, o promitente comprador deixou de efetuar o pagamento das prestações do contrato de compra e venda em 1994, abandonando, posteriormente, o imóvel em 9/2001. Contudo, o credor só realizou a defesa de seu patrimônio em 17/10/2002, data do ajuizamento da ação de reintegração de posse combinada com pedido de indenização, situação que evidencia o descaso com o prejuízo sofrido. O tribunal *a quo* assentou que, não obstante o direito do promitente vendedor à indenização pelo tempo em que o imóvel ficou em estado de não fruição (período compreendido entre a data do início do inadimplemento das prestações contratuais até o cumprimento da medida de reintegração de posse), a extensão da indenização deve ser mitigada (na razão de um ano de ressarcimento), em face da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, tendo em vista o ajuizamento tardio da demanda competente. A Turma entendeu não haver qualquer ilegalidade a ser reparada, visto que a recorrente descuidou-se de seu dever de mitigar o prejuízo sofrido, pois o fato de deixar o devedor na posse do imóvel por quase sete anos, sem que ele cumprisse seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com seu patrimônio e o agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. Ademais, não prospera o argumento da recorrente de que a demanda foi proposta dentro do prazo prescricional, porque o não exercício do direito de modo frágil fere o preceito ético de não impor perdas desnecessárias nas relações contratuais. Portanto, a conduta da ora recorrente, inegavelmente, violou o princípio da boa-fé objetiva, circunstância que caracteriza inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária” (STJ, REsp n. 758.518/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ-RS –, julgado em 17/6/2010).

⁸⁵⁷ Veja-se a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO ‘DUTY TO MITIGATE THE LOSS’. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CONTRATO DE

construção para caso de acidente de trânsito.⁸⁵⁸ Portanto, a primeira conclusão importante é a de que o *duty to mitigate the loss* constitui conceito uno, que não encontra barreiras de incidência na esfera do Direito Privado.

A este autor parece perfeitamente possível aplicar o dever de mitigar o próprio prejuízo à questão do risco concorrente do segurado, o que evidencia claramente, a partir da análise de situações práticas, que a premissa aqui proposta tem interação com a boa-fé objetiva, conforme antes se mencionou. Especificamente, visualiza-se a questão do segurado que ingere bebida alcoólica e dirige, vindo a ocorrer o sinistro, o que pode ocorrer tanto em relação ao seguro de vida quanto ao seguro de dano, no caso do próprio automóvel.

Podem ser notadas duas posições bem definidas a respeito do problema e que estão relacionadas ao art. 768 do atual Código Civil. O debate foi acentuado após a entrada em vigor da Lei n. 11.705, de 19 de junho de 2008, conhecida como *Lei Seca*. Como é notório, a emergência de novas normas no Brasil sempre gera debates mais acentuados, principalmente nos meios jornalísticos e de transmissão de informação.

ADESÃO. APLICABILIDADE DO CDC. REVISÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. POSSIBILIDADE. JUROS REMUNERATÓRIOS. CÓPIA DO CONTRATO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 333 DO CPC. MANUTENÇÃO DA LIMITAÇÃO DOS JUROS EM 12% AO ANO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE AVERIGUAÇÃO DA SUA COBRANÇA CUMULADA COM OUTROS ENCARGOS. INEXISTÊNCIA DE CÓPIA DO CONTRATO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE AFASTOU A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. PRÁTICA ILEGAL. ANATOCISMO. SÚMULA N. 121 DO STF. USURA. MULTA. 2%. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. Se a instituição financeira permanece inerte por longo período, aguardando que a dívida atinja montantes astronômicos, impõe-se-lhe a aplicação do princípio denominado ‘duty to mitigate the loss’, que impõe, nestes casos, por penalidade, a redução do crédito do mutuário, pois, deveria, nos termos do princípio da boa-fé objetiva, evitar o agravamento do próprio prejuízo...” (TJMS, Acórdão n. 2009.022658-4/0000-00, Campo Grande, 3ª Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossaym, *DJEMS* 24/09/2009, p. 12).

⁸⁵⁸ “RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA CONCORRENTE. DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. BOA-FÉ OBJETIVA. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. Age com culpa aquele que conduz o seu veículo em velocidade superior à permitida no local. Do mesmo modo, atua culposamente o motorista que efetua uma mudança de faixa sem as devidas cautelas. 2. Configurada a culpa concorrente entre os envolvidos no acidente, reparte-se a indenização de acordo com o grau de culpabilidade de cada um, consoante se extrai do disposto no artigo 945 do Código Civil. 3. A imputação do dever de indenizar exige a presença do fato, do dano e do nexo de causalidade entre eles. [...] 8. O ordenamento jurídico brasileiro, no campo da responsabilidade civil, orienta-se, em regra, pelo princípio da *restitutio in integrum* – Art. 944, *caput*, do Código Civil –, ou seja, a indenização deve possibilitar a recomposição original do estado patrimonial da vítima, o seu retorno ao *status quo ante*. 9. Em casos em que o ilícito provoca lesão corporal à vítima, o próprio Código Civil, em seu artigo 949, prevê o caráter indenizável das despesas com tratamento médico. 10. No campo extranegocial, a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva se dá por meio do instituto do abuso de direito. O ‘duty to mitigate the loss’, que encontra origem no direito anglo-saxão, consiste no dever de o credor minimizar o próprio prejuízo. Destarte, a reparação dos danos materiais suportados, se possível por diversos meios, deve ser feita do modo menos gravoso para o devedor. Da mesma forma, o agravamento desnecessário dos danos materiais pelo credor não deve ser indenizado...” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0701.07.183692-1/0011, Uberaba, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Wagner Wilson, julgado em 11/03/2009, *DJEMG* 17/04/2009).

A primeira posição é a de que tais fatos excluem totalmente o dever de indenizar ou de cumprir com a garantia por parte da seguradora, pois o segurado estaria agravando intencionalmente o risco.⁸⁵⁹ Filiando-se a essa forma de pensar e comentando a decisão transcrita na última nota de rodapé, Sylvio Capanema de Souza assevera que “No momento em que a sociedade assiste, perplexa e assustada, ao recrudescimento dos acidentes de trânsito, que ceifa mais vítimas que muitas guerras, e quase sempre jovens e inocentes, com incalculável custo social e sofrimento, a lúcida decisão do STJ merece ser duplamente aplaudida. Além de sua densidade social, há de provocar um salutar reflexo no mercado segurador, fortalecendo o sistema e purificando-o eticamente. Daí a sua interpretação como uma espécie do próprio contrato de seguro, para evitar ruinosas distorções, decorrentes da indevida conduta de alguns dos segurados”.⁸⁶⁰

A segunda posição é no sentido de que o simples fato de a pessoa beber e dirigir não agrava, por si só, o risco, não sendo o caso de exclusão da garantia. Esse último entendimento é o que tem prevalecido na jurisprudência nacional.⁸⁶¹ Entre as duas

⁸⁵⁹ Concluindo-se dessa forma, bem como pela validade da cláusula que exclui o direito à indenização ao segurado: “CIVIL. SEGURO DE VIDA. EMBRIAGUEZ. A cláusula do contrato de seguro de vida que exclui da cobertura do sinistro o condutor de veículo automotor em estado de embriaguez não é abusiva; que o risco, nesse caso, é agravado resulta do senso comum, retratado no dito ‘se beber não dirija, se dirigir não beba’. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp n. 973.725/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 26/08/2008, *DJe* 15/09/2008). Fica em dúvida se esse é mesmo o senso comum no Brasil.

⁸⁶⁰ SOUZA, Sylvio Capanema. Boa decisão. Opinião. Rio de Janeiro, *O Globo*, 6 out. 2008, p. 7.

⁸⁶¹ Para ilustrar: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ COMPROVADA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Não se verifica a suscitada violação ao art. 535 do CPC, porquanto as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficiente e adequadamente delineadas com abordagem integral do tema e fundamentação compatível. 2. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a embriaguez do segurado, por si só, não enseja a exclusão da responsabilidade da seguradora prevista no contrato, ficando condicionada a perda da cobertura à efetiva constatação de que o agravamento de risco foi condição determinante para a ocorrência do sinistro. Precedentes. 3. Analisando o conjunto probatório dos autos, concluiu o Tribunal de origem que o agravamento do risco decorrente do estado de embriaguez do condutor do veículo, influiu, decisivamente, na ocorrência do acidente, não podendo a questão ser revista em âmbito de Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte. 4. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental, não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, nada havendo a retificar ou acrescentar na decisão agravada, deve esta ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 5. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no REsp n. 1.024.723/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma, julgado em 18/08/2009, *DJe* 31/08/2009). Ver, ainda, do mesmo Tribunal Superior: REsp n. 1.081.130/SC, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 02/12/2008, *DJe* 17/12/2008; AgRg no Ag n. 895.146/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 14/11/2007, *DJ* 26/11/2007, p. 175; e REsp n. 774.035/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 21/11/2006, *DJ* 05/02/2007, p. 222. Recentemente, no *Informativo n. 418* do Superior Tribunal de Justiça, de dezembro de 2009, foi publicado o seguinte julgamento, com interessante análise social: “SEGURO. VIDA. EMBRIAGUEZ. O contrato de seguro de vida destina-se a cobrir danos decorrentes de possíveis acidentes, geralmente em razão de atos dos próprios segurados nos seus normais e corriqueiros afazeres do dia a dia. Logo, a prova da concentração do teor alcoólico no sangue não se mostra suficiente para indicar a causalidade com o dano sofrido, mormente por não exercer o

correntes, este caminho é o melhor para a compreensão dessa problemática, tipicamente brasileira. De início, pode-se entender que não responder a seguradora pelo ato de beber e dirigir fere a *causa do contrato de seguro*, eis que muitos celebram tais negócios diante dessa peculiaridade pessoal. Além disso, eventual cláusula que afasta o dever de garantia – ou de indenizar da seguradora – deve ser tida como abusiva, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 424 do Código Civil, uma vez que o referido contrato de seguro individual é de consumo e de adesão. Ainda, não se pode presumir a má-fé do segurado em casos tais, pela existência de dois sistemas – Código do Consumo e Código Civil –, os quais prestigiam a boa-fé objetiva, presumindo-a.⁸⁶² Por fim, como argumento para realce, o problema deve ser analisado de acordo com a realidade costumeira do Brasil, pelo padrão geral de conduta do *brasileiro comum*.⁸⁶³

A terceira via, como solução razoável e intermediária, refere-se à *teoria do risco concorrente*, que pode entrar em cena principalmente se o contrato de seguro for considerado aleatório, sendo o risco inerente ao negócio. Ora, o segurado que bebe assume um risco, o que pode gerar a redução da indenização ou da garantia no caso de ocorrer o sinistro em razão do consumo de bebida. De outro modo, pode-se afirmar que o motorista que bebe e dirige não procura mitigar o próprio prejuízo, ou seja, desrespeita a máxima do *duty to mitigate the loss*.

A concretizar as deduções, imagine-se que um segurado consumiu uma quantidade razoável de álcool, algo como cinco garrafas de cerveja – bem acima do que está acostumado a ingerir –, vindo a se acidentar por tal consumo. Por óbvio, ele assumiu um risco ao beber, razão pela qual o valor a ser-lhe pago pelo seguro deve ser reduzido, talvez em patamar próximo a quarenta ou cinquenta por cento do qual teria direito, sendo esses os eventuais percentuais a serem considerados pela concorrência ao evento danoso. Releve-se que, muitas vezes, há o costume de consumo de álcool diário, após o expediente de

álcool influência idêntica em diferentes indivíduos. Assim, a simples relação entre o estado de embriaguez e a queda fatal como causa para explicar o evento danoso, por si só, não é suficiente para elidir a responsabilidade da seguradora, com a consequente exoneração do pagamento da indenização prevista no contrato. A legitimidade da recusa ao pagamento do seguro requer a comprovação de que houve voluntário e consciente agravamento do risco por parte do segurado, revestindo-se o ato como condição determinante na configuração do sinistro para ensejar a perda da cobertura securitária, uma vez que não basta cláusula prevendo que a embriaguez exclui a cobertura do seguro” (REsp n. 780.757/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 1º/12/2009).

⁸⁶² Desse modo, não se pode concordar com a afirmação de Sylvio Capanema, no sentido de que “Dirigir embriagado é atitude quase dolosa, um ato de quem deseja causar dano” (SOUZA, Sylvio Capanema. Boa decisão, cit., p. 7).

⁸⁶³ Tais parâmetros de conduta podem ser vistos em: ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

trabalho. Ilustrando, imagine-se um trabalhador braçal que consome duas latas de cerveja após o labor, todos os dias. Em caso de acidente, talvez o sinistro possa não ter sido causado pelo uso do álcool, hipótese em que não há que se falar em redução, pois não houve concorrência de risco.

Assim, pela concorrência do risco, reduz-se o valor a ser pago, o que confirma a conclusão de que a premissa que se propõe pode ser efetiva e razoável nos casos de responsabilidade civil contratual. Como fundamentos legais para essa afirmação, podem ser utilizados em diálogo os arts. 422 – referente à boa-fé – e 945 do Código Civil – relativo à culpa concorrente da vítima –, que incidem em uma relação de complementaridade para o problema exposto.

Para concluir o assunto, com a análise concausal não há uma abordagem purista, isolada e extremada de se pagar ou não a indenização pelo fato de se beber ou não. Mais uma vez, não se analisa os personagens envolvidos apenas como culpado e inocente. De forma razoável, reduz-se o valor a ser pago pela assunção do risco, o que demanda uma análise do caso concreto, por óbvio, de acordo com o que foi consumido e segundo as características gerais que circundam a lide, inclusive do próprio consumidor.⁸⁶⁴

4.4.6 A teoria do risco concorrente e as atividades da área da saúde

Muitas são as demandas reparatórias existentes em relação às atividades da área de saúde no Brasil, mormente diante dos sérios problemas que atingem o setor no País. Na prática, procura-se responsabilizar as entidades públicas e privadas que prestam tais serviços, bem como os profissionais que atuam no setor, o que traz uma complexidade de incidência legislativa, diante das múltiplas normas que podem ser subsumidas. A complexidade também está presente em razão dos diversos fatores que podem influir para os prejuízos suportados pela vítima, no caso, o paciente.

Nesse contexto, são encontradas várias decisões que responsabilizam o Estado por erros médicos cometidos em hospitais públicos, subsumindo-se o art. 37, § 6º, do Texto

⁸⁶⁴ Visualize-se o caso de um homem de quarenta anos e cento e dez quilos, que consome álcool todos os dias. Será que se pode afirmar que ele não terá condições de dirigir após o seu consumo corriqueiro de uma lata de cerveja, no seu *happy hour* diário? A resposta parece ser negativa, não sendo o caso de agravamento intencional do risco para não se garantir ou não indenizar. Esse caso demonstra, além dos outros expostos, como não se pode analisar radicalmente as teses jurídicas. Mais uma vez, o *risco concorrente* parece ser um caminho intermediário, solucionando equitativamente a contenda e, se for o caso, gerando a redução razoável do valor a ser pago.

Maior.⁸⁶⁵ Há, ainda, julgados que responsabilizam hospitais privados pelas mesmas situações de erro, com fundamento tanto no Código Civil quanto no Código de Defesa do Consumidor.⁸⁶⁶ Com base no Código Civil de 2002, consigne-se o enquadramento da relação hospital-médico na pressuposição solidária prevista no art. 932, III, o que gera a responsabilidade objetiva do primeiro (art. 933 do CC/2002).⁸⁶⁷ Por fim, existem acórdãos que responsabilizam especialmente os profissionais, caso dos médicos, com base na culpa, o que pode ser retirado do art. 951 do Código Civil e art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, dispositivos já abordados por este estudo (Capítulo 3).⁸⁶⁸

⁸⁶⁵ Entre os vários julgados, consultar, do Superior Tribunal de Justiça: Agravo Regimental no REsp n. 1.081.733/RJ, Processo n. 2008/0181946-3, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18/06/2009, *DJE* 1º/07/2009; REsp n. 1.086.366/RJ, Processo n. 2008/0187617-1, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 10/03/2009, *DJE* 19/03/2009; Agravo Regimental no Agravo n. 1.040.679/RJ, Processo n. 2008/0086686-3, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/08/2008, *DJE* 12/09/2008; Agravo Regimental no Agravo 853.854/RJ, Processo n. 2006/0205139-9, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Martins Arruda, julgado em 05/06/2007, *DJU* 29/06/2007, p. 504; e REsp n. 692.010/RJ, Processo n. 2004/0140275-0, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17/08/2006, *DJU* 31/08/2006, p. 306.

⁸⁶⁶ Sem prejuízo de decisões de outros estados, da recente jurisprudência paulista: TJSP, Apelação com revisão n. 661.055.4/6, Acórdão n. 4021786, Barueri, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Dimas Carneiro, julgado em 26/08/2009, *DJESP* 16/09/2009; TJSP, Apelação Cível n. 469.190.4/1, Acórdão n. 3615257, São Paulo, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, julgado em 05/05/2009, *DJESP* 26/05/2009; TJSP, Apelação com revisão n. 605.844.4/7, Acórdão n. 3511848, São Paulo, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eves Amorim, julgado em 03/03/2009, *DJESP* 27/04/2009. Com conteúdo bem ilustrativo: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PROPOSITURA DA AÇÃO EM FACE DO HOSPITAL E UM DE SEUS SÓCIOS-REPRESENTANTES. Aplicação do art. 7º do CDC, dos princípios da facilitação da defesa do consumidor em juízo e inversão do ônus da prova. Esquecimento de agulha no abdômen da paciente. Negligência. Nexo de causalidade configurado. Indenização por danos morais fixada. Pagamento das despesas com tratamento determinado. Recurso provido” (TJSP, Apelação com revisão n. 591.562.4/5, Acórdão n. 3305862, São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, julgado em 22/10/2008, *DJESP* 18/11/2008).

⁸⁶⁷ “INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE VASECTOMIA EM VEZ DE POSTECTOMIA. CULPA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. HOSPITAL/MÉDICO. O Hospital em que se realiza qualquer procedimento médico ou cirúrgico tem responsabilidade solidária, em tese, por qualquer erro médico cometido em seus estabelecimentos. Inteligência dos artigos 932 do Código Civil e do artigo 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. Estando comprovada a culpa do médico e o nexo causal existente entre a sua conduta e o dano sofrido pelo paciente, caracterizada está a responsabilidade do médico e do hospital pelo pagamento de indenização” (TJMG, Acórdão n. 2.0000.00.496582-6/000, Contagem, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, julgado em 28/02/2007, *DJMG* 30/03/2007).

⁸⁶⁸ Ilustrando bem a questão dessa responsabilidade pessoal, do Tribunal do Rio Grande do Sul, com clara didática na ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO DE PARTO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL. MORTE DE RECÉM-NASCIDO. 1. A responsabilidade do estabelecimento hospitalar com personalidade jurídica de direito privado se submete ao regime disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor, eis que se tem, de um lado, o estabelecimento hospitalar – prestador de serviço –, e de outro os autores, na condição de consumidores. Neste cenário, a responsabilidade médica empresarial é objetiva (art. 14, *caput*). Contudo, tal regra é parcialmente derrogada na hipótese dos autos, em que se reclama de erro do médico, profissional liberal, sobre quem recai a responsabilidade subjetiva (art. 14, § 4º, CDC), sendo imprescindível a configuração do dolo ou culpa do médico. 2. No caso concreto, o estudo dos elementos de convicção – documentos de atendimento médico, laudo pericial e prova testemunhal – apontam a correção do procedimento e avaliação médico adotados, também considerando entendimento da doutrina médica. Não configuração do alegado retardamento no parto em questão. 3. Ausente o agir culposo por parte do hospital,

Pois bem, além da culpa concorrente do paciente, o risco com ele assumido pode entrar em cena para abrandar a responsabilidade civil tanto do médico quanto dos hospitais. A respeito da culpa concorrente na área da saúde, alguns exemplos práticos jurisprudenciais merecem ser trazidos à tona para a devida ilustração.

Do Tribunal de Minas Gerais, comenta-se decisão do ano de 2008, que aplicou a *teoria da perda de uma chance* para a cura contra médicos – cirurgião e anestesista – e hospital, mas mitigou o valor da indenização diante da culpa concorrente do próprio paciente.⁸⁶⁹ Em julgamento do mesmo ano, o Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu o valor da indenização a favor de paciente contra médico pelo fato de ele ter procurado outra opinião antes da necessária intervenção, o que contribuiu para o próprio prejuízo. Anote-se que, neste último caso, a concorrência de risco *serviria como luva*, de igual modo, para atenuar a relação de causação.⁸⁷⁰

No que diz respeito à cirurgia plástica, em especial a estética, hipótese em que a responsabilidade do médico é tida como objetiva – como antes se demonstrou –, veja-se interessante julgado do Tribunal Mineiro, de 2009, originário da cidade de Passos.

considerando a adequada conduta adotada pelo seu corpo médico, e inexistente qualquer prova apontando para negligência ou imperícia médica na intervenção procedida, não se configura a responsabilidade do réu. APELO DESPROVIDO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. UNÂNIME” (TJRS, Acórdão n. 70025028739, Charqueadas, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Léo Romi Pilau Junior, julgado em 24/09/2008, *DOERS* 1º/10/2008, p. 54).

⁸⁶⁹ “RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICO-HOSPITALAR. ANESTESISTA. CIRURGIÃO. CULPA. PERDA DE UMA CHANCE. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. É subjetiva a responsabilidade do hospital no exercício de atividade específica da área médica. – Impõe-se o dever de indenizar ante a inequívoca demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil. – Age com culpa o médico anestesista que não examina previamente o paciente, nem toma conhecimento de estado clínico capaz de influir no sucesso do ato anestésico. – É autônoma a responsabilidade do anestesista em relação ao cirurgião. – Havendo culpa concorrente da vítima mitiga-se a responsabilidade do agente causador do dano. – Responde pelo dano o médico cuja conduta subtraiu do paciente a chance de evitar ou minimizar o seu padecimento. – Na indenização decorrente de ato ilícito, inclusive no caso de dano moral, os juros de mora contam-se do evento danoso” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.97.027207-6/0011, Belo Horizonte, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Fábio Maia Viani, julgado em 16/09/2008, *DJEMG* 17/10/2008).

⁸⁷⁰ “RECURSO. CONHECIMENTO. Ainda que considerados incabíveis, os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos. Art. 538 do Código de Processo Civil. APELO CONHECIDO. ILEGITIMIDADE DE PARTE. Dano moral. Pretensão da esposa do paciente à indenização pelos transtornos decorrentes de internação. Impossibilidade. Situação diversa daquela em que há dano moral indireto. Sentença mantida. PRELIMINAR ACOLHIDA. PLANO DE SAÚDE. Diagnóstico tardio de apendicite pelos profissionais conveniados. Cirurgia desmarcada a pedido do autor. Busca de parecer prévio de médico particular, de confiança da família, para confirmação do diagnóstico. Operação realizada em hospital particular. Retardo do procedimento por culpa concorrente das partes a reduzir o valor indenizatório. Alegação de dano físico. Suposta contaminação em nosocômio particular. Ausente nexo de causalidade a afastar a responsabilidade dos réus. Indenização pelo período de incapacidade laboral temporária não reconhecida. Afastamento decorrente de complicações do quadro clínico do autor. Dano moral reduzido para R\$ 3.500,00. Sentença, nesse aspecto, reformada. RECURSO dos réus PARCIALMENTE PROVIDO e NÃO PROVIDO o do autor” (TJSP, Apelação com revisão n. 571.413.4/0, Acórdão n. 3121467, São Paulo, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, julgado em 06/08/2008, *DJESP* 20/08/2008).

Entendeu-se pela culpa concorrente da própria vítima, que se submeteu a cirurgia plástica de redução das mamas.⁸⁷¹ A conclusão foi pela responsabilidade objetiva do médico, devido à presença de uma obrigação de resultado. Porém, conforme consta da íntegra do acórdão, antes da cirurgia, a vítima não fez os devidos exames pré-operatórios para obter o resultado satisfatório, agindo em suposta concorrência de culpa. Ademais, logo após a intervenção, veio a engravidar, o que por igual contribuiu para o próprio prejuízo.⁸⁷²

Ora, no caso descrito, o risco concorrente seria melhor aplicado do que a consideração de culpa concorrente. Não se pode dizer que a mulher que engravida age com culpa, pois não desrespeita qualquer dever. Todavia, assume um risco, ao ter relação sexual sem as devidas proteções após uma intervenção médica, o que pode lhe causar danos físicos. De imediato, já se constata que a teoria pode incidir nas atividades de saúde com notável eficiência.

Mas não é só. O risco concorrente traz a conclusão de que o simples fato de o paciente buscar de forma desnecessária uma cirurgia, em especial a plástica estética, constitui um risco assumido. Desse modo, se ocorrer o infortúnio, devem o médico e o

⁸⁷¹ “INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PLÁSTICA – REDUÇÃO MAMA. CULPA CONCORRENTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO E VERBA HONORÁRIA. MANTIDOS. A concorrência de culpa, ou participação da vítima no evento se verifica quando o nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado sofre limitação face à imprudência da vítima. É cediço que, em se tratando de culpa concorrente a responsabilidade, assim como o valor a ser indenizado devem ser partilhados entre o autor do dano e a vítima, encontrando-se, a meu ver, razoável, mostrando-se proporcional ao fato que o ensejou, até porque a indenização tem objetivo de compensar uma lesão que não se mede pelos padrões monetários. Agravos retidos e apelações não providos” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0479.01.019036-7/0011, Passos, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, julgado em 19/05/2009, *DJEMG* 05/06/2009).

⁸⁷² Vejamos trecho do voto que prevaleceu: “No caso dos autos, entendo que agiu com acerto o douto sentenciante, ao considerar culpa concorrente. Através do laudo pericial, ainda que inconsistente, permite constatar que ausentes documentos comprobatórios de que tenha o Apelante exigido todos os exames pré-operatórios, afim de assegurar um resultado satisfatório. Verifica-se também que a Apelada após o ato cirúrgico, engravidou, fls. 28 e 279/280, o que, de alguma forma, contribuiu para a evolução das cicatrizes, ora reclamadas. Entretanto, resta evidente que o resultado estético da cirurgia da autora foi ruim. Basta, para chegar a tal conclusão, o exame das fotografias de fls. 08/09. E não venha dizer que por se tratar de redução de mama e não de procedimento estético, a mesma é desprovida de qualquer característica embelezadora. Ora, como pode um profissional sério e competente, fazer tal distinção, em questão que envolve a vaidade feminina, que tem os seios como atributos que integram a sua feminilidade e autoestima? E principalmente, como deixar de aplicar os seus conhecimentos e perícia numa cirurgia plástica simplesmente porque é redutora? Assim, entendo que o resultado obtido na cirurgia em questão, se deu em razão da ausência de cuidados pós-operatórios, agravada pelo fato de a demandante ter engravidado, afastando-se do acompanhamento médico. A concorrência de culpa, ou participação da vítima no evento, se verifica quando o nexo causal entre a conduta do agente e o dano causado sofre limitação face à imprudência da vítima. No tocante ao valor arbitrado a título de dano moral, é cediço que em se tratando de culpa concorrente a responsabilidade, assim como o valor a ser indenizado devem ser partilhados entre o autor do dano e a vítima, encontrando-se a meu ver razoável, mostrando-se proporcional ao fato que o ensejou, até porque a indenização tem objetivo de compensar uma lesão que não se mede pelos padrões monetários” (Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_inteiro_teor.jsp?>. Acesso em: 24 out. 2009).

hospital responder, nos termos do que consta da legislação incidente. Exemplificando, o profissional, ao agir com imprudência, indenizará o prejudicado, na forma do art. 951 do Código Civil e do art. 14, § 4º, do CDC, dispositivos aplicáveis em *diálogo de complementaridade (diálogo das fontes)*.⁸⁷³ Contudo, por conta do risco assumido pelo paciente, em algumas situações, cabe a redução equitativa da indenização. Nos termos do que foi aludido no Capítulo 3, muitas vezes o risco não é criado por aqueles que desempenham a atividade na área da saúde, mas pelo próprio paciente, que procura o serviço para uma melhor feição física, em seu bel-prazer. Nessa busca, embute-se o risco de um prejuízo.

Neste ponto do estudo, cumpre fazer algumas pontuações a respeito da cláusula de não indenizar e do consentimento informado do próprio paciente, pois ambas as categorias podem influir diretamente na questão da assunção do risco. As categorias ganham relevo em situações que envolvem os riscos do desenvolvimento, em especial os experimentos com pacientes que se oferecem para testar técnicas médicas ou mesmo produtos farmacêuticos.

A *cláusula de não indenizar*, *cláusula de irresponsabilidade* ou *cláusula excludente de responsabilidade* tem sua eficácia muito limitada pela doutrina, surgindo críticas contundentes na civilística contemporânea quanto à sua efetividade prática.⁸⁷⁴ De início, fica em dúvida a sua aplicação à responsabilidade civil por atos ilícitos, que envolve ordem pública e, por isso, não pode ser renunciada pelas partes. A cláusula de não indenizar, que afasta a responsabilidade extracontratual, deve ser considerada nula por ilicitude do seu objeto (art. 166, II, do Código Civil), servindo ainda o argumento da fraude à lei imperativa (art. 166, VI, do Código Civil).

⁸⁷³ Fazendo essa aplicação conjunta e complementar: TJMG, Apelação Cível n. 1.0145.04.183338-8/0011, Juiz de Fora, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Wagner Wilson, julgado em 19/08/2009, *DJEMG* 04/09/2009; TJSP, Apelação com revisão n. 353.992.4/0, Acórdão n. 3946258, Rio Claro, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Piva Rodrigues, julgado em 23/06/2009, *DJESP* 12/08/2009; TJSP, Apelação Cível n. 396.172.4/3, Acórdão n. 3674649, São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, julgado em 04/06/2009, *DJESP* 25/06/2009; TJCE, Acórdão n. 2005.0018.4739-4/1, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. José Mário dos Martins Coelho, *DJCE* 23/03/2009, p. 35; TJSP, Acórdão n. 135.021-4/0, Itu, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Guimarães e Souza, julgado em 11/03/2003.

⁸⁷⁴ A respeito das críticas a respeito da referida cláusula, destaquem-se, na doutrina nacional contemporânea, as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, compartilhadas por este autor: “Em verdade, essa cláusula não nos agrada muito. No Direito Civil ensinado e difundido na primeira metade do século XIX, imbuído de ideais individualistas e egoísticos, essa convenção teria lugar mais apropriado. Não nos dias de hoje, em que vivemos um repensar do Direito Privado, mais vocacionado aos superiores princípios constitucionais, e influenciado por valores de solidarismo social. [...] Para esse novo Direito Civil, mais socializado, subversivo aos antigos paradigmas, a cláusula de não indenizar, posto que não seja vedada pelo Código Civil, é condicionada a alguns parâmetros como a *igualdade dos estipulantes* e a *não infringência de superiores preceitos de ordem pública*” (*Novo curso de direito civil*, v. III, cit., p. 119). Com análise crítica, ver, ainda, dissertação de mestrado defendida por Fábio Henrique Peres na Universidade Estadual do Rio de Janeiro (*Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009).

Na esfera da responsabilidade civil contratual, sem prejuízo de outras restrições, no que interessa para a questão da responsabilidade médica, a sua aplicação por igual é praticamente ineficiente. Isso porque a cláusula de não indenizar é abusiva quando inserida em contrato de consumo, incidência direta dos arts. 25, *caput*, e 51, I, da Lei n. 8.078/1990.⁸⁷⁵ Como ficou claro, o Código Consumerista subsume-se amplamente às atividades de saúde. Para a devida complementaridade de conclusão da malfadada cláusula, cite-se o art. 424 do Código Civil, o qual consagra a nulidade das cláusulas que implicam a renúncia do aderente a um direito que resulta da natureza do negócio. Então, se a referida cláusula for assinada por um paciente que se submete à cirurgia plástica, não terá qualquer validade, não sendo o caso de se falar em risco totalmente assumido por este.

