



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO

FABIANA DE CARVALHO CALIXTO

DIAGNÓSTICO DAS CAUSAS DA EXPANSÃO DAS
FORMAS DE DANOS REPARÁVEIS NO BRASIL:
UM SUPERDIMENSIONAMENTO DA RESPONSABILIDADE
CIVIL

Salvador
2015

FABIANA DE CARVALHO CALIXTO

**DIAGNÓSTICO DAS CAUSAS DA EXPANSÃO DAS
FORMAS DE DANOS REPARÁVEIS NO BRASIL:
UM SUPERDIMENSIONAMENTO DA RESPONSABILIDADE
CIVIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

FABIANA DE CARVALHO CALIXTO

**DIAGNÓSTICO DAS CAUSAS DA EXPANSÃO DAS
FORMAS DE DANOS REPARÁVEIS NO BRASIL:
UM SUPERDIMENSIONAMENTO DA RESPONSABILIDADE
CIVIL**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pela banca examinadora composta pelos membros listados abaixo.

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, __/__/2015.

“Sem saber que era impossível, ele foi lá e fez.”

(Autor desconhecido)

Pai, esta não é apenas para você, mas por você.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, orientador que possui a virtude de acreditar no potencial de seus orientandos e que conjuga peculiar brilhantismo com extrema simplicidade e, principalmente, humanidade. Sim, acredito em anjos.

Ao Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior, não apenas pela criteriosa revisão deste trabalho, mas também pelos momentos preciosos de convivência e reflexão nos tempos de estágio. As lições aprendidas foram essenciais para o meu amadurecimento pessoal e profissional.

A meu pai, por me dar a honra e a responsabilidade de tornar reais cada um dos sonhos que a sua juventude simples não o permitiu realizar. Eu jamais poderia enxergar tão longe se não tivesse os seus ombros para me apoiar, sempre.

A minha mãe, por ter despertado em mim o interesse pela leitura, tornando o hábito do estudo um imenso prazer, desde a infância.

A minha irmã, pela cumplicidade de toda a vida e pela vibração das minhas vitórias como se suas fossem.

A Felipe, pelo incentivo para o meu ingresso no mestrado e pela amizade à toda prova.

Aos amigos da Graduação, por terem despertado o que havia de melhor em mim como estudante e ser humano, ensinando-me, diariamente, lições de responsabilidade, disciplina, dedicação e, principalmente, amizade. O sonho que hoje realizo nasceu de longas, prazerosas e, hoje, saudosas, conversas nas escadas da UNIFACS.

Aos demais amigos, pela compreensão nos momentos de ausência em virtude do acúmulo do trabalho com os cursos de pós-graduação e mestrado, e pelo apoio incondicional às minhas escolhas.

A Fábio, pelo companheirismo nas horas de estudo, pela preocupação com a qualidade deste trabalho e por ter sido o meu amparo nos momentos em que eu acreditava que não conseguiria, servindo-me de inspiração para que eu desse o melhor de mim.

A Deus, por me dar forças para seguir em frente, haja o que houver.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo principal analisar o fenômeno da proliferação de danos reparáveis no Brasil à luz da mudança paradigmática consolidada pela Constituição de 1988, que consagrou a dignidade humana como valor fundamental do sistema jurídico. Pretende-se demonstrar que, em virtude deste fenômeno, aliado à industrialização, naturalmente novos danos começaram a surgir, trazendo para o Direito o desafio de lidar com situações outrora inexistentes. Neste cenário, a responsabilidade civil passou a atuar como relevante ferramenta de proteção às garantias fundamentais, ensejando o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais causados às pessoas jurídicas, à coletividade e, até mesmo, em virtude da perda de uma chance, revelando um louvável alargamento dos institutos protetivos previstos no ordenamento. Todavia, com o passar dos anos desde a promulgação da Constituição Cidadã, o declínio natural das demandas desse jaez verdadeiramente não se está verificando, e, para além dos danos legítimos e alinhados com as diretrizes constitucionais, novas formas de danos surgiram, fazendo com que os Tribunais, com vistas a garantir, a todo custo, a reparação integral dos prejuízos existenciais causados ao indivíduo, acabasse por adotar, em muitas situações, criativos e assistemáticos critérios de indenização, culminando em uma expansão excessiva, tendencialmente infinita das fronteiras do dano ressarcível. Esta realidade, segundo defendido neste estudo, teria gerado uma crise de fundamentação e de efetividade do instituto, a exigir do sistema jurídico a adoção de instrumentos efetivamente capazes de promover à proteção em face da violação ou o risco de violação dos direitos fundamentais individuais e transindividuais. Neste momento, apresenta-se como solução eficaz não apenas a repressão e adequada reparação dos danos, como também sugere-se a aplicação da chamada responsabilidade civil preventiva, como instrumento hábil a viabilizar uma tutela inibitória dos danos à pessoa e garantir, definitivamente, a proteção dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana.

Palavras-chave: responsabilidade civil; constitucionalização do direito privado; incidência horizontal dos direitos fundamentais; responsabilidade preventiva; reparação integral de danos; repersonalização do direito civil; novos danos.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the damage repairable proliferation phenomenon in Brazil in the light of the consolidated paradigm shift in the 1988 Constitution, which enshrined human dignity as a fundamental value of the legal system. We intend to show that, because of this phenomenon, in addition to industrialization, of course further damage began to emerge, bringing to the law the challenge of dealing with situations once nonexistent. In this scenario, the liability has been acting as an important protection tool to fundamental guarantees, allowing for compensation for damage to off-balance sheet entities, the community and even with the loss of a chance, revealing a commendable extension of institutes protective provided in order. However, over the years since the enactment of the Citizen Constitution, the natural decline of the demands of this ilk really not're checking, and in addition to the legitimate and aligned damage to the constitutional guidelines, new forms of damage emerged, causing the courts, with a view to ensure, at all costs, full compensation for existential damage caused to the individual, to eventually adopt, in many situations, creative and unsystematic compensation criteria, culminating in an excessive expansion, tends to infinity the borders of the compensatable damage . This fact, according defended in this study, would have generated a foundation of crisis and effectiveness of the institute, to require the legal system to adopt instruments capable of effectively promoting the protection on account of violation or threat of violation of individual rights and fundamental trans . At this time, it is presented as an effective solution not only repression and appropriate compensation for the damage, but also suggest the application of so-called preventive liability, as an effective instrument to enable an inhibitory protection of harm to the person and ensure definitely the protection of existential interests relating to the human person.

Keywords: liability; constitutionalization of private law; horizontal effect of fundamental rights; preventive responsibility; full compensation for damage; repersonalization of civil law; further damage.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

abr.	abril
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ago.	agosto
art.	Artigo
arts.	Artigos
ap.	Apelação
BGB	Código Civil da Alemanha
BGH	Tribunal de Justiça Federal da Alemanha
BverfG	Tribunal Constitucional Federal da Alemanha
C.	Câmara
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
cit.	Citação
Civ	Cível
CF/88	Constituição Federal de 1988
coord.	coordenador
CPC	Código de Processo Civil brasileiro
Dec.	Decreto
Des.	Desembargador
dez.	dezembro
DF	Distrito Federal
DJ	Diário de Justiça
ed.	Edição
etc.	<i>et cetera</i>
f.	folha
i.e.	id. est.
inc.	inciso
j.	juízo
jan.	janeiro
jul.	julho
jun.	junho

Min.	Ministro
Mar.	março
Nº.	Número
Op. cit.	Obra citada
ONU	Organização das Nações Unidas
org.	organizador
p.	página
pp.	páginas
rel.	relator
RESP	Recurso Especial
RJ	Rio de Janeiro
RS	Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
S/A	Sociedade Anônima
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ss.	Seguintes
t.	tomo
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TST	Tribunal Superior do Trabalho
Trad.	Tradução
TRF	Tribunal Regional do Trabalho
vol.	volume
v.g.	<i>verbi gratia</i>

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	14
2.	A PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA CIVIL–CONSTITUCIONAL: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	19
2.1.	DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ	19
2.1.1.	Delimitação Terminológica e Conceitual dos Direitos Fundamentais	20
2.1.2.	Breve Histórico das Lutas pela Consagração dos Direitos Fundamentais e o Papel da Constituição de 1988	23
2.1.3.	A Evolução dos Direitos Fundamentais: Gerações ou Dimensões de Direitos	27
2.1.4.	A Abertura Material dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988	30
2.2.	EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.2.1.	Incidência Imediata e a Ponderação de Valores Envolvidos	35
3.	TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL	42
3.1.	CONCEITO	43
3.2.	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	45
3.3.	FUNÇÕES	49
3.3.1.	Compensação do Dano à Vítima	51
3.3.2.	Punição do Ofensor	53
3.3.3.	Desmotivação Social da Conduta Lesiva	57
3.4.	ELEMENTOS	59
3.4.1.	Conduta humana	60
3.4.2.	Nexo de Causalidade	61
3.4.3.	O papel da Culpa	66
3.4.3.1.	Conceito	67
3.4.3.2.	A Crise da Teoria Clássica da Culpa e a Emergência da Responsabilidade Civil Objetiva	69
3.4.4.	Dano ou Prejuízo Indenizável	76

4. A TIPOLOGIA TRADICIONAL DO DANO	78
4.1. O PARADIGMA PATRIMONIALISTA DA PESSOA HUMANA: <i>DAMNUM EMERGENS</i> (DANO EMERGENTE) E <i>LUCRUM CESSANS</i> (LUCRO CESSANTE)	79
4.2. A SAGA DO RECONHECIMENTO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	82
4.3. O INDIVIDUALISMO À REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	86
5. O FENÔMENO DA EXPANSÃO DE DANOS REPARÁVEIS NO BRASIL	91
5.1. INTERESSES SUPRAINDIVIDUAIS: AÇÕES COLETIVAS DE REPARAÇÃO E O CHAMADO DANO MORAL COLETIVO	92
5.2. O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL À PESSOA JURÍDICA	97
5.3. A RESSARCIBILIDADE DA PERDA DE UMA CHANCE: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA OS DANOS À PESSOA	103
6. A PROBLEMÁTICA DO SUPERDIMENSIONAMENTO: A UNIVERSAL AMPLIAÇÃO DA RESSARCIBILIDADE DOS DANOS POR MEIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	110
6.1. A CRIATIVIDADE JURISPRUDENCIAL NO RECONHECIMENTO DE NOVOS DANOS	112
6.1.1. Dano Estético	112
6.1.2. Dano Existencial	115
6.1.3. Dano Afetivo	122
6.1.4. Dano por Rompimento de Noivado	125
6.2. DIAGNÓSTICO DAS CAUSAS DO SUPERDIMENSIONAMENTO DE DANOS	130
6.2.1. Assimilação da Responsabilidade Civil pela Teoria dos Direitos da Personalidade e a Impropriedade do Elemento “Dor”	132
6.2.2. A Impropriedade do Critério da Relevância Social e a Busca Desmedida de Reparação Integral dos Danos	136
6.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA COMO SOLUÇÃO ADEQUADA PARA A PROTEÇÃO DE DANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	140
6.3.1. Da Teoria do <i>restitutio in integrum</i> à Teoria do <i>manutentio in</i>	

<i>integrum</i>	143
6.3.2. A boa-fé objetiva e a responsabilidade civil objetiva como instrumentalizadoras da responsabilidade civil preventiva	147
7. CONCLUSÃO	154

1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo principal demonstrar que a constante expansão das fronteiras do dano indenizável que vem acontecendo nos dias atuais, malgrado revele maior sensibilidade dos Tribunais à proteção dos elementos essenciais da personalidade, acaba por demonstrar, na prática, que a criação de novas figuras de dano possui como limite, em muitos casos, apenas a criatividade do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência.

Esta problemática, segundo defendido no presente estudo, acaba por gerar considerável insegurança jurídica e descrédito do instituto da responsabilidade civil, permitindo que eloquentes discursos sobre a importância dos direitos existenciais e da dignidade da pessoa humana sejam elementos suficientes para garantir a indenizabilidade em favor daquele que o pleiteia.

Com efeito, consoante restará evidenciado, da aproximação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, foi traçado o caminho metodológico do “Direito Civil Constitucional”, fenômeno a partir do qual os institutos tradicionais do Direito Civil passaram a ser analisados à luz da Constituição de 1988, notadamente a partir dos seus princípios, os quais contam com aplicação imediata nas relações travadas entre os particulares, isto é, possuem “eficácia horizontal”.

Também a elevação da dignidade da pessoa humana a preceito máximo do ordenamento trouxe consigo o fenômeno da “personalização do Direito Privado” e, por consequência, a sua “despatrimonialização”.

No âmbito da responsabilidade civil, diversas são as consequências observadas em virtude dos fenômenos citados, a exemplo do surgimento de novas situações de danos à pessoa humana, objeto deste estudo.

Ocorre que como adiante se demonstrará, mormente em virtude da natural incompatibilidade entre os fundamentos clássicos da responsabilidade civil e as necessidades decorrentes da dinamicidade da sociedade contemporânea, verificou-se a denominada “crise da responsabilidade civil”.

De fato, da culpa, originalmente subjetiva e estabelecida como substrato exclusivo da responsabilidade, evoluiu-se para a idealização da culpa normativa e, então, para a teoria do risco e a correspondente responsabilidade objetiva.

Do risco, porém, passou a ser defendida a necessidade de uma nova alteração, desta feita direcionada ao que convencionou-se chamar de “Direito de Danos”, com a finalidade de mudar o foco do ofensor para a pessoa do ofendido, salvaguardada pela busca da restituição integral.

No entanto, muito embora louvável em sua finalidade originária, o princípio da reparação integral vem sendo aplicado de forma distorcida, criando-se nos Tribunais a lógica da “indenizabilidade a qualquer custo”, de maneira que a reparação de supostos danos extrapatrimoniais acaba por ter como finalidade, em verdade, distrair ou alegrar a vítima, ainda que não haja qualquer substrato legal que ampare e legitime o ressarcimento no caso concreto.

Após proceder ao diagnóstico da crise apontada, será sugerida a aplicação de técnicas de responsabilidade preventiva, almejando a proteção dos indivíduos contra o dano, e não em razão dele.

A reestruturação defendida não tem por intuito, portanto, subverter a responsabilidade civil, por meio de mera desconstrução da atual sistemática, mas sim propor soluções com vistas à adequação aos novos anseios e às novas necessidades, oriundos de um novo tempo, ainda sob a mesma tábua valorativa de busca da realização e consagração dos direitos mais essenciais à pessoa.

A hipótese precípua que fundamenta o presente estudo é relativa à impossibilidade de a responsabilidade permanecer amparada sob o único viés da reparação dos danos sofridos pelos indivíduos, como um parâmetro absoluto, estável e com uma quimera pretensão de completude.

Diante destes acontecimentos, buscar-se-á indicar de que maneira e sob quais fundamentos poderia ser possível e desejável defender a refundamentação do

instituto a partir da prevenção.

A abordagem do assunto foi realizada através de um método dedutivo, por meio de análise doutrinária e literatura especializada, mediante aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica, com utilização de referências físicas e eletrônicas.

No decorrer do trabalho, os posicionamentos de doutrinadores estrangeiros especializados são apontados em diversas passagens, não com a finalidade de se proceder a um estudo de direito comparado - pois este não é o objetivo do trabalho - , mas para facilitar a compreensão dos institutos do Direito brasileiro.

Os resultados obtidos com a referida metodologia estão desenvolvidos ao largo de 05 (cinco) capítulos de conteúdo.

No Capítulo 02 (dois) deste estudo (primeiro capítulo de conteúdo), pretender-se-á demonstrar que a Constitucionalização do Direito Privado é mais do que um critério hermenêutico formal, constituindo, em verdade, na etapa mais relevante do processo de alteração de paradigmas pelo qual atravessou o Direito Privado, especialmente o Direito Civil, no avanço do Estado Liberal para o Estado Social.

Neste cenário, evidenciar-se-á que o sentido de dignidade e dos direitos fundamentais não deve se dissipar em um apelo meramente ético e teórico, razão pela qual o seu conteúdo impõe-se no comportamento de cada pessoa humana, inclusive no âmbito das relações travadas entre particulares, culminando no que convencionou-se chamar de “incidência horizontal dos direitos fundamentais”.

O Capítulo 03 (três), em seguida, destina-se a indicar as características essenciais da responsabilidade civil. Será traçado, então, um breve esboço histórico, e indicadas as funções (compensação do dano à vítima, punição do ofensor, desmotivação social da conduta lesiva) e elementos deste instituto: Conduta humana, nexos e culpa.

Relativamente ao nexo de causalidade, serão tratadas as principais teorias que procuram explicá-lo, e, no que tange à culpa, procurar-se-á demonstrar, não sem o

devido esclarecimento histórico, a insuficiência da sua concepção psicológica e individualista tradicional para encarar os problemas afeitos aos danos provenientes dos novos acidentes surgidos a partir da Revolução Industrial e da massificação das relações, cuja principal característica é a impessoalidade.

Em seguida, serão passados em revista os expedientes utilizados para transpor essas dificuldades, entre os quais: a reestruturação da culpa a partir de uma noção associada ao erro de conduta, desenvolvimento do conceito de risco e da responsabilidade objetiva.

O Capítulo 04 (três) é direcionado à análise da tipologia tradicional do dano, por meio de ponderações sobre o seu conceito clássico, os limites do dano ressarcível tradicionalmente (dano patrimonial, subdividido em dano emergente e lucro cessante) até a consagração da ressarcibilidade do dano moral, com a Constituição Federal de 1988.

Adiante, no Capítulo 05 (cinco), são tratados os novos danos, surgidos no pós CRFB/88, como o dano moral à pessoa jurídica, à coletividade e a teoria da perda de uma chance.

Neste momento, procurar-se-á deixar claro que o fato de se romper o paradigma tradicional, levando a juízo lesões inteiramente inovadoras – nunca antes reparadas – não pode ser desestimulado quando referida lesão efetivamente consista em um atentado à dignidade e aos direitos da personalidade, como é, em regra, o caso dos danos mencionados.

Todavia, conforme acredita-se restar esclarecido no capítulo 06 (seis), a grande questão a que ora se debruça, cerne, portanto, deste estudo, diz respeito aos danos que, em muitos casos, nada possuem de legítimos, tampouco se coadunam com aqueles acima mencionados. São, em verdade, também novos danos, mas fundamentados de forma a deturpar judicialmente as bases teóricas da responsabilidade civil.

É certo que a ampliação da ressarcibilidade atende a um aumento da esfera de bens

protegidos, notadamente existenciais e relativos à coletividade, como resultado das mais positivas evoluções realizadas pelo Direito no último século e, no Brasil, consolidada com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A questão que preocupa os estudiosos do tema não é, portanto, a expansão dos danos indenizáveis, mas, sim, a atribuição deste ônus à comprovada ausência de embasamento teórico e legal que o legitime em muitos casos, retirando a credibilidade e a efetividade do instituto da responsabilidade civil como ferramenta de proteção dos direitos da pessoa humana.

Isto porque, consoante restará demonstrado, é crescente o número de demandas que, de um lado, i) são ajuizadas com intuito exclusivamente monetário, travestido por meio de eloquentes discursos sobre a dignidade da pessoa humana e a humilhação causada pela conduta do ofensor; e, de outro, ii) são julgadas procedentes mediante fundamentos pautados tão somente na criatividade dos julgadores, ansiosos por proteger, a todo custo, os danos alegados, ainda que ausentes substratos fático e jurídico suficientes para tanto.

Por esta razão é que, após larga demonstração e exemplificação dos novos danos reparáveis, sugerir-se-á, ao final do capítulo, a adoção de novas práticas de aplicação, notadamente sob um viés preventivo, a fim de garantir novamente eficácia ao instituto e viabilizar a ocorrência do que efetivamente se propõe a responsabilidade civil: proteger os direitos mais ricos aos indivíduos.

A Conclusão retoma e sintetiza os entendimentos considerados mais relevantes firmados em relação aos elementos mais controversos abordados neste trabalho.

2. A PESSOA HUMANA NA PERSPECTIVA CIVIL – CONSTITUCIONAL: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A Constituição de 1988, evidenciando o propósito de marcar a transição de um regime autoritário para a consagração do Estado Democrático de Direito, trouxe em seu corpo diversas normas que a colocaram como centro do sistema jurídico, de onde passou a atuar como filtro axiológico pelo qual o Direito haveria de ser compreendido.

Como decorrência desta evolução, o Direito Civil – assim como os demais ramos do Direito – sofreu intensas alterações em seus institutos, com a necessidade de reinterpretação por parte da doutrina, jurisprudência e do próprio legislador ordinário, com vistas a adequá-los à nova Constituição, e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Busca-se, no presente capítulo, realçar os aspectos mais relevantes deste fenômeno, denominado “Constitucionalização do Direito Civil”, tratando do acolhimento, pela Constituição, de institutos e regras antes pertencentes ao âmbito infraconstitucional, bem como da releitura dos institutos previstos na legislação por meio dos direitos tidos por fundamentais. Isto porque, conforme restará demonstrado, o expoente da Constitucionalização consiste na releitura de toda a ordem infraconstitucional à luz dos fundamentos, princípios e garantias dispostos na Constituição de 1988.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

A Constituição de 1988, diferentemente das cartas anteriores, positivou os direitos fundamentais no início das suas disposições, antes mesmo da organização do Estado, prevendo, ainda, no art. 5, par. 1o, a aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias desta natureza.

Para que seja possível vislumbrar, porém, a relevância e alcance atingidos pelos direitos fundamentais na Constituição de 1988, necessário que se compreenda,

inicialmente, em que consistem tais direitos, bem como a sua trajetória de lutas e evolução, para que atingisse, enfim, o *status* hoje consolidado.

2.1.1. Delimitação Terminológica e Conceitual dos Direitos Fundamentais

Não há consenso doutrinário no terreno terminológico e conceitual dos direitos fundamentais. Isto porque, como se sabe, os referidos direitos resultam de fenômenos históricos, circunstância que justifica a sua contínua e progressiva ampliação ao longo do tempo.

Todavia, ao tratar dos direitos fundamentais, esclarecedoras são as lições de Vidal Serrano, que destaca, em sua obra “A Cidadania Social na Constituição de 1988” que a expressão “direitos fundamentais” remete a uma análise semântica. Com efeito, ao substantivo “direitos” agregou-se o adjetivo “fundamentais”, suscitando uma indagação a respeito do porquê de tais direitos, em contraponto aos demais, destacarem-se por sua fundamentalidade. Na visão do autor, o termo “direito” seria impreciso, razão pela qual o adjetivo “fundamentais” possuiria a função de indicar que o substantivo assume uma feição específica¹, mais “nobre”.

Ingo Sarlet, em sua obra “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”, defende que a terminologia “Direitos Fundamentais” seria a mais adequada por corresponder à fórmula adotada pelo Constituinte (na epígrafe do Título II da Carta de 1988)², entendimento adotado neste trabalho e partilhado também por Dirley da Cunha Júnior, para quem referida expressão seria mais abrangente³.

Ultrapassada a questão da escolha da terminologia mais adequada, impende conceituar, para fins didáticos, o que seriam “Direitos Fundamentais”.

Para Dirley da Cunha Júnior, os direitos fundamentais devem ser compreendidos como direitos humanos positivados nas Constituições, isto é, a expressão “direitos

¹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 11-12.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, n. 01, v. 01, abr., 2001.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 544.

fundamentais” haveria de ser utilizada em âmbito interno, ao passo que a expressão “direitos humanos” estaria relacionada ao plano das declarações e convenções internacionais.

Isto porque, considera o autor, os direitos humanos seriam direitos da pessoa enquanto tal, independentemente de qualquer política estatal ou nacionalidade. A pessoa humana seria como um filtro axiológico do universo, centrada, portanto, no sistema universal, internacional. Já os direitos fundamentais seriam os direitos humanos reconhecidos pelos sistemas jurídicos, internamente.

Oportuno, ainda, o conceito trazido por Marmelstein, para quem os direitos fundamentais seriam:

Normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico⁴.

Partindo desta premissa, seria a dignidade da pessoa humana o critério a partir do qual seria possível construir o chamado “conceito material” de direitos fundamentais ou direitos humanos positivados, indentificando-os por meio de um conteúdo comum. Isto porque, materialmente, os direitos fundamentais haveriam de ser compreendidos como posições jurídicas essenciais hábeis a tornar possível o exercício da referida dignidade. Neste fato residiria, certamente, a sua fundamentalidade material, de acordo com a referida doutrina.

Com efeito, de acordo com o autor, a dignidade da pessoa humana poderia ser entendida como o critério unificador de todos os direitos fundamentais, embora, destaque-se, este parâmetro não seja absoluto ou exclusivo. De todo modo, em que pese o reconhecimento formal de direitos fundamentais alheios à ideia da dignidade da pessoa humana, esse princípio seria considerado um critério vetor para a identificação dos típicos direitos fundamentais.

⁴ MARMELESTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

Neste sentido, a obra conceitua os direitos fundamentais como aquelas “posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas”⁵.

Enriquecedora, ainda, a síntese apresentada por Canotilho⁶, no sentido de que os direitos consagrados e reconhecidos pela Constituição designar-se-iam direitos fundamentais formalmente constitucionais, por seu enunciado e proteção por normas com valor constitucional formal. Por outro lado, seriam admitidos pela Constituição outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, porém, em virtude de as normas responsáveis pelo seu reconhecimento não gozarem da estrutura constitucional, mencionados direitos seriam considerados materialmente fundamentais.