Contudo, no que concerne ao *consentimento informado* do paciente a respeito do risco existente na atuação médica, a questão se revela de outra forma. Atente-se para o fato de que o consentimento informado decorre das experiências médicas, mormente naquelas hipóteses em que há conhecimento da presença de risco, pelas máximas de atuação dos profissionais.⁸⁷⁶

Pelo consentimento informado, o paciente pode, por exemplo, afirmar que não quer determinado tratamento médico. Por outra via, pode dizer que quer o tratamento, mesmo sabendo dos males que podem lhe ser causados. Em outros termos, pode ser comunicado dos riscos e assumi-los, o que tem relação direta com o objeto do presente estudo. Desse modo, o conteúdo do consentimento informado é variável, de acordo com a situação concreta de atuação na área de saúde.

Em Portugal, fala-se em *consentimento esclarecido*, que, segundo André Gonçalves Dias Pereira, tem, entre outros, os seguintes fundamentos: a) a Declaração de Lisboa da Associação Médica Mundial de 1981, a qual determina que “O Doente tem o direito de

⁸⁷⁵ Lei n. 8.078/1990. “Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. [...] Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonere ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis.”

⁸⁷⁶ Cumpre mencionar a existência, na Espanha, da *lex artis*, que vem a ser um conjunto de saberes que são acumulados em cada atividade profissional médica, por meio dos atos que se definem em um modo usual e comprovado de realizar as atividades de determinada profissão (Cf. GONZÁLES, José Maria Miguel; MORILLO, Andrea Macia. La responsabilidad médica en el ordenamiento español. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Responsabilidade civil dos médicos*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 40). Sobre a *lex artis*, ver, ainda: PÉREZ, Alonso Mariano. La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno de la “lex artis”). In: MARTINEZ, Juan Antonio Moreno (Coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 13-53.

aceitar ou recusar o tratamento após ter recebido informação adequada”; *b*) a Convenção sobre Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa; *c*) o art. 25º da Constituição da República Portuguesa, que consagra o direito à integridade física como inviolável; *d*) o direito geral de personalidade (art. 70º do Código Civil Português); *e*) a boa-fé objetiva, “como fundamento do dever de informar o paciente, mesmo quando se trata de um prognóstico pessimista”; *f*) o dever de esclarecimento constante no art. 157º do Código Penal, que regula os tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários; *g*) A Lei de Bases da Saúde de Portugal, que consagra aos pacientes “o direito a ‘ser informado sobre a sua situação, as alternativas possíveis do tratamento e a evolução provável do seu estado’”; *h*) o Código Deontológico da Ordem dos Médicos de Portugal, que prevê no seu art. 38º o dever de esclarecimento do paciente.⁸⁷⁷

No Brasil, da mesma forma, podem ser apontados como fundamentos para o *consentimento informado*: *a*) a proteção da dignidade da pessoa humana, constante do art. 1º, III, da Constituição Federal; *b*) o princípio da solidariedade familiar, que orienta constitucionalmente a boa-fé (art. 3º, I, da CF/1988); *c*) o direito à informação, amparado no art. 5º, V, X e XIV, do mesmo Texto Maior; *d*) a tutela da saúde, constante do art. 6º da Constituição da República; *e*) a proteção dos direitos do paciente, prevista no art. 15 do Código Civil, mormente de sua integridade física, deferindo-se a liberdade de escolha e dando-lhe ciência a respeito dos riscos do tratamento;⁸⁷⁸ *f*) a boa-fé objetiva, que pode ser retirada de vários dispositivos do Código Civil, em especial dos já aventados arts. 113, 187 e 422; *g*) a função social do contrato, constante do art. 421 da mesma codificação privada;⁸⁷⁹ *h*) o direito à informação dos consumidores, eis que o paciente deve ser

⁸⁷⁷ PEREIRA, André Gonçalves Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In: OLIVEIRA, Guilherme de. *Responsabilidade civil dos médicos*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 437-438.

⁸⁷⁸ CC/2002. “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.” Nas palavras de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, “infere-se, do art. 15 do Código Civil, que a pessoa pode opor-se ao tratamento médico (incluindo-se aí a intervenção cirúrgica), sobretudo se tal tratamento apresentar risco à sua integridade física ou à vida, embora a pessoa possa opor-se inclusive se não houver esse risco. O consentimento livre e esclarecido do paciente quanto ao tratamento só será dispensável se for impossível a tomada desse consentimento, como nos casos em que o paciente chega ao médico em estado de inconsciência ou sem condições de se manifestar” (*Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 203).

⁸⁷⁹ A relação entre função social do contrato e tutela da dignidade humana foi reconhecida na *I Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 23, que assim determina: “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Na doutrina, essa relação é observada, entre muitos, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino, em atualização à obra de Orlando Gomes (*Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 50).

comunicado de todas as técnicas e atos empregados (art. 6º, III, da Lei 8.078/1990); i) o dever de informar do profissional da área de saúde, conforme a regulamentação da ética médica e odontológica, entre outras.⁸⁸⁰

Ciente de todos esses fundamentos, leciona Roxana Cardoso Brasileiro Borges que “a exigência do consentimento prévio, informado e esclarecido é a regra”.⁸⁸¹ A doutrinadora apresenta exceções, como das pessoas em inconsciência e das situações de emergência, apesar das polêmicas que podem surgir em casos tais. E arremata afirmando que “O dever do médico de cuidar do paciente termina quando este, após ter recebido todas as informações, opõe-se ao tratamento”.⁸⁸² No plano concreto, confirmando as palavras transcritas, a jurisprudência nacional já concluiu que a não exigência do consentimento informado constitui negligência grave, a gerar o dever de indenizar.⁸⁸³

⁸⁸⁰ Como fundamento principal na área médica, o art. 34 do novo Código de Ética Médico, publicado em 14 de setembro de 2009 (Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.931/2009), determina que é vedado ao médico “deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”. Na atuação odontológica, o consentimento informado consta do art. 7º, IV, do Código de Ética Odontológico (“Constitui infração ética: [...] IV. Deixar de esclarecer adequadamente os propósitos, riscos, custos e alternativas do tratamento”).

⁸⁸¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, cit., p. 207.

⁸⁸² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*, cit., p. 207.

⁸⁸³ Ilustrando: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Hospital. Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão da paciente. Recurso não conhecido” (STJ, REsp n. 467.878/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 05/12/2002, DJU 10/02/2003, p. 222). “CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E DANO MORAL. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. ERRO DO PROFISSIONAL. NEXO DE CAUSALIDADE. CONSENTIMENTO INFORMADO. AUSÊNCIA. NEGLIGÊNCIA PROFISSIONAL. HIPÓTESE DE DANO MORAL. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO INFORMADO SOBRE O PROCEDIMENTO ORTODÔNTICO. Sofrimento a longo prazo, de grave repercussão na vida da paciente. Fixação do valor do dano moral. Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade” (TJDF, Recurso n. 2003.01.1.024649-5, Acórdão n. 372.190, 5ª Turma Cível, Rel. Des. Dácio Vieira, DJDFTE 1º/09/2009, p. 110). “RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. LAUDO PERICIAL. COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS DEVIDOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO BEM ARBITRADO. O conjunto probatório carreado aos autos, notadamente o laudo pericial, é claro ao afirmar que o autor, após ser submetido a exame de colonoscopia no hospital universitário Pedro Ernesto, administrado pela ré, necessitou realizar três cirurgias reparadoras, apresentando cicatriz cirúrgica, com secreção purulenta espessa com odor fétido. A conclusão pericial é clara ao afirmar que ‘há nexo de causalidade entre a perfuração ocorrida durante o exame colonoscópico e a evolução patológica da doença diverticular de diverticulose para peridiverticulite’. Não há que se falar em iatrogenia ou complicação decorrente do atual estágio da medicina capaz de excluir a ilicitude da conduta uma vez que tal perfuração não é inerente ao ato cirúrgico em questão. Ademais, o autor não foi informado dessa ‘possível complicação’, sendo necessário informar o paciente de forma clara e precisa sobre eventual tratamento médico, salientando seus riscos e contraindicações, para que ele próprio possa decidir, conscientemente, manifestando seu interesse através do consentimento informado. O CC/02 acompanhou a tendência mundial e positivou o consentimento informado no seu art. 15. Assim a falta injustificada de informação ocasiona quebra de dever jurídico, evidenciando a negligência e, como consequência, o médico ou a entidade passa a responder pelos riscos do ato invasivo. A CRFB/88, no art. 37, § 6º determina que ‘as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de

O que merece destaque entre todos os fundamentos é o fato de que, na estrutura civilística obrigacional, *o consentimento informado tem relação direta com a boa-fé, com o dever de informação que deve estar presente na relação médico-paciente, como em qualquer relação jurídica, seja contratual ou extracontratual*. Interagindo essa boa-fé com o risco concorrente, é possível imaginar alguns casos concretos de solução de prejuízos suportados pelo paciente ou pelos próprios familiares.

De imediato, deve ficar clara a premissa fixada por este autor no sentido de que o consentimento informado, por si só, não exclui a responsabilidade do profissional, em especial do médico. Todavia, havendo ciência específica do risco por parte do paciente, é possível pensar em atenuação da responsabilidade.

Para ilustrar, imagine-se a situação de um paciente que busca uma cirurgia plástica estética de grande risco, por exemplo, em seu rosto. A cirurgia era desnecessária do ponto de vista da saúde do paciente, mas ele, por meio de consentimento informado, o assume, submentendo-se à intervenção. Pelo risco concorrente, ocorrendo o infortúnio, pode estar presente o dever de indenizar do profissional, atenuado de acordo com a concausalidade. É perfeitamente possível não só a presença do risco do paciente com o risco do médico mas também do risco do paciente com a culpa do médico. Os percentuais e frações de risco ou de culpa serão fixados pelos julgadores de acordo com a equidade e a razoabilidade da situação concreta. Mais uma vez, insiste-se que a teoria buscada por este estudo é perfeitamente adequada à solução concreta das demandas sociais.

Como outra concreção, imagine-se uma situação que envolve a problemática dos *riscos do desenvolvimento*. Conforme antes exposto, tais riscos não devem ser considerados, por si só, excludentes de responsabilidade, seja no sistema do Código Civil Brasileiro ou do Código de Defesa do Consumidor. No caso concreto, um paciente aceita se submeter a um tratamento experimental, e o mal lhe é causado. Verifica-se que houve uma assunção do risco por parte da vítima, o que deve ser considerado fator predominante

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'. Assim, presente os elementos ensejadores da responsabilidade civil objetiva do hospital administrado pela ré, quais sejam, fato, dano e nexo de causalidade. Inegáveis os prejuízos morais perpetrados ao paciente, situação a evidenciar erro médico causado pela imperícia do profissional, por falta não intencional, *ipso facto*. Não merece reparo o Decreto monocrático com relação ao arbitramento da indenização por danos morais, considerando como parâmetros: o dano, a situação anterior (*status quo ante*), o poder financeiro e econômico das pessoas envolvidas, as circunstâncias do caso e a gravidade da falta cometida pelo lesante. Em tais circunstâncias, a sanção dos danos morais decretada no valor de R\$ 19.000,00 guarda ampla compatibilidade com os princípios clássicos da razoabilidade, equidade, justiça e de vedação do enriquecimento sem causa. Desprovimento dos recursos" (TJRJ, Apelação n. 2008.001.24823, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira Silva, julgado em 08/06/2009, *DORJ* 07/07/2009, p. 111).

para o evento danoso. Todavia, não se pode falar de forma pura e cega que houve um fato exclusivo do paciente, pois o médico pode ter agido com culpa ou ter assumido o risco por uma prática não testada de forma eficiente.

O mesmo raciocínio vale para uma situação que envolva medicamento em fase de testes, servindo determinado paciente como componente da experimentação. Os riscos deverão ser divididos entre as partes. O paciente assume um risco de potencial proveito, que pode salvar sua vida. A empresa farmacêutica, do mesmo modo, assume tal risco como eventual benefício, eis que, se os testes forem eficientes, grandes serão os seus lucros. No entanto, ocorrendo o evento danoso, não se pode afastar o dever de indenizar pelo ato isolado do paciente, assim como não se pode sobrepor totalmente o encargo para a empresa. O melhor caminho, portanto, é o de se julgar pela concorrência de riscos. Não se olvide situações extremadas, como na hipótese em que o medicamento em testes não apresenta o composto ativo em experimentação. Em casos tais, não há que se falar em dever de reparar da empresa farmacêutica. O caso, mais uma vez, é a *chave mestra* da ponderação da decisão.

Por derradeiro, consigne-se que a ausência de assinatura do consentimento informado por parte do paciente ou de seu familiar pode caracterizar a culpa ou o risco exclusivo da própria vítima, excluindo-se a eventual responsabilidade do médico ou do ente privado ou público que oferece o serviço. Como se tem concluído com correção na jurisprudência, a informação a respeito da intervenção é um dever do profissional que, se não atendido, pode gerar a negativa à prática médica.⁸⁸⁴

⁸⁸⁴ Como bem concluiu, recentemente, o Tribunal Paulista: “PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, CUMULADA COM PERDAS E DANOS MATERIAIS E MORAIS, PRECEDIDA DE MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. CIRURGIA NO JOELHO DIREITO DO AUTOR AGENDADA. NÃO REALIZAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE ASSINATURA PELO RESPONSÁVEL PELO PACIENTE DO ‘TERMO DE CONSENTIMENTO ESCLARECIDO’. ATO QUE IMPLICA NA FALTA DE AUTORIZAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DO ATO CIRÚRGICO. LICITUDE, ADEMAIS, DA EXIGIBILIDADE DA ASSINATURA DO TERMO DE CONSENTIMENTO. OBRIGAÇÃO DO MÉDICO NA OBTENÇÃO PRÉVIA DO CONSENTIMENTO DO PACIENTE. RAZOABILIDADE DA OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO PELA FORMA ESCRITA. PRÁTICA, ADEMAIS, QUE NÃO É VEDADA PELO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Falta de realização da cirurgia, motivada pelo autor, que não se erige em causa eficiente para a rescisão do contrato que, em princípio, ainda remanesce. Ausência do dever de indenizar por parte das rés. Recusa que reflete exercício regular de um direito (artigo 188, inciso I, do Código Civil). Improcedência da ação reconhecida. APELO das RÊS/PROVIDO, PREJUDICADO o EXAME do RECURSO ADESIVO do AUTOR” (TJSP, Apelação com revisão n. 543.765.4/5, Acórdão n. 3631046, Osasco, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Donegá Morandini, julgado em 12/05/2009, *DJESP* 29/07/2009).

4.4.7 A teoria do risco concorrente e as diversões e os esportes radicais ou perigosos

As diversões e os esportes radicais ou perigosos são fenômenos contemporâneos muito buscados no meio social, principalmente pelos mais jovens. Entre os primeiros, podem ser citados os brinquedos em parques de diversões e o *bungee-jump* (conhecido como *ioiô humano*); entre os últimos, as práticas de paraquedismo, motociclismo, ciclismo, saltos em asa-delta, artes marciais violentas, entre outras. Em todas as situações, o risco ou o perigo são essenciais aos atos ou atividades em si, o que torna corriqueira a incidência do risco concorrente.

Na relação humana estabelecida, percebe-se, de um lado, aquele que oferece o risco e o assume pela sua simples atividade. De outro, está a pessoa que busca o risco por prazer, por diversão, para a prática do esporte ou até mesmo para uma atuação profissional. Entre os últimos, podem ser citados os lutadores profissionais de boxe ou de *Mixed Martial Arts* (*MMA*s), sendo este último um esporte que combina várias artes marciais ao mesmo tempo e que ganha cada vez mais relevo na complexa contemporaneidade esportiva.⁸⁸⁵

Na prática jurisprudencial podem ser encontradas algumas experiências relativas a tais ocorrências contemporâneas. A iniciar pela diversão, colacionam-se julgados de responsabilização dos parques por defeitos nos brinquedos, que causam danos aos usuários. Na maioria das vezes, é incidente a responsabilidade objetiva consumerista, o que deve ser considerado juridicamente correto, eis que o serviço de lazer é abrangido pela Lei Protetiva.⁸⁸⁶ Dois julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo merecem comentários mais profundos, diante das discussões empreitadas relativas à culpa concorrente da vítima.

No primeiro deles, apreciado pela Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal Paulista em 19 de agosto de 2008, foi questionado acidente ocorrido em tobogã de parque aquático.⁸⁸⁷ A apelação do parque de diversões pretendia a diminuição do *quantum*

⁸⁸⁵ O *MMA* – iniciais de *mixed martial arts* ou *artes marciais misturadas* – constitui uma evolução das antigas lutas de *vale-tudo*. Trata-se de fenômeno que explica muito bem o pluralismo pós-moderno. No passado, o boxe era tido como *a luta nobre*, gerando grandes eventos e fazendo girar enorme capital entre os seus apreciadores. Recentemente, foi substituído pela nova modalidade de luta, que, além de utilizar as técnicas do próprio boxe, também faz uso de artifícios de outras artes, como o caratê, o jiu-jitsu, a capoeira, a luta greco-romana, o judô, entre outras. Com isso, percebe-se que a hipercomplexidade contemporânea atingiu também os esportes de combate.

⁸⁸⁶ Por exemplo: TJSP, Acórdão n. 403.134-4/4-00, Araraquara, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 02/02/2006; TJRJ, Acórdão n. 30569/2004, Nova Friburgo, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Fabricio Bandeira Filho, julgado em 03/02/2005; 1º TACSP, Processo n. 1221866-3, 4ª Câmara, Rel. Des. José Benedito Franco de Godoi, julgado em 20/05/2004.

⁸⁸⁷ Trata-se da Apelação Cível n. 327.308-4/5, cuja ementa foi extraída do seguinte modo: “Indenização. Danos morais e materiais decorrentes de acidente em atração de parque de diversões. Ação procedente. Responsabilidade objetiva da ré. Apelação não provida”. O relator da decisão foi o Desembargador Mauricio Vidigal.

debeatur diante da culpa concorrente da vítima que, supostamente, havia desrespeitado as regras de descida no brinquedo, o que lhe ocasionou o dano. A apelação foi improvida pela ausência de prova dessa concorrência, mantendo-se a sentença de condenação integral. Chama atenção o trecho do julgado que analisa a questão dos riscos pela atividade desenvolvida pelo parque, conforme antes apontado.⁸⁸⁸

A segunda ementa do mesmo Tribunal é de 31 de agosto de 2005, mais uma vez envolvendo infortúnio ocorrido em parque de diversões (Apelação Cível com revisão n. 206.263-4/6-00). O julgado é da Oitava Câmara A de Direito Privado, e o relator do acórdão foi o Desembargador André Augusto Salvador Bezerra. De igual modo, o evento foi relacionado a um acidente que se deu em um tobogã em um parque de diversões na cidade de Mogi Mirim, tendo incidido a responsabilidade objetiva do Código do Consumidor. Todavia, a indenização foi reduzida diante da culpa concorrente da vítima, que desceu do brinquedo totalmente embriagado e levando consigo outra pessoa, o que não era permitido. Não se afastou o dever de indenizar, uma vez que os prepostos do parque não impediram o fato que ocasionou o dano. Ademais, o brinquedo não foi fechado mesmo com uma intensa neblina no parque, o que teria caracterizado negligência.⁸⁸⁹ Pela concausalidade presente, fixou-se a indenização em metade do que havia sido pedido pelo demandante.⁸⁹⁰ Com o devido respeito à decisão, poder-se-ia falar em risco concorrente, uma vez que o consumidor tinha plena consciência da possibilidade do infortúnio, conceito melhor adaptado à responsabilização sem culpa consumerista.

Deve ser alertado que, no último caso descrito, o usuário do parque assumiu o risco ao agir em desconformidade com as orientações de uso do brinquedo, o que gerou a

⁸⁸⁸ Vejamos o trecho da decisão do Tribunal de São Paulo em que se faz menção ao risco-proveito e ao risco do empreendimento: “A atividade é de risco e a ré auferia lucros com ela; deve, em consequência, suportar a cobertura dos danos decorrentes. Sua testemunha Alexandre informou que é costumeiro os usuários sofrerem escoriações pelo desempenho de atividades no local. Trata-se, portanto, de risco previsto, não fornecendo os serviços prestados segurança total aos consumidores”.

⁸⁸⁹ Merece relevo o trecho relativo à conclusão da responsabilidade do parque: “Vale dizer que, ainda que não tenha sido realizada perícia no local, a prova dos autos tornou evidente que a empresa apelante não se cercou da necessária segurança, deixando de treinar adequadamente seus funcionários e de colocar corretamente equipamentos de segurança no ‘tobogã’. Sendo assim, ocorrendo o noticiado acidente com o recorrido, em consequência da exploração da atividade, tem a recorrente de arcar com o ônus correspondente aos riscos que assumiu, indenizando a vítima do evento, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República”. Conforme se verifica, mais uma vez, há menção aos riscos que decorrem do empreendimento.

⁸⁹⁰ A ementa do julgado ficou assim elaborada: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização. Danos moral e material. Acidente em brinquedo existente em parque de diversões. Responsabilidade da empresa que explora a atividade como decorrência dos riscos que assumiu e por não tomar as cautelas necessárias para evitar o dano. Inteligência dos artigos 14 do Código de Defesa do Consumidor e art. 5º incisos V e X da Constituição Federal. Culpa recíproca do consumidor considerada. Valor indenizatório devido pela metade. Pedidos parcialmente procedentes. Recurso não provido”.

redução da indenização. De toda sorte, na linha deste estudo, pode-se pensar em redução da indenização pelo simples fato de uso do serviço de diversão arriscada. A estatística de risco – conforme se verá no último tópico deste capítulo – pode auxiliar na determinação do índice de perigo, reduzindo o valor a ser pago de acordo com tal índice, que pode ser percentual ou por meio de fração.

O mesmo raciocínio serve para o *bungee-jump*, cujo uso é tão comum em todo o mundo, em parques de diversão ou fora deles. A responsabilidade daquele que explora o serviço de igual modo deve ser tida como objetiva, mais uma vez pela subsunção do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. E mesmo se esse caminho não fosse percorrido, seria aplicada a *cláusula geral de responsabilidade objetiva*, prevista na segunda parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Para concretizar o tipo, a indenização pode ser reduzida se a vítima fizer manobras arriscadas, assumindo o risco por elas, ou se agir com culpa, em desrespeito a um dever legal ou contratual. Ato contínuo de raciocínio, o simples fato de se procurar o risco pode fazer gerar o *quantum* reduzido, havendo o esclarecimento necessário e assunção ao perigo.

Já no que tange aos esportes radicais, toda a dedução lógica até o presente momento engendrada serve para acidentes que envolvem a prática de paraquedismo. Acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul responsabilizou empresa que explora o serviço pela morte de praticante, com base no risco da atividade. Contudo, a indenização pretendida pelos sucessores da vítima falecida foi reduzida, em um primeiro momento, diante do fato de que o esporte é de risco e foi por ela procurado. Em reforço, como argumento para a redução do *quantum*, ficou demonstrado que a própria vítima tentou fazer manobras arriscadas, mesmo depois de receber a correta orientação, vindo a cair sobre fios de alta-tensão e a falecer.⁸⁹¹ Como se pode notar, o fato de a prática ser de risco foi levado em conta pelo julgado como argumento para a redução da indenização.

⁸⁹¹ Colaciona-se a ementa da decisão: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE COM PARAQUEDAS. CULPA DOS RESPONSÁVEIS PELO CURSO DE INSTRUÇÃO ESTABELECIDO. MORTE DO ALUNO. CULPABILIDADE CONCORRENTE DA VÍTIMA. Incumbe aos responsáveis por cursos de instrução para salto com paraquedas oferecer as condições de segurança à prática do esporte. Caso em que, ainda que reconhecida a eficiência no curso de formação, a vítima, após fazer uma manobra inadequada, chocou-se com uma rede de energia de alta tensão que ficava entre a área principal e a área alternativa de pouso. O evento ‘morte’ da parente dos demandantes evidencia, por si só, os danos morais, justificando-se a fixação do valor de acordo com a intensidade do sofrimento causado, consideradas as circunstâncias do fato, as graves consequências daí advindas, a condição social dos demandantes, dos ofensores, assim como os precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça em situações similares. *Quantum* indenizatório majorado. Pensão alimentícia. Verba devida apenas a quem tenha provado a dependência econômica da vítima. Honorários advocatícios. Critérios de fixação. Nas ações condenatórias, o montante dos honorários advocatícios é calculado, de regra, com base no valor da condenação, *ut* art. 20, § 3º, do CPC. O trabalho desenvolvido pelo causídico e eventual sucumbência parcial incidem na fixação.

A respeito do *rafting* – esporte radical praticado em um barco, que desce em alta velocidade por corredeiras e quedas d’água –, há decisão do Tribunal de Minas Gerais. O julgado afastou o dever de indenizar de empresa que vendeu pacote turístico para a localidade, uma vez que o perigoso passeio constituía um serviço opcional, não incluído na contratação original. A questão foi analisada a partir da suposta incidência da responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, e a solução foi de atribuição de culpa à própria vítima. O final da ementa faz menção expressa aos riscos assumidos exclusivamente pela consumidora, considerando a possibilidade de acidentes no esporte algo previsível.⁸⁹² Houve, em suma, risco exclusivo do consumidor, melhor solução em relação à empresa que vendeu o pacote de turismo. Todavia, se a demanda fosse proposta em face da empresa que explora o serviço de *rafting*, poder-se-ia julgar pelo risco concorrente, com a definição das concausas pelo perigo, fixando-se a indenização por equidade.

Ainda no que concerne aos esportes radicais, do mesmo Tribunal Mineiro há julgamento referente ao rapel, que é a prática pela qual se desce por meio de uma corda nos mais diversos ambientes, tais como pontes e cachoeiras. No caso, houve morte de consumidor, que resolveu aventurar-se mergulhando na cachoeira quando da descida, caindo em um turbilhão de água. Apesar da incidência da responsabilização sem culpa da Lei n. 8.078/1990, os julgadores entenderam pela culpa exclusiva da vítima, que assumiu e

Proveram em parte o apelo dos autores e desproveram o da ré. Unânime” (TJRS, Acórdão n. 70021104179, Porto Alegre, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julgado em 09/10/2008, *DOERS* 12/12/2008, p. 48). Anote-se o seguinte trecho do voto do relator, com menção ao nome da vítima: “Como referido no início da explanação, o esporte procurado por Marina é de risco, o que exige do atleta a observância criteriosa das manobras a serem feitas. Dessa forma, porque feita uma manobra proibida, contribuiu para a tragédia”.

⁸⁹² “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGÊNCIA DE VIAGENS. ‘PACOTE TURÍSTICO’. RESPONSABILIDADE DA CADEIA DE FORNECEDORES. *RAFTING* NO RIO FORMOSO EM BONITO/MS. PASSEIO OPCIONAL. ESPORTE POTENCIALMENTE PERIGOSO. LUXAÇÃO NO COTOVELO. INDENIZAÇÃO. VERBA NÃO DEVIDA. PEDIDOS JULGADOS IMPROCEDENTES. OS FORNECEDORES DE TODA A CADEIA CRIADA PARA COLOCAR NO MERCADO O ‘PACOTE TURÍSTICO’ VENDIDO À CONSUMIDORA SÃO, POR DECORRÊNCIA DE LEI, CONSIDERADOS SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS. PASSEIOS NÃO INCLUÍDOS NO ‘PACOTE’, TODAVIA, NÃO VINCULAM A CADEIA DE FORNECEDORES. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA AGÊNCIA DE VIAGENS QUE VENDEU À CONSUMIDORA/VIAJANTE APENAS A VIAGEM, TRASLADO, HOSPEDAGEM E PASSEIOS OUTROS QUE NÃO INCLUÍAM DESCIDA ÀS CORREDEIRAS DE DETERMINADO RIO. Ainda que haja a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviços à luz do CDC, no caso concreto, por se tratar o *rafting* de modalidade esportiva radical e potencialmente danosa, na há falar em responsabilidade por fato decorrente do choque entre os corpos dos praticantes, cuja ocorrência, vale dizer, mostra-se tão previsível quanto, v.g., a possibilidade de se torcer o tornozelo durante uma partida de futebol” (TJMG, Acórdão n. 1.0024.02.749851-8/001, Belo Horizonte, 16ª Câmara Cível, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, julgado em 09/08/2006, *DJMG* 13/09/2006).

aumentou substancialmente os seus riscos.⁸⁹³ Além dessa exclusividade culposa da vítima, que insistiu em assumir o perigo, a decisão menciona a ausência de nexo de causalidade entre a prática de rapel e os prejuízos suportados pelos autores da ação, pais do acidentado.⁸⁹⁴ Com o devido respeito, nexo de causalidade houve, uma vez que, na responsabilidade objetiva, este é formado pela lei, que qualifica a conduta. Além disso, não se poderia atribuir o risco totalmente ao próprio consumidor, mas também à empresa que explora o serviço. É verdade que, pelas peculiaridades da hipótese, sobretudo pelas condutas irresponsáveis do vitimado, o percentual de risco da empresa seria de pequena monta, talvez próximo a 10% de contribuição para o acidente. Eis aqui mais uma concreção em que a teoria do risco concorrente seria melhor ao consumidor vulnerável, na esteira do que antes foi destacado.

Partindo-se para a verificação de casos relativos a lutas perigosas, em especial as artes marciais, a teoria do risco concorrente mostra-se igualmente como uma solução justa. Anote-se que os principais acidentes ocorrem em academias ou clubes, sendo comum que

⁸⁹³ “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXCURSÃO TURÍSTICA PARA PRÁTICA DE RAPEL. VÍTIMA FATAL. AFOGAMENTO EM CACHOEIRA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA PRESTADORA DE SERVIÇO. EXISTÊNCIA DE EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA. MERGULHO VOLUNTÁRIO EM ÁREA DE TURBILHÃO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NEXO DE CAUSALIDADE AFASTADO. INDENIZAÇÃO. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A empresa prestadora de serviço de ecoturismo tem responsabilidade objetiva nos moldes do CDC. O esporte de rapel não pressupõe mergulho em local de turbilhão de águas, mas apenas descida em paredão de cachoeira, sendo prescindível a prática de natação. Se o participante de excursão, planejada para descida de rapel em cachoeira, se aventura voluntariamente em mergulho em águas turbulentas, dispensando o colete salva-vidas que estava ao seu dispor, vindo a falecer por afogamento, afastada está a responsabilidade da prestadora de serviço, porque inexistente o nexo de causalidade entre a prática esportiva do rapel e o mergulho voluntário. – Recurso conhecido e não provido” (TJMG, Acórdão n. 1.0702.02.008751-7/001, Uberlândia, 17ª Câmara Cível, Rel. Des. Márcia de Paoli Balbino, julgado em 24/08/2006, *DJMG* 21/09/2006).

⁸⁹⁴ Consigne-se o seguinte trecho da decisão: “Restou provado que o filho dos autores se aventurou, após a 1ª descida de rapel, ao nadar no local do turbilhão, quase se afogando e sendo salvo por pessoas que estavam por perto. O que era de se esperar dele, homem adulto de 26 anos e com nível intelectual considerável, era a percepção do perigo do local. Todavia, o exemplo pedagógico do quase afogamento após a 1ª descida não surtiu efeito. Embora advertido pelos instrutores e participantes do grupo, a vítima novamente se aventurou no turbilhão de águas, e se afogou. Com efeito, não foi o fato de não estar usando colete salva-vidas que se afigurou como causa eficiente e determinante do afogamento da vítima, porque o esporte que a ré disponibilizou aos turistas foi o rapel, técnica de descida com cordas em cachoeira, com chegada em base segura, e a chegada em base segura pela vítima está cabalmente provada. O fato é que não restou provado nos presentes autos pelos autores, como era ônus deles, o nexo causal entre a prática do rapel, cujo serviço foi contratado por Luiz Augusto com a ré, e a entrada voluntária da vítima no turbilhão de águas a aproximadamente 20 metros do paredão da cachoeira utilizado para a descida. Além disso, restou provada a culpa exclusiva da vítima, que se aventurou após um quase afogamento no mesmo local, de forma voluntária e imprudente, em águas revoltas, fato este que o levou à morte por afogamento. Se a vítima, contrariando instruções e o raciocínio lógico do perigo da corredeira que levava ao turbilhão de águas a uma distância aproximada de vinte metros da base, conforme prova testemunhal, o que se verifica é que o afogamento deu-se por culpa exclusiva da vítima, e não por negligência dos prepostos da apelada”.

o praticante, antes de iniciar as suas atividades esportivas, assine um termo de responsabilidade em que concorda com o perigo e assume os riscos advindos de tal prática. Podem ser encontrados julgados que responsabilizam objetivamente clubes esportivos por atos de seus prepostos, nos termos do art. 932 do Código Civil de 2002 e do art. 1.521 do Código Civil de 1916.⁸⁹⁵

Até parece factível deduzir, nas situações que envolvem as artes marciais, que a possibilidade de lesão é irresistível, razão pela qual não se poderia falar em dever de reparar.⁸⁹⁶ A conclusão valeria para os eventos de prejuízo ocorridos tanto em academias quanto em lutas profissionais. Todavia, tal interpretação é simplista, sendo melhor percorrer o caminho do risco concorrente para o correto julgamento. Vejamos.