No mesmo sentido caminha o conceito apresentado por Ingo Sarlet, para quem:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais)⁷.

Dos conceitos apresentados, percebe-se que os direitos fundamentais podem ser analisados sob o ponto de vista formal ou material, sendo o primeiro identificado pela previsão expressa pelo legislador constituinte, e, em sentido material, seriam aqueles que, embora sem previsão constitucional expressa, poderiam ser equiparados aos direitos fundamentais formais, em razão do seu conteúdo e importância.

⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 548.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, n. 01, v. 01, abr., 2001.

2.1.2. Breve Histórico das Lutas pela Consagração dos Direitos Fundamentais e o Papel da Constituição de 1988

Os direitos fundamentais, tais como concebidos atualmente, surgiram por meio de construções históricas, como produto da fusão de diversas fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação de pensamentos filosóficos e jurídicos.

Conforme evidencia José Afonso da Silva:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos das declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos⁸.

Também discorrendo sobre as declarações de direitos, Dirley da Cunha Júnior destaca que, embora os direitos já existissem há mais tempo, foi apenas com as declarações solenes que passaram a ser formalmente reconhecidos, atingindo uma dimensão jurídica, daí porque a sua relevância para o tema⁹.

Neste sentido, a Magna Carta Inglesa, assinada em 15 de junho do ano de 1215, possui a sua relevância histórica atrelada ao fato de haver instaurado garantias humanas e contenção do poder dos governantes, razão pela qual se caracteriza como um documento essencial em qualquer estudo que envolva a temática dos Direitos Fundamentais¹⁰.

Com efeito, por meio desta Declaração, o próprio rei passou a limitar a sua atenção, tendo em vista que, a partir de então, os seus atos e decisões deixaram de estar imunes à incidência das próprias leis que editava¹¹.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ªed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 137.

⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 565.

¹⁰ CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71.

¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit.*, p. 567.

Por sua vez, a chamada “petição de direitos” (*Petition of Rights*), de 07 de junho de 1628, é apontada como responsável pelo início do constitucionalismo moderno, consistindo em um documento dirigido ao monarca pleiteando o reconhecimento de diversos direitos e liberdades já garantidos aos súditos à época da assinatura da Magna Carta inglesa, em 1215¹².

Conforme observa Alexandre de Moraes:

A petição previa expressamente que ninguém seria obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou benevolência e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento¹³.

Sob o crivo do rei, o pedido foi deferido, representando uma vitória social e de grande relevância histórica para o direito constitucional¹⁴.

O habeas corpus act, de 1679, atuou como um reforço às reivindicações de liberdade, tirando dos déspotas o poder de determinar prisões arbitrárias¹⁵.

Albert Noblet ensina que:

O Habeas Corpus Act reforçou as reivindicações de liberdade, traduzindo-se, desde logo, e com as alterações posteriores, na mais sólida garantia da liberdade individual, e tirando aos déspotas uma das suas armas mais preciosas, suprimindo as prisões arbitrárias¹⁶.

Alguns anos mais tarde, em 1689, por meio da chamada “Declaração de Direitos” (*Bill of Rights*), firmou-se a supremacia do Parlamento, dando o decisivo passo para a instituição da separação dos poderes.¹⁷

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 569.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.

¹⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Op. Cit.*, p. 570.

¹⁵ *ibidem*, p. 570.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ªed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 140.

¹⁷ SILVA, *ibidem*, p. 142.

O chamado “ato de sucessão ao trono” (Act of Settlement), então, complementou o *Bill of Rights* inglês e reforçou o conjunto de limitações ao poder monárquico neste período¹⁸.

Em verdade, destaca Dirley da Cunha Júnior, os documentos ingleses, embora tenham sido muito importantes para a consolidação dos direitos fundamentais, limitaram-se a reduzir o poder do monarca, para proteger o povo inglês das arbitrariedades do Rei e fundar a supremacia do parlamento¹⁹.

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, por outro lado, na visão do autor, é considerada a primeira em sentido moderno, marcando a transição dos direitos de liberdade do povo inglês para os direitos fundamentais constitucionais.

Da mesma forma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, é considerada, para o doutrinador, a mais famosa das declarações, justamente por ter sido o modelo das declarações de direito, razão pela qual, até os dias atuais, possuiria grande relevância e respeito daqueles que se preocupam com as liberdades e os direitos humanos.

Por fim, a adoção, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de acordo com Dirley da Cunha Júnior, teria representado o principal feito no desenvolvimento da ideia contemporânea de direitos humanos.

Já no Século XX, merece destaque a Constituição mexicana de 1917, que passou a garantir direitos individuais com fortes tendências sociais.

Na lição de Ricardo Castilho:

A Revolução Mexicana foi a primeira das grandes revoluções do século XX. Foi considerada uma revolução social porque postulava a reforma agrária e a justiça social. Como movimento constitucionalista, cumpriu seu papel em 1917. A Constituição mexicana, promulgada em 5 de fevereiro

¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 571.

¹⁹ *Ibidem*.

de 1917, é reconhecida como a primeira constituição liberal do mundo, moderna para a época, porque garantia direitos civis e políticos e reformas liberais como a reforma agrária e uma avançada legislação trabalhista, além de abordar temas religiosos e educacionais²⁰.

Alguns anos depois, com a II Guerra Mundial, restou evidente que a proteção dos direitos humanos não poderia ficar restrita ao âmbito nacional, notadamente porque a soberania poderia ser utilizada como justificativa para a prática de atrocidades. Por esta razão, iniciou-se um movimento internacional de criação de mecanismos supraestatais de proteção do ser humano²¹.

Referida preocupação culminou na sistematização dos direitos fundamentais do homem, delineada na Carta das Nações Unidas, com o objetivo de elaboração de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A ONU – Organização das Nações Unidas foi criada, então, em 24 de outubro de 1945, com a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas. Alguns anos depois, em Dezembro de 1948, a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou solenemente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que enumerou os direitos e liberdades considerados fundamentais²².

Neste histórico de lutas para a consagração de direitos fundamentais, a Constituição de 1988 teve papel essencial, por haver representado a ruptura definitiva com os ditames da Constituição de 1967, criada durante o período do regime militar no Brasil (1964-1985) e responsável pela criação de Atos Institucionais que restringiam direitos e garantias do cidadão.

Com efeito, considerada inovadora à época da sua promulgação, a Constituição Federal de 1988 representou um marco no que diz respeito à cidadania e aos direitos humanos, notadamente por consignar em seu texto conquistas relevantes nas áreas da saúde, previdência, assistência social, direitos da criança e do adolescente, jornada de trabalho e o novo Código Civil, dentre outras garantias

²⁰ CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 88.

²¹ *ibidem*, p. 102.

²² CABETTE, Eduardo Luiz Santos; VERGAL, Santos. *Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: < <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/10/14/evolucao-historica-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 01. Jan. 2015.

sociais e políticas, razão pela qual o deputado Ulysses Guimarães passou a chamá-la de “Constituição Cidadã”²³.

Por todo o histórico ora exposto, Vidal Serrano entende que privar alguém de direitos fundamentais significa, em última análise, privá-lo da vida ou do direito de pertencer à sociedade na qual se integra, notadamente porque os direitos fundamentais visam à proteção da dignidade humana, entendida à luz de uma análise do indivíduo em si e na sua relação com o meio social²⁴.

E, justamente em virtude de tais direitos haverem irrompido na história como resposta a agressões de várias espécies, tornou-se possível organizar os direitos fundamentais em “dimensões” ou “gerações”, a depender do momento histórico do seu surgimento, conforme restará demonstrado no tópico seguinte.

2.1.3. A Evolução dos Direitos Fundamentais: Gerações ou Dimensões de Direitos

Restou esclarecido no presente trabalho que os direitos fundamentais são fenômenos históricos, razão pela qual é possível falar em “dimensões” ou “gerações” de direitos.

A doutrina majoritária costuma utilizar a expressão “geração”, todavia, acredita Dirley da Cunha Júnior que o termo “dimensão” seria mais apropriado, por não trazer implícita a ideia de que a geração seguinte seria mais avançada do que a anterior²⁵. Saliente-se, contudo, que ambas as expressões são consideradas corretas.

Os primeiros direitos fundamentais, considerados de primeira geração ou dimensão, foram observados no momento histórico das revoluções da segunda metade do

²³ BRASIL. *Discurso pronunciado pelo Presidente Ulysses Guimarães, na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm>. Acesso em: 15. Out. 2014.

²⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 15.

²⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 580-584.

século XVIII²⁶, frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas tratadas no tópico anterior, nas quais a burguesia passou a reivindicar o respeito às liberdades individuais, com a conseqüente limitação dos poderes absolutos do Estado.

Referidos direitos são conhecidos, até hoje, como “direitos de liberdades”, envolvendo direitos civis e políticos. Caracterizam-se, assim, pela fixação de obrigações negativas impostas ao Estado, isto é, foram estabelecidos para proteger o indivíduo, porque, naquele contexto, o Estado era absolutista e “inimigo” das liberdades.

Resta evidente, portanto, que o Estado Liberal caracterizava-se por uma ação exclusivamente política. Contudo, o afastamento estatal provocou significativa desigualdade social e econômica entre os cidadãos, uma vez que o Estado liberal garantia a autonomia privada ao máximo, sem qualquer intervenção que pudesse vir a equilibrar as relações travadas entre os particulares.

Assim, em virtude da desigualdade resultante do excesso de liberdade próprio do liberalismo, surgiram, a partir do Século XIX, os chamados “direitos de segunda geração”, abrangendo direitos sociais, econômicos e culturais, com o objetivo de implementar medidas que pudessem garantir o mínimo de justiça e igualdade entre os indivíduos. O seu surgimento fica evidenciado, dentre outros documentos, na Constituição do México (1917), já tratada neste trabalho.

Com efeito, conforme pontua Dirley da Cunha Júnior²⁷ os direitos de primeira geração, por serem destinados a garantir as liberdades, sempre foram considerados direitos de defesa, exercidos contra o Estado.

Os direitos de segunda geração, por outro lado, se traduziam como direitos que buscavam do Estado prestações necessárias para que a pessoa encontrasse a igualdade. Assim, enquanto os direitos de primeira geração seriam direitos de

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 593-594.

²⁷ *Ibidem*, p. 584.

defesa, com obrigações negativas, os direitos de segunda geração surgiram como direitos prestacionais, com obrigações positivas.

Esclarecidos os contornos dos direitos de primeira e segunda dimensão, necessária a compreensão dos chamados “direitos fundamentais de terceira dimensão”, cujo surgimento é mais recente, remontando ao final do Século XX.

Referidos direitos, conforme observa Dirley da Cunha Júnior²⁸, propõem-se a garantir a coexistência harmônica entre os indivíduos, evitando o “perecimento” da humanidade. São, desta forma, direitos voltados para a coletividade, para a fraternidade e solidariedade entre as pessoas, exigindo uma comunhão de esforços entre todos os indivíduos.

Paulo Bonavides, ao se posicionar sobre os direitos de terceira geração, cita os seguintes termos:

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta²⁹.

Há autores³⁰ que acreditam que a sociedade estaria vivendo, atualmente, o momento histórico de consagração dos direitos fundamentais de quarta ou, ainda, quinta dimensões, entendidos como aqueles destinados a proteger uma democracia direita e plena, direitos relacionados à biotecnologia e aos transexuais e, por fim, a

²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 599.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 569.

³⁰ O próprio Paulo Bonavides é quem indica uma quarta dimensão de direitos fundamentais, decorrente do processo de globalização. Seriam exemplos destes direitos: a democracia, a informação e o pluralismo, verificados no âmbito da comunidade internacional, como grau máximo de evolução conceitual do gênero humano, com vistas à legítima globalização política, econômica e cultural. Por fim, aponta Bonavides para a existência de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, que consistiria no direito à paz, como supremo direito da humanidade (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 593).

paz mundial. Contudo, por não contar com um objeto específico definido, referidas dimensões não serão abordadas no presente trabalho.

2.1.4. A Abertura Material dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

Dentre as inovações apresentadas pela Constituição de 1988, destacam-se as previsões constantes do art. 5º, par. 2º, no sentido de que os direitos e garantias expressos em seu texto “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, bem como outros decorrentes “dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

A análise do dispositivo acima levou jurisprudência e doutrina a questionarem se teria a CRFB/88 adotado o princípio da abertura material dos direitos fundamentais, admitindo a existência de direitos implícitos e decorrentes ou for a da Constituição, ou se não haveria que se falar em direitos fundamentais em sentido material, sendo compreendidos como fundamentais apenas os direitos incorporados ao texto de uma Constituição escrita.

Apresentando a sua contribuição para a discussão em análise, Dirley da Cunha Júnior pondera que os fenômenos da “constitucionalização” e “fundamentalização” dos direitos levariam à conclusão de que a Lei Maior teria admitido, sim, uma abertura material dos direitos tidos por fundamentais³¹.

Com efeito, esclarece o autor que a Constitucionalização seria o fenômeno consistente na incorporação de direitos pelas Constituições formais. A fundamentalização, por outro lado, seria a especial consideração dedicada à proteção de determinados direitos, em sentido material ou formal.

Em um sentido material, a fundamentalidade destacaria o conteúdo dos direitos, independentemente da sua constitucionalização. Assim, se é possível falar em uma Constituição formal e uma Constituição material, seria possível conceber a existência de direitos fundamentais em sentido formal, inseridos em uma

³¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 638.

Constituição escrita, e direitos fundamentais em sentido material, imprescindíveis para as estruturas do Estado e da sociedade, ainda que não consitucionalizados.

A essa abertura material, Dirley denomina “não tipicidade dos direitos fundamentais”, afirmando, inclusive, que as Constituições brasileiras, com exceção da de 1824, sempre reconheceram a fundamentalidade dos direitos fundamentais.

Acredita o autor, ainda, que a enumeração dos direitos fundamentais seria aberta, exemplificativa. Isto porque esses direitos seriam apenas “reconhecidos” pela ordem jurídica, pois já existentes.

Assim, defende Dirley da Cunha Júnior, não seria necessário que os direitos fundamentais estivessem incluídos em uma Constituição escrita para que fossem observados. Em verdade, bastaria, apenas, a fundamentalização material, referente ao conteúdo de cada direito³².

Desta forma, para o autor, seria plenamente defensável a existência de direitos fundamentais provenientes da legislação infraconstitucional. Referidos direitos, malgrado possuíssem fonte diversa da Constituição, passariam a ostentar, igualmente, a fundamentalidade material, gozando, portanto, do mesmo regime aplicável aos direitos fundamentais em sentido formal.

Por conseguinte, os direitos materialmente fundamentais sujeitar-se-iam ao mesmo tratamento jurídico dispensado aos direitos formalmente fundamentais. Isto significaria afirmar, portanto, que os direitos fundamentais implícitos (subentendidos das normas expressas) e decorrentes (provenientes do regime e dos princípios adotados pela Constituição) e os direitos previstos expressamente pela Constituição de 1988, mas for a do catálogo e em tratados internacionais, seriam considerados direitos constitucionais fundamentais, com todas as consequências jurídicas daí decorrentes.

³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 639-643.

Dirley da Cunha Júnior esclarece, ademais, que, ainda que a fonte que deu publicidade ao direito fundamental viesse a ser extinta, o direito em si já teria sido absorvido pela Constituição, tornando-se, a partir de então, indistacável e inseparável dela, isto é, insuscetível de ser suprimido, em face da cláusula de irredutibilidade ou eternidade.

2.2. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em virtude da sua origem, nunca havia se cogitado, até algumas décadas, a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Isto porque, ao longo da história, ramo algum do Direito era considerado mais distante do Direito Constitucional do que o Direito Civil.

Com efeito, as primeiras Constituições nada regulavam acerca das relações privadas. Em verdade, como bem pontua Paulo Luiz Netto Lôbo³³, os fenômenos do Constitucionalismo e da Codificação são contemporâneos ao advento do Estado Liberal e da consolidação do individualismo jurídico.

Por esta razão, acredita o autor, cada um dos diplomas acabou por cumprir um papel: o de limitar consideravelmente o Estado e o poder político (Constituição) e o de assegurar a mais ampla autonomia aos indivíduos, especialmente no campo econômico (Codificação).

Respeitando, então, referida forma de compreensão e aplicação do Direito, os códigos civis, enquanto perdurou o Estado liberal, desempenharam funções que acabaram por mantê-los como o núcleo do Direito positivo.

Destaca-se, neste sentido, que a codificação civil liberal propugnava como fator principal de realização da pessoa a propriedade, em torno do qual orbitariam os demais interesses do indivíduo.

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista da Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar. 1999.

Prevalecia, portanto, o entendimento de Kelsen, no sentido de que o patrimônio, “o domínio incontrastável sobre os bens”, realizava a pessoa humana³⁴.

Neste contexto, os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, já tratados, constituíam liberdades negativas, impondo deveres de omissão oponíveis tão somente ao Estado³⁵.

Ocorre que esta visão, própria do constitucionalismo liberal-burguês, pouco a pouco foi sendo superada, à medida que se percebia que a violência contra o indivíduo não provinha apenas do Estado, mas também de outros particulares³⁶.

Da mesma forma, em virtude da complexidade alcançada pela vida contemporânea, a rigidez das regras constantes dos códigos vigentes passou a não ser capaz de tutelar todas as situações envolvendo o cotidiano da sociedade, circunstância que acabou por dar ensejo ao surgimento de minicodificações multidisciplinares, capazes de congregarem temas interdependentes não subordinados ao exclusivo campo do Direito Civil.

Em virtude deste fenômeno, o conteúdo essencial, a natureza e os objetivos dos institutos básicos do Direito Civil passaram a sofrer mutações, afastando-se cada vez mais do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes, todavia, permaneciam na legislação³⁷.

Diante deste quadro, a unidimensionalidade da teoria liberal dos direitos fundamentais foi transposta, passando a ser exigida do Estado a proteção dos direitos e liberdades dos indivíduos perante as agressões e ameaças de outros indivíduos, de maneira que, nos dias atuais, admite-se que tais direitos incidam

³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 183.

³⁵ MAS CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 14.

³⁶ SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 193.

³⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista da Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar. 1999.

também nas relações exclusivamente ou essencialmente travadas entre particulares, dando origem à chamada “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais³⁸.

Nesta linha de raciocínio, Ingo Sarlet esclarece:

O ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, nas condições de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que a liberdade se encontram particularmente ameaçadas³⁹.

O excerto acima evidencia, portanto, que, tendo em vista que o atual cenário global garante considerável poder a incorporações que acabam por deter relevante poder social e econômico, a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada tem por finalidade possibilitar a defesa do indivíduo frente aos abusos sociais e econômicos praticados não somente pelo Estado, mas também por particulares.

No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins dissertam:

O reconhecimento do efeito horizontal parece ser necessário quando encontramos, entre os particulares em conflito, uma evidente desproporção de poder social. Uma grande empresa é juridicamente um sujeito de direito igual a qualquer um de seus empregados. Enquanto sujeito de direito, a empresa tem a liberdade de decidir unilateralmente sobre a rescisão contratual. Na realidade, a diferença em termos de poder social, ou seja, o desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais é tão grande que poderíamos tratar a parte forte como detentora de um poder semelhante ao do Estado⁴⁰.

Os entendimentos acima evidenciam que a aceitação da eficácia horizontal dos

³⁸ LAGO JÚNIOR, Antônio. *A Responsabilidade Civil à Luz da Boa-fé Objetiva: uma Análise a Partir dos Deveres de Proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77.

⁴⁰ DOMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.109.

direitos fundamentais já não é mais um problema entre os operadores do Direito. Em verdade, atualmente a dificuldade encontrada vem sendo no sentido de estabelecer em que medida ocorreria a incidência destes direitos em cada caso posto em análise, conforme restará demonstrado no tópico seguinte.

2.2.1. Incidência Imediata e a Ponderação de Valores Envolvidos

Como adiantado no tópico anterior, na atualidade, o ponto das discussões entre os estudiosos do Direito não é mais a aceitação da eficácia horizontal, mas a análise da forma como se daria tal eficácia.

Isto porque, como observa Antônio Lago Júnior:

Seria incorreto simplesmente transplantar o particular para a posição do sujeito passivo do direito fundamental (no caso, o Estado), de sorte a equiparar o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos. Isto porque o indivíduo, diferentemente do Estado, também é titular de direitos fundamentais, além de estar investido, pela própria Constituição, em um poder de autodeterminação dos seus próprios interesses privados. Assim, o ponto fulcral da questão é encontrar um mecanismo pelo qual se faça uma compatibilização entre, de um lado, uma efetiva tutela dos direitos fundamentais – em um cenário no qual as ameaças e agressões vêm de todos os lados – e, do outro, a salvaguarda da proteção da autonomia privada do indivíduo.

Doutrina⁴¹ e jurisprudência⁴² vêm adotando, de forma majoritária, o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais teriam a sua incidência de forma direta e

⁴¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 232-233.

⁴² EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RELAÇÃO CONTRATUAL. NÃO OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ART. 50, LV, CR/88. INCIDÊNCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Na presente ação judicial, constata-se que a CEF instaurou um processo administrativo destinado à apuração de responsabilidades pelo roubo em uma de suas agências bancárias (Agência de Ramos), sem, contudo, conceder, aos interessados, a oportunidade de contraditório e a possibilidade de participar da instrução probatória. Na conclusão dessa procedimento administrativo, atribuiu-se à Apelada, sociedade empresária exploradora da atividade econômica de vigilância, a responsabilidade pelos danos decorrentes do mencionado ilícito. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acolhe a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, conforme se depreende do RE 201819. Com base nesse entendimento, o citado processo administrativo revela-se nulo, porque violou a garantia constitucional do direito de defesa, nos termos do art. 5o, LV, da CR/88. Nesse mesmo sentido encontra-se a jurisprudência desta Corte Regional, a teor do que decidido na AC nº 319096/RJ. (Des. Fed. Paulo Espírito Santo, DJ de 14-06-2004) 3. Uma vez que a Demandante logrou ser vencedora na causa, incabível a incidência do art. 21 do CPC, o qual somente deve ser aplicado quando houver sucumbência recíproca. Portanto, nos termos do § 4o do art. 20 do CPC - dado que não houve, na

imediate nas relações entre particulares, o que significa afirmar que são dotadas, a princípio, de eficácia plena, não dependendo de qualquer interposição do legislador para operar os seus efeitos, destacando-se, no entanto, a necessidade de conformação com a liberdade negocial dos indivíduos⁴³.

De fato, a Constituição de 1988, por seu evidente compromisso com os direitos existenciais do indivíduo, não se afinaria com uma solução no sentido da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, considerando a natureza conservadora desta teoria, hábil a tornar a incidência de tais direitos dependentes da conduta do legislador ordinário ou do papel de vetores interpretativos das cláusulas gerais⁴⁴.

Esclarecedoras, neste sentido, as lições de Marcelo Lima Guerra, ao dispor que:

Os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio. Mais ainda: tais normas situam-se no ápice da pirâmide normativa, ou seja, ocupam a posição mais elevada no ordenamento. Dessa forma, impõe-se reconhecer que os direitos fundamentais são juridicamente exigíveis, vale dizer justiciáveis, e que, para tanto, não podem estar a depender de normas de posição hierárquica inferior àquelas que o prevêem. Superada, assim, a subordinação dos direitos fundamentais à intervenção do legislador infraconstitucional⁴⁵.

Por óbvio, que, malgrado possua o texto contido no art. 5o, *caput*, da CRFB/88, uma redação que permita uma interpretação restritiva, todas as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, residentes ou não no Brasil, são destinatárias dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, ressalvadas, tão somente, as hipóteses excepcionais trazidas pela própria Carta.

Imperioso destacar, todavia, que o fato de os particulares estarem vinculados de

espécie, decisão condenatória, mas declaratória - , deve a CEF pagar honorários advocatícios no valor correspondente a 5% sobre o valor da causa atualizado, nos termos da súmula nº 14 do STJ. 4. Apelo da CEF desprovido. Recurso adesivo provido.

(TRF-2 - AC: 344531 RJ 2002.51.01.006226-4, Relator: Juiz Federal Convocado THEOPHILO MIGUEL, Data de Julgamento: 22/04/2009, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::26/05/2009 - Página::95)

⁴³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos Sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p.185-186.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.279-280.

⁴⁵ GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 84-86.

maneira imediata aos direitos fundamentais não implica dizer que a incidência ocorra na mesma medida em que se dá com o poder público, pois, como destaca Ingo Sarlet, na relação entre os particulares o problema de incidência dos direitos fundamentais consiste, em verdade, em um problema de conflito de direitos⁴⁶.

Neste sentido, destaca Daniel Sarmento:

Apesar da relevância ímpar que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais⁴⁷.

De grande valia, neste raciocínio, a técnica de ponderação de princípios e interesses constitucionais desenvolvido por Robert Alexy⁴⁸. De acordo com o autor, o sopesamento revela um juízo de razoabilidade realizado pelo aplicador do Direito, de acordo com as peculiaridades de cada situação, em que um princípio constitucional prevalece em um caso específico sem que o outro seja extirpado do sistema, pois que valerá em outra situação concretamente avaliada⁴⁹.