Iniciando-se pelas práticas em academias, em regra, há que se atribuir a assunção do risco ao próprio praticante. Todavia, há risco-proveito por parte daqueles que exploram o serviço, que pode ser tido como de consumo, nos termos dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8.078/1990. Fatores fáticos podem influenciar para aumentar ou diminuir a responsabilidade, que deve ser fixada por equidade. Para ilustrar, se, em uma academia, o professor da arte se excede e machuca um aluno iniciante, o maior percentual de responsabilidade incidirá no agir do mais experiente, respondendo a empresa em tal proporção, pelo vínculo de pressuposição existente. Do mesmo modo, haverá uma responsabilização maior da academia se o professor falha ao colocar um aluno inexperiente

⁸⁹⁵ Para ilustrar: “GOLPE DESFERIDO POR PROFESSOR EM ALUNO DURANTE AULA DE ARTE MARCIAL. VIOLAÇÃO AO DEVER DE VIGILÂNCIA E PROTEÇÃO. IMPRUDÊNCIA CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE DO CLUBE POR ATO DO PREPOSTO. REPARAÇÃO DEVIDA. DANOS MORAIS. DIMINUIÇÃO DO VALOR ARBITRADO. ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não se anula a sentença quando o imediato julgamento da lide não acarreta prejuízo às partes. A demanda julgada antecipadamente prescinde da realização de audiência preliminar. Caracteriza responsabilidade da instituição ato de preposto seu que, em aula de *Taekwondo* desfere golpe em aluno, lesionando-lhe o olho, visto que, mesmo sendo entidade sem fins lucrativos, ao receber o educando, confiado para a prática de esporte, investe-se no dever de guarda e preservação da integridade física e moral daquele, respondendo pelos danos que lhe forem causados durante a permanência no interior do seu estabelecimento. Impõem-se a diminuição do *quantum* indenizatório quando a importância arbitrada a título de danos morais não atender aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, pois na sua fixação deve-se considerar a intensidade da culpa, as circunstâncias dos fatos e a condição econômica das partes envolvidas, de maneira que traga à vítima a justa reparação do prejuízo sofrido, sem lhe gerar enriquecimento ilícito, e, em contrapartida, aplique ao agente causador penalidade pedagógica” (TJMT, RAC n. 14388/2004, Alta Floresta, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Rubens de Oliveira Santos Filho, julgado em 28/06/2004).

⁸⁹⁶ Conforme se extrai de decisão do Tribunal do Paraná: “RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. DANO MATERIAL. PRÁTICA ESPORTIVA. KARATÊ. LESÕES SOFRIDAS DURANTE A AULA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. FORÇA MAIOR. FATO PREVISÍVEL, MAS IRRESISTÍVEL. EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. SENTENÇA REFORMADA. Recurso conhecido e provido. Sem custas, na forma do art. 55, da Lei n. 9.099/95” (TJPR, Recurso n. 20080007122-0/0, Cascavel, Turma Recursal Única, Rel. Juiz Moacir Antonio Dala Costa, *DJPR* 24/11/2008, p. 116).

para lutar, sem este esteja preparado para tanto. Por outra via, se, em uma aula de capoeira, um aluno tenta fazer um salto ou movimento para o qual não está preparado, vindo a se machucar, evidentemente por parte da própria vítima será maior ou exclusiva a assunção do risco.

Por fim, verifica-se que o julgamento se altera no que diz respeito às lutas profissionais. Isso porque se deduz maior experiência de seus participantes, além do proveito que decorre da sua própria atividade, diante dos cachês recebidos pelos lutadores. Pode-se até afirmar que, em regra, há uma divisão igualitária de riscos entre os lutadores e os promotores de evento. Concretizando, uma vez respeitadas e conhecidas as regras do jogo, pode-se falar em uma divisão igualitária dos riscos em três partes, entre os dois lutadores e os organizadores. Ocorrendo o infortúnio pela luta, em geral, a responsabilidade será fixada do mesmo modo. É evidente que, se as regras da luta foram desrespeitadas pelos lutadores, é alterado o índice de risco e, por conseguinte, o dever de reparar. Da obra cinematográfica, a quebra dessas regras pode ser notada no filme *Menina de Ouro*, de 2004, dirigido por Clint Eastwood.

4.4.8 A teoria do risco concorrente e o *recall*

O *recall*, *rechamada* ou *convocação* tornou-se um acontecimento constante no mercado de consumo.⁸⁹⁷ Todos os anos, milhares de empresas convocam os seus consumidores para a troca de peças ou mesmo de todo o produto, visando afastar eventuais danos futuros. Na *mass consumption society* ou sociedade de consumo de massa, as trocas mais comuns são de peças de veículos e de brinquedos infantis.⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ A palavra *recall* está assim traduzida no *Dicionário Aulete*, um dos poucos em que o verbete é encontrado: “Convocação. Em países de língua inglesa e no Brasil, nome do procedimento em que o fornecedor convoca, por meio de anúncios veiculados na imprensa, os compradores de seu produto, quando constatado um defeito de fabricação, a fim de corrigi-lo antes que cause acidente, prejuízo, dano etc. ao consumidor” (Dicionário disponível para os assinantes do sítio *Universo On Line* em: <<http://aulete.uol.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2009).

⁸⁹⁸ Entre os automóveis, conforme notícia veiculada pelo site G1, 2009 foi o ano recorde em *recalls* de veículos no Brasil, com quarenta convocações, de sessenta e cinco modelos, totalizando 697.756 unidades. A reportagem traz um gráfico mostrando os números desde o ano de 2003 – 31 em 2003, 31 em 2004, 31 em 2005, 33 em 2006, 29 em 2007, 33 em 2008 e 40 em 2009 (Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Carros/0,,MUL1382785-9658,00.html>>. Acesso em: 10 dez. 2009). Entre os brinquedos, ficou conhecido mundialmente o caso de *recall* que envolvia o Batman, da Mattel, o qual trazia peça magnética perigosa a crianças (ver notícia, do ano de 2007, em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,mattel-promove-recall-de-mais-de-18-milhoes-de-brinquedos,34593,0.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2009).

Não se pode negar que o ato dos fornecedores de convocar os consumidores é uma ação movida pela boa-fé objetiva, em especial na fase pós-contratual ou pós-consumo. Agem assim os fabricantes movidos pela orientação constante do art. 4º, III, e do art. 6º, II, da Lei n. 8.078/1990.⁸⁹⁹ Não olvidam, do mesmo modo, as normas que vedam aos fornecedores manter no mercado de consumo produtos que saibam ser perigosos (arts. 8º e 10 da Lei Consumerista), bem como o comando que enuncia o dever de informar a respeito dos riscos e perigos relativos aos bens de consumo (art. 9º do CDC).⁹⁰⁰

Anote-se que o dever de retirar do mercado produto perigoso ou nocivo constava expressamente do art. 11 da Lei n. 8.078/1990, norma que foi vetada pelo então Presidente da República.⁹⁰¹ Todavia, conforme aduzem Cláudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem, tal veto não prejudica o dever de se fazer o *recall*, prática que se mostrou até mais efetiva do que a simples retirada do produto.⁹⁰² O que se verifica no *recall* é um ato de convocação dos fornecedores para que os consumidores ajam em colaboração ou cooperação, um dos ditames da boa-fé objetiva.

⁸⁹⁹ Repise-se que o primeiro dispositivo tutela, em termos gerais, a boa-fé objetiva como norte principiológico da política consumerista, *in verbis*: “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]. III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”. Já a segunda norma valoriza a informação como direito básico dos consumidores (“Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]. III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”).

⁹⁰⁰ Entre todas as normas, destaque-se o enunciado do art. 10, § 1º, da Lei n. 8.078/1990: “§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”.

⁹⁰¹ Era a redação da norma vetada: “Art. 11. O produto ou serviço que, mesmo adequadamente utilizado ou fruído, apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade será retirado imediatamente do mercado pelo fornecedor, sempre às suas expensas, sem prejuízo da responsabilidade pela reparação de eventuais danos”. Razões do veto: “O dispositivo é contrário ao interesse público, pois, ao determinar a retirada do mercado de produtos e serviços que apresentem ‘alto grau de nocividade ou periculosidade’, mesmo quando ‘adequadamente utilizados’, impossibilita a produção e o comércio de bens indispensáveis à vida moderna (e.g. materiais radioativos, produtos químicos e outros). Cabe, quanto a tais produtos e serviços, a adoção de cuidados especiais, a serem disciplinados em legislação específica”.

⁹⁰² “A prática destes mais de 10 anos de CDC e a regulamentação pelos decretos acabou suprimindo esta prática e hoje o *recall* administrativo (chamado de ‘voluntário’, pois há termos de compromisso com a empresa), ordenado após processo no Ministério da Justiça (DPDC/SDE), já está assentado e é praticado com grande seriedade e cooperação das empresas, após denúncia de consumidores ou associações ou após processo iniciado *ex officio* pelo DPDC/SDE. Veja a portaria sobre *recall* e as normas administrativas do CDC, arts. 55 e 60, o Dec. 2.181/1997 e a Portaria do Ministério da Justiça 789, de 24.08.2001, que regulamenta a comunicação do *recall* no âmbito federal” (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 252).

Não restam dúvidas de que há um paralelo entre a responsabilidade pós-contratual ou *post pactum finitum* e a prática do *recall*, aplicando-se o princípio da boa-fé nessa fase negocial.⁹⁰³ Tal interação é muito bem delineada por Rogério Ferraz Donnini, para quem “o *recall* evita que o fornecedor suporte uma gama enorme de ações de indenização daqueles que eventualmente sofreriam prejuízos, desde que a substituição do produto nocivo ou perigoso seja realizada de maneira apropriada. O *recall*, assim, não caracteriza uma culpa do fornecedor após a extinção do contrato firmado com o consumidor. Ao contrário. Trata-se de expediente preventivo. Há, em verdade, a antecipação do fornecedor para que o fato que provavelmente sucederia (dano) não se concretize. Embora essa substituição de produto ocorra normalmente após extinto o contrato, inexistente culpa do fornecedor. Não há, destarte, responsabilidade civil do fornecedor, haja vista que o prejuízo ainda não ocorreu. Desde que seja feita a troca da peça avariada de forma adequada, foram os deveres acessórios cumpridos”.⁹⁰⁴

De fato, se há a troca, o dano não estará presente, não se cogitando o dever de indenizar do fornecedor.⁹⁰⁵ Por outra via, se o problema na coisa é anterior ao *recall*, a convocação posterior para a troca evidencia o vício, surgindo a obrigação de reparar do fabricante, com base no Código de Defesa do Consumidor, conforme já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹⁰⁶

⁹⁰³ Conforme foi por este autor observado em outra obra: “Já como exemplo de aplicação da boa-fé objetiva na fase pós-contratual, pode-se elencar: a prática do *recall*, muito comum entre as empresas fabricantes de veículos, que convocam os consumidores para troca de peças, visando a evitar prejuízos futuros” (TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*, cit., p. 224).

⁹⁰⁴ DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.

⁹⁰⁵ Nessa linha vem decidindo a jurisprudência nacional. Do Tribunal do Distrito Federal: “AÇÃO COLETIVA. CDC. ALEGAÇÃO DE RISCOS A CONSUMIDORES. EXPOSIÇÃO A PRODUTOS VICIADOS OU DEFEITUOSOS QUE FORAM OBJETO DE *RECALL*. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. O recolhimento preventivo de brinquedo (*recall*) em face de defeito na concepção ou de componente nocivo à saúde, não gera, por si só, danos morais. Precedentes do STJ” (TJDF, Recurso n. 2007.01.1.110169-4, Acórdão n. 329.335, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Carmelita Brasil, *DJDFTE* 12/11/2008, p. 77). Do Tribunal Gaúcho: “INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONVOCAÇÃO PARA TROCA DE EQUIPAMENTOS ATRAVÉS DE *RECALL*. IMPOSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO DE DANO HIPOTÉTICO OU POTENCIAL. Não há se falar em dano moral ou material em decorrência de convocação da autora para troca de equipamentos em seu veículo através de *RECALL* pela simples preocupação advinda com a ciência do defeito ou pelo não abatimento do valor do carro no momento da compra. Não existe reparação de dano hipotético ou potencial. Além do mais, não há se falar em danos materiais se o preço de venda do veículo foi superior ao preço de compra. Não é qualquer dissabor, ou qualquer incômodo, que dá ensejo à indenização por abalo moral. É preciso se ter em conta, sempre, que não se pode estimular a proliferação da chamada ‘indústria do dano moral’. Apelo improvido” (TJRS, Acórdão n. 70004786117, Porto Alegre, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, julgado em 25/09/2003).

⁹⁰⁶ Vejamos a ementa do julgado do Tribunal Superior: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. VEÍCULO COM DEFEITO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO DO *QUANTUM*. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. Aplicável à hipótese a legislação consumerista. O fato

O problema que se coloca como essencial para o presente estudo ocorre quando o consumidor – avisado ou não – não troca o produto com defeito, vindo a ocorrer o evento danoso. A primeira questão a ser esclarecida é a de que, em casos tais, haverá responsabilidade do fornecedor diante do produto nocivo ou que apresenta riscos. A questão da informação, aqui, é importante para se atenuar a responsabilidade deste. Consigne-se que pode ser encontrada decisão que responsabilizou exclusivamente componente da cadeia de consumo – no caso, o comerciante – por não ter atendido à clara convocação dos consumidores para a troca de produtos.⁹⁰⁷

Ora, se o consumidor não foi devidamente informado – pois os meios de comunicação da *convocação* foram insuficientes ou equivocados –, a responsabilidade do fornecedor será integral, pela soma da colocação de um produto perigoso no mercado com a falha na informação. Com base em norma que consta da Lei n. 8.078/1990, alerte-se que ônus da prova a respeito da comunicação cabe ao fornecedor.⁹⁰⁸

Temática mais intrincada está relacionada à hipótese em que o consumidor é devidamente comunicado do *recall*, o que é provado pelo fornecedor ou decorre das circunstâncias e do bom-senso, mas não o atende, vindo a ocorrer o infortúnio. Vejamos

de o recorrido adquirir o veículo para uso comercial – táxi – não afasta a sua condição de hipossuficiente na relação com a empresa-recorrente, ensejando a aplicação das normas protetivas do CDC. 2. Verifica-se, *in casu*, que se trata de defeito relativo à falha na segurança, de caso em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente (defeito na mangueira de alimentação de combustível do veículo, propiciando vazamento causador do incêndio). Aplicação da regra do artigo 27 do CDC. 3. O Tribunal *a quo*, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, entendeu que o defeito fora publicamente reconhecido pela recorrente, ao proceder ao *recall* com vistas à substituição da mangueira de alimentação do combustível. A pretendida reversão do *decisum* recorrido demanda reexame de provas analisadas nas instâncias ordinárias. Óbice da Súmula 07/STJ. 4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que ‘quanto ao dano moral, não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se a condenação’ (Cf. AGA. 356.447-RJ, DJ 11.06.01). 5. Consideradas as peculiaridades do caso em questão e os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal *a quo*, a título de danos morais, em 100 (cem) salários-mínimos, mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução a quantia certa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 6. Recurso conhecido parcialmente e, nesta parte, provido” (STJ, REsp n. 575.469/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezini, 4ª Turma, julgado em 18/11/2004, DJ 06/12/2004, p. 325).

⁹⁰⁷ Do Tribunal Gaúcho, determinando a responsabilidade do supermercado, que não atendeu à convocação: “CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. Ingestão de produto (toddyinho) que resultou em problemas estomacais. *Recall* publicado para a substituição do produto, não atendido pelo supermercado, o qual possui responsabilidade objetiva. Nexo de causalidade presente. Dano moral *in re ipsa*. Lesão à saúde do consumidor. Dever de indenizar. Dano material representado pelas despesas de aquisição do produto e gastos com atendimento. Sentença de improcedência reformada. Deram provimento ao recurso” (TJRS, Recurso Cível n. 71001416346, Porto Alegre, 1ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Heleno Tregnago Saraiva, julgado em 15/05/2008, DOERS 20/05/2008, p. 106).

⁹⁰⁸ Utiliza-se, com base em uma proximidade fática e no princípio do protecionismo do consumidor, a regra do art. 38 da Lei n. 8.078/1990, que assim enuncia: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

um exemplo. Uma montadora de veículos convoca os consumidores de determinado modelo *popular* a fazerem um reforço no engate do cinto de segurança que, segundo estudos técnico-científicos, apresenta riscos de se soltar em casos de freadas bruscas. Diante da enorme quantidade de unidades do automóvel, o *recall* é anunciado na TV aberta, em jornais, no rádio e na internet. Atendendo ao seu dever de informar, a montadora envia cartas para todos os seus consumidores com aviso de recebimento e mensagens eletrônicas com certificação de leitura pelos destinatários. Determinado consumidor, que foi devidamente avisado do *recall*, conforme prova que pode ser construída pelo fornecedor, resolve não atender à convocação, assumindo os riscos de utilizar o veículo problemático. Em certa ocasião, o consumidor, ao dirigir o seu veículo, freia bruscamente, e o cinto de segurança não consegue segurar o impacto, vindo o motorista a chocar o seu rosto contra o para-brisa. A colisão lhe causa danos materiais, morais e estéticos, o que faz a vítima ingressar com ação indenizatória em face do fabricante do veículo, pela presença do fato do produto (art. 12 do Código de Defesa do Consumidor).

In casu, não se pode afastar o dever de indenizar do fabricante, presente o defeito do produto colocado em circulação. Entretanto, a vítima, ao não atender o *recall*, assumiu o risco, devendo a indenização ser reduzida razoavelmente, de acordo com as circunstâncias. Incidem, na espécie, as normas dos arts. 944 e 945 do Código Civil e a *teoria do risco concorrente*.

Verifica-se, assim, que o risco assumido é a construção mais adequada, uma vez que não se pode atribuir culpa exclusiva ao consumidor ao não atender a convocação. Isso porque não se pode falar em desrespeito a um dever principal legal ou contratual. Em verdade, é até possível alegar violação de um dever anexo por parte do consumidor, no caso, do dever de colaboração ou cooperação. Porém, a ideia de risco concorrente tem melhor *encaixe* no tipo descrito. Na concreção exposta, entende-se que o percentual de risco é maior por parte do consumidor e em menor montante por parte do fornecedor, que procurou minorar as consequências da exposição de outrem ao perigo. Pode-se ainda trabalhar com algumas variações, tais como: 70% de risco do consumidor e 30% de risco do fornecedor. Exemplificando, se a vítima pleiteia no problema descrito reparação integral de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), esta será fixada em valor próximo a R\$ 3.000,00 (três mil reais). Evidencie-se, mais uma vez, que não se pode afirmar que a conclusão pela *teoria do risco concorrente* é contrária aos interesses dos consumidores, pois alguns

julgadores poderiam apontar que, na problematização ora descrita, houve culpa exclusiva da vítima ou do consumidor.

Para finalizar os aspectos relativos ao tema, seguindo a trilha das tentativas anteriores de concreção do presente estudo, a tese da concausalidade pelos riscos demonstra ter efetiva aplicação prática. Mais do que isso, mostra ser razoável e equânime, na linha do preceito máximo de justiça de “dar a cada um o que é seu”. Repita-se que não se pode atribuir a uma das partes, em hipóteses tais, o papel isolado de único causador do evento danoso, o que acaba sendo uma visão maniqueísta e superada, a qual procura dividir a responsabilidade civil em heróis e vilões.⁹⁰⁹ Sintetizando, no caso do *recall*, também é possível dividir as responsabilidades de acordo com as contribuições dos envolvidos no caso concreto, notadamente pelos riscos assumidos.

4.4.9 A teoria do risco concorrente e o cigarro

Para encerrar este estudo, cumpre demonstrar as aplicações práticas da *teoria do risco concorrente* nas questões relativas ao cigarro, ou seja, a responsabilidade civil que decorre do tabagismo. É preciso dizer que, quando o presente estudo foi imaginado, o foi justamente para tentar trazer uma solução viável para o dever de reparar que advém do uso do cigarro. Desse modo, verifica-se que a partir do *caso* foi concebida a presente premissa jurídica.

O tema do tabagismo está no cerne das discussões sociais e jurídicas da contemporaneidade, conforme demonstrado em momentos anteriores deste estudo, sobretudo pelos comentários a notícias jornalísticas. Destacam-se, nesse contexto, as fortes restrições legislativas ao uso do cigarro, especialmente em locais fechados, por uma questão de saúde pública e interesse social. Após a entrada em vigor, no Estado de São Paulo, da Lei n. 13.541/2009, outras unidades da federação resolveram copiar a iniciativa de tal proibição, como é o caso do Rio de Janeiro (Lei n. 5.517/2009).

⁹⁰⁹ Não se filia, portanto, ao entendimento dos advogados Afrânio Affonso Ferreira Neto e Marcelo Dória que, analisando o não atendimento do consumidor ao *recall*, concluem pela culpa ou risco exclusivo por parte do vulnerável da relação negocial. Merecem destaque as seguintes palavras: “Não atender a um procedimento de *recall* significa pôr em risco o próprio consumidor, mas também a sociedade, visto que o acidente poderá envolver terceiros, que relação alguma mantém com o fornecedor. É também, sob tal ótica, um ônus do consumidor, permitir ao fornecedor a solução da imperfeição verificada, sob pena de ser responsabilizado por acidente provocado pelo aludido defeito” (FERREIRA NETO, Afrânio Affonso; DÓRIA, Marcelo. *Recall* e a defesa dos consumidores. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Direito do Consumidor, Nova série, São Paulo: RT, ano 12. n. 24, jul./dez. 2009. p. 21-22). Mais uma vez, insiste-se, fica evidenciado que a solução procurada pela teoria do risco concorrente pode ser favorável aos consumidores.

O que se pode dizer, até o momento de elaboração deste estudo, é que citada *lei antifumo* passou a ter ampla aplicação na cidade de São Paulo. Muito mais do que a fiscalização por parte dos órgãos públicos, os cidadãos e as entidades privadas têm colaborado para sua efetivação. Isso porque a proibição ou o não uso do cigarro parece estar impregnado no senso comum, não só no Brasil mas em todo o Planeta.

A demonstrar tal evidência, a revista *Veja* publicou notícia, em sua edição de 25 de novembro de 2009, com o título “A morte lenta do cigarro”.⁹¹⁰ A reportagem inicia-se com a seguinte constatação mundial, após tratar da realidade brasileira de restrições ao cigarro: “A constatação dos tempos atuais é inequívoca: a moda contra o cigarro, que agora se espalha pelo Brasil, pegou. Pegou nas democracias do Ocidente e, em certos casos, até mesmo em países mais pobres. Em alguns, as restrições são ousadas (Irlanda, 2004: o cigarro é banido até do símbolo nacional, os pubs). E outros são proibições ainda tímidas (República Checa, 2006: começou o veto ao cigarro nas escolas). Há países onde a lei funciona perfeitamente bem (Suécia, 2005: o cigarro sumiu dos locais públicos). Há outros em que é ignorada (Paquistão, 2003: fuma-se até dentro dos órgãos públicos). Apesar das diferenças de ritmo e de intensidade o banimento do cigarro parece inexorável no Ocidente. O melhor exemplo talvez seja a França, a Paris dos cafés, dos maços de Gauloises colocados com o elmo alado dos gauleses outrora invencíveis. Em 1991, entrou em vigor uma lei que baniu o cigarro dos locais públicos e exigia que os restaurantes criassem áreas para não fumantes. Foi francamente ignorada. No ano passado, uma nova lei, mas rígida que a anterior, pegou. O cigarro é a droga mais popular do século XX. Teve a mais espetacular trajetória de um produto no surgimento da sociedade de massas. No apogeu, era símbolo das mais instintivas ambições humanas: a riqueza, o poder, a beleza. No ocaso, virou câncer, dor e morte”.⁹¹¹

Na verdade, parece-nos que a permissão para o uso totalmente livre e indiscriminado do cigarro foi um erro histórico da humanidade, por óbvio influenciado por questões econômicas e pelo poderio político latente das empresas de tabaco. Trata-se de um erro que necessita ser corrigido. A afirmação pode parecer forte, sobretudo para as pessoas que compõem as gerações anteriores. Todavia, para as gerações sucessivas, o erro é perfeitamente perceptível, em especial se for considerada a cultura contemporânea da saúde e do bem-estar de vida (*wellness life*).

⁹¹⁰ REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, Edição 2.140, ano 42, n. 47, 25 nov. 2009, p. 163-166. Reportagem assinada pelo jornalista André Petry, de Nova York, Estados Unidos da América.

⁹¹¹ REVISTA VEJA. São Paulo: Abril, Edição 2.140, ano 42, n. 47, 25 nov. 2009, p. 163.

Tal engano da humanidade foi constatado pelo sociólogo Sérgio Luís Boeira, em sua obra *Atrás da cortina de fumaça*.⁹¹² Ao analisar a questão histórica, o pesquisador aponta para o fato de que a “expansão da manufatura de tabaco acentua globalmente após a Independência dos EUA. Primeiro, porque mesmo durante a guerra de independência os europeus incrementam a importação de fumo da América Latina e do Caribe e promovem o cultivo em outras regiões – como Áustria, Alemanha, Itália e Indonésia. Segundo, porque após a libertação estadunidense, a Inglaterra perde o monopólio da fabricação de pastilhas, rapé, cigarros e tabaco de pipa. Este fato provoca o surgimento de fábricas, ainda que rudimentares, baseadas na manufatura, e não em máquinas”.⁹¹³ Mais à frente, demonstra o sociólogo que o cigarro tornou-se substancialmente popular na segunda metade do século XIX, estimulado o seu uso pela urbanização e pelo ritmo de vida da modernidade e do capitalismo, fortemente influenciado pelo modo de vida norte-americano (*American way of life*).⁹¹⁴ No século XX, incrementou-se o desenvolvimento concreto e efetivo das indústrias de tabaco, sobretudo americanas e britânicas, ocorrendo também, nesse período, o surgimento dos primeiros estudos relativos aos seus males.⁹¹⁵

O pesquisador destaca que os movimentos antitabagistas e antifumo cresceram significativamente na segunda metade do século, encontrando o seu apogeu na virada para o século XXI e no seu início, conforme já demonstrado. Na década de 1990, as entidades públicas de saúde descobriram que as próprias empresas de cigarro haviam documentado os graves males do produto, não revelando tais dados, por óbvio, para a sociedade.⁹¹⁶ É

⁹¹² BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. Tese – (Doutorado) Itajaí: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. Trata-se de tese de doutorado da área de ciências humanas, defendida perante a Universidade Federal de Santa Catarina.

⁹¹³ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 48.

⁹¹⁴ A respeito desse período, expõe o sociólogo: “Fumar cigarros torna-se mais prático do que fumar charuto ou cachimbo, o que induz muitos à experimentação e possivelmente ao hábito ou vício” (BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 51).

⁹¹⁵ “O governo dos Estados Unidos publica em 1964 um relatório de grande impacto na opinião pública e, em 1972, aprofunda a investigação sobre os riscos do tabagismo e estabelecendo uma relação entre tabaco e várias enfermidades graves (Fritscheler, 1975). Publicações do serviço público de saúde dos EUA provocam recuo nas vendas. A dinâmica entre produção e consumo torna-se mais complexa. Entre 1900 e 1950, as vendas de cigarros nos EUA somente deixam de superar as do ano anterior em quatro ocasiões, enquanto que entre 1950 e 1977 isto ocorre sete vezes. Depois de 1964 – portanto, na transição do capitalismo organizado para o capitalismo dito desorganizado –, quase todas as firmas do setor se dedicam a operações tanto no exterior como no mercado interno” (BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 56).

⁹¹⁶ Vejamos o teor da pesquisa de Sérgio Boeira: “Em meados da década de 1990, os órgãos públicos de saúde descobrem que desde a década de 1950, há, nos laboratórios das empresas fumageiras, pesquisa científica sigilosa e em profundidade sobre os efeitos do tabagismo. Obra capital neste sentido é *The Cigarette Papers*, que tende a ser reconhecida como um marco na história da luta antitabagista – embora

interessante pontuar que muitos julgadores utilizam a existência de tais documentos como argumento para as decisões, apesar de os *cultuadores do cigarro* ignorarem ou negarem a existência de tais estudos.

Para demonstrar a magnitude desse grave *engano humano*, Sérgio Boeira faz profunda análise dos efeitos biomédicos e epidemiológicos do consumo do cigarro, o que não deixa qualquer dúvida a respeito dos males do produto, diante das inúmeras fontes interdisciplinares pesquisadas.⁹¹⁷ Assim, a partir das conclusões divulgadas pela Organização Mundial da Saúde, evidencia-se que o cigarro constitui um *fator de risco de danos à saúde*.⁹¹⁸ O entendimento das entidades médicas é no sentido de que *não existe consumo regular de tabaco isento de risco à saúde*.⁹¹⁹ Os estudos demonstram que há 4.720 substâncias tóxicas na composição do cigarro, sendo 70 delas causadoras de câncer. E mais, a respeito dessa doença: “A participação do tabagismo como fator de risco é bastante elevada, em alguns casos, inclusive tornando ineficaz a quase totalidade dos tratamentos médicos que excluam a superação do vício”.⁹²⁰

Há duas tabelas bem interessantes apresentadas por Sérgio Boeira em sua obra. A primeira demonstra os tipos de câncer mais comuns e o percentual de doentes que são fumantes. Vejamos: câncer de pulmão, 80% a 90% são fumantes; câncer nos lábios, 90%; na bochecha, 87%; na língua, 95%; no estômago, 80%; nos rins, 90%; no tubo

seja limitada teórica e metodologicamente pelo paradigma disjuntor-redutor. O que Glanz e sua equipe chamam de irresponsabilidade e maneira enganosa é basicamente o fato de que a indústria mantém em segredo pesquisas científicas que contrariam frontalmente os seus próprios discursos públicos, tendo sido comprovadas alterações e supressões de trechos considerados perigosos para a imagem pública das empresas. Tais documentos da BAT e Brown & Williamson reconhecem que o tabagismo é causa determinante de uma variedade de doenças – e por isso mesmo, durante vários anos, os empresários investiram em pesquisas para identificar e remover toxinas específicas encontradas na fumaça de cigarros” (BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 426). As denúncias relativas aos documentos da Brown & Williamson estão relatadas no filme de Michael Mann, *O Informante* (1999).

⁹¹⁷ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 79-91. A relação entre cigarro e certas doenças, tais como câncer no pulmão, bronquite crônica, enfisema pulmonar, doenças coronarianas, acidentes vasculares cerebrais, *doença de Buerger (tromboangeíte)* – obstrução de artérias e veias de pequeno e médio calibre), impotência sexual, calvície e irritações na vias superiores, também pode ser encontrada em: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 43-59.

⁹¹⁸ “As médias estatísticas podem mostrar sinteticamente a importância deste ou daquele fator de risco, sendo portanto muito úteis como instrumento de políticas de saúde pública. Enquanto o modelo biomédico fornece a base conceitual para o conhecimento específico das substâncias, a estatística constitui-se como um dos pilares da epidemiologia – sendo as ciências biológicas e as ciências sociais os outros dois, na análise da saúde pública” (BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 80).

⁹¹⁹ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 82.

⁹²⁰ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 86.

digestivo (da boca ao ânus), 80%. A segunda tabela expõe os principais tipos de câncer no mundo, destacando-se em negrito aqueles têm relação com o tabagismo, a saber: 1º) **câncer de pulmão**; 2º) **câncer de estômago**; 3º) **intestino**; 4º) fígado; 5º) mama; 6º) **esôfago**; 7º) **boca**; 8º) colo do útero; 9º) próstata; 10º) bexiga.⁹²¹

Ora, a tabela comparativa exposta já tem condições técnicas de afastar a tese da impossibilidade de prova do nexo de causalidade nas ações de responsabilidade civil fundadas no câncer decorrente do tabagismo, conforme prega parte considerável da doutrina e da jurisprudência, e cujos argumentos serão devidamente rebatidos. Nos casos dos males destacados, não há dúvida de que é possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre a colocação de um produto tão arriscado no mercado – no caso, o cigarro – e os danos causados aos seus consumidores.