Destaca o autor, porém, que o conceito de colisão entre princípios pressupõe, por óbvio, a validade dos princípios colidentes. Isto significa afirmar que princípios que não estejam em consonância com os valores defendidos por determinado ordenamento jurídico são considerados inválidos e, portanto, impassíveis de sopesamento⁵⁰.

Em verdade, em um Estado democrático, a ponderação acima referida há de ser concretizada, primeiramente, pelo legislador. Todavia, conforme destaca Antônio

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.112-113.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.

⁴⁹ SILVA, Flavio Murilo Tartuce. *Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-151055/>>. Acesso em: 05. Fev. 2015.

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.

Lago Júnior⁵¹, diante da necessidade de preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, inadequação da legislação em face dos valores constitucionais em causa, ou, ainda, omissão legislativa, considerando-se o imperativo de proteção dos direitos constitucionais, tal ponderação deverá ser feita pelo Poder Judiciário.

A solução encontrada pela jurisprudência tem sido levar em consideração, em cada caso, o grau de desigualdade fática entre os envolvidos. Assim, quanto mais assimétrica e desigual for a relação, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental envolvido na questão⁵².

Este foi o critério de sopesamento adotado no julgado abaixo, do Tribunal Superior do Trabalho, em que se discutia a validade de Termo de Confidencialidade e Não Concorrência firmado pelas partes, a fim de limitar o exercício profissional do réu no mercado de trabalho. Observa-se:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE. ACÓRDÃO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. QUESTÃO JURÍDICA (...). TERMO DE CONFIDENCIALIDADE E NÃO CONCORRÊNCIA. NULIDADE. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE TRABALHO. CONDIÇÃO POTESTATIVA. ASSINATURA APENAS DO TRABALHADOR. 1. Hipótese em que consignado pelo TRT que – as partes pactuaram cláusulas especiais mediante Termo de Confidencialidade e Não Concorrência (fls.47/50) dois meses após a admissão do réu, na forma de adendo, tendo a relação empregatícia vigorado de 21 de agosto de 2006 a 27 de abril de 2010, ou seja, o Termo foi ajustado ainda no início da vigência contratual, sendo certo que nenhum vício de consentimento restou comprovado pelo recorrente, a fim de infirmar a validade do pacto -. 2 (...). **A estipulação de cláusula de confidencialidade e não concorrência, a par de cingir-se à esfera dos interesses privados, somente pode ser reputada válida mediante juízo de ponderação, ante a colisão de direitos fundamentais tais como o livre exercício de trabalho ou profissão, a proteção da propriedade privada e o primado da livre iniciativa, dentre outros princípios.** 6. Imprescindível, por sinal, a concessão de vantagens recíprocas, de modo a justificar a restrição temporária convencionada. 7. (...). **Não há como se depreender, em tal contexto, que restrição de tamanha importância decorra de livre estipulação, em que as partes se encontram em pé de igualdade, ainda que o réu ostente a qualidade de alto empregado, pois tal situação não afasta a condição de hipossuficiência do réu. Aliás, a impossibilidade de o réu**

⁵¹ LAGO JÚNIOR, Antônio. *A Responsabilidade Civil à Luz da Boa-fé Objetiva: uma Análise a Partir dos Deveres de Proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

⁵² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.303.

desempenhar atividades análogas a que exercia, durante o período de um ano, pode inclusive resultar em significativo entrave à reinserção do réu em um mercado de trabalho que se sabe muito competitivo, mormente considerando a ausência de limitação territorial na cláusula de confidencialidade e não concorrência, o que leva concluir pela sua abrangência em todo o territorial nacional . 10. (...) Desse modo, consabido que a cláusula de confidencialidade e não concorrência não estava definida no momento da contratação, como uma condição para a admissão do réu no cargo de Diretor de Tecnologia, conclui-se pela alteração prejudicial das condições de trabalho, pela submissão do réu aos termos do pacto. Recurso de revista conhecido e provido⁵³ .

A Ementa acima colacionada evidencia que o TST levou em consideração, precipuamente, a relevância do direito fundamental do trabalhador ao livre exercício do trabalho em detrimento ao primado da livre iniciativa e proteção da propriedade privada.

Na oportunidade, entenderam os ministros, por maioria, que a considerável desigualdade entre as partes – empresa empregadora e seu empregado – impunha ao Poder Judiciário intervenção no sentido de declarar a nulidade da cláusula de confidencialidade constante do contrato de trabalho, por considerá-la abusiva e demasiadamente ofensiva aos direitos fundamentais do indivíduo, trabalhador, hipossuficiente na relação.

Fora do âmbito trabalhista, também vêm os Tribunais adotando o critério de ponderação dos direitos fundamentais envolvidos nas relações entre particulares, para definir, casuisticamente, qual direito haverá de prevalecer ante a colisão.

É certo, ademais, que, mesmo nas relações simétricas – sem relevante desigualdade entre as partes - o questionamento acerca do limite até o qual as liberdades ou bens pessoais poderiam vir a ser limitados por contrato, mediante o consentimento das partes, envolve a análise sobre se o contrato resulta ou não de uma vontade genuinamente livre e desembaraçada.

É o que demonstra a Ementa abaixo, referente a julgado no qual o Tribunal de

⁵³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - RR: 19482820105020007 , Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 21/05/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=colisão+%22direitos+fundamentais%22+hipossuficiência>. Acesso em: 20. Dez. 2014.

Justiça de Minas Gerais deparou-se com situação em que havia um direito fundamental do credor à tutela executiva e um direito fundamental do devedor a um patrimônio mínimo. Na oportunidade, assim posicionou-se o TJ/MG:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE DE PENHORA DE ATÉ 30% DO VALOR DOS PROVENTOS DE PENSÃO – DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA – DIREITO FUNDAMENTAL AO PATRIMÔNIO MÍNIMO – COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E PONDERAÇÃO – NEOCONSTITUCIONALISMO – NEOPROCESSUALISMO. – Os direitos fundamentais podem ser conceituados como “todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no texto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material)”. (JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de direito constitucional. 2ª ed., Ed.: Juspodivm, 2008, pág. 573). – Há um direito fundamental do credor à tutela executiva e há um direito fundamental do devedor a um patrimônio mínimo. (...) O Julgador tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àqueles relativos aos meios executivos. – É possível a penhora de até 30% (trinta por cento) d os proventos de pensão auferidos pelo devedor, mês a mês, para a satisfação do respectivo crédito. – Recurso provido em parte⁵⁴.

Da análise do entendimento acima, depreende-se que, ponderando os interesses envolvidos, entendeu o TJ/MG que não haveria como blindar totalmente a remuneração do devedor, sob pena de torná-lo “intocável”, mas, por outro lado, também não seria admissível que toda a sua remuneração fosse destinada ao pagamento de uma dívida, deixando-o sem recursos mínimos de subsistência, ainda que esta possibilidade estivesse contida expressamente no contrato assinado pelas partes.

Fazendo, portanto, um juízo de ponderação entre o direito fundamental do credor a uma tutela executiva e o direito fundamental do devedor a um patrimônio mínimo, o relator do processo entendeu admissível que parte da remuneração do devedor (30% - trinta por cento) fosse utilizada para o pagamento de seu débito, permitindo

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça - MG - AI: 10702100450254001 MG , Relator: Veiga de Oliveira, Data de Julgamento: 05/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/02/2013. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114656241/agravo-de-instrumento-cv-ai-10702100450254001-mg>>. Acesso em: 09. Set. 2014.

que o credor fosse satisfeito em seu crédito e que o devedor mantivesse, assim, uma vida digna.

A solução apresentada pela doutrina⁵⁵ e jurisprudência⁵⁶, nestes e em outros casos que envolvam o sopesamento de direitos fundamentais envolvidos, vem sendo, portanto, no sentido de reconhecer tanto mais um dever de proteção quando mais dependente for o efetivo exercício do titular de um direito fundamental, em relação ao comportamento do outro sujeito de direito privado.

Disto se depreende que o importante, em verdade, é perceber que a medida da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares dar-se-á, em maior ou menor grau, a depender da presença desses fatores, que devem ser levados em consideração no momento do sopesamento.

⁵⁵ LAGO JÚNIOR, Antônio. *A Responsabilidade Civil à Luz da Boa-fé Objetiva: uma Análise a Partir dos Deveres de Proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

⁵⁶ EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. DIREITO À LIBERDADE PROVISÓRIA. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE, ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO, POSSE DE OBJETOS DESTINADOS À PREPARAÇÃO, PRODUÇÃO OU TRANSFORMAÇÃO DE ENTORPECENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DENEGAÇÃO. 1. As questões de direito tratadas nos autos deste habeas corpus dizem respeito ao alegado excesso de prazo de prisão processual, à ausência de justa causa para a ação penal em face do paciente, à ausência de fundamento concreto para a prisão processual do paciente, à nulidade de sua prisão em flagrante e à presença dos requisitos para a concessão da liberdade provisória. 2(...). 8. A maior complexidade das relações sociais, bem como a verificação da crescente sofisticação das práticas delituosas mais graves e complexas, inclusive com o desenvolvimento de atividades por organizações criminosas, fazem com que seja essencial o sopesamento dos vários interesses, direitos e valores envolvidos no contexto fático e social subjacente. 9. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. (...) 14. Habeas corpus denegado.

(STF - HC: 94661 SP , Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 30/09/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-03 PP-00536)

3. TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A convivência em sociedade, para que não atinja o chamado “estado de caos”, pressupõe a obediência a determinadas regras jurídicas, nas quais se encontram dispostas consequências atinentes às condutas escolhidas pelos homens. Assim, na medida em que um dano é causado a outrem, o ordenamento jurídico vem disponibilizar meios para que a parte prejudicada busque a reparação, isto é, o ressarcimento em face da lesão sofrida.

Tem-se reconhecido, inclusive, que o instituto jurídico da responsabilidade civil não pode, nem deve, permanecer atrelado, apenas, à noção do binômio dano-reparação, devendo o ordenamento prever, portanto, além de formas de reparação ao prejuízo já causado, mecanismos que venham a impedir que o dano venha se realizar, ou seja, a chamada “tutela inibitória” ou preventiva, abordada de maneira pormenorizada no Capítulo 06 (seis) deste estudo.

Em virtude deste fenômeno, as legislações atuais não dispensam a consideração de determinados comportamentos como abusivos e não hesitam em impor sanções àqueles que os adotam. Os tempos modernos, portanto, à luz de novos ensinamentos, exigem que todos sejam responsáveis por seus atos, de forma que, em não havendo previsão legal, exige-se do Poder Judiciário um posicionamento firme, garantindo, em verdade, a sua própria credibilidade⁵⁷.

Referido entendimento decorre, sobretudo, da compreensão de que o ordenamento jurídico possui uma nova base constitucional, garantidora de inúmeros direitos fundamentais e cujo fundamento primordial é a dignidade da pessoa humana, circunstância que irradia reflexos de um Estado social e democrático, atingindo, por fim, o instituto tradicional da responsabilidade civil, conforme já destacado neste trabalho.

⁵⁷ CURIONI. Rossana Teresa. *Responsabilidade Civil por Dano Processual decorrente da Litigância de Má-fé*. In: Direito e Responsabilidade. Coordenadora: Giselda Maria Hironaka. Belo Horizonte: Del Rey.

Para que seja possível, todavia, analisar de que forma se dá a influência desta “nova ordem constitucional” nos preceitos do Direito Privado e, especialmente, no âmbito da responsabilidade civil, é necessária a compreensão inicial dos pressupostos, elementos e funções deste instituto, bem como a sua evolução para que alcançasse, enfim, o *status* atual, estudo a que se propõe o presente capítulo.

3.1. CONCEITO

Como é cediço, um dos mais relevantes papéis do Direito é criar mecanismos organizadores da convivência em sociedade, objetivando tutelar as expectativas e valores dos indivíduos de maneira a não atingir os interesses dos demais.

Neste sentido, a responsabilidade civil, como um dos principais institutos do Direito, busca atribuir a alguém o dever de suportar determinado dano sofrido por outrem, por ato desacautelado de sua autoria ou de alguém sob a sua tutela ou subordinação.

A responsabilidade seria, então, "o dever de indenizar o dano, que surge sempre quando alguém deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou quando deixa de observar o sistema normativo que rege a vida do cidadão"⁵⁸.

Em outras palavras, a responsabilidade civil pode ser definida como a “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”⁵⁹.

Na doutrina de Arnaldo Wald, seria a responsabilidade civil "a situação de quem sofre as conseqüências da violação de uma norma, ou como a obrigação que incumbe a alguém de reparar o prejuízo causado a outrem, pela sua atuação ou em virtude de danos provocados por pessoas ou coisas dele dependentes"⁶⁰.

⁵⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. *in* Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. NERY, Rosa Maria de Andrade. DONNINI, Rogério (coord.). São Paulo: RT, 2009. pág. 21

⁵⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁶⁰ WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Por fim, a professora Maria Helena Diniz conceitua a responsabilidade civil como a "aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal"⁶¹.

Da análise dos conceitos apresentados, depreende-se que o instituto da responsabilidade civil consiste, em verdade, na busca da defesa das posições e atribuições de bens pelo Direito⁶², seja nas hipóteses previamente existentes nas leis ou nos contratos, ou em situações nas quais, malgrado não existam quaisquer regras prévias de proteção das posições, consiga-se constatar a violação a um dever geral de não prejudicar (*neminem laedere*), ou a necessidade de serem compensados certos riscos socialmente inevitáveis⁶³.

Resta evidente, também, que, ao buscar atribuir um conceito jurídico da responsabilidade civil, observa-se que ele não é justamente dado apenas pelo direito positivo ou pelos doutrinadores da matéria, sendo, em verdade, sempre um conceito a repercutir no campo da ética, da política e das ciências humanas⁶⁴.

De todo modo, conforme restará demonstrado ao longo do trabalho, o conceito tradicional da responsabilidade civil vem sendo erodido em virtude das evoluções pelas quais passou a sociedade, desde o liberalismo até os dias atuais, a ponto de se verificar, de forma cada vez mais evidente, a implantação da máxima segundo a qual "para cada dano há de se encontrar um responsável"⁶⁵.

Esta nova realidade vem gerando uma tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de priorizar a análise do ponto de vista da vítima, e não do autor do dano.

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*: v. 7. 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶² FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de Deveres de Proteção*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 126.

⁶³ LAGO JÚNIOR, Antônio. *A Responsabilidade Civil à Luz da Boa-fé Objetiva: uma Análise a Partir dos Deveres de Proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

⁶⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 22

⁶⁵ TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2. ed. Paris, Economica, 1989, p. 121-128.

Giselda Maria F. Hironaka esclarece, neste sentido, que a ideia da responsabilidade civil vem sendo deixar “um número cada vez mais reduzido de vítimas irressarcidas.”⁶⁶ Por esta razão, a conduta do ofensor e o fato ensejador do dano vão perdendo sua relevância, merecendo ênfase - por vezes de forma excessiva - a posição da vítima, de maneira a não deixá-la sem reparação.

Para que se compreenda, porém, a responsabilidade civil como um instituto alvo de constantes mudanças evolutivas, revela-se necessário um estudo prévio das alterações que ocorreram ao longo do tempo, considerando como marco inicial a teoria tradicional, a partir da qual seguiram-se transformações nas quais se percebe o acentuado objetivo da busca pela reparação mais ampla possível dos danos, chegando aos dias atuais, em que autores como Anderson Schreiber acreditam haver a chamada “erosão dos filtros de reparação”⁶⁷.

3.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A análise do caminho histórico pelo qual percorreu o instituto da responsabilidade civil, tendo por ponto de partida não uma perspectiva linear⁶⁸, mas sim algumas de suas etapas essenciais, revela-se imprescindível para a compreensão das alterações axiológicas que aconteceram em sua essência, revelando, por fim, o que alguns doutrinadores⁶⁹ acreditam ser um estado de crise do instituto.

A visão clássica da responsabilidade civil acompanha a noção trazida pelo Código Civil francês, no sentido de que não haveria responsabilidade sem culpa, assumindo a obrigação de indenizar, neste contexto, conteúdo meramente sancionatório⁷⁰.

Quando, porém, os danos se tornaram inevitáveis e previsíveis, deixando de possuir a falsa ideia de excepcionalidade, o sistema de culpa passou a ser incapaz de impor

⁶⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 02.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 5^a. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁶⁸ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo*. Op cit.

⁷⁰ SEGUÍ, Adela M. *Aspectos Relevantes de La Responsabilidade Civil Moderna*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 52, 2004.

ao agente os níveis de atividade socialmente desejáveis⁷¹.

As profundas alterações pelas quais passou o instituto da responsabilidade civil, então, possuem relação com as modificações culturais ocorridas na sociedade no último século, notadamente a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade – inerente à ideologia inspiradora dos autores do Código Civil de 1916 – para o modelo chamado de solidarista – pautado na Constituição Federal de 1988.

E, neste cenário, superar o descompasso existente entre a lógica de responsabilidade civil estabelecida pelo Código Civil de 1916 e os valores protegidos pela Constituição 1988 representou um desafio para os operadores do Direito, que passaram a desenvolver, pouco a pouco, mecanismos de revisão da dogmática tradicional, buscando o desenvolvimento da pessoa humana concretamente considerada acima de qualquer outro valor.

E, neste ponto, não é demais lembrar que um dos traços mais fortes do Direito Civil clássico é o individualismo, que leva em conta a pessoa centrada apenas em si mesma, vale dizer, o “Direito do homem sozinho, centrado em uma hipotética auto-regulamentação de seus interesses privados, e conduzido pela insustentável igualdade formal”⁷².

Por esta razão, iniciou-se um processo de modificação na ordem axiológica do Direito Civil, com exponencial valorização da pessoa humana e busca de uma sonhada igualdade substancial, a despeito da complexidade das relações intersubjetivas.

Ainda sobre a transição do período clássico ao contemporâneo, destaca Jussara Meirelles⁷³ o fato de que, ao contrário do Direito Civil clássico, reconhecido por um

⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin. *Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva*. In: Revista dos Tribunais, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17.

⁷² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-7 e 222.

⁷³ MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.109.

sistema de codificação (monossistemas), o Direito Civil contemporâneo tem por característica a profusão de leis especiais, setoriais, que configuram microsistemas próprios da sociedade pluralista atual⁷⁴.

Referidas normas, em virtude de conseguir, em certa medida, adaptar os institutos tradicionais da sociedade civil (o indivíduo, a família, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil) às novas circunstâncias, passaram a incidir até mesmo com maior frequência do que o próprio Código Civil, o que teria resultado, no entendimento da autora, no seu deslocamento da posição de estatuto fundamental da sociedade civil para a condição de lei supletiva subsidiária⁷⁵.

Além disso, o ideal da segurança jurídica, pautado na estabilidade e previsibilidade das condutas dos indivíduos, em decorrência da ideologia revolucionária burguesa, acabou por inspirar, por óbvio, toda a codificação civil clássica⁷⁶, tendo em vista que “o século XIX, em razão da forte influência do liberalismo que almejava o “mundo da segurança”, traduziu-se em período fecundo em codificações dos sistemas jurídicos”⁷⁷. No cenário do Direito Civil contemporâneo, todavia, observou-se certa relativização e fragmentação conceitual, em virtude da dinâmica alteração da estrutura dos conceitos jurídicos, inerente à forma de ser da sociedade atual.

Por esta razão, a generalização dos conceitos foram, pouco a pouco, perdendo espaço para uma busca de concretude e especificidade, cujo objetivo principal seria, justamente, viabilizar não apenas a igualdade formal, mas também a igualdade substancial⁷⁸.

Neste cenário de profundas alterações sociais, a autonomia privada ou, para alguns, autonomia da vontade, tradicionalmente exercida de forma plena, também sofreu modificações em seu sistema. Com efeito, segundo esclarece Thais Venturi:

⁷⁴ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. . *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

⁷⁵ MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo* . Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.109.

⁷⁶ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. Op. Cit.

⁷⁷ MEIRELLES, Jussara. Op. Cit.

⁷⁸ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. Op. Cit.

Atualmente, a autonomia privada pode ser considerada superada como dogma, na medida em que não pode mais ser concebida como um valor absoluto e afastado da realidade fática. O Estado Social, no intuito de proporcionar uma igualdade substancial, assume uma feição necessariamente intervencionista no âmbito das relações contratuais, definindo limites em prol do interesse social – defesa de consumidores, dos não proprietários, das crianças, dos idosos, da família etc. Dessa forma, o exercício da autonomia privada (liberdade individual) passa a ser condicionada ao alcance de uma função social (dos contratos, da propriedade, da família etc) e à ética da responsabilidade e da solidariedade.⁷⁹

E, para fins de esclarecimento, é interessante destacar a diferença hoje concebida entre autonomia da vontade e autonomia privada, conforme as lições de Francisco dos Santos Amaral Neto, segundo o qual:

Para a concepção tradicional, clássica, subjetiva, existe sinonímia nas expressões ‘autonomia privada’, ‘autonomia da vontade’ e ‘liberdade contratual’, que significam ser a pessoa livre e soberana para decidir se, quando e como vincular-se obrigacionalmente.

Também no campo da responsabilidade civil, por óbvio, as alterações sociais repercutiram. Com efeito, a necessidade de reflexão e readequação dos clássicos pressupostos da responsabilidade civil, objeto da presente dissertação, acompanha a mesma lógica, no sentido da superação da dogmática clássica em prol de uma readaptação do Direito ao contexto atual.

Como decorrência direta deste fenômeno, percebeu-se que a função punitiva da responsabilidade civil - tratada de forma pomenorizada adiante – foi, pouco a pouco, perdendo espaço para a função compensatória, conforme esclarece Adela M. Seguí, para quem:

A responsabilidade como “crédito” ignora a ideia de “castigo”, agarrando a de reparação. **O objetivo não é mais sancionar a quem causou injustamente um dano, mas sim reparar a quem injustamente o sofreu.** Com esta perspectiva, o âmbito dos pressupostos que a reparação requer começa a se dar de maneira diferente: o dano ocupa o lugar central e capital, e a seu redor fatores de imputação subjetivos e objetivos, ação, antijuridicidade e relação pela importância da imputação do custo indenizatório a alguém; perde valor a ação que toma-se em autoria e a antijuridicidade; e a causalidade vai deixando de ser averiguação de causa

⁷⁹ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. . *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

para ser a atribuição de efeitos⁸⁰.

Referida alteração torna-se de fácil compreensão quando são lembradas as bases estruturais da Constituição de 1988, já tratadas neste trabalho, fazendo com que a responsabilidade civil também se desvincule de uma finalidade essencial de sanção e dê maior prioridade aos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade.

Esta seria, portanto, mais uma consequência do afastamento da ideologia liberal, comprometida quase que exclusivamente com a garantia da liberdade de iniciativa e com o desenvolvimento das atividades empresariais em detrimento ao bem-estar do indivíduo.

A alteração da própria razão de ser da responsabilidade civil, como forma de proteção dos direitos do indivíduo e não meramente voltada à recomposição do patrimônio, ou ao seu equivalente, por meio da indenização, revela-se como um dos maiores desafios que a realidade atual fez surgir. Interessante perceber, neste diapasão, que o instituto vai, de certa forma, se encaixando às necessidades de cada momento histórico, sendo justamente a sua mutabilidade um dos seus traços mais marcantes, que viabiliza, de forma aparentemente paradoxal, a sua estabilização por meio da sua perene capacidade de modificação⁸¹.

Neste sentido, para que seja possível compreender a essência e a natureza da responsabilidade civil na atualidade, nos tópicos seguintes são apresentados pontos essenciais dos seus fundamentos, funções e elementos, tornando possível a compreensão acerca da forma pela se deu sua alteração para que o instituto alcançasse o status atingido na contemporaneidade.

3.3. FUNÇÕES

Nos dias atuais, o instituto da responsabilidade civil é considerado essencial para o convívio em sociedade, tendo em vista possuir como função principal a busca do

⁸⁰ SEGUÍ, Adela M. *Aspectos Relevantes de La Responsabilidade Civil Moderna*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 52, 2004.

⁸¹ CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: Ltr, 1998, p. 63-64.

restabelecimento do equilíbrio rompido entre as partes, por meio da apresentação de critérios para que ao responsável – aquele que causou o dano ou a quem a lei tenha definido – haja a correspondente imputação da obrigação de responder pelos danos sofridos por outrem, na forma e extensão previstos no ordenamento.

Kruger Filho, ao tratar do tema, demonstra a imprescindibilidade do instituto para a concretização e eficácia das normas de Direito, conforme evidencia o excerto abaixo:

É precisamente para compelir os homens a observarem e respeitarem as regras de convivência, que lhes são impostas pelo Direito, que o instituto da responsabilidade tem a sua razão de ser e o seu fundamento, sendo que a sua finalidade é a de impedir a perpetração de danos à sociedade e aos indivíduos, isoladamente considerados, impondo as respectivas sanções pela inobservância dessas regras.⁸²

O princípio que sustenta a responsabilidade civil contemporânea, portanto, é o da *restitutio in integrum*, isto é, da reposição da parte prejudicada ao *status quo ante*.

Neste diapasão, a responsabilidade civil possui como dever a busca da manutenção da segurança jurídica em relação ao lesado, aplicando a correspondente sanção civil àquele a quem é atribuído o dever de reparar o prejuízo causado.

Três funções se destacam no estudo do instituto da responsabilidade civil: função compensatória do dano à vítima, punitiva do ofensor e a busca da desmotivação social da conduta lesiva.