Como forte e contundente tática ao consumo utilizada pelas empresas de tabaco, destaca-se sobremaneira o papel que a publicidade e os meios de *marketing* sempre exerceram para *seduzir* ao uso do produto, levando as pessoas à experimentação e, conseqüentemente, ao vício. Para a devida pesquisa, este autor compareceu à exposição *Propagandas de cigarro – como a indústria do fumo enganou você*, com mostra de cartazes e vídeos relativos à publicidade do cigarro nos séculos XIX e XX. A exposição foi realizada na cidade de São Paulo, na Livraria Cultura do Conjunto Nacional, entre os dias 15 e 26 de outubro de 2009.⁹²²

Entre as diversas peças das campanhas publicitárias da época, de início, cumpre destacar aquelas que têm relações com os temas familiares e a criança. Não deixa de chocar o cartaz em que aparece um bebê de colo dizendo à mãe: “Nossa, mamãe, você certamente aprecia o seu Marlboro!”.⁹²³ Na mostra, foram expostas também peças de publicidade em

⁹²¹ BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica, cit., p. 86.

⁹²² Assim foi descrita a mostra pela própria Livraria Cultura, com menção à origem dos seus estudos: “A mostra ‘Propagandas de Cigarro – Como a indústria do fumo enganou você’ chega ao Brasil no dia 15 de outubro, após grande sucesso de público nos Estados Unidos, e fica em cartaz no espaço de exposições da Livraria Cultura do Conjunto Nacional até 26 de outubro. O público poderá ver 63 peças publicitárias em prol do cigarro produzidas entre os anos 1920 e 1950 (impressas e para TV) nos EUA e coletadas pelos médicos Robert K. Jackler e Robert N. Proctor, professores da Universidade de Stanford. Fazem parte do acervo diversas peças mantidas hoje no Smithsonian Institution. A exposição, realizada no Brasil com exclusividade pela agência de publicidade Nova S/B, mostra como a indústria do tabaco manipulou a propaganda para esconder os efeitos nocivos do cigarro. Em um exemplo claro dessa estratégia para atingir a jovens, chegava-se a usar imagens de bebês, crianças, artistas e até de um Papai Noel fumando, além de envolver o prestígio de médicos e a divulgação de pesquisas pseudocientíficas” (Disponível em: <<http://www.livrariacultura.com.br/scripts/eventos/resenha.asp?nevento=175&tipoEvento=exposicao&sid=011&k5=1F408A07&uid=>>>. Acesso em: 18 dez. 2009). Demais informações a respeito de tais estudos e da exposição, inclusive com as peças publicitárias, podem ser colhidas no site: <<http://tobacco.stanford.edu>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

⁹²³ Imagem disponível em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

que crianças distribuem caixas de maços de cigarro aos pais. Ainda no que concerne a temas da família, produtos como o *Lucky Strike*, o *Pall Mall* e o *Murad* associavam as suas marcas à figura do Papai Noel, que aparecia fumando em suas campanhas de vendas.

É bem conhecida a relação do cigarro com ídolos do cinema e do esporte. Na exposição visitada, foram encontrados cartazes publicitários de cigarro com figuras como Lucile Ball, Eva Garbor, o Gordo e o Magro, John Wayne, Frank Sinatra, Ronald Reagan (à época, ator), Babe Ruth (um dos principais ídolos do beisebol no século passado) e Frank Gifford (jogador de futebol americano, em 1957 um jovem fumante do *Lucky Strike*), entre outros.⁹²⁴ Nas últimas décadas do século XX, inclusive no Brasil, muitas marcas estabeleciam correlação entre cigarro e esporte, como a marca Hollywood, que explorava os emergentes esportes radicais com o mote: “o sucesso”.

Além disso, as empresas de cigarro também buscavam relacionar o produto a supostos estudos científicos – ou *pseudocientíficos*, conforme se verificou na exposição. Assim, profissionais da saúde supostamente aprovavam o cigarro. Diz-se *supostamente* porque os médicos e profissionais que apareciam nas imagens não eram reais, mas, sim, figuras criadas tão somente para as campanhas de oferta ao público.⁹²⁵

Por fim, a respeito das campanhas de publicidade anteriores, a mostra visitada demonstra que algumas marcas enunciavam até que o cigarro fazia bem à saúde. Mais uma vez entravam em cena estudos falsos e manipulados, com o intuito de enganar os consumidores, levando-se à experimentação ou à continuidade do uso do cigarro.⁹²⁶ O ato de fumar era associado ao bom-senso, tanto que se enunciava que os formadores de opinião fumavam, caso dos educadores e cientistas.⁹²⁷

⁹²⁴ Imagens disponíveis em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

⁹²⁵ Podem ser destacados os seguintes lemas relativos a temas científicos: “20.679 médicos afirmam que LUCKY STRIKE irrita menos”; “A ciência descobriu: você pode provar ALWAYS Milder”; “Dentistas recomendam VICEROYS”; “Mais médicos fumam CAMELS do que outros cigarros” (Imagens disponíveis em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009). Da exposição foi anotada a seguinte observação constante em cartaz que a compunha, ainda relativa a questões da classe científica: “A RJ REYNOLDS distribuiu gratuitamente maços de CAMEL a médicos durante convenções. Ao saírem, os médicos eram questionados sobre qual marca de cigarro levavam em seus bolsos. Os resultados dessas pesquisas eram usados em anúncios”.

⁹²⁶ Vejamos alguns “motes saudáveis” encontrados em publicidades que compõem a mostra visitada: “CAMEL nunca causa estresse”, “SALEM é refrescante como a primavera”, “CAMELS é bom para o estresse”, “Garganta sensível? Fume KOLL”, “Para manter um corpo esbelto, LUCKY STRIKE”, “Encare os fatos. Quando sentir vontade de escapar da dieta, alcance um LUCKY” (Imagens disponíveis em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009).

⁹²⁷ Outra frase interessante encontrada no estudo da Universidade de Stanford: “Por toda a América, mais cientistas e educadores fumam KENT com filtros micronite”. Há até indicações do cigarro para tratamentos médicos: “DR. BATTY. Para a sua saúde. Cigarros para asma. Desde 1882. Tratamento efetivo para asma, rinite, falta de ar, doenças da garganta. *Não recomendado para crianças abaixo de 6 anos” (Imagens disponíveis em: <<http://lane.stanford.edu/tobacco/index.html>>. Acesso em: 18 dez. 2009).

Todas essas publicidades foram veiculadas em momentos históricos em que ainda não estavam amplamente difundidos os terríveis males do cigarro. E as empresas de tabaco aproveitaram-se muito bem desse fato, introduzindo o ato de fumar no *DNA social* de algumas gerações. Atualmente, tais campanhas contrastam com a obrigatoriedade de propagação de ideias antitabagistas, que constam dos maços, o que inclui o Brasil.⁹²⁸ Na contemporaneidade, podem ser notadas nos maços fotos e imagens de doentes terminais de câncer, de fetos mortos, de pessoas com membros amputados, de mulheres com peles envelhecidas, de homens inconformados com a impotência sexual, entre outros – tudo em relação causal com o hábito de fumar. O Ministério da Saúde brasileiro há tempos adverte sobre os males do cigarro, conforme orientação do art. 220, § 4º, da Constituição Federal de 1988.⁹²⁹ Anote-se, por oportuno, que a comparação a respeito da informação é fundamental para este estudo, a fim de se verificar a questão da assunção do risco pelo fumante, incidindo de forma diversificada na *teoria do risco concorrente*.

⁹²⁸ No Brasil, foi a Resolução RDC n. 104, de 31 de maio de 2001, da Agência Nacional da Vigilância Sanitária (Anvisa), a primeira norma a impor que: “Art. 1º Todos os produtos fumígenos derivados do tabaco, conterão na embalagem e na propaganda, advertência ao consumidor, sobre os malefícios decorrentes do uso destes produtos. § 1º Entende-se por embalagem, os maços, carteiras ou box, pacotes, latas, caixas e qualquer outro dispositivo para acondicionamento dos produtos que vise o mercado consumidor final. § 2º Entende-se por propaganda, os pôsteres, painéis e cartazes afixados na parte interna dos locais de venda”. A norma foi alterada pela Resolução RDC n. 14, de janeiro de 2003, e revogada pela Resolução RDC n. 335, de 21 de novembro de 2003, atualmente em vigor, com algumas alterações de redação. Entre as modificações, destaca-se o intuito mais agressivo das campanhas de conscientização, merecendo destaque o art. 2º da nova resolução, que assim enuncia: “Art. 2º Para os produtos fumígenos derivados do tabaco, as advertências abaixo transcritas serão usadas de forma simultânea ou sequencialmente rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, de forma legível e ostensivamente destacada, e serão acompanhadas por imagens, todas precedidas da afirmação ‘O Ministério da Saúde Adverte’: 1. Esta necrose foi causada pelo consumo do tabaco. 2. Fumar causa impotência sexual. 3. Crianças que convivem com fumantes têm mais asma, pneumonia, sinusite e alergia. 4. Ele é uma vítima do tabaco. Fumar causa doença vascular que pode levar à amputação. 5. Fumar causa aborto espontâneo. 6. Ao fumar você inala arsênico e naftalina, também usados contra ratos e baratas. 7. Fumar causa câncer de laringe. 8. Fumar causa câncer de boca e perda dos dentes. 9. Fumar causa câncer de pulmão. 10. Em gestantes, fumar provoca partos prematuros e o nascimento de crianças com peso abaixo do normal”.

⁹²⁹ CF/1988. “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. Regulamentando o Texto, a Lei n. 9.294/1996 trata das restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas. Curioso verificar que o art. 2º da norma já era expresso nos seguintes termos: “É proibido o uso de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou de qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente”. Eis um exemplo de uma lei que não teve a efetividade prática devida, por diversos fatores, notadamente por questões culturais. Em verdade, as leis municipais e estaduais do século XXI têm mostrado mais efetividade do que a citada lei federal.

Pois bem, repise-se que o tabagismo está na ordem do dia dos debates jurídicos da pós-modernidade, sejam eles travados no âmbito doutrinário ou jurisprudencial. Quanto aos julgados, as decisões a respeito do tema no Brasil começaram a surgir na última década do século passado, notadamente em ações propostas pelos próprios fumantes ou por seus familiares, em casos de morte. Esses julgados anteriores – e que ainda predominam – são no sentido de se excluir a responsabilidade civil das empresas de cigarros pelos males causados aos fumantes, por meio de vários argumentos.⁹³⁰

Os julgados de improcedência reproduziram-se de modo significativo na entrada do século XXI, sendo pertinente destacar alguns de seus argumentos para que sejam devidamente rebatidos por este estudo, que propõe a aplicação da *teoria do risco concorrente* para a problemática do cigarro.

⁹³⁰ Para ilustrar, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, do ano de 1999, ao aplicar a prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor, bem como a culpa exclusiva da vítima: “RESPONSABILIDADE CIVIL DE FABRICANTE. TABAGISMO. DOENÇA INCURÁVEL. DANO MORAL. PEDIDO GENÉRICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EXTINÇÃO DA AÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E ESTÉTICO. LARINGECTOMIA DECORRENTE DE USO DE CIGARRO. Agravo de instrumento contra decisão, proferida em audiência, que rejeitou as preliminares de inépcia da inicial e de prescrição, como também indeferiu expedição de ofícios aos hospitais e médicos que trataram do autor e designou prova pericial médica. Provimento. Nas ações de indenização por dano moral, o pedido há de ser certo e determinado, assim como o valor da causa deve ser declarado pelo autor. Vulnerabilidade do princípio do contraditório pelo entendimento contrário. Hipótese que não encontra amparo para formulação de pedido genérico. Inteligência do CPC, 286. Aplicação do CPC, 284. Prescrição. Pedido baseado na Lei n. 8079/90. Prescrição quinquenal. Aplicação do art. 27 CDC. *Dies a quo* contado do dano e do conhecimento do autor dele. Fato notório, há mais de 5 anos da propositura da ação, de que o tabagismo é um dos maiores responsáveis pelo câncer na laringe. Extinção do processo, com julgamento do mérito. Aplicação do CPC, 269, IV” (TJRJ, Agravo de Instrumento n. 3350/1999, Rio de Janeiro, 13ª Câmara Cível, Rel. Des. Julio Cesar Paraguassu, julgado em 25/11/1999). Do mesmo Tribunal, também de 1999, concluindo pela inexistência de nexo de causalidade, diante da licitude da atividade da empresa que desenvolve a atividade: “RESPONSABILIDADE CIVIL DE FABRICANTE. TABAGISMO. MORTE. NEXO DE CAUSALIDADE. INEXISTÊNCIA. ART. 1.060. C. CIVIL DE 1916. RESSARCIMENTO DOS DANOS. REFORMA DA SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL. Ação ajuizada pela mulher, dois filhos e pelo pai de falecido sob alegação de morte por tabagismo pleiteando 3.000 salários-mínimos para cada um por dano moral além de pensões para os primeiros. Pedido dos três primeiros julgado parcialmente procedente e improcedência do pedido do quarto autor. Paciente que chega morto no posto de assistência médica. Embora recomendada, não foi realizada autópsia. Não obstante, o médico que preenche a declaração de óbito, constando ter examinado o corpo, lança como *causa mortis* o enfarte agudo do miocárdio e cardiopatia hipertensiva sendo acrescentado tabagismo na certidão de óbito, irregularmente quando deveria constar na declaração ‘causa indeterminada’ ou ‘morte súbita’ tornando inevitável a autópsia. Histórico médico apontando numerosos fatores de risco no paciente. Hipertensão grave, hipertrofia do ventrículo esquerdo, doença coronariana, personalidade estressada, vida sedentária, além de inúmeras recomendações não atendidas para reduzir e parar o hábito do fumo ou ainda de observar medicação recomendada para hipertensão. Inexistência de anotação relativa a enfisema que tem maior incidência entre fumantes. Teoria da interrupção do nexo causal, adotada pela sistemática de nosso Código Civil. Art. 1.060. Omissão e equívocos da sentença. Prova produzida fora dos autos. Interpretação errônea e oposta a afirmação de trabalho médico invocado. Inocorrência de atividade ilícita da ré. Inexistência de propaganda enganosa. Licitude da atividade e controle da publicidade pelo estado. Inexistência de qualquer modalidade ou nível de culpa atribuível a atividade da empresa ré. Inexistência manifesta de nexo causal. Pareceres dos mestres da medicina e de comunicações. Procedência do apelo da empresa. Improcedência do apelo do pai. Reforma de sentença. Improcedência do pedido” (TJRJ, Acórdão n. 58/1998, Rio de Janeiro, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. João Spyrides, julgado em 23/03/1999).

Conforme já se demonstrou, há decisões que expressam a inexistência de nexo de causalidade entre o consumo do produto e os danos à saúde suportados, sendo esse o principal argumento acolhido pelos julgadores.⁹³¹

Existem acórdãos de improcedência da demanda que apontam para a ausência de ilicitude ao se comercializar o cigarro, havendo um exercício regular de direito por parte das empresas, o que não constitui ato ilícito, pelas dicções do art. 188, I, do CC/2002 e do art. 160, I, do CC/1916.⁹³² Podem ser colacionados ainda os tão mencionados julgamentos que atribuem culpa exclusiva à vítima, a excluir a responsabilidade do fornecedor.⁹³³ Nesta última linha, há decisões de rejeição do pedido reparatório que se fundam no *livre arbítrio de fumar* ou de parar de fumar.⁹³⁴

⁹³¹ Concluindo pela ausência de nexo causal: TJSC, Acórdão n. 2005.034931-6, Criciúma, Câmara Especial Temporária de Direito Civil, Rel. Des. Domingos Paludo, *DJSC* 18/12/2009, p. 453; TJMG, Apelação Cível n. 1.0596.04.019579-1/0011, Santa Rita do Sapucaí, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Unias Silva, julgado em 16/09/2008, *DJEMG* 07/10/2008; TJRJ, Acórdão n. 34198/2004, Rio de Janeiro, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Helena Bekhor, julgado em 22/03/2005; TJSP, Acórdão com revisão n. 268.911-4/8-00, Itápolis, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maury Ângelo Bottesini, julgado em 28/11/2005; TJRS, Acórdão n. 70005752415, Porto Alegre, 5ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Marta Borges Ortiz, julgado em 04/11/2004.

⁹³² Pela ausência de ilicitude na comercialização do cigarro e pela presença de um exercício regular de direito: TJDF, Recurso n. 2001.01.1.012900-6, Acórdão n. 313.218, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Fábio Eduardo Marques, *DJDFTE* 14/07/2008, p. 87; TJSP, Acórdão n. 283.965-4/3-00, São Paulo, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Justino Magno Araújo, julgado em 15/12/2005.

⁹³³ Tratando expressamente da culpa exclusiva, merece destaque, pelos argumentos *supostamente sedutores*: “TABAGISMO. PROPAGANDA ENGANOSA. RESPONSABILIDADE CIVIL DE FABRICANTE. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Responsabilidade civil. 2. Danos materiais e morais. 3. Tabagismo. Uso prolongado de cigarros. 4. Propaganda enganosa. 5. Antes da Constituição Federal de 1988, não havia norma legal sobre o fumo, tema encartado no art. 220 da nova Carta Política, remetendo a regulamentação para Lei ordinária, que deveria ter sido editada em doze meses, conforme art. 65 do ADCT, mas que só veio a lume em 1996, sob o número 9294. 6. De longa data, há décadas, são conhecidos os efeitos negativos do hábito de fumar, socialmente aceito e incentivado. 7. A partir da vigência da nova Carta Magna os fabricantes passaram a divulgar alertas destacando os perigos à saúde, e a propaganda negativa se tornou mais intensa a partir das regras genéricas do Código de Defesa do Consumidor, intensificando-se após a Lei específica, sempre obedecido o ordenamento jurídico pelas empresas do ramo. 8. A industrialização, comercialização e propaganda do tabaco são atividades lícitas e regulamentadas. 9. *Fumar, e manter-se fumante, é escolha pessoal, correndo o interessado os riscos, posto que insistentemente alertado por frenética e permanente campanha contrária.* 10. *Culpa exclusiva do consumidor, pelos eventuais malefícios experimentados.* 11. De outro lado, ausência de comprovação efetiva do nexo causal, assim como de utilização exclusiva dos produtos da ré. 12. Sentença que merece prestígio. 13. Recurso improvido” (grifos do autor) (TJRJ, Acórdão n. 2005.001.40350, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario dos Santos Paulo, julgado em 07/02/2006). Na mesma linha: TJPR, Apelação Cível n. 0569832-6, Curitiba, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. José Augusto Gomes Aniceto, *DJPR* 25/09/2009, p. 369 e TJSC, Acórdão n. 2005.021210-5, Criciúma, 4ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. José Trindade dos Santos, *DJSC* 02/06/2008, p. 109.

⁹³⁴ A respeito do livre-arbítrio de fumar, em uma perspectiva liberal: “RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE POR DOENÇA SUPOSTAMENTE PROVOCADA PELO CONSUMO PROLONGADO DE CIGARROS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE DEVER JURÍDICO. PRETENSÃO DESCABIDA. Se o fabricante de cigarros não violou qualquer dever jurídico que, antes e depois da Constituição de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor, lhe fosse exigível, descabido responsabilizá-lo por danos decorrentes do vício do tabagismo. ‘Em última instância, toda a problemática assenta-se nas seguintes verdades: As pessoas começam a fumar porque querem, estando cientes dos riscos associados ao consumo de cigarros; como se não bastasse, sabem que fumar implica

Sem falar das ementas que julgam, no mérito, a improcedência por prescrição da pretensão do autor da demanda.⁹³⁵

Por óbvio, também existem julgados de condenação das empresas de cigarros, sendo certo que decisões nesse sentido tiveram um crescimento neste século que se inicia em nosso país.

Entre as decisões de procedência, cumpre destacar a notória e primeva decisão do Tribunal Gaúcho, do ano de 2003, com ementa bastante elucidativa, inclusive a respeito de questões históricas relativas ao cigarro.⁹³⁶ Como fortes e contundentes argumentos sociológicos e jurídicos, constam do corpo da decisão:

“É fato notório, cientificamente demonstrado, inclusive reconhecido de forma oficial pelo próprio Governo Federal, que o fumo traz inúmeros malefícios à saúde, tanto à do fumante como à do não fumante, sendo, por tais razões, de ordem médico-científica, inegável que a nicotina vicia, por isso que gera dependência química e psíquica, e causa câncer de pulmão, enfisema pulmonar, infarto do coração entre outras doenças igualmente graves e fatais. A indústria de tabaco, em todo o mundo, desde a década de 1950, já conhecia os males que o consumo do fumo causa aos seres humanos, de modo que, nessas circunstâncias, a conduta das empresas em omitir a informação é evidentemente dolosa, como bem demonstram os arquivos secretos dessas empresas, revelados nos Estados Unidos em ação judicial movida por estados norte-americanos contra grandes empresas transnacionais de tabaco, arquivos esses que se contrapõem e desmentem o posicionamento público das empresas, revelando-o falso e doloso, pois divulgado apenas para enganar o público, e demonstrando a real orientação das empresas, adotada internamente, no sentido de que sempre tiveram pleno conhecimento e consciência de todos os males causados pelo fumo. E tal posicionamento público, falso e doloso, sempre foi historicamente sustentado por maciça propaganda enganosa, que reiteradamente associou o fumo a imagens de beleza, sucesso, liberdade, poder, riqueza e inteligência, omitindo, reiteradamente, ciência aos usuários dos malefícios do

diversos riscos para a saúde e ainda assim fumam’ (Arnaldo Rizzardo)” (TJSC, Acórdão n. 2005.029372-7, Criciúma, 2ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Newton Janke, *DJSC* 27/11/2008, p. 72). Na mesma linha, tratando do livre-arbítrio, ver: TJSP, Apelação com revisão 270.309.4/0, Acórdão n. 4012392, Cotia, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, julgado em 20/08/2009, *DJESP* 14/09/2009 e TJRS, Acórdão n. 70022248215, Porto Alegre, 10ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, julgado em 28/02/2008, *DOERS* 27/05/2008, p. 30.

⁹³⁵ Analisando a questão da prescrição, notadamente a incidência do art. 27 do CDC, que prevê um prazo prescricional de cinco anos para os casos de acidentes de consumo, ver: STJ, REsp n. 1.036.230/SP, Processo n. 2008/0044917-3, 3ª Turma, Rel. Des. Convocado Vasco Della Giustina, julgado em 23/06/2009, *DJE* 12/08/2009 e TJPR, Apelação Cível n. 0394190-8, Maringá, 5ª Câmara Cível, Rel. Juiz Convocado Vitor Roberto Silva, *DJPR* 30/11/2007, p. 75.

⁹³⁶ Vejamos a parte principal da ementa, que é bem longa: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TABAGISMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA FAMÍLIA. RESULTADO DANOSO ATRIBUÍDO A EMPRESAS FUMAGEIRAS EM VIRTUDE DA COLOCAÇÃO NO MERCADO DE PRODUTO SABIDAMENTE NOCIVO, INSTIGANDO E PROPICIANDO SEU CONSUMO, POR MEIO DE PROPAGANDA ENGANOSA. ILEGITIMIDADE PASSIVA, NO CASO CONCRETO, DE UMA DAS CORRÉS. CARACTERIZAÇÃO DO NEXO CAUSAL QUANTO À OUTRA CODEMANDADA. CULPA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DECORRENTE DE OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA, CARACTERIZANDO-SE A OMISSÃO NA AÇÃO. APLICAÇÃO, TAMBÉM, DO CDC, CARACTERIZANDO-SE, AINDA, A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA” (TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003). A ilegitimidade reconhecida se refere a uma das marcas de cigarro (Souza Cruz), pois não foi comprovado o uso de seus produtos.

uso, sem tomar qualquer atitude para minimizar tais malefícios e, pelo contrário, trabalhando no sentido da desinformação, aliciando, em particular os jovens, em estratégia dolosa para com o público, consumidor ou não.”⁹³⁷

Tal importante acórdão concluiu pela presença do nexo de causalidade entre a atividade de se colocar o produto no mercado e os danos sofridos pela vítima e por seus familiares, “porquanto fato notório que a nicotina causa dependência química e psicológica e que o hábito de fumar provoca diversos danos à saúde, entre os quais o câncer e o enfisema pulmonar, males de que foi acometido o falecido, não comprovando, a ré, qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores (art. 333, II, do CPC)”. A decisão atribui culpa à empresa pela omissão e negligência na informação, nos termos do art. 159 do CC/1916 (responsabilidade subjetiva). Ato contínuo, deduz ser a sua conduta violadora dos deveres consubstanciados nas máximas latinas de *neminem laeder e suum cuique tribuere* – “não lesar a ninguém” e “dar a cada um o que é seu” –, bem como no princípio da boa-fé objetiva.⁹³⁸

O acórdão considera não relevante a tese de licitude da atividade de comercialização do cigarro perante as leis do Estado, sendo do mesmo modo impertinente para o mérito a dependência ou voluntariedade no uso ou consumo, com o intuito de afastar a responsabilidade. Em suma, a questão do livre-arbítrio foi descartada pela decisão.⁹³⁹

⁹³⁷ TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003.

⁹³⁸ Vejamos trecho importante da ementa, que faz menção à questão da publicidade: “A conduta anterior criadora do risco enseja o dever, decorrente dos princípios gerais de direito, de evitar o dano, o qual, se não evitado, caracteriza a culpa por omissão. Como acentua a doutrina, esse dever pode nascer de uma conduta anterior e dos princípios gerais de direito, não sendo necessário que esteja concretamente previsto em Lei, bastando apenas que contrarie o seu espírito. Não obstante ser lícita a atividade da indústria fumageira, a par de altamente lucrativa, esta mesma indústria, desde o princípio, sempre teve ciência e consciência de que o cigarro vicia e causa câncer, estando cientificamente comprovado que o fumo causa dependência química e psíquica, câncer, enfisema pulmonar, além de outros males, de forma que a omissão da indústria beira as fronteiras do dolo. A ocultação dos fatos, mascarada por publicidade enganosa, massificante, cooptante e aliciante, além da dependência química e psíquica, não permitia e não permite ao indivíduo a faculdade da livre opção, pois sempre houve publicidade apelativa, sobretudo em relação aos jovens, sendo necessário um verdadeiro clamor público mundial para frear a ganância da indústria e obrigar o Poder Público à adoção de medidas de prevenção a partir de determinações emanadas de órgãos governamentais. Ainda que se considere que a propaganda e a dependência não anulem a vontade, o fato é que a voluntariedade no uso e a licitude da atividade da indústria não afastam o dever de indenizar” (TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003).

⁹³⁹ Vejamos esse trecho, que serve para afastar muitos dos argumentos esposados pela doutrina que sustenta a inexistência de vício no produto: “E assim é porque simplesmente o ordenamento jurídico não convive com a iniquidade e não permite que alguém cause doença ou mate seu semelhante sem que por isso tenha responsabilidade. A licitude da atividade e o uso ou consumo voluntário não podem levar à impunidade do fabricante ou comerciante de produto que causa malefícios às pessoas, inclusive a morte. Sempre que um produto ou bem, seja alimentício, seja medicamento, seja agrotóxico, seja à base de álcool, seja transgênico, seja o próprio cigarro, acarrete mal às pessoas, quem o fabricou ou colocou no mercado responde pelos prejuízos decorrentes. Ante as consequências desastrosas do produto, como é o caso dos autos, que levam,

Por fim, no que tange aos argumentos jurídicos de procedência da demanda, foi aplicada a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, sendo o cigarro considerado um produto defeituoso, não só em relação aos fumantes (consumidores-padrões) como no tocante aos não fumantes ou fumantes passivos (consumidores equiparados), “uma vez que não oferece a segurança que dele se pode esperar, considerando-se a apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam (art. 12, § 1º, do CDC)”. A culpa exclusiva do consumidor foi tida como não caracterizada, uma vez que “o ato voluntário do uso ou consumo não induz culpa e, na verdade, no caso, sequer há opção livre de fumar ou não fumar, em decorrência da dependência química e psíquica e diante da propaganda massiva e aliciante, que sempre ocultou os malefícios do cigarro, o que afasta em definitivo qualquer alegação de culpa concorrente ou exclusiva da vítima”.⁹⁴⁰

Os valores indenizatórios fixados foram bem elevados. A título de danos materiais, foram reparados a venda de imóvel e de bovinos (para tratar a vítima), as despesas médicas e hospitalares comprovadas, a hospedagem de acompanhantes durante a internação, os gastos com o funeral e o luto da família (danos emergentes). Ainda foram ressarcidos os prejuízos decorrentes do fechamento do minimercado da vítima, desde a época da constatação da doença até a data em que o falecido completaria setenta anos de idade, conforme a expectativa de vida dos gaúchos (lucros cessantes). Como reparação pelos danos morais, foi fixada a quantia de seiscentos salários-mínimos para a esposa, de quinhentos salários-mínimos para cada um dos quatro filhos e de trezentos salários-mínimos para cada um dos genros, totalizando os danos imateriais três mil e duzentos salários-mínimos.

Além dessa até então inédita e excelente decisão, igualmente concluindo pela procedência de ação proposta por uso de cigarros, há acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que do mesmo modo enfrentou o problema sob a perspectiva da responsabilidade objetiva do Código do Consumidor.⁹⁴¹ A ação foi proposta pela própria fumante – que

mais tragicamente, à morte, não pode o fabricante esquivar-se de arcar com as indenizações correspondentes. Mesmo que seja lícita a atividade, não pode aquele que a exerce, cometendo abuso de seu direito, por omissão, ocultar as consequências do uso do produto e safar-se da responsabilidade de indenizar, especialmente se, entre essas consequências, estão a causação de dependência e de câncer, que levaram a vítima à morte. E também não pode esquivar-se da responsabilidade porque sempre promoveu propaganda ligando o uso do produto a situações de sucesso, riqueza, bem-estar, vida saudável, entre outras, situações exatamente contrárias àquelas que decorrem e que são consequências do uso de um produto como o cigarro” (TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003).

⁹⁴⁰ TJRS, Acórdão n. 70000144626, Santa Cruz do Sul, 9ª Câmara Cível (Reg. Exceção), Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, julgado em 29/10/2003.

⁹⁴¹ Ementa do julgado: “RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. TABAGISMO. AMPUTAÇÃO DOS MEMBROS INFERIORES. VÍTIMA ACOMETIDA DE TROMBOANGEÍTE AGUDA OBLITERANTE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. INCIDÊNCIA

pleiteou danos materiais e morais pela perda de membros inferiores como consequência do tabagismo – e julgada procedente em primeira instância, condenando-se a empresa Souza Cruz S/A a indenizá-la em R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

Em sua relatoria, o Desembargador José Garcia concluiu pela incidência da responsabilidade sem culpa da Lei n. 8.078/1990, aduzindo que “as indústrias de produtos derivados do tabaco, apesar de atuarem dentro da lei vigente, não se eximem da responsabilidade objetiva, dada a teoria do risco, pelos efeitos nocivos causados aos indivíduos pelo uso ou consumo de seus produtos colocados à venda no mercado legitimamente, máxime à luz do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas de ordem pública atingem fatos ainda não consolidados antes de sua vigência”. Em reforço, o julgador menciona, assim como consta do inédito julgado do Tribunal Gaúcho, a existência de estudos secretos das próprias empresas de cigarro comprovando os males do produto. O relator analisou ainda as questões relativas à exploração publicitária do passado, bem como os baixos índices de fumantes que conseguem se livrar do vício – cerca de 5% dos usuários, segundo os estudos médicos que constam do acórdão. De forma interdisciplinar, o voto do relator enfrentou questões psicológicas e sociais, aduzindo que, “com o uso regular de cigarros, estabelece-se um condicionamento que faz com que a pessoa passe a ter o fumo integrado à sua rotina. Além disso, o cigarro é também utilizado como um tipo de modulador de emoções, o que faz com que seu uso se amplie significativamente e não esteja associado apenas à necessidade fisiológica de reposição periódica da droga”.