As três funções, se aliadas, acabam por recompensar, de certo modo, o dano sofrido, sem implicar enriquecimento sem causa da vítima, ao mesmo tempo em que revela uma punição ao infrator, desestimulando novas infrações.

São apresentadas, adiante, as peculiaridades e forma de incidência de cada uma das funções mencionadas.

⁸² KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000. P. 42.

3.3.1. Compensação do Dano à Vítima

A função compensatória revela-se, sem dúvidas, como o objetivo primordial do instituto da responsabilidade civil, tendo em vista representar a reposição do bem jurídico violado ou, quando não mais possível, o ressarcimento pecuniário correspondente.

Com efeito, sob uma ótica compensatória, a condenação é estabelecida de acordo com o dano sofrido, destinando-se a compensar a vítima pelo menoscabo sofrido, funcionando como um lenitivo⁸³.

O objetivo é resgatar o equilíbrio social quebrado, por meio da reposição do bem violado ao seu estado anterior, ou, se impossível, através de satisfação capaz de contrabalançar o prejuízo causado, malgrado se tenha em mente que este não possa ser apagado. Etimologicamente, a expressão “compensar” (do latim, *compensare*) significa, justamente, buscar o equilíbrio, reparar o dano, o incômodo⁸⁴.

A compensação, quando financeira, tem por escopo, portanto, amenizar o dano sofrido, de maneira a minimizar suas conseqüências e satisfazer a vítima de alguma forma. Nos casos em que o prejuízo a ser reparado possui cunho material, a função compensatória é facilmente atingida e o *status quo ante* alcançado.

Todavia, nos casos em que a indenização encontra-se vinculada a um prejuízo extrapatrimonial, a indenização apurada, ainda que busque cumprir a função compensatória, não é capaz de guardar relação de equivalência com o dano causado, já que impossível sua precisa aferição em termos pecuniários.

Há situações, ainda, em que a função compensatória jamais pode vir a ser cumprida, uma vez que o bem jurídico imaterial violado não pode ser repostado ou sequer reparado pelo recebimento de qualquer quantia.

⁸³ SALAZAR, Alcino de Paula. Reparação do Dano Moral. Rio de Janeiro: borsoi, 1943, p. 141-143.

⁸⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

Ilustrativo, neste sentido, o exemplo de um pai que perde o seu filho em virtude de ato manifestamente desacautelado de outrem e, por esta razão, busca reparação fundamentada na responsabilidade civil.

Em casos como este, o bem jurídico violado – vida – não poderá jamais ser repostado, isto é, o *status quo ante* é impossível de ser atingido. Da mesma forma, a via alternativa de reparação - indenização pecuniária -, qualquer que seja a sua amplitude, não fará com que o pai se sinta recompensado.

Nesta hipótese, portanto, a responsabilidade civil não tem como cumprir a função compensatória.

Da mesma forma, há situações em que a vítima do dano possui condição financeira abastada, de maneira que as indenizações apuradas em valores médios dificilmente farão surgir em seu íntimo a sensação de compensação pelo mal sofrido.

Ainda assim, a necessidade de responsabilizar civilmente o ofensor pode vir a se fazer presente, já que outras funções, vistas adiante, merecem – e podem – ser atingidas.

É o que esclarece André Gustavo Corrêa de Andrade:

[...] qualquer consolo se mostra virtualmente impossível quando a vítima for pessoa economicamente abastada. Em muitos casos, o único consolo que, talvez, a indenização proporcione seja o de constituir uma forma de retribuir ao ofensor o mal por ele causado, o que pode trazer para a vítima alguma paz de espírito – mas aí a finalidade dessa quantia já não será propriamente compensatória ou satisfatória, mas punitiva⁸⁵

Nas hipóteses mencionadas a título de exemplo, a ação de reparação por danos causados passaria a ter por objetivo, precipuamente, a punição do agente lesante, havendo, de todo modo, uma espécie de “compensação psicológica”, tendo em vista que a vítima, através da condenação judicial, teria o seu sentimento de justiça satisfeito, conforme restará demonstrado no tópico seguinte.

⁸⁵. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, P. 172.

3.3.2. Punição do Ofensor

De forma paralela ao objetivo de compensar a vítima do dano que lhe fora causado, surge a função punitiva da responsabilidade civil. Referida função é igualmente relevante, embora não represente a finalidade primária do instituto.

Com efeito, o objetivo é que a medida imposta ao ofensor venha a representar uma punição tal que o agente lesivo compreenda a gravidade da sua conduta. Para que atinja tal fim, normalmente a punição é pecuniária, devendo alcançar valor tal que sirva de exemplo para o réu, sendo ineficaz para tal fim, por óbvio, o arbitramento de quantia excessivamente baixa ou simbólica.

Isto porque o que se vê, na realidade, é que a conduta lesiva que se quer evitar, notadamente no que concerne às relações de consumo, acaba sendo reiterada pelo agente causador do dano, levando ao Poder Judiciário a apreciação de situações semelhantes com diferentes vítimas, a revelar uma mentalidade quase generalizada dos agentes de consumo em massa no sentido de ser melhor responder e ser condenado pelo Poder Judiciário do que investir em segurança e qualidade e levar a sério direitos básicos do consumidor.

Ao discorrer sobre o tema, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler destacam que seria esta a razão pela qual as características dos *punitive damages* (a punição e a exemplaridade) vêm chamando a atenção dos estudiosos. Prosseguem as autoras, sublinhando que:

Muitas empresas em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga ao indivíduos que ingressam em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos⁸⁶.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito Brasileiro)*. Revista CEJ . n.º 28, jan./mar. 2005, p. 16.

Também demonstrando estar atentos a esta realidade e para a preocupação meramente financeira das empresas, os Tribunais⁸⁷ passaram a vislumbrar a importância de, em alguns casos, ser majorado o valor atribuído à indenização por dano moral, em atenção à função punitiva que se deve emprestar, mormente quando a conduta é mais do que reiterada e representa violação séria a direito de personalidade do consumidor, qual seja, a honra.

Neste sentido, insta trazer a lume os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DÍVIDA QUITADA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO DIMINUTO. MAJORAÇÃO. COMPENSAÇÃO A VÍTIMA E PUNIÇÃO AO OFENSOR. HONORÁRIOS. PERCENTUAL CORRETAMENTE FIXADO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

1. Deve ser elevado o valor arbitrado a título de indenização por danos morais para que represente uma compensação à vítima e também punição ao ofensor, bem como sirva **de desestímulo a reincidência da atividade nociva praticada**, guardando proporcionalidade entre o ato lesivo, e o dano moral sofrido. 2. Não é o caso de se elevar os honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação, sendo razoável e suficiente a fixação de 13% sobre o valor condenatório, segundo os ditames do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, até porque houve majoração do quantum indenizatório⁸⁸.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - NEGATIVAÇÃO DE NOME - COBRANÇA INDEVIDA - DANO MORAL INDIRETO - INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES - DÍVIDA INEXISTENTE - VALOR DA INDENIZAÇÃO - SÚMULA 385, DO STJ - AFASTADA. A inscrição indevida do nome do devedor em cadastro restritivo de crédito, por si só, caracteriza dano moral passível de reparação pecuniária. Deve-se afastar a aplicabilidade da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça quando as inscrições no cadastro de inadimplentes são, inclusive, objeto de ação judicial. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado com razoabilidade, de modo a servir como compensação à vítima e punição ao ofensor, devendo-se evitar, por outro lado, que se converta em fonte de enriquecimento sem causa⁸⁹.

⁸⁷ EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. REITERAÇÃO. DANOS MORAIS. CULPABILIDADE ACENTUADA. VALOR INSUFICIENTE. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA. O valor da indenização por danos morais deve ser majorado, quando analisadas as circunstâncias do caso e situação das partes, se constata não ter ela atingido o seu objetivo punitivo e compensatório. (BRASIL. Tribunal de Justiça - MG 100240739166370011 MG 1.0024.07.391663-7/001(1), Relator: NICOLAU MASSELLI, Data de Julgamento: 12/03/2009, Data de Publicação: 25/05/2009). Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça - PR, Relator: Macedo Pacheco, Data de Julgamento: 09/08/2007, 8ª Câmara Cível. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça - MG - AC: 10145130053278001 MG , Relator: Marco Aurelio Ferezini, Data de Julgamento: 18/07/2014, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/07/2014. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

Em outras palavras, para que atinja com êxito a sua função, a responsabilidade civil pode justificar a aplicação de valores de indenização mais elevados, de modo a servir como compensação à vítima – função já tratada - e punição ao ofensor, observando, precipuamente, o caráter punitivo e a necessidade de correção da conduta danosa, notadamente quando reiterada.

Em obra direcionada ao estudo da aplicação dos *punitive damages* no Brasil, Salomão Resedá ressalta:

O direito, como um todo, passa por um momento de funcionalização em que a preocupação com o coletivo sobrepõe-se ao individual de forma incontestável. Hoje não se pensa apenas sobre o aspecto do ser singular. A real eficiência das normas jurídicas deve ser demonstrada quando as mesmas passam a proteger, também a coletividade. O *punitive damage* nada mais é do que a resposta da sociedade àquele comportamento considerado altamente nefasto que foi intentado contra o indivíduo⁹⁰.

Destaca, o autor, ainda, que:

Ao manter a restrição da responsabilidade civil apenas em seu aspecto meramente compensatório, também, não estará o julgador conferindo a efetiva prestação jurisdicional a qual tem direito o indivíduo e, principalmente, a sociedade, que se encontra abalada diante de comportamentos qualificados como graves ou reiterados⁹¹.

Neste cenário, é importante que se observe, porém, que, se, por um lado, não se acredita adequada a adoção do viés unicamente compensatório da indenização a título de responsabilidade civil, por outro lado, também parece evidente que, caso fosse a condenação por responsabilidade civil considerada exclusivamente como pena, nada impediria que o valor fosse previamente taxado. Todavia, sendo entendida como reparação e punição casuísticas, como de fato o é, prévias fixações não se configuram justas, nem possíveis, uma vez que infinitas são as hipóteses em que podem surgir danos⁹².

⁹⁰ RESEDÁ, Salomão. A aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

⁹¹ *ibidem*.

⁹² ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das obrigações e suas consequências*. 5^a Ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

Neste sentido, é importante destacar que, de forma minoritária, existem autores que entendem pela impossibilidade de se atribuir ao direito civil qualquer função punitiva - seja de forma exclusiva ou atrelada à função compensatória - eis que esta seria inerente ao direito penal⁹³.

Assim também é a doutrina de Anderson Schreiber, para quem a jurisprudência brasileira estaria confundindo os *compensatory damages* e os *punitive damages*, atribuídos em apartados no direito norte-americano.

Com efeito, para o autor:

A incorporação dos *punitive damages* pela prática judicial brasileira traz consideráveis inconsistências face ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa – já que a quantia paga a título de punição vem, inexplicavelmente, atribuída à vítima -, além de ferir frontalmente a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, aplicando penas sem balizamento legal, sem as garantias processuais próprias e sem a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis. Por fim, a indenização punitiva não raro se mostra ineficaz em seu próprio intuito, uma vez que na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o culpado e nem sempre o culpado será punido (porque ele pode ter feito um seguro, por exemplo)⁹⁴.

Sobre a importação, pelo direito brasileiro, dos *punitive damages* norte-americanos, preocupa-se Maria Celina Bodin de Moraes, com o fato de parecer não se dar a devida importância com o enriquecimento da vítima, sendo esta, em verdade, uma consequência almejada. Ademais, para a autora, problemas relacionados às indenizações dos danos acabam por ser regulados pela lógica de mercado, quando deveriam ser absorvidos por critérios estritamente jurídicos⁹⁵.

⁹³ É como defendia, por exemplo, Wilson Melo da Silva, para quem só seria possível admitir a função punitiva caso houvesse um texto legal expresso que cominasse a pena correspondente a cada delito, o que não existe no âmbito da responsabilidade civil. Ademais, o delito teria como pressuposto a culpa e visaria à punição da culpabilidade do agente, o que também não ocorreria com o dano. Para o autor, portanto, no juízo cível se buscaria apenas o ressarcimento da consequência do delito, e não a penalização do delito em si, tendo em vista que, “na responsabilidade civil mira-se a pessoa do ofendido e não a do ofensor; a extensão do prejuízo, para graduação do *quantum* reparador, e não a culpa do autor”. SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e a sua reparação*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

⁹⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 30. São Paulo: Renovar, 2003.

De todo modo, reitera-se que, majoritariamente, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que as funções aqui tratadas devem ser observadas de maneira concomitante no momento de aplicação da indenização pecuniária, sendo que a função punitiva pode estar revestida, ainda, da chamada “teoria do desestímulo” - função pedagógica -, de cunho socioeducativo, representando a desmotivação social da conduta praticada, conforme se verifica no tópico adiante.