Analisando a questão fática, o Desembargador Joaquim Garcia reconhece a existência de inúmeros julgados de improcedência no País, por ausência de nexo de causalidade entre o ato de fumar e os males existentes. Porém, de outra forma, concluiu o magistrado que a autora padecia de tromboangeíte obliterante (doença de Buerger), “cuja literatura médica a respeito é praticamente unânime ao afirmar que a doença manifesta-se somente em fumantes, ou seja, o tabagismo é condição *sine qua non* para o desenvolvimento da moléstia contraída”. Comprovado o nexo de causalidade, e sendo reconhecida a possibilidade de se responder também por atos lícitos, os danos materiais comprovados foram indenizados. A respeito do sempre invocado livre-arbítrio, entendeu o

DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Responsabilidade objetiva decorrente da teoria do risco assumida com a fabricação e comercialização do produto. Omissão dos resultados das pesquisas sobre o efeito viciante da nicotina. Dever de indenizar. Recurso improvido” (TJSP, Apelação com revisão n. 379.261.4/5, Acórdão n. 3320623, São Paulo, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Joaquim Garcia, julgado em 08/10/2008, *DJESP* 13/11/2008).

relator que “não se revela hábil para afastar o dever de indenizar dessas companhias, pelas mesmas razões que não se presta a justificar a descriminação das drogas”. Relativamente à questão da prova do uso de determinada marca de cigarro, fez incidir na inversão do ônus da prova, de forma correta e esperada.⁹⁴² Por fim, o magistrado entendeu pela presença de danos morais presumidos (*in re ipsa*), diante da amputação dos membros inferiores da autora. Em suma, votou pela confirmação da sentença ora atacada, negando provimento ao recurso de apelação.

Pelo mesmo caminho de não provimento do recurso votou o Desembargador Caetano Lagrasta, cuja decisão merece destaque especial. No início do seu voto, o magistrado já salienta que “Julgar-se questão de tamanha envergadura para a Saúde Pública e Defesa da Cidadania e do Consumidor, implica que se adentre a fatores sociais, e até, a vivência do próprio julgador, iniciado na senda do consumo de cigarros, desde os 14 anos, e dele afastado, há aproximadamente onze anos”. Nas páginas seguintes do voto são expostos com detalhes os aprofundamentos esperados, bem como um histórico a respeito da publicidade, comercialização e uso cultural do cigarro, desde o final dos anos 1920 do século XXI.⁹⁴³ Ao adentrar nos fatos em espécie, o magistrado aponta para o fato de que a doença que atingiu a autora da ação – tromboangeíte obliterante – é um mal exclusivo dos fumantes, a atestar a existência de nexo causal com os produtos colocados no mercado. Ato

⁹⁴² Conforme o voto do relator Desembargador Joaquim Garcia: “Inviável a autora fazer prova de que fumou somente cigarros da marca Hollywood desde o início. Trata-se de um argumento *ad terrorem*. Todavia, nada impede a ré de provar que o cigarro daquela referida marca não produz o efeito narrado pela consumidora, não contém ingredientes nocivos e tampouco cause a moléstia por ela sofrida”.

⁹⁴³ Consta do voto do Desembargador Caetano Lagrasta: “A partir do final dos anos 20, dificilmente seria possível ingressar num cinema ou teatro onde público, personagens e atores não se apresentassem fumando, numa atitude de ‘glamour’ e de conduta social adequada. Mesmo as fotografias de propaganda mostravam os astros e estrelas fazendo uso de cigarros, como condição de sucesso, segurança e integração social. Este comportamento restou generalizado, independente do país de origem dos espetáculos. Por outro lado, os jovens contavam com o cigarro como elemento de ingresso no mundo adulto e fator de segurança para frequentar os ambientes sociais e mundanos. [...] Desde logo, há que se concluir que o prolongamento desta propaganda não se interrompe em 1950, ao contrário, prossegue nas programações, na projeção de filmes de época, reiteradamente repetidos pelas empresas de televisão ‘abertas’ e ‘por assinatura’. E, somente após longa batalha é que vem sendo possível impedir a propaganda escancarada ou subliminar (*outdoors*, carros de corrida, revistas, jornais, fotonovelas, telenovelas etc.). Estas, além de outras circunstâncias, infernizaram a vida dos adolescentes, pois deviam apresentar-se nos bailes e festas portando cigarros, se possível de qualidade (na época o ‘Columbia’, muito mais caros do que os do tipo ‘Mistura Fina’ ou ‘Petit Londrinos’, que eram consumidos por operários, encanadores, eletricitistas, pedreiros etc.), ainda que não os fumassem, mas que se prestavam a causar impacto às mocinhas”. E segue feliz análise, do ponto de vista social e psicológico, do livre-arbítrio, à qual se filia, na íntegra: “Assim, o prolatado **arbítrio** do jovem ou, mesmo, da criança, ou o do doente-dependente, por facilmente cooptáveis, não resistiria, como não resistiu, ao assédio massacrante da propaganda, ainda que lhes atribua, em elevado grau, comportamento consciente, para que se sentissem partícipes de uma espécie de vida em sociedade, desde logo empunhando o cigarro como manifestação de ‘status’ ou de segurança, ‘auxílio’ no enfrentamento dos desafios dessa mesma sociedade, a partir da saída para o recreio, ao cinema ou às festas da vida escolar, e no invio caminho, em direção à morte”.

contínuo, de forma corajosa, o julgador conclui que o Estado tem papel de participação para os danos sociais decorrentes do tabagismo, por não elevar os preços dos produtos e não tomar medidas para impedir o contrabando e a falsificação dos cigarros. Ademais, o voto expõe a existência de estudos médicos mais recentes, os quais atestam que grupos internacionais de cientistas identificaram um conjunto de variações genéticas que aumentam o risco de câncer no pulmão dos fumantes. A questão da publicidade enganosa não passou despercebida, diante de práticas sucessivas através dos anos de omissão de informações a respeito dos males do cigarro.⁹⁴⁴ Sem prejuízo dessas teses, o que mais se destaca no voto do Desembargador Caetano Lagrasta são as premissas para afastar a alegação de que a atividade de comercialização do cigarro é plenamente lícita, *in verbis*: “Também é sofisticado o argumento de que a empresa requerida planta, industrializa e comercializa objeto lícito. O problema não está no plantio, antes nos ingredientes agregados ao fumo na fase de industrialização e que vêm sendo regularmente combatidos mundialmente, em nome da Saúde Pública. E, este seria o limite para o exercício regular de um direito (fl. 1217), ante as circunstâncias que enfatizam os riscos da atividade, salvo se a indústria do fumo se mostre infensa a estes, quando da fabricação, e não aos da eclosão das doenças, quando denunciadas”. Por fim, a respeito desse instigante voto, chama a atenção a força das palavras que afastam o argumento do *livre-arbítrio*, chegando o juiz a insinuar a existência de um “dogma de alguma estranha e impossível religião do vício”.⁹⁴⁵

Encerrando o estudo desse importante acórdão do Tribunal Paulista, deve ser comentado o voto vencido do Desembargador Sílvio Marques Neto, que deu provimento ao recurso, julgando improcedente a ação. O voto está amparado nas conhecidas premissas

⁹⁴⁴ Voto do Desembargador Lagrasta: “Assim, aos argumentos do Senhor Revisor, acrescentam-se estes, posto que os malefícios do fumo, demonstram que à propaganda não basta seja razoável, há que ser absolutamente clara, eis que autorizada pela Constituição, desde que não seja nefasta ou enganosa, promovida em detrimento do consumidor e de sua saúde, além do que omitem as empresas, de forma dolosa, o teor das pesquisas médicas que o protegeriam, confirmando os malefícios do cigarro, atitude que, sem dúvidas, se constitui em nexo de causalidade entre a doença e sua utilização desde a juventude, como no caso da autora, e que, portanto, merece ser punida”.

⁹⁴⁵ Consigne-se outro trecho do voto do Desembargador Lagrasta, com tal enfrentamento do livre-arbítrio: “Sofísticas ainda as doutes razões de apelo quando pretendem que, por ser de conhecimento público o uso nefasto do cigarro, não seria possível atingir-se o nexo de causalidade, por ser atividade do arbítrio da vítima. Esquece-se, contudo, que plantar fumo, repita-se, pode não ser nefasto, nefasta é a sua manipulação, no momento da industrialização, ao agregar substâncias químicas, ao mesmo tempo em que a propaganda maciça impede que sejam realmente conhecidas em seus efeitos colaterais, também como causadoras de moléstias e dependência, impedindo manifestação segura da livre escolha. Guardadas as devidas proporções, a mesma situação ocorre com os remédios, ministrados apesar das contraindicações. Isto porque à divulgação de doenças se opõe a contradivulgação maciça, omitidos aqueles resultados através de inúmeras considerações que se prestam a demonstrar que o consumidor está plenamente consciente dos malefícios, ainda que se veja obrigado ao consumo ou a obedecer prescrição”.

outrora mencionadas, sobretudo em duas: *a)* ausência de nexo de causalidade entre o fumo e os males da autora, por insuficiência de prova;⁹⁴⁶ e *b)* a autora não desconhecia os males do cigarro – foi devidamente informada pela cartela do produto – e fumou porque assim o quis (livre-arbítrio). O magistrado demonstra que o entendimento jurisprudencial consolidado até aquele momento seria no sentido de improcedência das demandas fundadas no tabagismo.

Do Tribunal do Rio Grande do Sul, há outro acórdão mais recente, que enfrentou muito bem a questão do livre-arbítrio na sociedade globalizada e informacional, como se espera. Além de subsumir a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, a decisão expõe em sua ementa existirem “provas concludentes de que a autora adquiriu o hábito de fumar a partir de poderoso condutor do comportamento humano consistente em milionária e iterativa propaganda da ré que, ocultando do público os componentes maléficos à saúde humana existentes no cigarro, por décadas, associava o sucesso pessoal ao tabagismo”. Desse modo, ficou prejudicado o argumento da empresa de cigarro, “consistente na ínsita periculosidade do produto-cigarro e do livre-arbítrio no ato de fumar que, no caso concreto, se esboroa ante o comprovado poder viciante da nicotina, a ausência de informações precisas quanto aos componentes da fórmula do cigarro e de qual a quantidade supostamente segura para o seu consumo, bem ainda ante a enorme subjetividade que caracteriza a tese, particularmente incompatível com as normas consumeristas que regem a espécie”.⁹⁴⁷ Os danos morais e estéticos da autora foram indenizados no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Por fim, na linha do que se propõe pelo presente estudo, a questão do risco-proveito já foi adotada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em exemplar decisão do ano de 2009. O julgado concluiu que a empresa que fabrica e comercializa os produtos fumígenos assume riscos que lhe dão lucros, devendo responder pela colocação dos consumidores em situação de perigo de vida.⁹⁴⁸

⁹⁴⁶ Conforme o Desembargador Sílvio Marques Neto, do Tribunal Paulista: “Não consta dos autos que as partes extirpadas tenham sido submetidas a uma biópsia, ou preservadas para este fim”.

⁹⁴⁷ TJRS, Acórdão n. 70015107600, Passo Fundo, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, julgado em 27/08/2008, *DOERS* 26/01/2009, p. 41.

⁹⁴⁸ “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. USO CONTÍNUO DE CIGARROS. MORTE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE DA FABRICANTE DE CIGARROS. TEORIA DO RISCO PROVEITO. DANOS MORAIS. FIXAÇÃO. PRUDENTE ARBÍTRIO DO JULGADOR. RECURSO PROVIDO. Extrai-se da petição inicial que a presente ação de indenização é fundada em responsabilidade civil de direito comum, art. 159 do Código Civil de 1916, não em defeito ou erro do produto no instante de sua fabricação, pelo que, não incide ao caso a regra do art. 27 do CDC. Os fabricantes de cigarro de todo o planeta sempre tiveram conhecimento de que o cigarro vicia e causa inúmeras doenças. Assim, diante do conhecimento e da consciência dos malefícios

De toda sorte, apesar desses julgados de procedência, insta destacar que prevalecem na jurisprudência nacional as decisões afastando a condenação das empresas de tabaco diante dos fumantes. No ano de 2010, surgiram definitivas decisões nesse sentido no Superior Tribunal de Justiça, as quais declinam o dever de reparar das empresas por vários e já conhecidos argumentos. Os resumos dos julgamentos encontram-se publicados nos *Informativos n. 432 e n. 436* daquele Tribunal.⁹⁴⁹

causados pelo cigarro à saúde dos fumantes, não há dúvida de que a apelada, agindo dessa forma, cria conscientemente, o risco do resultado, assumindo, portanto, a obrigação de ressarcir. Não há dúvida de que a apelada sempre foi criadora do perigo e do risco causado pelo uso do fumo. A despeito de a recorrida saber e ter consciência dos malefícios e da dependência que o uso do cigarro causa, sempre se omitiu quanto às informações ou ações no sentido de minimizar tais malefícios e prejuízos advindos para o fumante. A ‘teoria do risco-proveito’ considera civilmente responsável todo aquele que auferir lucro ou vantagem do exercício de determinada atividade, segundo a máxima ‘*ubi emolumentum, ibi onus*’ (onde está o ganho, aí reside o encargo). ‘Na fixação do valor do dano moral prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando-se em conta as circunstâncias do caso, evitando que a condenação se traduza em indevida captação de vantagem, sob pena de se perder o parâmetro para situações de maior relevância e gravidade’ (TJMG, Apelação n. 365.245-3, Alpinópolis, 1ª Câmara Cível/TAMG, Rel. Juiz Gouvêa Rios, 1º/10/2002). Apelo provido. Voto Vencido. Sendo manifestamente lícita a atividade desempenhada pela ré, consistente na produção e comercialização de cigarros, eventual responsabilização somente pode decorrer da constatação de desatendimento às regras que lhe são impostas. Não se caracteriza a responsabilidade civil da ré, se não provado o nexo entre a doença e o tabagismo, apesar da obviedade de que o cigarro causa várias doenças” (TJMG, Apelação Cível n. 1.0024.05.799917-9/0011, Belo Horizonte, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Medeiros, julgado em 03/09/2009, *DJEMG* 22/09/2009).

⁹⁴⁹ De início, colaciona-se decisão publicada no *Informativo n. 432* do STJ: “RESPONSABILIDADE CIVIL. CIGARRO. O falecido, tabagista desde a adolescência (meados de 1950), foi diagnosticado como portador de doença broncopulmonar obstrutiva crônica e de enfisema pulmonar em 1998. Após anos de tratamento, faleceu em decorrência de adenocarcinoma pulmonar no ano de 2001. Então, seus familiares (a esposa, filhos e netos) ajuizaram ação de reparação dos danos morais contra o fabricante de cigarros, com lastro na suposta informação inadequada prestada por ele durante décadas, que omitia os males possivelmente decorrentes do fumo, e no incentivo a seu consumo mediante a prática de propaganda tida por enganosa, além de enxergar a existência de nexo de causalidade entre a morte decorrente do câncer e os vícios do produto, que alegam ser de conhecimento do fabricante desde muitas décadas. Nesse contexto, há que se esclarecer que a pretensão de ressarcimento dos autores da ação em razão dos danos morais, diferentemente da pretensão do próprio fumante, surgiu com a morte dele, momento a partir do qual eles tinham ação exercitável a ajuizar (*actio nata*) com o objetivo de compensar o dano que lhes é próprio, daí não se poder falar em prescrição, porque foi respeitado o prazo prescricional de cinco anos do art. 27 do CDC. Note-se que o cigarro classifica-se como produto de periculosidade inerente (art. 9º do CDC) de ser, tal como o álcool, fator de risco de diversas enfermidades. Não se revela como produto defeituoso (art. 12, § 1º, do mesmo código) ou de alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança, esse último de comercialização proibida (art. 10 do mesmo diploma). O art. 220, § 4º, da CF/1988 chancela a comercialização do cigarro, apenas lhe restringe a propaganda, ciente o legislador constituinte dos riscos de seu consumo. Já o CDC considera defeito a falha que se desvia da normalidade, capaz de gerar frustração no consumidor, que passa a não experimentar a segurança que se espera do produto ou serviço. Destarte, diz respeito a algo que escapa do razoável, que discrepa do padrão do produto ou de congêneres, e não à capacidade inerente a todas as unidades produzidas de o produto gerar danos, tal como no caso do cigarro. Frise-se que, antes da CF/1988 (gênese das limitações impostas ao tabaco) e das legislações restritivas do consumo e publicidade que a seguiram (notadamente, o CDC e a Lei n. 9.294/1996), não existia o dever jurídico de informação que determinasse à indústria do fumo conduta diversa daquela que, por décadas, praticou. Não há como aceitar a tese da existência de anterior dever de informação, mesmo a partir de um ângulo principiológico, visto que a boa-fé (inerente à criação desse dever acessório) não possui conteúdo *per se*, mas, necessariamente, insere-se em um conteúdo contextual, afeito à carga histórico-social. Ao se considerarem os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta do século anterior, não há como cogitar o princípio da boa-fé de forma fluida, sem conteúdo substancial e contrário aos usos e costumes por séculos preexistentes, para

Todavia, um dos objetivos fulcrais deste estudo é o de demonstrar que há equívoco nessas decisões de simples improcedência das demandas. Passa-se, então, à tarefa de afastamento de tais argumentos, fazendo-se o devido contraponto doutrinário.⁹⁵⁰

De início, a respeito da ausência do nexo de causalidade, na maioria das vezes estará presente o elo entre os danos provados pelos consumidores de cigarro e o uso do produto.⁹⁵¹ Conforme outrora exposto, existem doenças exclusivas decorrentes do tabagismo,

concluir que era exigível, àquela época, o dever jurídico de informação. De fato, não havia norma advinda de lei, princípio geral de direito ou costume que impusesse tal comportamento. Esses fundamentos, por si sós, seriam suficientes para negar a indenização pleiteada, mas se soma a eles o fato de que, ao considerar a teoria do dano direto e imediato acolhida no direito civil brasileiro (art. 403 do CC/2002 e art. 1.060 do CC/1916), constata-se que ainda não está comprovada pela Medicina a causalidade necessária, direta e exclusiva entre o tabaco e câncer, pois ela se limita a afirmar a existência de fator de risco entre eles, tal como outros fatores, como a alimentação, o álcool e o modo de vida sedentário ou estressante. Se fosse possível, na hipótese, determinar o quanto foi relevante o cigarro para o falecimento (a proporção causal existente entre eles), poder-se-ia cogitar o nexo causal juridicamente satisfatório. Apesar de reconhecidamente robustas, somente as estatísticas não podem dar lastro à responsabilidade civil em casos concretos de morte supostamente associada ao tabagismo, sem que se investigue, episodicamente, o preenchimento dos requisitos legais. Precedentes citados do STF: RE 130.764-PR, *DJ* 19/5/1995; do STJ: REsp 489.895-SP, *DJe* 23/4/2010; REsp 967.623-RJ, *DJe* 29/6/2009; REsp 1.112.796-PR, *DJ* 5/12/2007, e REsp 719.738-RS, *DJe* 22/9/2008” (STJ, REsp n. 1.113.804/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/4/2010). Do *Informativo n. 436*: “DANO MORAL. FUMANTE. Mostra-se incontroverso, nos autos, que o recorrido, autor da ação de indenização ajuizada contra a fabricante de cigarros, começou a fumar no mesmo ano em que as advertências sobre os malefícios provocados pelo fumo passaram a ser estampadas, de forma explícita, nos maços de cigarro (1988). Isso, por si só, é suficiente para afastar suas alegações acerca do desconhecimento dos males atribuídos ao fumo; pois, mesmo diante dessas advertências, optou, ao valer-se de seu livre-arbítrio, por adquirir, espontaneamente, o hábito de fumar. Outrossim, nos autos, há laudo pericial conclusivo de que não se pode, no caso, comprovar a relação entre o tabagismo desenvolvido pelo recorrido e o surgimento de sua enfermidade (tromboangeite obliterante – TAO ou doença de Buerger). Assim, não há falar em direito à indenização por danos morais, pois ausente o nexo de causalidade da obrigação de indenizar. Precedentes citados: REsp 325.622-RJ, *DJe* 10/11/2008; REsp 719.738-RS, *DJe* 22/9/2008; e REsp 737.797-RJ, *DJ* 28/08/2006” (STJ, REsp n. 886.347/RS, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro – Desembargador convocado do TJ-AP –, julgado em 25/05/2010).

⁹⁵⁰ Destaque-se a obra doutrinária coletiva intitulada *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais (Rio de Janeiro: Renovar, 2009). O livro é coordenado pela professora titular da Universidade de São Paulo Teresa Ancona Lopez, contando com artigos e pareceres de Ada Pelegrini Grinover, Adroaldo Furtado Fabrício, Álvaro Villaça Azevedo, Arruda Alvim, Cândido Rangel Dinamarco, Eduardo Ribeiro, Fábio Ulhoa Coelho, Galeno Lacerda, Gustavo Tepedino, José Carlos Moreira Alves, José Ignácio Botelho de Mesquita, Judith Martins-Costa, Maria Celina Bodin de Moraes, Nelson Nery Jr., René Ariel Dotti, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, além da própria coordenadora. Seja por um caminho ou outro, os trabalhos procuram afastar a responsabilidade da empresa tabagista, enfrentando questões como nexo de causalidade, a culpa exclusiva da vítima, a inexistência de defeito no produto fumígeno, o atendimento da boa-fé pela publicidade do cigarro, a incidência da prescrição, a questão da prova a ser construída na ação pelo fumante, entre outros.

⁹⁵¹ Em sentido contrário, na doutrina, entendendo pela ausência de nexo causal na questão relativa aos danos decorrentes do uso do cigarro, ver: TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, p. 365-398. Na obra coletiva antes mencionada, o argumento da ausência de nexo de causalidade é utilizado por José Carlos Moreira Alves (MOREIRA ALVES, José Carlos. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 239-257), Galeno Lacerda (LACERDA, Galeno. Liberdade-responsabilidade: assunção de risco e culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona

por exemplo, a doença de Buerger, e, nesses casos, o nexo causal é bem evidente e inconstestável.⁹⁵² Cumpre lembrar que quadros comparativos, como o exposto por Sérgio Boeira, têm plenas condições de demonstrar que as doenças cancerígenas são causadas pelo uso do cigarro. Além disso, provas médicas e testemunhais têm o condão de comprovar qual era a marca utilizada pela vítima. A título de exemplo, cite-se que, muitas vezes, consta das certidões de óbito elaboradas por médicos que a causa da morte foi o uso continuado do cigarro. Por fim, a estatística de mercado pode determinar com grau razoável de probabilidade qual era a marca utilizada pelo falecido ou doente.

A respeito do nexo causal, insta deixar bem claro que a responsabilidade civil das empresas de tabaco é objetiva, diante da comum aplicação do Código de Defesa do Consumidor. De maneira subsidiária, em diálogo das fontes, pode ainda ser utilizado o art. 931 do Código Civil, que trata da responsabilidade objetiva referente aos produtos colocados em circulação.⁹⁵³ Desse modo, não restam dúvidas de que o cigarro é um produto defeituoso, eis que não oferece segurança aos seus consumidores, levando-se em conta os perigos à saúde (art. 12, § 1º, da Lei n. 8.078/1990). Em reforço, podem ainda ser subsumidos os dispositivos consumeristas que tratam da proteção da saúde e da segurança dos consumidores (arts. 8º a 10 da Lei n. 8.078/1990). Pela simples leitura atenta dos dispositivos aventados e pelo senso comum, nota-se que são totalmente inconsistentes

(Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 190-191) e Nelson Nery Jr. (Ações de indenização fundadas no uso de tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 396). Gustavo Tepedino igualmente salienta em tal obra coletiva a questão do nexo causal, apesar de utilizar outros argumentos, como se verá (Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 223).

⁹⁵² Insta deixar claro que nenhum dos pareceres e estudos constantes da obra coletiva que se analisa enfrentou a questão da doença de Buerger, sendo os artigos e pareceres direcionados somente para os mais diversos tipos de câncer. Nota-se, contudo, que a decisão de improcedência publicada no *Informativo n. 436* do STJ menciona tal doença.

⁹⁵³ Mais uma vez, fazendo o devido contraponto com a doutrina, Gustavo Tepedino entende que o art. 931 do Código Civil não pode incidir no problema do cigarro, eis que “tal preceito consagra a proteção contra os danos sofridos na relação interna da cadeia de fornecimento” (TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros, cit., p. 237). De fato, a principal aplicação do comando pode ser esta. Todavia, pela tese do *diálogo das fontes*, a norma tem um caráter subsidiário de subsunção, assim como ocorre com o art. 927, parágrafo único, segunda parte, do Código Civil de 2002.

os argumentos de inexistência de defeito no cigarro, como parte da doutrina considera.⁹⁵⁴ Talvez a questão até seja cultural, chocando-se, nesse sentido, o modo de agir e o pensamento de gerações distintas.

Nesse contexto de contraponto, *não se pode negar que o produto perigoso é defeituoso quando causa danos ao consumidor*. Essa é a essência contemporânea do conceito de defeito: o dano causado ao consumidor. Pensar ao contrário, ou seja, verificar o problema a partir da conduta, representa uma volta ao modelo subjetivo ou culposo no sistema consumerista. Em reforço, é imperioso lembrar que, nos casos de responsabilidade objetiva, o nexo causal pode ser formado pela lei, que qualifica a conduta que causou o dano (imputação objetiva).

Ademais, pode-se dizer que está presente no caso do cigarro um *defeito de criação*, o qual afeta “as características gerais da produção em consequência de erro havido no momento da elaboração de seu projeto ou de sua fórmula”.⁹⁵⁵ Em casos tais, “o fabricante responde pela concepção ou idealização de seu produto que não tenha a virtude de evitar os riscos à saúde e segurança, não aceitáveis pelos consumidores, dentro de determinados ‘standards’”.⁹⁵⁶ Isso parece claro e evidente a este autor, em especial pela perda de pessoas próximas pelo uso do cigarro e pela farta bibliografia médica que condena essa prática. Há gerações que não conseguiram vencer a luta pela vida contra o cigarro. Outras até hoje lutam contra os seus males, com algumas vitórias, dada a evolução da medicina. E para aqueles que pensam o contrário, seria interessante interrogarem-se se seria aceitável o incentivo do uso do tabaco aos próprios filhos. Pode-se falar em defeitos ocultos, pelo problema quanto ao acesso à informação dos males do cigarro, principalmente se forem

⁹⁵⁴ Considerando inexistente o defeito no cigarro, com o principal argumento de que o produto perigoso não é defeituoso, naquela obra coletiva (LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais, cit.): FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório: a determinação processual do nexo causal e os limites do poder de instrução do juiz, p. 30-32; AZEVEDO, Álvaro Villaça. A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, p. 81; LACERDA, Galeno. Liberdade-responsabilidade: assunção de risco e culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros, p. 192-193; NERY JR., Nelson. Ações de indenização fundadas no uso de tabaco, p. 403-404; AGUIAR JR., Ruy Rosado. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros, p. 471-473; LOPEZ, Teresa Ancona. Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável, p. 504.

⁹⁵⁵ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1995. p. 103.

⁹⁵⁶ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*, cit., p. 103.

levados em conta aqueles que se iniciaram no fumo antes do início da veiculação de informações sobre os males do produto.⁹⁵⁷

Para que o argumento da ausência de nexo de causalidade fique devidamente afastado, cite-se, ainda, a correta aplicação da teoria da presunção de nexo de causalidade, utilizada em alguns julgados, que tem relação direta com a *pressuposição de responsabilidade pela colocação das pessoas em risco pelo produto (mise en danger)*.⁹⁵⁸ Voltando mais uma vez ao argumento do defeito, de fato, se o uso do cigarro não causar males à pessoa pelo seu uso continuado, o que até acontece, não há que se falar em defeito. Por outra via, presente o prejuízo, o produto perigoso é elevado à condição de produto defeituoso, surgindo, então, a responsabilidade civil.

Sobre a questão do exercício regular de direito e da licitude da atividade desenvolvida, cumpre destacar que o Direito Civil Brasileiro admite a responsabilidade civil por atos lícitos.⁹⁵⁹ De início, cite-se a hipótese de legítima defesa putativa, em que o agente pensa que está tutelando imediatamente um direito seu, ou de terceiro, o que não é verdade.⁹⁶⁰ Além da legítima defesa putativa, admite-se a responsabilidade civil decorrente do *estado de necessidade agressivo*. O art. 188, I, do Código Civil enuncia que não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente (estado de necessidade). Todavia, nos termos do art. 929 da atual codificação privada, se a pessoa lesada ou o dono da coisa, em casos tais, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. O exemplo clássico é o de um pedestre que vê uma criança gritando em meio às chamas que atingem uma casa. O pedestre arromba a porta da casa, apaga o incêndio e salva a criança. Nos termos dos dispositivos visualizados, se quem causou o incêndio não foi o dono da casa, o

⁹⁵⁷ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 165.

⁹⁵⁸ Sobre essa presunção do nexo causal na questão do cigarro, com a citação de outras decisões jurisprudenciais: MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*, cit., p. 248-257.

⁹⁵⁹ Argumentando pela licitude do ato de vender de cigarros na obra coletiva abordada (LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais, cit.): FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório, p. 28-30; AGUIAR JR., Ruy Rosado. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros, p. 470; LOPEZ, Teresa Ancona. Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável, p. 500.

⁹⁶⁰ Conforme o art. 188, I, do Código Civil, a legítima defesa não constitui ato ilícito. Concluindo pelo dever de indenizar, presente a legítima defesa putativa: “CIVIL. DANO MORAL. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. A legítima defesa putativa supõe negligência na apreciação dos fatos, e por isso não exclui a responsabilidade civil pelos danos que dela decorram. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp n. 513.891/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, julgado em 20/03/2007, DJ 16/04/2007, p. 181).

pedestre-herói terá que indenizá-lo, ressalvado o direito de regresso contra o real culpado (art. 930 do Código Civil). Ora, seria irrazoável imaginar um sistema que ordena que uma pessoa em ato heroico tenha o dever de reparar, enquanto as empresas de tabaco, em condutas nada heroicas, tão somente lucrativas, sejam excluídas de qualquer responsabilidade pelos produtos perigosos postos em circulação.

Além desses argumentos, insta verificar que, muitas vezes, principalmente para os fumantes das décadas mais remotas, a questão do cigarro pode ser resolvida pela figura do abuso de direito. Isso porque as empresas não informavam dos males causados pelo produto, enganando os consumidores. Assim, estaria configurada a publicidade enganosa, nos termos do art. 37, § 1º, da Lei n. 8.078/1990, o que gera o seu dever de indenizar.⁹⁶¹ Conforme dispõe o art. 187 do Código Civil de 2002, pode-se falar ainda em quebra da boa-fé, pela falsidade da informação.⁹⁶² Relembre-se que o abuso de direito é lícito pelo conteúdo, mas ilícito pelas consequências (Limongi França). Em suma, comercializar cigarros pode até ser considerado lícito, diante de um erro histórico cometido pela humanidade. Porém, comercializar o produto sem as corretas informações de seus males – já conhecidos pelas próprias empresas –, gerando danos, configura um ilícito por equiparação (art. 927, *caput*, do Código Civil).⁹⁶³ Não nos convencem os argumentos contrários, apesar dos grandes esforços da doutrina de escol.⁹⁶⁴

No que concerne à questão da publicidade, o parecer de Judith Martins-Costa quase chega a convencer, em especial pelos *argumentos realeanos*. Aduz a jurista que,

⁹⁶¹ Lei n. 8.078/1990. “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.”

⁹⁶² Nessa linha de pensamento, ver, com profundo estudo, incluindo a análise do nexo causal, a que se filia totalmente: MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé, corretamente, nos atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, n. 835, p. 74-133, 2005.

⁹⁶³ Resolvendo a questão pelo abuso do direito, a quem também se filia: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*, cit., p. 265-325.

⁹⁶⁴ Excluindo a responsabilidade das empresas pela questão da publicidade que não pode ser tida como enganosa ou abusiva: COELHO, Fábio Ulhoa. Análise da publicidade de cigarros à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 155-181. Na mesma obra, enfrentando a questão da publicidade em sentido muito próximo: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório, p. 32-34; TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros, p. 211-218.

“Traduzindo esses dados para as categorias teóricas do tridimensionalismo de Miguel Reale, observaremos que o *fato* da consciência social acerca dos malefícios do cigarro tem permanecido, através dos tempos, relativamente o mesmo; porém esse fato (a consciência social) *recebe diferentes valorações sociais e jurídicas no curso dos tempos*, resultando, então, em diferentes recepções normativas por parte do Direito. Quando a consciência social dos males do fumo convivia com a sua ‘glamourização’ sociocultural, havia uma ampla tolerância jurídica; porém passa-se, progressivamente, à ‘desglamourização’ sociocultural do fumo, em virtude da ascensão ao *status* de valor social do culto à saúde. Então, verifica-se uma relativa intolerância jurídica, expressa nas leis e medidas administrativas restritivas ao fumo e na regulação da propaganda de cigarros”.⁹⁶⁵ A conclusão a que chega mais à frente, quanto à oferta e à boa-fé, é a de que não é possível interpretar as situações jurídicas do passado com a realidade social do presente e vice-versa. Assim, alega que houve equívoco do julgador do Tribunal Gaúcho ao condenar a empresa Souza Cruz, eis que agiu “trazendo a pré-compreensão e interpretação *hoje devidas* ao princípio da boa-fé objetiva para selecionar, filtrar, apreciar e, finalmente, julgar, fatos ocorridos nas longínquas décadas de 40 e 50 do século passado, deixando de lado os dados contextuais e ignorando *a circunstancialidade em que o conhecimento das concretas situações de vida relativas ao tratamento jurídico dos riscos do tabagismo efetivamente se processa*”.⁹⁶⁶ Anote-se que os fortes argumentos da jurista foram utilizados no julgamento do Superior Tribunal de Justiça publicado no seu *Informativo* n. 432.⁹⁶⁷

As belas lições da doutrinadora, na verdade, servem em parte para a premissa jurídica que aqui se propõe. Como se verá, a boa-fé objetiva, a veiculação da oferta do

⁹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 284.

⁹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo, cit., p. 289.

⁹⁶⁷ Com relevo para o seguinte trecho, que mais uma vez se transcreve, para fins didáticos: “Frise-se que, antes da CF/1988 (gênese das limitações impostas ao tabaco) e das legislações restritivas do consumo e publicidade que a seguiram (notadamente, o CDC e a Lei n. 9.294/1996), não existia o dever jurídico de informação que determinasse à indústria do fumo conduta diversa daquela que, por décadas, praticou. Não há como aceitar a tese da existência de anterior dever de informação, mesmo a partir de um ângulo principiológico, visto que a boa-fé (inerente à criação desse dever acessório) não possui conteúdo *per se*, mas, necessariamente, insere-se em um conteúdo contextual, afeito à carga histórico-social. Ao se considerarem os fatores legais, históricos e culturais vigentes nas décadas de cinquenta a oitenta do século anterior, não há como cogitar o princípio da boa-fé de forma fluida, sem conteúdo substancial e contrário aos usos e costumes por séculos preexistentes, para concluir que era exigível, àquela época, o dever jurídico de informação...” (STJ, REsp n. 1.113.804/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 27/04/2010).

cigarro e as experiências sociais do passado devem ser levadas em conta para a fixação do *quantum debeatur*, por interação direta com a assunção dos riscos pelas empresas e fumantes. Todavia, não se pode dizer que tais deduções sociais servem para excluir totalmente a responsabilidade ou a ilicitude das condutas das empresas de tabaco, inclusive na questão da publicidade, como quer a jurista gaúcha. Não se pode colocar totalmente o peso do risco em cima dos consumidores, como se pretende. Em verdade, a boa-fé objetiva e o dever de informar servem para calibrar as condutas, influenciando diretamente na ponderação e na fixação das responsabilidades de cada uma das partes envolvidas.

Pois bem, o argumento do *livre-arbítrio* já foi exaustivamente rebatido. Cumpre discorrer sobre ele um pouco mais, eis que farta doutrina partidária da conclusão da irreparabilidade o utiliza.⁹⁶⁸ Em verdade, na realidade pós-moderna não há o citado *livre-arbítrio*, conceito essencialmente liberal da modernidade, modelo no qual algumas gerações de juristas se formou. O que existe na contemporaneidade é uma inafastável e irresistível tendência de intervenção estatal, de dirigismo negocial, a fim de proteger partes vulneráveis (consumidores, trabalhadores, aderentes, mulheres sob violência, crianças e adolescentes, além de outras questões subjetivas) e valores fundamentais (moradia, saúde, segurança, função social, vedação do enriquecimento sem causa e da onerosidade excessiva, entre outros aspectos de valoração objetiva). Eis aqui mais uma ideia que conflita gerações no Direito. Em reforço, cumpre lembrar as palavras do Desembargador Caetano Lagrasta, em julgado do Tribunal de São Paulo, no sentido de que o argumento do livre-arbítrio parece fundamentar uma pretensa religião que cultua o cigarro. Em reforço,

⁹⁶⁸ Discorrendo de forma profunda sobre o livre-arbítrio e a liberdade do fumante, em uma visão liberal: LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. A jurista utiliza como um dos argumentos principais a vedação do comportamento contraditório – *venire contra factum proprium non potest* (LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos*, cit., p. 154-156). Naquela obra coletiva de pareceres a favor das empresas de cigarro, o recurso ao livre-arbítrio é recorrente (LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais, cit.). Nesse sentido, ver, com algumas variações: AZEVEDO, Álvaro Villaza. A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, cit., p. 71-73; LACERDA, Galeno. Liberdade-responsabilidade: assunção de risco e culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros, cit., p. 189-191; TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros, cit., p. 222-229; NERY JR., Nelson. Ações de indenização fundadas no uso de tabaco, cit., p. 397; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde*, cit., p. 319-374; DOTTI, René Ariel. *Cigarro, dependência e responsabilidade civil*, cit., p. 426-467; LOPEZ, Teresa Ancona. Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável, cit., p. 498-500.

fica a dúvida se realmente havia um *livre e irrestrito arbítrio* no que toca aos fumantes do passado remoto.⁹⁶⁹

Em relação a argumentos acessórios relativos à liberdade e à autonomia privada, caso da *vedação do comportamento contraditório*, insta deixar claro que a máxima do *venire contra factum proprium* não consegue vencer valores fundamentais, caso da tutela da saúde, que está no art. 6º da Constituição Federal (*técnica de ponderação*).⁹⁷⁰ É assim, por exemplo, com a questão do Bem de Família, na *polêmica do Bem de Família Ofertado*, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça entende por maioria que a proteção da Lei n. 8.009/1990 prevalece sobre a alegação do comportamento contraditório, eis que o Bem de Família é irrenunciável.⁹⁷¹ Semelhante aspecto deve ser tido quanto à saúde na relação individual ou negocial privada: ela é irrenunciável pelo fumante, não se podendo pensar em contradição quando um direito simplesmente não pode ser exercido.

⁹⁶⁹ Rebatendo muito bem os argumentos do livre-arbítrio, servindo como inspiração para este estudo, até porque muitas vezes o fumante viciado não o tem, ver: DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*, cit., p. 357-378.

⁹⁷⁰ Naquela obra coletiva, enquadrando o fumante que pleiteia a indenização na vedação do comportamento contraditório que decorre da boa-fé: NERY JR., Nelson. Ações de indenização fundadas no uso de tabaco, cit., p. 397-398; TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros, cit., p. 219-222; LOPEZ, Teresa Ancona. Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável, cit., p. 507.

⁹⁷¹ Sobre o tema, ver: TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Emerj, v. 11, n. 43, p. 233-246, 2008. Por todos os julgados de irrenunciabilidade do bem de família, ver: “AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. INDICAÇÃO À PENHORA. – Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada. – O fato de o executado oferecer à penhora o imóvel destinado à residência da família não o impede de arguir sua impenhorabilidade (Lei n. 8.009/90)” (STJ, AgRg no REsp n. 888.654/ES, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, julgado em 03/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 325). “RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DO IMÓVEL NO QUAL RESIDEM OS EMBARGANTES. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. MEMBROS INTEGRANTES DA ENTIDADE FAMILIAR. NOMEAÇÃO À PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PREVISTO NA LEI N. 8.009/90. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO DESTE. PERDA DE OBJETO. PREJUDICIALIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. 1 – Os filhos da executada e de seu cônjuge têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei n. 8.009/90, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família. Precedentes (REsp ns. 345.933/RJ e 151.238/SP). 2 – Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei n. 8.009/90. Precedentes (REsp ns. 526.460/RS, 684.587/TO, 208.963/PR e 759.745/SP). 3 – Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos de terceiro, afastando a constrição incidente sobre o imóvel, invertendo-se o ônus da sucumbência, mantido o valor fixado na r. sentença. 4 – Tendo sido julgado, nesta oportunidade, o presente recurso especial, a Medida Cautelar n. 2.739/PA perdeu o seu objeto, porquanto foi ajuizada, exclusivamente, para conferir-lhe efeito suspensivo. 5 – Prejudicada a Medida Cautelar n. 2.739/PA, por perda de objeto, restando extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 808, III, c/c o art. 267, IV, ambos do CPC. Este acórdão deve ser trasladado àqueles autos” (STJ, REsp n. 511.023/PA, Rel. Min. Jorge Scartezini, 4ª Turma, julgado em 18/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 333).

Relativamente à questão de prescrição, muitas vezes utilizada nos julgados, trata-se de uma preliminar de mérito, que não interessa ao presente estudo. De fato, se esta estiver presente, deve ser reconhecida pelo juiz. Todavia, a grande dúvida se refere a qual prazo aplicar, o de cinco anos do art. 27 do Código do Consumidor ou o geral de dez anos do art. 205 do Código Civil de 2002.⁹⁷² Na opinião deste autor, deve-se subsumir a regra consumerista, ficando o alerta de que o prazo prescricional terá início da ocorrência do evento danoso ou de sua autoria, conforme está expresso no art. 27 do CDC, em sintonia com a boa-fé e a valorização da informação (aplicação da teoria da *actio nata*). Em qualquer situação de dúvida quanto a tal início, deve prevalecer a interpretação *pro consumidor*, diante do *princípio do protecionismo*, abstraído do art. 1º da Lei n. 8.078/1990 e do art. 5º, XXII, do Texto Maior.

Por fim, o argumento principal a ser rebatido é o da culpa exclusiva da vítima. Esse parece ser o maior sofisma jurídico pregado por parte da doutrina e da jurisprudência, que concluem pela inexistência de dever de indenizar os fumantes ou seus familiares, ferindo a lógica do razoável. Não se pode admitir que a carga de culpa fique somente concentrada no consumidor, sobretudo se as empresas de cigarro assumem um risco-proveito, altamente lucrativo. O argumento é por completo inócuo nos casos de fumantes passivos, caso, por exemplo, de trabalhadores de locais em que o fumo vem – ou vinha – a ser permitido (v.g. casas noturnas e restaurantes), que acabam se enquadrando no conceito de consumidor por equiparação ou *bystander* (art. 17 do CDC).⁹⁷³ Há até o cúmulo das vozes argumentativas que pregam que a pessoa fuma para depois pleitear indenização ou para que seus familiares o façam. Quem já vivenciou os últimos dias de um fumante sabe muito bem como o argumento é descabido, seja do ponto de vista fático ou social.

A conclusão deste estudo é a de que o problema do cigarro deve ser resolvido pela *teoria do risco concorrente*. Na linha das lições de Judith Martins-Costa antes esposadas,

⁹⁷² Concluindo pela incidência do art. 27 do Código do Consumidor, do STJ: “RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL E ESTÉTICO. INDENIZAÇÃO. TABAGISMO. REPARAÇÃO CIVIL POR FATO DO PRODUTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECONHECIMENTO NO CASO CONCRETO. I – Indenização de males decorrentes do tabagismo, fundamentada a petição inicial no art. 27 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). II – Tratamento do caso como ‘danos causados por fato do produto ou do serviço prestado’ (CDC, art. 27). III – Prescrição quinquenal do Código de Defesa do Consumidor incidente, e não prescrição ordinária do Código Civil. IV – Art. 7º do Cód. de Defesa do Consumidor inaplicável ao caso específico. Recurso especial provido” (STJ, REsp n. 782.433/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para Acórdão Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 04/09/2008, *DJe* 20/11/2008). No mesmo sentido, recente decisão publicada no *Informativo n. 430* do STJ (STJ, REsp n. 1.009.591/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/4/2010).

⁹⁷³ Sobre tal enquadramento como consumidor equiparado: MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*, cit., p. 154-157.

dois momentos distintos devem ser imaginados, para duas soluções do mesmo modo discrepantes. Atente-se para o fato de que as soluções são de divisões diferentes das responsabilidades, sem a atribuição do ônus de forma exclusiva a apenas um dos envolvidos.

De início, para aqueles que começaram a fumar antes da publicidade e da propaganda de alerta, o fator de assunção do risco deve ser diminuído ou até excluído, eis que não tinham conhecimento – ou não deveriam ter – de todos os males causados pelo fumo. Muitas dessas pessoas foram enganadas anos a fio. Aqui se enquadram os que se iniciaram no fumo antes do início do século XXI e que são justamente os personagens principais das demandas em curso perante o Poder Judiciário brasileiro. O maior índice de risco assumido, por óbvio, está na conduta dos fabricantes e comerciantes de cigarros, até porque sabiam ou deveriam saber dos males do produto. É possível deduzir ainda que, diante do grau de instrução do brasileiro comum, não se pode atribuir qualquer índice de riscos aos consumidores, aplicando-se a reparação integral dos danos. Entretanto, aumentando o grau de esclarecimento do fumante, a ponderação deve ser diversa.

Para ilustrar, se uma pessoa altamente esclarecida começou a fumar nos anos 1980, sendo razoável que ela sabia dos males do cigarro, o grau de risco assumido deve ser em torno de 10% ou 20%, enquanto os outros 90% ou 80% correm por conta da empresa de tabaco. Na mesma hipótese, mas envolvendo um analfabeto sem instrução cultural, o grau de risco será de 100% por parte da empresa.

Por outra via, para aqueles que iniciaram o hábito mais recentemente – devidamente informados, sabendo e conhecendo os males do cigarro –, a situação é diferente. Inverte-se o raciocínio, uma vez que a maior carga de risco assumido se dá por parte do fumante. Nesse contexto, pode-se imaginar 90% de risco por parte do fumante e 10% pela empresa; 80% de risco pelo fumante e 20% pela empresa, e assim sucessivamente, o que depende da análise caso a caso pelo aplicador do Direito. Contudo, mesmo em casos tais não se pode admitir a culpa ou o fato exclusivo da vítima, havendo, na verdade, um risco concorrente. Eis aqui mais um exemplo de que a teoria que se propõe pode ser favorável ao consumidor, pois em circunstâncias normais poder-se-ia falar em culpa exclusiva do consumidor, como faz parte da doutrina e da jurisprudência, muitas vezes amparada no livre-arbítrio.

Concluindo, com essa exemplificação concreta culminante, pela teoria do risco concorrente em casos que envolvem a responsabilidade civil pelo uso do cigarro, a indenização deve ser fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, aplicando-se a

equidade e buscando-se o critério máximo de justiça. São seguidas as ideias outrora expostas de Jorge Mosset Iturraspe, no sentido de que não se pode mais encarar a responsabilidade civil com a construção de culpabilidade total de certos indivíduos.⁹⁷⁴ Um sistema justo, equânime e ponderado de *direito dos danos* é aquele que procura dividir os custos do dever de indenizar de acordo com os seus participantes e na medida dos riscos assumidos por cada um deles.

4.5 CONTRIBUIÇÕES INTERDISCIPLINARES PARA A CONCORRÊNCIA DE RISCO

Para encerrar o presente estudo, cabe trazer a lume algumas contribuições interdisciplinares para a concorrência de risco, na esteira da linha multicultural exposta no Capítulo 1. Desse modo, é preciso verificar como as outras ciências podem contribuir para a determinação dos riscos assumidos pelas partes, para que a indenização seja fixada adequadamente, de acordo com as circunstâncias fáticas que envolvem o evento danoso.

O socorro a ciências auxiliares como ferramenta de solução dos problemas da responsabilidade civil não constitui algo novo no Direito Privado Brasileiro. Na obra *Responsabilidade pressuposta*, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka busca um *aceno interdisciplinar em prol da construção de um critério geral de designação objetiva do responsável*, fazendo uso do *Teorema de Arrow*.⁹⁷⁵ Por tal teorema, desenvolvido por Kenneth J. Arrow, “há a busca de um critério de decisão utilizado por grupos de pessoas – portanto um critério social – na escolha ou decisão entre dois *estados da natureza*, duas situações ou dois conjuntos de bens alternativos quaisquer. Ele queria um critério que pudesse ser utilizado em *constituições*, ou seja, em situações de grande generalidade ou de aplicabilidade ampla”.⁹⁷⁶

⁹⁷⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*, t. III, cit., p. 13.

⁹⁷⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 353-357. Segundo a professora da Universidade de São Paulo, “A ciência do direito conhece os direitos que já se encontram atribuídos ao homem, eu titular natural, direitos esses que, por vezes, ou não se exercem em absoluto, ou se exercem imperfeitamente, assim como conhece os direitos que ainda estão por se construir. Contudo, *construí-los* já não é mais, contemporaneamente, tarefa de uma ciência só, isolada. Por isso mesmo, o direito deve buscar o processo de integração recíproca com outras áreas do conhecimento, isto é, deve conduzir-se, rever-se e reler-se pela trilha da interdisciplinaridade, ainda que se considera a grande dificuldade – não apenas para o direito, mas para as ciências em geral – desta ruptura de suas próprias estruturas, de modo a suportar essa expansão de alcance, esse de parceria” (*Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 355).

⁹⁷⁶ Conforme explica Fernando Curi Peres, em carta endereçada à Giselda Hironaka, anexada à obra *Responsabilidade pressuposta* (p. 380). E mais, conforme expõe o professor titular em Economia da ESALQ-USP: “Além disso, Arrow queria um critério que levasse em consideração os desejos ou preferências dos membros da comunidade. O critério teria de ser sensível às escolhas dos indivíduos que compõem o grupo. Além da generalidade e sensibilidade exigidas na identificação (ou construção) do

Além de Giselda Hironaka, Claudio Luiz Bueno de Godoy, em sua análise do art. 927, parágrafo único, do CC/2002 e citando Massimo Franzoni, leciona que “meios técnicos podem também servir para a demonstração de um risco especial atividade carreira”.⁹⁷⁷ Como meio técnico dos mais relevantes, cite-se a estatística de determinação dos riscos. Nesse diapasão, ilustra, “pense-se a propósito, não só no desenvolvimento da técnica atinente à atividade já conhecida, como ainda no surgimento de novas atividades. A manipulação de material genético pode ser um caso. Pois se ausentes dados estatísticos a subsidiarem a avaliação, se os meios de demonstração científica não são suficientes, há sempre o recurso à experiência comum”.⁹⁷⁸ Por esse salutar caminho de visão interdisciplinar, a estatística e a matemática podem ser utilizadas pelo aplicador do Direito para a determinação do risco em uma dada atuação complexa, sendo este um critério objetivo para a premissa jurídica que aqui se propõe.

Como contribuição científica relevante para ser levada em conta pelos aplicadores do Direito na determinação dos fatores de risco, merece leitura e estudo a obra do geógrafo da Universidade de Londres John Adams, um dos maiores especialistas em gerenciamento de risco de todo o planeta.⁹⁷⁹ Sobre o conceito de risco, leciona que “O risco, segundo a definição mais encontrada na literatura sobre segurança, é a probabilidade de um evento futuro adverso multiplicada por sua magnitude”.⁹⁸⁰ Tal construção é fundamental, devendo ser acrescentada aos conceitos expostos no Capítulo 3 deste estudo. Complemente-se que *o risco não pode ser confundido com a incerteza*, eis que aquele incide sobre um *conceito cheio* de probabilidade, enquanto esta não tem qualquer parâmetro de incidência (*conceito vazio*).⁹⁸¹

No início de seu livro e em nota à edição brasileira, o autor demonstra em didático quadro sinóptico os três tipos fundamentais de risco: o *voluntário*, o *involuntário* e o

critério de escolha social, Arrow interpretou os valores das sociedades democráticas ocidentais e impôs as correspondentes condições que deveriam ser satisfeitas. As *cinco condições impostas* podem ser apresentadas como os fundamentos éticos que o autor percebeu naquelas sociedades e que deveriam estar presentes ou deveriam fundamentar o critério desejado” (*Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 380). Em reunião informal com este autor, em 8 de julho de 2010, Fernando Curi Peres apontou que as *cinco condições impostas* por Arrow são: *a)* a racionalidade; *b)* a irrelevância da terceira alternativa; *c)* a unanimidade; *d)* a ausência de ditadura; *e)* o aumento de preferência nos subgrupos envolvidos.

⁹⁷⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 99.

⁹⁷⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*, cit., p. 99-100.

⁹⁷⁹ ADAMS, John. *O risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Editora Senac, 2009.

⁹⁸⁰ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 111.

⁹⁸¹ Conforme exposto por Fernando Curi Peres, em reunião informal, no dia 8 de julho de 2010. Sobre a construção do risco sob essa perspectiva, ver, ainda: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*, cit., p. 105.

imposto.⁹⁸² O *risco voluntário* pode ser *autocontrolado, com controle diminuído* ou *sem nenhum controle*. Como *risco voluntário autocontrolado*, são citados o alpinismo (*autocontrolado puro*) e o ato de dirigir (*autocontrolado aplicado*). Como *risco voluntário com controle diminuído*, é mencionado o ato de andar de bicicleta. Por fim, como *risco voluntário sem nenhum controle*, o autor ilustra os transportes por avião e trem.⁹⁸³ Já como hipótese de *risco involuntário*, é apontado um fato natural, por exemplo, a possibilidade de o Monte Etna explodir como um vulcão.⁹⁸⁴ Por fim, o *risco imposto* é dividido em *benigno* (v.g. a instalação de torres de celulares), *motivado pelo lucro* (v.g. a existência e a atuação de organizações não governamentais) e *maligno* (v.g. o assassinato e os ataques terroristas da Al Qaeda).⁹⁸⁵

Após tal exposição, John Adams exemplifica de forma mais profunda, tratando do *risco absoluto* e do *risco relativo*:

“Ir de bicicleta de A até B (escrevo como um ciclista de Londres) é uma atividade que se faz com menor senso de controle sobre o próprio destino. Esse senso é apoiado por estatísticas que mostram que, por quilômetro percorrido, um ciclista tem uma probabilidade muito maior de morrer do que uma pessoa de carro. Esse é um bom exemplo da importância de distinguir o risco absoluto do risco relativo. Embora seja muito maior, o risco absoluto de andar de bicicleta ainda é pequeno – uma morte em 25 milhões de quilômetros percorridos; nem mesmo Lance Armstrong pode pensar em percorrer essa distância em uma vida inteira dedicada ao ciclismo. E muitos estudos demonstraram que o risco extrarrelativo é mais do que compensado pelos benefícios em termos de saúde trazidos pelo hábito de pedalar regularmente, já que ciclistas habituais vivem mais tempo.”⁹⁸⁶

A ilustração é interessante pela citação do ciclista profissional Lance Armstrong – um dos melhores de todos os tempos –, que contraiu câncer nos testículos, supostamente pela prática do esporte. Tal constatação demonstra o quão complexa é a determinação dos riscos, que sofre uma série de variantes de cálculo, sendo fundamental socorrerem-se da matemática e até da antropologia como ciências auxiliares aos aplicadores do Direito.

Aliás, John Adams chega a visualizar o comportamento do brasileiro típico ou comum a respeito dos riscos, na citada introdução à edição brasileira. Relata que na década de 1960, quando estagiava como aluno da Universidade de São Paulo, fez uma viagem como carona de São Paulo a Santos, sendo o motorista que o levou extremamente habilidoso. O motorista desceu a Serra do Mar em alta velocidade, e Adams, apavorado,

⁹⁸² ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 17.

⁹⁸³ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 17.

⁹⁸⁴ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 17.

⁹⁸⁵ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 17.

⁹⁸⁶ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 17.

pediu que ele fosse mais devagar. Então, o motorista tirou uma das mãos do volante e lhe disse: “Não se preocupe. Deus é brasileiro”.⁹⁸⁷

Discorre então o autor que a maioria da literatura faz distinção entre o *risco real* e *objetivo* – fixado pelos especialistas, em geral estatísticos e matemáticos – e o *risco percebido* – baseado nas crenças do resto da população, inclusive em credences religiosas.⁹⁸⁸ Nesse contexto, tais crenças assumem papel de extrema importância para a determinação do risco. Analisando em concreto, John Adams exemplifica que muitos australianos gostam de dizer que moram no “país da sorte” e que as estatísticas mostram que a possibilidade de um australiano morrer em um acidente rodoviário é 50% maior do que um evento envolvendo um inglês. Quanto aos brasileiros, *protegidos pelo Deus compatriota*, o fator de risco é três vezes e meio maior do que o dos ingleses. A respeito do Brasil, ainda, cita Adams que há uma recomendação do Ministério das Relações Exteriores britânico no seguinte sentido: “No Brasil, dirija com cuidado. Lá o estilo e os padrões de condução são muito diferentes dos do Reino Unido. O Brasil tem um alto índice de acidentes: em 2006, de cada 100 mil habitantes 19 morreram em comparação a 5,5 mortes no Reino Unido”.⁹⁸⁹

Mais à frente, ao relembrar o episódio do motorista brasileiro, tratando da *teoria cultural* a respeito dos fatores de risco, Adams afirma que ele era um individualista clássico, sendo certo que os individualistas “são jogadores porque esperam ganhar mais que perder, além de não terem paciência com a burocracia considerada inimiga do espírito empreendedor. Tranquilizam uns aos outros afirmando que ‘o Brasil cresce de noite enquanto os burocratas dormem’”.⁹⁹⁰

Como se pode notar, os riscos sofrem influências de vários fatores, sendo insuficiente a teoria jurídica para demonstrar e analisar tais circunstâncias. Por isso, na definição do risco, é sempre pertinente que o magistrado nomeie um perito, a fim de tal demonstração. Nessa linha, pode ser encontrada decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul, que verificou a questão do risco de desabamento de um prédio em ação demolitória a partir

⁹⁸⁷ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 14.

⁹⁸⁸ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 14.

⁹⁸⁹ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 14. Aliás, a respeito de Deus e de questões religiosas e transcendentais, John Adams cita a guerra contra o terror após os ataques de 11 de setembro, afirmando que “Deus parece interceder dois lados de forma devastadora”.

⁹⁹⁰ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 23. A *teoria cultural dos riscos* divide os tipos em *fatalista*, *hierárquico*, *individualista* e *igualitário*. Além de discorrer sobre o tipo individualista, comum no Brasil, Adams entende que o lema da bandeira brasileira, *Ordem e Progresso*, relaciona a nossa conduta ao tipo *hierárquico clássico* que, assim como os *individualistas*, critica as ações do governo e se declara defensor dos fracos e oprimidos – os *fatalistas* (*O risco*, cit., p. 21-23).

de laudos de *experts*.⁹⁹¹ Na área trabalhista, são comuns as determinações judiciais de adicionais de periculosidade e insalubridade mediante demonstrações de cálculos construídas nos riscos de acidentes.⁹⁹² Em relação ao contrato de seguro, a prova pericial relativa ao risco é usual para a determinação ou exclusão do dever de pagar a indenização.⁹⁹³ A estatística, como contributiva para a aferição do risco, é mencionada expressamente por algumas ementas, para a conclusão ou não do pagamento de verbas trabalhistas e previdenciárias.⁹⁹⁴

Pode ser encontrada decisão trabalhista que interage cientificamente o risco com estudos de estatística, fazendo subsumir o art. 927, parágrafo único, do Código Civil

⁹⁹¹ “AÇÃO DEMOLITÓRIA. Execução de sentença, baseada em prova pericial, atestando o risco de desabamento, determinando o desfazimento da construção. Alegada modificação da situação de fato. Nova prova técnica produzida, concluindo pela ausência de risco de desabamento. A desconstituição da coisa julgada pressupõe fato novo relevante a infirmar as razões da decisão anterior. Caso concreto em que a segunda perícia, embora afirme a ausência de risco, não se ateve ao exame interno da obra. Circunstâncias da construção, irregular e sem qualquer responsável técnico, erguida sobre terreno em declive, que avança sobre a divisa do vizinho, exposta aos efeitos do clima e inacabada há mais de dez anos, a determinar a correção da solução extrema. Não só pelas razões de risco, como aquelas relativas à salubridade do prédio vizinho, que está submetido à ausência permanente de luz solar. Apelo provido” (TJRS, Acórdão n. 70031095540, Alvorada, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. José Aquino Flôres de Camargo, julgado em 21/10/2009, *DJERS* 17/12/2009, p. 76).

⁹⁹² Ver, entre inúmeros julgados trabalhistas, destacando-se mais recentes: TST, Recurso de Revista n. 445/2007-231-04-00.7, 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, *DEJT* 11/12/2009, p. 1065; TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 02176-2007-445-02-00-3, Acórdão n. 2009/1020128, 11ª Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Francisco Berardo, *DOESP* 15/12/2009, p. 720; TRT da 2ª Região, Recurso Ordinário n. 00418-2007-253-02-00-2, Acórdão n. 2009/1040544, 10ª Turma, Rel. Des. Fed. Marta Casadei Momezzo, *DOESP* 15/12/2009, p. 868; TRT da 3ª Região, Recurso Ordinário n. 178/2009-153-03-00.4, 4ª Turma, Rel. Des. Júlio Bernardo do Carmo, *DJEMG* 14/12/2009; TRT da 13ª Região, Recurso Ordinário n. 67/2009-025-13-00.6, Rel. Des. Carlos Coelho de Miranda Freire, *DEJTPB* 11/12/2009, p. 5; TRT da 4ª Região, Recurso Ordinário n. 01150-2008-661-04-00-3; 1ª Turma, Rel. Des. Ione Salin Gonçalves, julgado em 03/12/2009, *DEJTRS* 10/12/2009, p. 62; TRT da 11ª Região, Recurso Ordinário n. 01954/2008-013-11-00, 1ª Turma, Rel. Des. Vera Lúcia Câmara de Sá Peixoto, *DOJTAM* 10/12/2009.

⁹⁹³ Para ilustrar, colaciona-se uma primeira decisão a respeito do risco em seguro habitacional: “APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO HABITACIONAL. VÍCIOS CONSTRUTIVOS. RISCO DE DESMORONAMENTO. PRESCRIÇÃO ANUAL. Inocorrência de danos de natureza continuada e progressiva – Impossibilidade de averiguação da data de início dos danos – Necessidade de prova pericial – Provimento ao recurso – Conversão do feito em diligência” (TJPR, Apelação Cível n. 0593880-7, Mandaguaiçu, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. João Domingos Kuster Puppi, *DJPR* 11/12/2009, p. 239). E, ainda, decisão que analisou prova pericial relativa a agravamento dos riscos: “EMBARGOS INFRINGENTES. SEGURO DE VEÍCULO. COBERTURA. EXCESSO DE CARGA. AGRAVAMENTO DO RISCO. Prova pericial que, com base no limite admitido pelo fabricante do veículo e nos manifestos das cargas transportadas na ocasião do sinistro, afasta o alegado excesso de carga. Com isso, inexistindo agravamento do risco. Cobertura securitária que é devida, nos moldes da solução dada pela doughta maioria, no acórdão embargado. Embargos Infringentes desacolhidos, por maioria” (TJRS, Embargos Infringentes n. 70028017994, Porto Alegre, 3º Grupo Cível, Rel. Des. Leo Lima, julgado em 13/03/2009, *DOERS* 24/03/2009, p. 90).

⁹⁹⁴ Consultar: STJ, REsp n. 973.436/SC, Processo n. 2007/0165632-3, 1ª Turma, Rel. Min. José Augusto Delgado, julgado em 18/12/2007, *DJU* 25/02/2008, p. 290; TRF, 4ª Região, Acórdão n. 2006.72.04.003046-2, Santa Catarina, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Vilson Darós, julgado em 17/06/2009, *DEJF* 08/07/2009, p. 272; TRF da 4ª Região, Acórdão n. 2007.72.03.001649-7, Santa Catarina, 1ª Turma, Rel. Des. Fed. Vilson Darós, julgado em 03/09/2008, *DEJF* 09/09/2008, p. 247.

Brasileiro de 2002.⁹⁹⁵ Pelo mesmo caminho, colaciona-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que fez incidir os dados e os estudos relativos aos altos índices de acidentes rodoviários no Brasil.⁹⁹⁶ É isso que se espera das decisões jurisprudenciais, percorrendo-se o tão pregado caminho do diálogo interdisciplinar. Na trilha das palavras de Rubens Limongi França, expostas no Capítulo 1 deste estudo, repise-se que a *sabedoria é única, no microcosmo e no macrocosmo*.

A obra de John Adams, para citar um dos interessantes roteiros de literatura, é cheia de exemplos de cálculos e premissas para mensuração de riscos, que podem perfeitamente

⁹⁹⁵ “INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. NEXO CAUSAL. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. Não restou provado nos autos as excludentes do nexo causal invocadas pela reclamada, pois além de não estar configurado que era função do reclamante verificar defeitos na tora, ou seja, que o acidente se deu por culpa exclusiva da vítima, a prova oral esclarece que a colocação de uma determinada proteção poderia ter evitado o acidente de trabalho, o que exclui o caso fortuito e a força maior. Acidente de trabalho. Responsabilidade objetiva. Para comprovar a responsabilidade do empregador pela indenização dos danos sofridos, firmou-se entendimento que o labor desenvolvido pelo obreiro pode consubstanciar-se em atividade de risco, ensejando, então, a aplicação da responsabilidade objetiva, hoje, ampliada em virtude das normas esculpidas no novo Código Civil, mormente o artigo 927. A atividade desenvolvida pela reclamada, que atua na área de indústria e comércio de madeiras compensadas e laminas caracteriza-se como atividade que se desenvolve impondo um risco acentuado ao autor, posto que a norma regulamentadora n. 4, expedida pelo Ministério do Emprego, em seu quadro I, classificou essa atividade (20.21-4) como sendo grau de risco 4, numa escala de 1 a 4, portanto, no limite, ou seja, de risco acentuado. Do mesmo modo, a atividade desenvolvida pelo *de cujus* também era de risco acentuado, já que este trabalhava como torneiro laminador, tendo contato direto com o processo de laminação das toras, os dados estatísticos demonstram a existência de desproporcionais riscos de acidente de trabalho enfrentados pelos trabalhadores da indústria madeireira. Observo, assim, que o risco a que estava submetido o falecido estava acima da média da coletividade em geral, razão pela qual incide os termos do parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Recurso desprovido, no particular, para manter a r. Sentença que considerou a reclamada responsável pelos danos cometidos à reclamante. Danos morais. Valoração. Para a fixação dos valores da indenização por danos morais, deve-se levar em conta a situação econômica do ofendido e do ofensor, a gravidade do ato e a repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, a intensidade do ânimo de ofender, a culpa ou dolo. Nesta esteira, o valor fixado pelo juízo de origem é proporcional e adequado ao caráter pedagógico da indenização pelo excesso cometido pela reclamada e a repercussão da ofensa causada à integridade moral da reclamante” (TRT da 23ª Região, Recurso Ordinário n. 00285.2006.036.23.00-7, Rel. Desig. Des. Osmair Couto, julgado em 02/05/2007, *DJEMT* 10/05/2007).

⁹⁹⁶ “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. Fato ocorrido em rodovia, ocasião em que, chovendo e com óleo sobre a pista, o motorista da demandada não evitou, em uma curva, a derrapagem de seu caminhão, que colidiu contra o veículo da autora, frontalmente, na pista de rodagem destinada ao último. Alegação de que o óleo na pista constituiu motivo de força maior, tendo sido inevitável o fato. O evento ocorreu em local sabidamente perigoso, em dia de chuva e em uma curva, sendo razoavelmente possível aos motoristas cautelosos evitar derrapagens mesmo em más condições de trafegabilidade. Por outro lado, tem aplicação à espécie o parágrafo único do art. 927, parágrafo único, do Código Civil/02, sob a égide do qual ocorreu o sinistro. Teoria do rico criado. Sendo a ré empresa de transportes, que tira proveito econômico da atividade habitualmente produzida, deve responder objetivamente pelos danos causados, já que não se pode deixar de considerar perigosa tal atividade, com expressivo potencial de criar riscos a terceiros, sobretudo quando as estatísticas nacionais demonstram que o trânsito no Brasil é uma das maiores causas de morte, superando mesmo índices de países em guerra. Ação julgada parcialmente procedente. Demanda regressiva procedente. Danos materiais documentalmente comprovados, assim como os lucros cessantes, as despesas de frete da carga transportada e as despesas médicas e odontológicas do motorista. APELO PROVIDO” (TJRS, Acórdão n. 70028149102, Marau, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, julgado em 26/03/2009, *DOERS* 14/04/2009, p. 43).

auxiliar o Poder Judiciário na aferição das atividades desempenhadas no meio social.⁹⁹⁷ Igualmente servem tais deduções para a determinação dos riscos assumidos por todos os envolvidos no evento infortúnio, como é o caso da própria vítima. Em certo trecho, Adams cita dois personagens humanos: o *Homo prudens* – aquele que não quer assumir riscos na sua vida cotidiana, lutando para evitar acidentes – e o *Homo aleatorius* – “o homem dos dados, do jogo, que corre riscos – e também se esconde dentro de cada um de nós”.⁹⁹⁸ Já no que toca ao livre-arbítrio, arremata da seguinte maneira: “Reagimos aos apelos do *Homo aleatorius* porque não temos escolha. A vida é incerta, e reagimos porque queremos reagir, afinal certeza demais é algo enfadonho, pouco gratificante e depreciativo”.⁹⁹⁹ Tal constatação parece retirar do conceito de livre-arbítrio uma suposta liberdade absoluta, afastando do bom-senso o crédito de sua alegação em muitas situações, caso, por exemplo, dos fumantes. Em suma, nenhum arbítrio é totalmente livre, pois a vida humana é hipercomplexa. O livre-arbítrio parece ser um *conceito moderno*, que não se coaduna com a realidade fática da pós-modernidade.

O autor inglês torna evidente que o risco é um fenômeno interativo, o qual leva em conta fatores formadores do denominado *termostato do risco*: a) propensão para correr riscos; b) as recompensas dos riscos; c) o perigo percebido; d) os comportamentos de equilíbrio; e) a existência de acidentes.¹⁰⁰⁰ Essa interação, por óbvio, pode envolver duas ou mais pessoas, caso de dois motoristas, de dois contratantes, de empregador e empregado, de consumidor e fornecedor, entre outros. Além disso, não se pode desprezar fatores de incerteza, relativos à natureza e, ainda, ao comportamento humano, seja singular ou coletivo, baseado no senso comum ou na cultura local.¹⁰⁰¹

⁹⁹⁷ A respeito da dúvida da possibilidade de se medir o risco, Adams cita Lorde Kelvin, no sentido de que “tudo o que existe, existe em alguma quantidade e pode portanto ser mensurado” (ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 42).

⁹⁹⁸ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 50-51.

⁹⁹⁹ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 51.

¹⁰⁰⁰ ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 55-60.

¹⁰⁰¹ A respeito dos padrões de incerteza relativos à natureza, são expostos quatro *mitos*: a) natureza caprichosa; b) natureza ora perversa, ora tolerante; c) natureza benigna; e d) natureza efêmera (ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 69-70). No que toca aos mitos sobre a natureza humana, são expostos, mais uma vez, os personagens *fatalista*, *individualista*, *hierárquico* e *igualitário* (ADAMS, John. *O risco*, cit., p. 71-72). Cumpre expor um pouco mais sobre tais figuras. Os *individualistas* são empreendedores que vencem na vida pelo próprio esforço, sendo livres de ingerências externas, inclusive estatais. Os *hierárquicos* apreciam laços de vida em grupo, cada um sabendo qual é o seu papel ou lugar nessa vida coletiva. Os *igualitários* têm lealdade em relação aos grupos que compõem, mas menos respeito a regras que lhe são expostas, com exceção das regras da natureza. Por fim, os *fatalistas* têm controle mínimo sobre suas vidas e não pertencem a qualquer grupo. Muitas vezes, colocam as forças nas mãos de poderes transcendentais.

Partindo para a estatística, é ela conceituada como um conjunto de métodos de pesquisa e de processos quantitativos que serve para estudar e medir os fenômenos sociais coletivos.¹⁰⁰² É notório que a estatística trabalha com probabilidades, sendo certo que, segundo Carlos A. B. Dantas, “a teoria das probabilidades ocupa um papel fundamental em todas as áreas da ciência e isto faz com que venha a ser amplamente ensinada na universidade. A teoria das probabilidades pode ser apresentada em vários níveis de formalização matemática. Sua origem ligada ao cálculo das chances de ocorrência de certos resultados em jogos de azar propicia um grande apelo intuitivo”.¹⁰⁰³ De acordo com o mesmo autor, professor de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo, a probabilidade lida com uma série de critérios, tais como os experimentos aleatórios, o espaço amostral e os eventos, além das operações entre tais eventos.¹⁰⁰⁴ Dessa forma, “A probabilidade será definida numa classe de eventos do espaço amostral que satisfaz certas probabilidades. Todas as operações que definimos entre os eventos conduzem a novos eventos que pertencem a essa classe”.¹⁰⁰⁵

Há ainda uma definição *frequentista* ou *subjettiva* de probabilidade, a qual está baseada “na hipótese de que existe uma realidade física e que as probabilidades descrevem aspectos dessa realidade física de modo análogo ao que as leis da mecânica fazem no caso de um modelo determinístico. A probabilidade de um evento associado a um experimento independe, portanto, do observador, sendo obtida como o valor do qual se aproxima a frequência relativa de ocorrências desse evento em um grande número de repetições do experimento não pode ser realizada e outras em que não pode ser realizada em idênticas condições”.¹⁰⁰⁶

Pelos exercícios que foram verificados nos livros de estatísticas consultados para o presente estudo, pode-se constatar que tal ciência pode perfeitamente auxiliar na solução de problemas relativos aos riscos, notadamente os riscos assumidos pelas partes, ou seja, o *risco concorrente*. Ilustrando, a estatística pode determinar a possibilidade de um produto

¹⁰⁰² Conceito retirado de MARTINS, Gilberto de Andrade; DONAIRE, Denis. *Princípios da estatística*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 17.

¹⁰⁰³ DANTAS, Carlos A. B. *Probabilidade: um curso introdutório*. 3. ed. São Paulo: Edusp, 2008. p. 11.

¹⁰⁰⁴ DANTAS, Carlos A. B. *Probabilidade*, cit., p. 15-20. De outra obra, extrai-se que o *experimento aleatório* constitui “um experimento no qual podemos descrever o conjunto de todos os resultados possíveis, mas não podemos dizer, *a priori*, qual desses resultados vai acontecer”. O *espaço amostral* é “o conjunto de todos os possíveis resultados do experimento aleatório”. O *evento* é “um subconjunto do espaço amostral” (PINHEIRO, João Ismael D.; CUNHA, Sonia Baptista da; CARVAJAL, Santiago Ramírez; GOMES, Gastão Coelho. *Estatística básica*. A arte de trabalhar com dados. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2009. p. 71).

¹⁰⁰⁵ DANTAS, Carlos A. B. *Probabilidade*, cit., p. 15-29

¹⁰⁰⁶ DANTAS, Carlos A. B. *Probabilidade*, cit., p. 26.

defeituoso ser fabricado por uma máquina.¹⁰⁰⁷ É possível, ainda, expor o grau de risco de um fumante morrer, se comparado a um não fumante.¹⁰⁰⁸ Os cálculos servem do mesmo modo para demonstrar, por gráficos, a frequência de acidentes de trabalho¹⁰⁰⁹ ou a ocorrência de sinistros em determinados turnos de trabalho, gerando a culpabilidade de empregado específico.¹⁰¹⁰ Foram encontradas ainda lições práticas de estatísticas de segurança no País,¹⁰¹¹ de índices de chances para que uma cirurgia plástica estética seja bem-sucedida,¹⁰¹² de possibilidade de infecção pelo vírus HIV,¹⁰¹³ entre outros exemplos.

Em síntese, pelos estudos relativos aos infortúnios, pela estatística e pela matemática, é possível estabelecer, com certa objetividade, o grau de risco que um consumidor assume ao comprar determinado produto, caso de um cigarro, de uma bebida alcoólica ou de um alimento que faz mal à saúde. É viável, do mesmo modo, que os cálculos demonstrem o grau de risco – em frações ou percentagem – assumido por um adquirente de automóvel que não atende ao *recall*. Exemplificando mais concretamente, em um acidente de veículos com três condutores alcoolizados envolvidos, os cálculos podem especificar qual o percentual de responsabilidade de cada um deles, para que a

¹⁰⁰⁷ “Três máquinas *A*, *B* e *C* produzem 50%, 30% e 20%, respectivamente, do total de peças de uma fábrica. As porcentagens de produção defeituosa destas máquinas são 3%, 4% e 5%. Se uma peça é selecionada aleatoriamente, ache a probabilidade de ela ser defeituosa. Se a peça selecionada é defeituosa, encontre a probabilidade de ter sido produzida pela máquina *C* (DANTAS, Carlos A. B. *Probabilidade*, cit., p. 61). O mesmo exercício aparece em: MARTINS, Gilberto de Andrade; DONAIRE, Denis. *Princípios da estatística*, cit., p. 201.

¹⁰⁰⁸ “Costuma-se dizer que a taxa de mortalidade de pessoas fumantes é, em cada idade, o dobro da taxa de mortalidade de pessoas não fumantes. O que isso significa? Isto significa que a probabilidade de uma pessoa não fumante sobreviver a um determinado número de anos corresponde a duas vezes a probabilidade de uma pessoa fumante, de mesma idade, sobreviver este mesmo número de anos?” (DANTAS, Carlos A. B. *Probabilidade*, cit., p. 177).

¹⁰⁰⁹ “O número de operários acidentados por mês, numa fábrica, nos últimos dois anos, foi: (ENTRA GRÁFICO). Faça $X \rightarrow$ número de operários acidentados por mês. a) Construa a distribuição de frequência (tipo *A*). b) Calcule a média, mediana e moda” (MARTINS, Gilberto de Andrade; DONAIRE, Denis. *Princípios da estatística*, cit., p. 153).

¹⁰¹⁰ “Constatou-se que, inesperadamente, houve um inusitado aumento no número de óbitos em um determinado hospital. Os números ultrapassavam em muito a quantidade de mortes ali comumente registradas. Foi feito um levantamento de dados com o objetivo de estabelecer um padrão para os diversos óbitos. Para causa um dos últimos meses, foi calculada a média de óbitos diários por turno da equipe de enfermagem, e a análise dos dados observados revelou que, em alguns turnos, a média de óbitos era superior em pelo menos três vezes a média dos demais turnos. Com essa constatação, passou-se a analisar a composição da equipe para cada turno. Observou-se então que as médias que fugiam aos padrões coincidiam com os turnos de um determinado enfermeiro. A comparação entre o número de óbitos ocorridos no turno desse enfermeiro e nos outros turnos forneceu indícios da culpabilidade desse profissional” (PINHEIRO, João Ismael D.; CUNHA, Sonia Baptista da; CARVAJAL, Santiago Ramírez; GOMES, Gastão Coelho. *Estatística básica*, cit., p. VIII).

¹⁰¹¹ PINHEIRO, João Ismael D.; CUNHA, Sonia Baptista da; CARVAJAL, Santiago Ramírez; GOMES, Gastão Coelho. *Estatística básica*, cit., p. 62-63.

¹⁰¹² PINHEIRO, João Ismael D.; CUNHA, Sonia Baptista da; CARVAJAL, Santiago Ramírez; GOMES, Gastão Coelho. *Estatística básica*, cit., p. 70.

¹⁰¹³ PINHEIRO, João Ismael D.; CUNHA, Sonia Baptista da; CARVAJAL, Santiago Ramírez; GOMES, Gastão Coelho. *Estatística básica*, cit., p. 90-91.

indenização seja adequadamente fixada. Os graus de infortúnios em esportes e diversões radicais, ainda a título de ilustração, também podem auxiliar o magistrado na determinação do *quantum debeatur*.

Para encerrar a presente seção, a fim de demonstrar como tais cálculos podem ser eficientes à responsabilização civil, Hugo A. Acciarri expõe fórmula inversamente proporcional entre as medidas de precaução e os danos causados, com o fim de se determinar a reparabilidade civil de acordo com as contribuições causais.¹⁰¹⁴ Por tal formulação teórica, se variar a precaução e o nível da atividade, simultaneamente serão diversos o valor que deveria ser pago integralmente (reparação integral) e a proporção da causação.¹⁰¹⁵

O jurista da Universidad Nacional del Sur demonstra, com razão, que um bom sistema de responsabilidade civil deve ser baseado nas seguintes premissas: *a)* representar adequadamente as noções gerais de razoabilidade causal; *b)* prover uma visão ajustada da razoabilidade jurídica nesse campo; *c)* proporcionar diretivas para distinguir, entre todos os fatos e omissões do mundo, aqueles que devem ser considerados fatores causais aos fins jurídicos daqueles que não devem ser; *d)* gerar instrumentos conceituais que permitam apontar responsabilidades entre os fatores tidos como causais aos fins jurídicos, de modo consistente e com propósitos de eficiência ou minimização dos custos sociais; *e)* concentrar na distribuição de responsabilidades e desenhar um procedimento que permita tal distribuição proporcional, de um modo que esta supere a aparente impossibilidade de se alcançar a *redução ótima* dos custos sociais.¹⁰¹⁶ A *teoria do risco concorrente* na responsabilidade objetiva surge como uma séria alternativa para atender a tais anseios, que também são deste autor.

Dessa forma, concluindo o presente estudo, nota-se que a *teoria do risco concorrente* é uma tese que se demonstra eficiente ao julgamento de problemas relativos à responsabilidade civil, sobretudo se contar com o auxílio de outras ciências, no imprescindível diálogo interdisciplinar que se espera na pós-modernidade.

¹⁰¹⁴ ACCIARRI, Hugo A. *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños*, cit., p. 246-247.

¹⁰¹⁵ ACCIARRI, Hugo A. *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños*, cit., p. 247.

¹⁰¹⁶ ACCIARRI, Hugo A. *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños*, cit., p. 249.

CONCLUSÕES

CAPÍTULO 1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL – ANÁLISE RETROSPECTIVA E PROSPECTIVA

1. A responsabilidade civil é tema jurídico que goza de grande prestígio desde a Antiguidade. Em uma *análise retrospectiva*, o tema passa pelo estudo das regras remotas relativas à responsabilidade privada, fundadas principalmente na vingança privada (por exemplo, a Lei de Talião). Diante disso, o Direito Romano faz parte do roteiro para tal estudo histórico, desde a Lei das XII Tábuas.

2. A *Lex Aquilia de Damno* introduziu no sistema romano, no século II a.C., a responsabilidade civil fundada na culpa (responsabilidade civil subjetiva), influenciando as codificações privadas da modernidade, caso do Código Civil Francês de 1804. O Código Civil Brasileiro de 1916 sofreu claramente tal influência, consagrando única e exclusivamente a responsabilidade civil baseada no dolo e na culpa.

3. No final do século XIX, começaram a surgir na França os primeiros estudos relativos à teoria do risco, a gerar a responsabilidade civil sem culpa ou objetiva. Nesse período, muito contribuíram os estudos doutrinários de Saleilles e Josserand. Antes de tal *salto evolutivo*, o Brasil viveu o *salto* para a culpa presumida, para depois, então, consolidar a responsabilidade sem culpa. Como leis definitivas para o âmbito privado, o Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 consagram a responsabilidade civil independentemente de culpa, sendo fundamental o papel histórico exercido pela primeira norma em nosso país.

4. Partindo para uma *análise prospectiva* da responsabilidade civil – de busca de novas fontes ou recursos para o tema –, a matéria deve ser estudada e visualizada a partir do fenômeno pós-moderno, que traz novos desafios para os estudiosos e aplicadores do Direito.

5. Parece correto dizer que o ano de 1968 é um bom parâmetro histórico para se apontar o início da pós-modernidade, diante de protestos e movimentos em prol da liberdade que eclodiram em todo o mundo. O surgimento da grande rede digital de computadores – a internet –, o nascimento da telefonia celular, a queda do muro de Berlim,

o ataque terrorista aos Estados Unidos, no ano de 2001, bem como a eleição de Barack Obama como presidente norte-americano, são fatos relevantes para a nova era. Em suma, podem ser considerados *divisores de águas*, se a pós-modernidade admitir a divisão em fases. Esse período trouxe uma nova forma de encarar o mundo, revendo construções e categorias da modernidade, incluindo os conceitos jurídicos e suas funções. Como fatores da pós-modernidade jurídica, podem ser apontados: *a)* a unidade global; *b)* a abundância dos atores e das fontes jurídicas; *c)* o pluralismo; *d)* o duplo sentido; *e)* a hipercomplexidade.

6. Nessa realidade de mudança, como ferramentas que devem ser consideradas fundamentais para a *prospecção da responsabilidade civil*, podem ser citadas: *a)* a interdisciplinaridade; *b)* o diálogo das fontes; *c)* a visão constitucionalizada do Direito Privado e a aplicação dos princípios constitucionais nas relações entre particulares; *d)* a personalização do Direito Civil; *e)* a ponderação de princípios e valores, sobretudo constitucionais.

7. A *interdisciplinaridade* possibilita o sadio diálogo entre as ciências, afastando a figura do especialista puro, tão apregoado na modernidade. A partir da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, segundo a qual o Direito é fato, valor e norma, os problemas sociais demandam que o aplicador do Direito seja um *sociólogo* – do ponto de vista dos fatos; um *filósofo* – na perspectiva dos valores; e um *jurista* – na análise das normas. O diálogo entre as ciências possibilita a revisão de antigos paradigmas, enxergando além das antigas categorias e dos velhos manuais. É possível abrir novos caminhos, buscando soluções mais justas, de acordo com os anseios sociais e da coletividade. Por isso, o presente estudo faz uso de várias interações com aspectos culturais da atualidade – como o cinema –, com a sociologia e a estatística, por exemplo.

8. Antes de estabelecer os diálogos com as outras ciências, o direito deve dialogar consigo mesmo, o que justifica o uso do artifício teórico do *diálogo das fontes*, desenvolvido por Erik Jayme e Cláudia Lima Marques. Além dos diálogos entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor, o estudo procura intersecções com o Direito Administrativo, o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional, pelas influências recíprocas de suas normas principais.

9. Dos diálogos entre o Direito Civil e o Direito Constitucional surge o caminho metodológico do *Direito Civil Constitucional*, outra ferramenta utilizada pelo estudo. Assim, os institutos civis são analisados a partir da Constituição Federal de 1988 e dos princípios constitucionais. Reconhece-se, para tanto, que tais princípios têm aplicação

imediate nas relações privadas, ou seja, *eficácia horizontal*. A valorização da dignidade da pessoa humana, constante do art. 1º, III, do Texto Maior, traz o fenômeno inafastável da *personalização do Direito Privado* e a correspondente *despatrimonialização*. Na seara da responsabilidade civil, várias são as consequências percebidas, como o surgimento de novas situações de danos à pessoa humana.

10. Como último artifício prospectivo da pós-modernidade jurídica, destaque-se a *técnica de ponderação de princípios e interesses constitucionais* desenvolvida por Robert Alexy. A *ponderação* ou *sopesamento* é um juízo de razoabilidade realizado pelo aplicador do Direito, de acordo com as circunstâncias fáticas, em que um princípio constitucional prevalece para determinado caso concreto sem que o outro regramento seja retirado do sistema. Como o estudo demonstra em várias passagens, tal artifício mostra-se eficiente para a solução de inúmeras demandas relativas ao dever de reparar os danos sofridos.

11. Sintetizando, com a *visão interdisciplinar*, o *diálogo das fontes* e o *Direito Civil Constitucional*, analisa-se o sistema como um todo, substituindo-se uma interpretação insular por uma interpretação sistemática do Direito. A partir da *personalização do Direito Privado*, da *aplicação dos princípios constitucionais que protegem o indivíduo* e da *técnica da ponderação*, concretiza-se a proteção da pessoa humana, nos termos da *cláusula geral de tutela* prevista no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Os citados mecanismos jurídicos, próprios da Teoria Geral do Direito Civil Contemporâneo, que visualiza a *construção unitária do ordenamento jurídico*, fundamentais à pós-modernidade, guiam este estudo, servindo como marco teórico para a responsabilidade civil pós-moderna.

CAPÍTULO 2. ESTRUTURA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. A responsabilidade civil é classificada, desde os seus primórdios romanos, em responsabilidade civil contratual e extracontratual. A primeira decorre do inadimplemento de uma obrigação assumida pelas partes; já a segunda tem origem nos atos ilícitos em geral. As codificações brasileiras foram na mesma esteira dessa *partilha metodológica*, adotando o *sistema dualista de responsabilidade civil*. No Código Civil de 1916, a responsabilidade extracontratual, a *obrigação por atos ilícitos*, constava entre os arts. 1.518 e 1.553; a responsabilidade contratual, *as consequências da inexecução das obrigações*, nos arts. 1.056 a 1.058, completados pelos dispositivos relativos às perdas e danos (arts. 1.059 a 1.061) e aos juros legais (arts. 1.062 a 1.064). Isso sem falar no tratamento da cláusula penal, decorrência natural do inadimplemento, que era matéria dos comandos anteriores

(arts. 916 a 927). Além da divisão, o conceito estruturante de ato ilícito constava do art. 159 do Código de 1916. Na codificação brasileira de 2002, melhor organizada, o *Título IX do Livro das Obrigações* foi intitulado como “*Da responsabilidade civil*”, tratando, em princípio, da responsabilidade extracontratual (arts. 927 a 954), uma vez que o seu dispositivo inaugural faz menção ao ato ilícito (art. 186) e ao abuso do direito (art. 187). De outro modo, a responsabilidade contratual, decorrente do *inadimplemento das obrigações*, consta dos arts. 389 a 420 do CC/2002.

2. Há tendência de unificação do sistema de responsabilidade civil, o que pode ser sentido pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, que não divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, consagrando a responsabilidade civil pelo produto e pelo serviço. Também no Código Civil de 2002 há dispositivos que unificam o sistema, ou seja, em que se subsumem as duas modalidades de responsabilidade civil. É o caso dos seus arts. 944 e 945, que tratam da indenização em qualquer sistema de reparação. Como os dispositivos constituem o amparo legal principal da *teoria do risco concorrente*, deve ficar bem clara a premissa de que *o estudo proposto se aplica tanto à responsabilidade civil contratual quanto à responsabilidade civil extracontratual*.

3. Na estrutura da responsabilidade civil, a culpa deixou de ter papel principal e passou a figurar como coadjuvante. De toda sorte, não perdeu totalmente a sua função, diante de sua afirmação pelos sistemas legais. Ademais, a culpa é conceito inerente à pessoa humana, como ser social e psicológico, e deve ser visualizada na pós-modernidade como a violação de um dever, seja ele decorrente da lei, da convenção das partes ou do senso comum. Como exemplo de sua mudança de papel, podem ser citadas as hipóteses de responsabilidade civil por atos de outrem, em que a culpa presumida foi substituída pela responsabilidade objetiva ou sem culpa (arts. 932 e 933 do Código Civil de 2002). Assim, concretiza-se o já citado salto evolutivo. Destaque-se também a emergência do Código de Defesa do Consumidor, em que a responsabilidade objetiva é a regra, e a responsabilidade subjetiva, a exceção.

4. A investigação do nexo de causalidade continua trazendo desafios aos aplicadores do Direito. Além da existência de um elemento imaterial ou virtual – que já apresenta dificuldades, por sua natureza –, há uma pluralidade de teorias explicativas, sem posição definida na doutrina e na jurisprudência nacionais. No caso do Código Civil Brasileiro, duas teorias foram expressamente adotadas pelo legislador: *a) a teoria do dano direto e imediato*, no seu art. 403; e *b) a teoria da causalidade adequada*, nos seus arts. 944 e 945. Diante da prevalência das situações de concausalidade, como outra premissa deste

estudo, conclui-se que a *teoria prevalente é a da causalidade adequada, pela qual o dever de reparar deve ser adequado às condutas dos participantes ou atores do evento danoso, o que inclui a própria vítima.*

5. Como evolução substancial relativa ao tema, o dano substitui a culpa no papel principal exercido no passado, deixando de ser mero coadjuvante. Somadas às novas situações de danos reparáveis (por exemplo, a decorrente do abandono afetivo), surgem outras categorias de prejuízos, além dos tradicionais ou clássicos danos materiais e morais, consolidados como indenizáveis desde a Constituição Federal de 1988. Tais categorias – admitidas ou debatidas pela doutrina e jurisprudência nacionais – são as seguintes: *a)* danos estéticos; *b)* danos morais coletivos; *c)* danos sociais ou difusos; *d)* danos por perda de uma chance. O surgimento desses *novos danos* demonstra muito bem como foram alteradas as estruturas da responsabilidade civil.

CAPÍTULO 3. O RISCO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

1. O risco, como conceito jurídico, é outra construção fundamental ao estudo, podendo ser definido como uma probabilidade concreta de perigo.

2. Os séculos XX e XXI ofereceram, e ainda oferecem, inúmeras situações arriscadas, muitas vezes, verdadeiras *armadilhas para os danos*. O atendimento das simples necessidades fisiológicas do ser humano – como o ato de comer – pode oferecer riscos à pessoa. Por isso, parece ter sido salutar a opção do legislador do Código Civil de 2002 ao prever que a responsabilidade objetiva pode decorrer de uma atividade de risco normalmente desempenhada pelo autor do dano, além dos casos previstos em lei (art. 927, parágrafo único, do CC/2002). Imperioso consignar que, antes disso, o Código de Defesa do Consumidor já previa como direito básico do consumidor a proteção contra produtos e serviços que lhe oferecessem riscos, abrangendo a questão da informação (art. 6º, I e III, da Lei n. 8.078/1990).

3. *As diversas modalidades de risco apresentadas pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência são essenciais para este estudo, eis que, para a incidência do risco concorrente, o risco deve estar presente. Tais modalidades são geradoras da responsabilidade objetiva ou sem culpa.*

4. Como primeira categoria a ser destacada, há o *risco administrativo*, retirado do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Os entes estatais respondem objetivamente pelos danos causados por seus agentes. Para este autor, não há que se distinguir os atos administrativos comissivos dos omissivos, como quer parte considerável da doutrina e da

jurisprudência, até porque o legislador não o fez. Em verdade, a tese da responsabilidade civil subjetiva do Estado por atos omissivos é construção distante da realidade social brasileira, que visa tão somente proteger excessivamente o Estado.

5. O *risco criado* está presente nas situações em que uma atividade ou mesmo um simples ato isolado cria riscos aos direitos e interesses de outrem. Não necessariamente haverá uma atividade, no sentido de coordenação de atos com uma finalidade específica. Como exemplo, cite-se a hipótese de responsabilidade objetiva pelos objetos caídos ou lançados de prédio urbano ou rural, tratada pelo art. 938 do Código Civil (“defenestramento” ou *effusis et dejectis*).

6. No *risco proveito*, o risco traz vantagens àquele que o cria em desfavor de outrem, caso de um benefício patrimonial. Trata-se da teoria adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, que consagra a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços diante dos consumidores. Este autor está filiado à corrente doutrinária pela qual o *risco-proveito inclui os riscos do desenvolvimento*, devendo os fornecedores e prestadores responder em casos tais.

7. Há *risco profissional* quando a atividade desempenhada pelo agente de forma habitual e com intuito de lucro cria situações de danos a terceiros. A situação típica é a do dano causado pelo empregador ou pelo seu empregado ou preposto a terceiros (arts. 932, III, e 933 do Código Civil de 2002). Consigne-se que, em algumas situações de atividade profissional, a opção do legislador é pelo modelo culposo, caso da responsabilidade civil dos profissionais da área de saúde (art. 951 do Código Civil) e dos profissionais liberais no sistema de consumo (art. 14, § 4º, da Lei n. 8.078/1990).

8. A *teoria do risco dependência*, desenvolvida por José Fernando Simão, foi criada para justificar a responsabilidade civil objetiva dos pais, tutores, curadores e educadores pelos menores e maiores incapazes (arts. 932, I, II e IV, e 933 do Código Civil). Foi também desenvolvida para justificar a responsabilidade subsidiária e excepcional dos incapazes, retirada da novidade constante do art. 928 do Código Civil de 2002.

9. Por fim, pela *teoria do risco integral*, há uma responsabilidade objetiva que não admite qualquer excludente de responsabilidade, mesmo os fatores obstativos do nexo de causalidade. Para parte considerável da doutrina, tal teoria incidiria nos casos de danos ao meio ambiente, ao *Bem Ambiental*. De toda sorte, a jurisprudência majoritária admite algumas excludentes em casos tais, como, por exemplo, as relativas a fenômenos e eventos totalmente exteriores à atividade desenvolvida pelo suposto agente causador do dano (caso

fortuito externo e força maior externa). Este autor está filiado ao entendimento de admissão dessas excludentes, não havendo no sistema nacional a adoção ao risco integral.

10. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro enuncia na segunda parte a responsabilidade objetiva, que decorre de uma atividade de risco normalmente desempenhada pelo autor do dano. Trata-se da *cláusula geral de responsabilidade objetiva*, que não se confunde com a exposição ao perigo constante do art. 2.050 do Código Civil Italiano, eis que *o risco é conceito menor que o perigo*. Na opinião deste autor, *há no dispositivo um risco excepcional, acima da situação de normalidade, mas que não chega a ser um perigo. Todavia, havendo perigo, que é mais do que risco, o dispositivo pode ser subsumido*. Está presente no comando legal um conceito de risco mutante ou variável, que pode enquadrar-se em qualquer uma das categorias antes expostas. Como exemplos concretos de incidência da cláusula geral na realidade brasileira, podem ser citados os casos de acidentes de trabalho – o que mitiga a regra da responsabilidade subjetiva do empregador constante do art. 7º, XXVIII, da CF/1988 – e as hipótese de danos aos direitos da personalidade causados por *sites de relacionamentos* (por exemplo, Orkut).

CAPÍTULO 4. A TEORIA DO RISCO CONCORRENTE NA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

1. Adentrando especificamente no objeto principal deste estudo, como outra premissa fundamental é preciso reconhecer o *fenômeno da concausalidade*, presente quando vários eventos concorrem para o mesmo evento danoso. Estes podem ser naturais ou humanos e, no último caso, admitem-se as condutas do próprio agente, da vítima e de terceiros. Essas condutas podem ser culposas ou não, em uma pluralidade de situações. A pós-modernidade acentuou as situações de concausalidade, diante da existência de eventos complexos de responsabilidade civil.

2. A exemplo do seu antecessor, o Código Civil de 2002 trata da concausalidade ao prever que, presente mais de um autor para o evento danoso, todos respondem solidariamente (art. 942, parágrafo único). Essa realmente deve ser a regra, em especial se não for possível verificar qual a contribuição de cada um dos envolvidos para o evento danoso. Todavia, nos termos dos arts. 944 e 945 do Código Civil, é possível distribuir a responsabilidade civil de acordo com as respectivas contribuições causais.

3. Assim, é viável juridicamente atribuir a culpa ou o fato concorrente em relação aos agentes, levando-se em conta as concorrências efetivas do agente e da própria vítima. Se houver responsabilidade objetiva, fala-se em risco concorrente, sendo o verbete

principal do presente estudo: *a responsabilidade civil objetiva deve ser atribuída e fixada de acordo com os riscos assumidos pelas partes, seja em uma situação contratual ou extracontratual.*

4. Em sede de Direito Comparado, a fixação da indenização de acordo com as contribuições causais é utilizada em países como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Argentina. Do último país, cite-se a afirmação de Mosset Iturraspe, no sentido de que não se pode mais pensar a responsabilidade civil com a construção de culpabilidade total de certos indivíduos. Um sistema justo, equânime e ponderado de direito dos danos é aquele que procura dividir os custos do dever de indenizar de acordo com os seus participantes e na medida dos riscos assumidos por cada um deles.

5. Constitucionalmente, o estudo está amparado na tríade *isonomia-razoabilidade-proporcionalidade*, retirada do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, e na premissa de que a lei deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, de acordo com as suas desigualdades. Como a atribuição das responsabilidades é feita segundo os riscos assumidos pelos participantes da relação jurídica, o que se busca é um tratamento qualificado e específico de acordo com as características do caso concreto. Constata-se, portanto, que o presente estudo se enquadra na linha dos posicionamentos expostos a respeito do tratamento diferenciado pós-moderno e do que se espera do razoável, do adequado.

6. Como fundamentos legais infraconstitucionais para este estudo, podem ser citados os arts. 944 e 945 do Código Civil, segundo os quais a indenização mede-se pela extensão do dano e pelo grau de culpa dos envolvidos. Havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, o juiz poderá reduzir equitativamente a indenização. Em sede doutrinária, previa o Enunciado n. 46 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que tais dispositivos não se aplicariam à responsabilidade objetiva. Todavia, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 380, suprimindo do enunciado doutrinário anterior a menção de não subsunção à responsabilidade sem culpa. O último enunciado doutrinário foi proposto por este autor, como preparatório para o estudo aqui apresentado. Em suma, os dispositivos não só podem como devem subsumir a responsabilidade sem culpa. Nesse contexto, três argumentos principais podem ser citados. *Primus*, a questão da atribuição da responsabilidade sem culpa não se confunde com a fixação do *quantum debeatur*, uma vez que os momentos jurídicos são distintos. *Secundus*, se nas hipóteses de responsabilidade objetiva é possível alegar a culpa exclusiva da vítima para afastar o dever de indenizar, também é viável

alegar a culpa ou o risco concorrente para atenuá-lo. *Tercius*, a questão envolve a amplitude do nexo de causalidade, que pode ser diminuído de acordo com a causalidade adequada.

7. Muito além dos simples fundamentos legais, *a teoria do risco concorrente está amparada na equidade, na ideia do justo e na busca da justiça do caso concreto*. Ora, quando alguém assume o risco em contratar um objeto que seja perigoso, tem a consciência – declarada ou não – de que o infortúnio pode ocorrer. Ilustrando, se alguém compra fogos de artifício, sabe que, quando for operá-lo, é possível que tenha a mão queimada. Esse também será o pensamento para uma situação extracontratual, eis que, se alguém busca o lazer por meio de um esporte radical, caso, por exemplo, do paraquedismo, sabe perfeitamente que é possível que o pior aconteça. O perigo, nas situações expostas, é a essência daquilo que é buscado pela parte da relação intersubjetiva. Diante do seu fundamento na equidade, perde relevo a crítica que poderia ser feita à *teoria do risco concorrente* no sentido de prejudicar a proteção dos vulneráveis, caso dos consumidores e dos trabalhadores, no âmbito da responsabilidade civil contratual. Ademais, como se viu, o verbete proposto pode até ser mais favorável aos vulneráveis negociais. Em outras palavras, a sua concepção no ordenamento jurídico pode, inclusive, implicar maior tutela ou proteção de tais direitos.

8. Ainda no que toca à equidade, os novos caminhos da responsabilidade civil indicam a distribuição dos custos conforme as contribuições das partes. Não se pode mais imaginar a responsabilidade civil com personagens que detêm papéis estáticos, ou seja, o ofensor como reparador puro e a vítima como pessoa a ser indenizada. No caso de contribuição da última, haverá, sim, dever de indenizar, mas de acordo com a sua conduta de contribuição, notadamente com o risco assumido.

9. *A teoria do risco concorrente mantém relação direta com a tese da responsabilidade pressuposta, desenvolvida por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. De início, porque valoriza a questão do risco assumido por alguém em sua atuação continuada, a gerar a sua responsabilização independentemente de culpa. A teoria do risco concorrente tem incidência direta justamente na responsabilidade objetiva, incluindo as hipóteses de criação de um risco pela atividade desenvolvida, ou seja, de *mise en danger*. Ademais, se o risco deve incidir na conduta do agente para a sua responsabilização, também deve ser critério a ser aplicado ao lesado, que igualmente pode atuar de forma arriscada em determinada situação, devendo a responsabilidade da outra parte ser atenuada de acordo com o risco assumido. Segundo a equidade, que também

fundamenta a responsabilidade pressuposta, a responsabilidade civil deve ser dividida entre os participantes do evento, tendo-se como parâmetro os correspondentes riscos assumidos. Os atos das partes – agente, culpado e eventual terceiro – devem ser considerados substanciais para a determinação das respectivas responsabilidades e do *quantum debeatur*. A boa-fé entra em cena como arcabouço da equidade, eis que, mormente nos casos de responsabilidade contratual, a informação a respeito do risco tem um papel incrementador das responsabilidades dos envolvidos.

10. Partindo para a *concretude* do estudo, ou seja, para a sua efetivação prática, várias são as hipóteses de incidência da teoria do risco concorrente, a saber: *a)* nas situações de responsabilidade objetiva do Estado, em que o próprio cidadão lesado contribui para o evento danoso, assumindo o risco de prejuízo; *b)* nos casos de responsabilidade objetiva do empregador, seja indireta ou direta, a incluir a novidade de incidência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil; *c)* nas hipóteses relativas à responsabilidade objetiva do empregador, havendo regra específica que trata do fato concorrente da vítima para atenuação do nexo causal e que ampara a premissa proposta de assunção de risco pela vítima (art. 738, parágrafo único, do Código Civil); *d)* em casos que envolvem o contrato de seguro, pela aplicação do conceito inerente à boa-fé objetiva, que impõe ao credor a mitigação do próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*); *e)* nas atividades de saúde, em que o paciente assume o risco, por ato declarado ou não (*vide* a questão do consentimento informado); *f)* nos infortúnios que decorrem das diversões e dos esportes radicais ou perigosos, em que o risco é inerente; *g)* nas hipóteses de *recall* ou convocação dos consumidores para troca de peças ou produtos, havendo assunção de risco por parte dos vulneráveis que são comunicados mas não atendem à chamada dos fornecedores; *h)* na problemática jurídica que envolve o cigarro e o tabagismo, amplamente debatida pela doutrina e pela jurisprudência nacionais na contemporaneidade, sendo o risco concorrente meio adequado para a atribuição das responsabilidades de acordo com os riscos assumidos pelos envolvidos. Em todos os *cases* expostos, o dever de reparar e o correspondente *quantum debeatur* são fixados conforme as contribuições de causalidade, principalmente se considerados os riscos assumidos pelos personagens do evento na responsabilidade objetiva.

11. A interdisciplinaridade entra em cena para auxiliar o aplicador do Direito na determinação dos riscos assumidos pelo agente e pela própria vítima. Pelos estudos relativos aos infortúnios, pela estatística e pela matemática, é possível estabelecer, com certa objetividade, o grau de risco que um consumidor assume ao comprar determinado

produto, caso de um cigarro, de uma bebida alcoólica ou de um alimento que faz mal à saúde. É viável, do mesmo modo, que os cálculos demonstrem o grau de risco – em frações ou percentagem – assumido por um adquirente de automóvel que não atende ao *recall*. Exemplificando mais concretamente, em um acidente de veículos com três condutores alcoolizados envolvidos, os cálculos podem especificar qual o percentual de responsabilidade de cada um deles, para que a indenização seja adequadamente fixada. Os graus de infortúnios em esportes e diversões radicais, ainda a título de ilustração, também podem auxiliar o magistrado na determinação do *quantum debeatur*.

REFERÊNCIAS

ACCIARRI, Hugo A. *La relación de causalidad y las funciones del derecho de daños. Reparación, prevención, minimización de costos sociales*. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 2009.

ADAMS, John. *O risco*. Tradução de Lenita Rimoli Esteves. São Paulo: Editora Senac, 2009.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. t. I.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. t. II.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

AGUIAR JR., Ruy Rosado. *III Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2004.

AGUIAR JR., Ruy Rosado. *IV Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJP, 2007. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br>>. Acesso em: 30 set. 2008.

AGUIAR JR., Ruy Rosado. Os pressupostos da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e as ações de indenização por danos associados ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva*. Do risco à solidariedade. São Paulo: Atlas, 2007.

ALARCÃO, Rui. Menos leis, melhores leis. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 31, 2009.

ALCINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Coord.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. 3. ed. Roma: Laterza, 2002.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *La responsabilità civile*. A cura di Pietro Maria Putti. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Trattato di diritto privato*. Diretto da Pietro Rescigno. Torino: UTET, Ristampa, 1987. t. 6: Obbligazione e contratti.

ALSINA, Jorge Bustamante. El perfil de la responsabilidad civil al finalizar el siglo XX. In: BUERES, Alberto Jesús; DE CARLUCCI, Aída Kemelmajer (Dir.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria general de la responsabilidad civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ALVES, Jones Figueirêdo. Responsabilidade civil e omissão de socorro público. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5: Responsabilidade civil.

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.

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

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1995.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 3. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. v. I.

ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ASCARELLI, Túlio. *Corso di diritto commerciale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1962.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Teoria geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. I.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AURELIANO, Nuno. *O risco nos contratos de alienação*. Contributo para o estudo do direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. A dependência ao tabaco e a sua influência na capacidade jurídica do indivíduo. A caracterização de defeito no produto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O direito civil na Constituição. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. Responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In:

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil – atualmente Código aprovado – na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito, ontem e hoje. Crítica ao neopositivismo e insuficiência dos direitos humanos. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito à indenização na responsabilidade civil. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer). Responsabilidade civil ambiental. Reestruturação societária do grupo integrado pela sociedade causadora do dano. Obrigação solidária do causador indireto do prejuízo e do controlador de sociedade anônima. Limites objetivos dos contratos de garantia e de transação. Competência internacional e conflito de leis no espaço. Prescrição na responsabilidade civil ambiental e nas ações de regresso. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos pareceres e estudos de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA, Paula Greco. A evolução do conceito de culpa e o art. 944 do Código Civil. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: EMERJ, v. 11, n. 44, p. 227-249, 2008.

BARASSI, Ludovico. *La teoria generale delle obbligazioni*. Milano: Giuffrè, 1946. v. II: Le fonti.

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2006.

BARROS, Adriano Celestino Ribeiro. A responsabilidade civil e o dano nuclear no ordenamento pátrio. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1987, 9 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12060>>. Acesso em: 16 abr. 2009.

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. São Paulo: Millenium, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

BARROSO, Lucas Abreu. *A obrigação de indenizar a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental*. São Paulo: Forense, 2006.

BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar e da determinação da responsabilidade civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5: Responsabilidade civil.

BARROSO, Lucas Abreu. Situação do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, n. 5, p. 236-242, jan./jun. 2005.

BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação, do fornecimento e da comercialização de medicamentos*. Artigo inédito enviado ao autor deste estudo.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BENJAMIM, Antônio Herman V. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

BETTI, Emilio. *Instituzioni de diritto romano*. Parte prima. Padova: Cedam, 1962. v. 2.

BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. I e IV.

BIANCA, Massimo C. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2006. v. 5: La responsabilità.

BIANCA, Massimo. *Commentario del Codice Civile*. A cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. 2. ed. Roma: Soc. Ed. Del Foro Romano, 1979. Libro quarto – Delle obbligazioni.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*. Milano: Giuffrè, 2006. v. 4: L'obbligazione.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 559, 17 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em: 4 jun. 2007.

BLUM, Renato Opice; BRUNO, Marcos Gomes. O novo Código Civil e o direito eletrônico. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão técnica de Cláudio De Cicco. 7. ed. Brasília: Editora UnB, 1996.

BOEIRA, Sérgio Luís. *Atrás da cortina de fumaça*. Tabaco, tabagismo e meio ambiente. Estratégias da indústria e dilemas da crítica. Tese – (Doutorado) Itajaí: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Teoria dos ilícitos civis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*. Derecho substantivo y derecho procesal. 4. ed. Madrid: Editorial Montecorvo, 1986.

CABRERA, Julio. *O cinema pensa: uma introdução à filosofia através dos filmes*. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

CALDERARE, Alfredo (a cura di). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Università degli studi di Foggia. Facoltà di Giurisprudenza. Milano: Giuffrè, 2003.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil pelo fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. (Biblioteca de teses).

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

CARVALHO NETO, Inácio. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006 (Série Pensamento jurídico).

CASES, José Maria Trepas. *Código Civil comentado: várias espécies de contrato*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord). São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, A. Metodologia jurídica. Problemas fundamentais. *Studia Iuridica I. Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CATALAN, Marcos Jorge. *Proteção constitucional do meio ambiente e seus mecanismos de tutela*. São Paulo: Método, 2008.

CATTANEO, Giovanni. *Concordo di colpa del danneggiato*. Rissarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale. A cura di Giovann Visintini. Milano: Giuffrè, 1984.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957. t. I e II.

CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CENDON, Paolo. *Commentario al Codice Civile*. Artt. 1655-2059. Torino: UTET, 1991. v. 4.

CENDON, Paolo; VENCHIARUTTI, Ângelo. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Direto da Francesco Galgano. Volume Tredicesimo. Guido Alpa, Marino Bin e Paolo Cendon. Padova: Cedam, 1989.

CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 3.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da responsabilidade civil no direito contemporâneo. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5: Responsabilidade civil.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. O risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil*. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009.

CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno*. Colpa contrattuale. 2. ed. Torino: Fatelli Bocca, 1925.

CIAN, G.; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992.

COELHO, F. Pereira. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1955.

COELHO, Fábio Ulhoa. Análise da publicidade de cigarros à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 155-181.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2: Obrigações e responsabilidade civil.

CORREIA, Alexandre; SCIACIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1953. v. 1.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. v. 2.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A cláusula geral de responsabilidade objetiva do Código Civil de 2002: elementos para uma tentativa de identificação dos pressupostos para a aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC 2002. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*. Coordenação de Rogério Donnini e Celso Antonio Pacheco Fiorillo. São Paulo: Fiúza, v. 2, abr./jun. 2009.

COSTA, António Pereira da. *Dos animais: o direito e os direitos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

COSTA, Mário Júlio Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushtasky, 1976.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. *Abuso do direito*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005.

CUPIS, Adriano. *Commentario del Codice Civile*. A cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Libro Quarto. Delle Obbligazioni. Art. 1.992-2.059. Roma: Soc. Ed. Del Foro Italiano, Ristampa della prima edizione, 1964.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Dantas. *Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé*. Biblioteca de estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Carlos A. B. *Probabilidade: um curso introdutório*. 3. ed. São Paulo: Edusp, 2008.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 1.

DECARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

DEL RÍO, José M. Lete. *Derecho de la persona*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008.

DELGADO, Mário Luiz. *Codificação, descodificação e recodificação do direito civil brasileiro*. Uma história dos bastidores do Código Civil. No prelo (Trabalho enviado a este autor por mensagem eletrônica).

DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor*. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DICIONÁRIO HOUAISS de Língua Portuguesa. Versão digital disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=risco&stype=k>>. Acesso em: 5 fev. 2009.

DÍEZ-PICAZO, Luís; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2004. v. II.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7: Responsabilidade civil.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

DONDELLI, Luís V. *Código Civil interpretado*. Coordenadora Silmara Juny Chinellato. São Paulo: Manole, 2008.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DOTTI, René Ariel. Cigarro, dependência e responsabilidade civil. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Coord.). São Paulo: Manole, 2007.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Derecho de obligaciones*. Undécima revisión por Heinrich Lehmann. Traducción de la 35ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. 2. ed. Bosch: Barcelona, 1950. v. 2.

ESTORINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Iniciativa judicial e prova documental procedente da internet. Fatos notórios e máximas da experiência no direito probatório: a determinação processual do nexu causal e os limites do poder de instrução do juiz. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de família. Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro. In: LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). *Curso de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A liberdade de fumar: sobre a liberdade de fumar e o direito à saúde na Constituição e na lei. In: FERRAZ JR., Tercio Sampaio (Coord.). *Direito constitucional*. São Paulo: Manole, 2007.

FERREIRA NETO, Afrânio Affonso; DÓRIA, Marcelo. *Recall* e a defesa dos consumidores. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Direito do Consumidor, Nova série, São Paulo: RT, ano 12. n. 24, jul./dez. 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008. t. XI.

FRADERA, Vera Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Padma, v. 19, 2004.

FRANÇA, Rubens. *A simbologia das cores e a cromoterapia*. São Paulo: Edição do Autor, 1998.

FRANZONI, Massimo. *La responsabilità oggettiva II. Il danno da cose, da esercizio di attività pericolose, da circolazione di veicoli*. Padova: Cedam, 1995 (I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale. Collana diretta da Francesco Galgano).

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. I.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II: Direito das obrigações.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. III: Responsabilidade civil.

GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 3. ed. Padova: Cedam, 1985.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. Código comentado e jurisprudência. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazione nel diritto moderno italiano*. 7. ed. Torino: Unione Tipografica, Editrice Torinese, 1930. v. V.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2005.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Coord). São Paulo: Manole, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos da responsabilidade civil. In: LIRA, Ricardo Pereira (Coord.). *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizado por Edvaldo Brito. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. IV: Responsabilidade civil.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. II: Direito das obrigações.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONZÁLES, José Maria Miguel; MORILLO, Andrea Macia. La responsabilidad médica en el ordenamiento español. In: OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). *Responsabilidade civil dos médicos*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Responsabilidade objetiva na cláusula geral codificada e nos microssistemas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5.

GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas – é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IBDFAM/RT, 2010.

GUITIÉRREZ, Graciela N. Messina de Estrella. *Riesgo de empresa*. Responsabilidad civil del empresario. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

HEDEMANN, J. W. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. Responsabilidade pressuposta. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial*.

Estudos em homenagem à professora Giselda Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Cirurgia plástica e responsabilidade civil do médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 7 abr. 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhança. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.). *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos, além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil*. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009. p. 185-224.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. São Paulo: Del Rey, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5, p. 197-221.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes e afeto: um devaneio acerca da ética no direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, (s.d.). t. I: Parte general.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidade por danos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, (s.d.). t. III: El acto ilícito.

IUDICA, Giovanni. Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo Código Civil brasileiro. In: CALDERARE, Alfredo (a cura di). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Università degli studi di Foggia. Facoltà di Giurisprudenza. Milano: Giuffrè, 2003.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. *A crise da razão no ocidente*. Disponível em: <<http://www.sinergia-spe.net/editoraeletronica/autor/069/06900100.htm>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

JAYME, Erik. Identité cuturelle et integration: le droit internacional privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia: Kluwer, 1995.

JAYME, Erik. Il diritto internazionale privato estense. *Revista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Estrato. Diretta da Fausto Pocar, Tullio Treves, Sergio M. Carbone, Andrea Giardina, Riccardo Luzzatto, Franco Mosconi, Padova: Cedam, ano XXXII, n. 1, Gennaio/Marzo 1996.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana em face da globalização. Tradução de Cláudia Lima Marques e Nadia de Araujo. In: MARQUES, Cláudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Coord.). *O novo direito internacional*. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

JORDÃO, Eduardo. *Abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 86, 1941.

JOSSERAND, Louis. *Teoria general de las obligaciones*. Revisado y completado por André Brun. Traducción de Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Bosch, 1950.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LACERDA, Galeno. Liberdade-responsabilidade: assunção de risco e culpa exclusiva do fumante como excludente de responsabilidade do fabricante de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versão espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959. t. II.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versão espanhola e notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I: Introdução. Da constituição das obrigações.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. Análise do nexo causal. São Paulo: RT, 2008.

LEONARDI, Marcel. Determinação da responsabilidade civil pelos ilícitos na rede: os deveres dos provedores de serviços de internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GV Law).

LEONARDO, Rodrigo Xavier Leonardo. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Atualizada por Ovídio Rocha Sandoval. 2. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1999.

LIMA, F. Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. revista e actualizada, com a colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. v. I.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 14.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 22.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 32.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. t. 55.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 66.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 72.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. Responsabilidade aquiliana e suas raízes. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1984.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2001.

LÔBO, Paulo. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, ano XI, n. 12, out./nov. 2009.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LOPEZ, Teresa Ancona. Das consequências jurídicas da dependência ao tabaco: conceito jurídico e aptidão para constituir dano indenizável. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Nexo causal e produtos potencialmente nocivos: a experiência brasileira do tabaco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. São Paulo: RT, 1980.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: RT, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Tradução de Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. Notas e revisão da tradução Cláudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009.

LOTUFO, Renan. A responsabilidade civil e o papel do juiz no Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil*. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: RT, 2009.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LUNA, Everardo da Cunha. *Abuso de direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade*. São Paulo: GEN/Método, 2010.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUÈS, Albert Lamarca (Dir.). *Codice civile alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé, corretamente, nos atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento dos danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, p. 74-133, n. 835, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Acidentes de trabalho*. Lisboa: Publicação do Autor, 1996.

MARTINS, Gilberto de Andrade; DONAIRE, Denis. *Princípios da estatística*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória. Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATEO, Ramón Martin. *Tratado de derecho ambiental*. Madrid: Trivium, 1991.

MAZZEI, Rodrigo. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: CAMBLER, Everaldo Augusto; PAULA BARRETO, Wanderlei; DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro; TERRA, Marcelo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de direito romano*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971. v. 1.

MEIRA, Sílvio. A. B. *A Lei das XII Tábuas*. Fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006. v. I.

MICCIO, Renato. *Delle obbligazioni in generale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1957.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2000.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. t. I.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Fundamentos do direito ambiental no Brasil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 706, ago. 1994.

MONATERI, Pier Giuseppe. *Ilecito e responsabilità civile*. Diretto da Mario Bessone. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. t. II: Trattado de diritto privato.

MONTEIRO, Jorge Sinde. Responsabilidade civil: o novo Código Civil do Brasil face ao direito português, às reformas recentes às actuais discussões de reforma na Europa. In: CALDERARE, Alfredo (a cura di). *Il nuovo Codice Civile brasiliano*. Università degli studi di Foggia. Facoltà di Giurisprudenza. Milano: Giuffrè, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações, 1ª Parte. Atualizado por Carlos Alberto Dabus Maluf. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4: Direito das obrigações.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1. ed., 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Liberdade individual, acrasia e proteção da saúde. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da dignidade humana*. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A causalidade nas ações indenizatórias por danos atribuídos ao consumo de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e*

pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 239-257.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. I.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. II.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. v. 7. (Coleção Professor Gilmar Mendes).

MORSELO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTA, Maurício. Responsabilidade civil do Estado por balas perdidas. In: MOTA, Maurício. *Questões de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus Jurídico, 2008.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NERY JR., Nelson. Ações de indenização fundadas no uso de tabaco. Responsabilidade civil pelo fato do produto: julgamento antecipado da lide. Ônus da prova e cerceamento de defesa. Responsabilidade civil e seus critérios de imputação. Autonomia privada e dever de informar. Autonomia privada e risco social. Situações de agravamento voluntário do risco. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção Theotônio Negrão).

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

OLIVEIRA, James Eduardo de. *Código Civil anotado e comentado*. Rio de Janeiro: GEN/Método, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *A constitucionalização do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Responsabilidade civil nas relações de trabalho e o novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. 1.

PEDROSA, Laurício Alves Carvalho. Breve análise acerca do nexo causal na responsabilidade civil ambiental. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia*, n. 14, 2007.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: RT, 2008.

PEREIRA, André Gonçalves Dias. O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica. In: OLIVEIRA, Guilherme de. *Responsabilidade civil dos médicos*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Centro de Direito Biomédico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PÉREZ, Alonso Mariano. La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno de la “lex artis”). In: MARTINEZ, Juan Antonio Moreno (Coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 13-53.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PETEFFI, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

PINHEIRO, João Ismael D.; CUNHA, Sonia Baptista da; CARVAJAL, Santiago Ramírez; GOMES, Gastão Coelho. *Estatística básica. A arte de trabalhar com dados*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO MONTEIRO, António. *Código do Consumidor*. Anteprojecto. Comissão do Código Consumidor. Ministério da Economia e da Inovação. Secretaria de Estado do Comércio, Serviços e Defesa do Consumidor. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2006.

PINTO MONTEIRO, António. *Estudos de direito do consumidor*, n. 7. Director António Pinto Monteiro. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 2005.

PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XXIII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. XXVI.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LIII.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Aspectos da lógica da decisão judicial. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003.

PROENÇA, José Carlos Brandão. *A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual*. Coimbra: Almedina, 1997.

REALE, Miguel. *A história do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. História do novo Código Civil. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord). *Biblioteca de direito civil*. Estudos em homenagem a Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. v. 1.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Situação atual. 5. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. São José: Conceito, 2009.

REVISTA VEJA. São Paulo: Editora Abril, n. 1.823, 8 out. 2003, p. 71.

REVISTA VEJA. São Paulo: Editora Abril, n. 2.140, ano 42, n. 47, 25 nov. 2009, p. 163-166. Reportagem assinada pelo jornalista André Petry, de Nova York, Estados Unidos da América.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de direito civil*. Tradução de Ary dos Santos, Antônio Chaves e Fábio Maria de Mattia. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. v. 3.

SADDI, Jairo. Risco e regulação (I). *Jornal Carta Forense*, São Paulo, ed. 69, fev. 2009, p. 43.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Indenização e equidade no Código Civil de 2002. In: CARVALHO NETO, Inácio de (Coord.). *Novos direitos*. Após seis anos de vigência do Código Civil de 2002. Curitiba: Juruá, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS JUSTO, A. *Direito privado romano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. II: Direito das obrigações.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. São Paulo: Graal, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939. t. I.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. V.

SERTORIO, Luigi. *La colpa in concreto nel diritto romano e nel diritto odierno*. Torino: Fratelli Bocca, 1914.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1959.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Inadimplemento das obrigações. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *Biblioteca de Direito Civil*. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2007.

SILVA, Manuel Gomes da. *O dever de prestar e o dever de indemnizar*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1944. v. I.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Edição histórica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SIMÃO, José Fernando Simão. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

SIMÃO, José Fernando. Responsabilidade civil pelo fato do animal: estudo comparativo dos Códigos Civis de 1916 e de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOARES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. *Interesses difusos em espécie*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SOUZA, Sylvio Capanema de. Novos aspectos da responsabilidade civil da administração pública. Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUZA, Sylvio Capanema. Boa decisão. Opinião. Rio de Janeiro, *O Globo*, 6 out. 2008, p. 7.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

TARTUCE, Flávio. A polêmica do bem de família ofertado. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Emerj, v. 11, n. 43, p. 233-246, 2008.

TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

TARTUCE, Flávio. Diálogos entre o direito civil e direito do trabalho. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 1. ed. São Paulo: Método, 2005. v. 2: Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 4. ed. São Paulo: GEN/Método, 2009. v. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: GEN/Método, 2010. v. 2: Direito das obrigações e responsabilidade civil.

TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio. Reflexões sobre o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *Direito civil: análise doutrinária e jurisprudência*. São Paulo: GEN/ Método, 2008.

TARTUCE, Flávio; GROENINGA, Giselle. O dano à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. v. 5: Responsabilidade civil. (Série Grandes Temas de Direito Privado).

TARTUCE, Flávio; OPROMOLLA, Márcio Araújo. Direito civil e Constituição. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). *Constituição Federal. 15 anos. Mutação e evolução*. São Paulo: Método, 2003.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A causalidade nas ações de responsabilidade atribuídas ao hábito de fumar. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009. v. X.

TEPEDINO, Gustavo. Liberdade de escolha, dever de informar, defeito do produto e boa-fé objetiva nas ações de indenização contra os fabricantes de cigarros. In: LOPEZ, Teresa Ancona (Coord.). *Estudos e pareceres sobre livre-arbítrio, responsabilidade e produto de risco inerente*. O paradigma do tabaco. Aspectos civis e processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

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

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Direito das obrigações. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2008. v. IV.

TRIGO, Maria da Graça. *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*. De acordo com o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. I.

VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Belém: Unama, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. IV: Responsabilidade civil.

VISINTINI, Giovanna. *I fatti illeciti*. Padova: CEDAM, 1999. v. 3. Causalità e danno.

VON BAR, Christian; CLIVE, Eric; SCHULTE-NÖLKE, Hans. Principles, definitions and model rules of European private law. Draft common frame of reference. *Acquis Group*. Munich: European Law Publishers, 2009.

VON THUR, A. *Tratado de las obligaciones*. Traduzido para o espanhol por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. I.

WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro*. Obrigações e contratos. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZANCHIM, Kleber Luiz. Menos indenização na responsabilidade civil. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2009. v. 2.