3.3.3. Desmotivação Social da Conduta Lesiva

Como destacado, é interessante que a condenação a título de responsabilidade civil seja capaz de causar um efeito preventivo de danos, capaz de estimular o agente a não mais adotar determinada conduta.

É importante salientar, porém, que o desestímulo da conduta danosa não significa permitir uma espécie de vingança, uma vez que, ao se vingar, o ofendido passa a priorizar um sentimento mesquinho, o que não pode ser admitido pelo ordenamento, que deve buscar educar o ofensor.

Neste sentido, insta trazer a lume os seguintes julgados:

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS - RÉ QUE ALEGA TER FEITO A INSCRIÇÃO DO NOME NOS CADASTROS DO SERASA/SPC DEVIDO A FALHA DA EMPRESA NA VERIFICAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO - CONFIGURAÇÃO O DANO MORAL IN RE IPSA - QUANTUM - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. 1.As empresas fornecedoras de produtos e serviços são responsáveis pela averiguação da titularidade e veracidade dos documentos apresentados no momento da contratação, de forma que o consumidor não pode ser lesionado por conta da falta de segurança no seu sistema de contratação. Assim, verificada a falha na prestação de serviço, consistente na suposta contratação que gerou a inscrição do nome nos cadastros de órgão de proteção ao crédito do autor, a empresa responde independentemente da comprovação de culpa pelos danos decorrentes, configurando-se a ocorrência dos danos morais, que no caso, não precisa ser comprovado, pois, se considera in re ipsa. 2.Quanto ao valor da indenização pelo dano moral este deve ser fixado considerando-se os elementos da lide, como os transtornos gerados, a qualidade das pessoas em litígio e a capacidade econômica dos envolvidos, atendendo aos objetivos da reparação civil, quais sejam, a compensação do dano, a punição ao ofensor e a

desmotivação social da conduta lesiva, sem que gere um enriquecimento sem causa à vítima⁹⁶.

Desestimular é, portanto, promover uma resposta que faça com que o ofensor perca o incentivo de causar determinado dano, ou ao menos diminua a incitação ou propensão às atividades hábeis a ensejar prejuízos morais a outrem. Punir é impor reprimenda, castigar. O desestímulo é o fim almejado; a punição é o meio utilizado. Pune-se o ofensor para desestimulá-lo da prática infracional.

Assim, ao se aplicar uma sanção pecuniária, é necessário que a condenação seja vista como uma legítima resposta jurídica a determinados comportamentos do ofensor, especialmente em hipóteses nas quais outras medidas ou formas de sanção não se mostraram, seja em casos anteriores ou no mesmo, eficazes.

Desta forma, evidenciando de maneira mais intensa o quanto tratado no tópico anterior - no sentido de que a mera reparação do dano não é o bastante para dissuadir o ofensor da reiteração da conduta danosa - há, a título de exemplo, o caso em que o custo da indenização é inferior ao custo de evitá-la ou, por outro lado, quando o proveito obtido com o ato danoso supera o prejuízo resultante da reparação do dano⁹⁷.

Com efeito, não é incomum haver situações em que as empresas, visando apenas ao lucro, não hesitam em desconsiderar contratos e/ou normas legais, confiantes de que a sanção reparatória que poderia vir a ser imposta configuraria um montante vantajoso, pela possibilidade de obter unilateralmente um bem que deveria depender do consentimento de outrem, desrespeitando, assim, a liberdade contratual.

Diante de tal sanção desestimuladora, tem-se, por consequência, o caráter preventivo, tratado de maneira pormenorizada no capítulo 06 (seis) deste trabalho, mormente em virtude de que o ofensor, responsabilizado e obrigado a pagar o valor

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça - MS - APL: 08033499420128120018 MS 0803349-94.2012.8.12.0018, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 24/06/2014, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03/07/2014. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

⁹⁷ OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. DANO MORAL E SEU CARÁTER DESESTIMULADOR. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_22832041_DANO_MORAL_E_SEU_CARATER_DESESTIMULADOR.aspx. Acesso em: 06. Out. 2014.

também do caráter desestimulador, irá procurar, logicamente, evitar futuros pagamentos dessa natureza, da mesma forma que terceiros terão como exemplo tal fato.

Sobre o tema, Pietro Perlingieri afirma, *verbis*:

O instrumento de ressarcimento dos danos e da responsabilidade civil, embora adaptado às exigências da vida moderna, demonstra-se, frequentemente, inidôneo. A jurisprudência dos valores tem necessidade de afinar as técnicas de prevenção do dano, da execução específica, da restituição in integro e de ter à disposição uma legislação de seguros obrigatória e de prevenção social. Alargam-se, nesse meio tempo, as hipóteses de responsabilidade civil, utilizam-se os institutos processuais, inclusive aqueles típicos da execução, com o objetivo de dar atuação, do melhor modo possível, aos valores existenciais⁹⁸.

Parece inquestionável, portanto, que a função punitivo-pedagógica pode refletir eficaz elemento de desestímulo, na medida em que tem por escopo a dissuasão de comportamentos não albergados pelo Direito por meio da punição do agente, possuindo especial relevância na busca por ferramentas hábeis a viabilizar a efetiva reparação do dano, notadamente no âmbito dos danos extrapatrimoniais.

Com isso, observa-se não se tratar de desvalorizar o tradicional papel traçado pela responsabilidade civil, mas, em verdade, de ponderar que a função desestimuladora, tendo como consequência a prevenção do dano, torna mais abrangente a responsabilidade civil, inclusive tendo em vista que a simples reparação do dano se torna, na maioria das situações, insuficiente para atender, de forma satisfatória, aos conflitos sociais modernos, mormente em se tratando dos direitos da personalidade.

3.4. ELEMENTOS

O presente tópico tem por objetivo abordar os elementos – também chamados de pressupostos - considerados essenciais para a responsabilidade civil.

A seleção destes elementos decorre da análise do conteúdo do art. 186 do Código

⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Civil de 2002⁹⁹, que, como asseveram Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, consagra o princípio do *neminem laedere*, no sentido de que aquele que gera prejuízo a outrem tem o dever de repará-lo¹⁰⁰.

Estebelece o artigo supramencionado, *in verbis*:

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

Da análise do dispositivo acima, depreende-se a existência de três elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil: conduta do agente (ação ou omissão), culpa ou risco e nexos causal.

A seguir, são tecidas algumas palavras a respeito de cada um dos elementos mencionados.

3.4.1. Conduta humana

A ação ou a omissão do agente refere-se à sua conduta, que pode ser positiva ou negativa. O traço caracterizador da conduta é, portanto, a voluntariedade, proveniente do livre arbítrio da pessoa dotada de imputabilidade, isto é, portadora da capacidade de discernimento necessário para entender o comportamento que pratica.

A voluntariedade não se confunde, porém, com o intuito de causar dano, referindo-se, em verdade, ao objetivo de adoção de determinada postura, ou, ao menos, consciência sobre a maneira pela qual pretende se conduzir, sem, necessariamente, haver o propósito de prejudicar um terceiro.

Tradicionalmente, entendia-se que a conduta ensejadora de dano haveria de ser antijurídica ou ilícita. Referido posicionamento, todavia, não revela-se o mais adequado, tendo em vista existir a possibilidade de configuração de

⁹⁹ No Código Civil de 1966, referido dispositivo correspondia ao art. 159.

¹⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de Direito Civil – responsabilidade civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. III, p. 23.

responsabilidade civil sem ilicitude, nos casos previstos pelo ordenamento jurídico.

Sobre o assunto, esclarece Giselda Hironaka:

Estrutura-se, paulatinamente, um sistema de responsabilidade civil que já não se sustenta mais pelos tradicionais pilares da antijuridicidade, da culpabilidade e do nexó de causalidade, apenas. Organiza-se, já, um sistema que não recusa – como outrora se recusava, por ser absolutamente inaceitável – a existência de um dano injusto, por isso indenizável, decorrente de conduta lícita. Apresenta-se, nos dias de hoje, um sistema de responsabilidade que já não se estarrece com a ocorrência de responsabilidade independentemente de culpa de quem quer que seja¹⁰¹.

Impende esclarecer, por fim, que a responsabilidade civil não necessariamente ocorrerá por ato próprio, podendo derivar de conduta de terceiro ou de fato do animal, consoantes arts. 932 e 936 do Código Civil de 2002.

A responsabilidade por ato de terceiro é será discutida de maneira pormenorizada adiante, tendo em vista a relevância do assunto para o tema desta dissertação. A responsabilidade por fato do animal, todavia, por não apresentar afinidade com o corte epistemológico do presente trabalho, não será revisitada.

3.4.2. Nexó de Causalidade

O nexó de causalidade é o elemento imaterial da responsabilidade civil. Seria uma relação de causa e efeito entre a conduta e o dano (sendo a conduta compreendida como causa necessária para o prejuízo).

Existem seis teorias a respeito do nexó de causalidade, divididas, basicamente, em três grupos, dos quais o primeiro é descartado e há grande discussão em relação aos outros dois.

A Teoria *Sine Qua Non* defende que todos os fatos, direta ou indiretamente, geram responsabilidade civil. Referida teoria não foi adotada pelo ordenamento por ampliar,

¹⁰¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

em demasia, o nexo causal, isto é, não estabelece qualquer limite razoável para incidência do nexo de causalidade.

A segunda teoria é chamada de “Teoria do Dano Direto e Imediato”, adotada pelo Código Civil no artigo 403¹⁰². Por esta teoria, são considerados reparáveis os danos que diretamente resultem da conduta do agente¹⁰³, admitindo-se excludentes de nexo¹⁰⁴.

Não são raros os julgados que fazem remissão expressa a esta teoria:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FALÊNCIA DE EMPRESA. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA EM FACE DO SEBRAE. ELABORAÇÃO DE PROJETO DE VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. NÃO CONFIGURAÇÃO CAUSA DIRETA, IMEDIATA E NECESSÁRIA DA INSOLVÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A recorrida sustenta que o não cumprimento de contrato firmado pelo SEBRAE, para elaboração de projeto de viabilidade econômico-financeira, ensejando também obtenção de empréstimo junto a instituição financeira, constituiu a causa de insolvência da empresa, acarretando-lhe a falência e gerando a responsabilidade civil daquela entidade.

2. Não se divisa ofensa aos arts. 130, 131, 125, 126, 436, 458 e 535 do CPC, quando o acórdão, ao rechaçar de forma explícita as teses do recorrente, aprecia a demanda de maneira fundamentada, enfrentando todas as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas, não estando adstrito às teses jurídicas apresentadas pelas partes.

(...)

5. Somente rende ensejo à responsabilidade civil o nexo causal demonstrado segundo os parâmetros jurídicos adotados pelo ordenamento, vigorando no direito civil pátrio, sob a vertente da necessidade, a "teoria do dano direto e imediato", também conhecida como "teoria do nexo causal direto e imediato" ou "teoria da interrupção do nexo causal". Todavia, no caso concreto, não se vislumbra a configuração do nexo de causalidade entre o alegado erro na elaboração do projeto de viabilidade econômico financeira pelo SEBRAE-MT e os danos advindos com a falência da empresa.

(...).

13. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1154737/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 07/02/2011)¹⁰⁵ – Grifo nosso.

¹⁰² BRASIL. Código Civil. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25. Set. 2014.

¹⁰³ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Curso de Direito Civil – *Responsabilidade Civil*, 4ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2006.

¹⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexo de causalidade*, in Temas de direito civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.63/82.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1154737/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 07/02/2011. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22Teoria+do+Dano+Direto+e+Imediato%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 06.Out.2014.

PROCESSUAL CIVIL. 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 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).

2."Ora, em nosso sistema, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil [art. 403 do CC/2002], a teoria adotada quanto ao nexo causal é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo 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., nº 226, p. 370, Editora Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa" (STF, RE 130.764, 1ª Turma, DJ de 07.08.92, Min. Moreira Alves). (...)

Grifo nosso.

Por fim, há a denominada "Teoria da Causalidade Adequada", adotada nos artigos 944 e 945 do Código Civil¹⁰⁶. De acordo com o mencionado entendimento¹⁰⁷, a responsabilidade civil deve ser adaptada ou adequada às condutas dos envolvidos - contribuição causal¹⁰⁸.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - INDENIZAÇÃO POR DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS PLEITEADA PELA VÍTIMA PRINCIPAL, SEUS IRMÃOS E PAIS (vítimas por ricochete) - CRIANÇA QUE, APÓS ASSISTIR PROGRAMA DE TELEVISÃO, NOTADAMENTE UM NÚMERO DE MÁGICA, REPRODUZINDO-O EM SUA RESIDÊNCIA, ATEIA FOGO AO CORPO DE SEU IRMÃO MAIS NOVO, CAUSANDO-LHE GRAVES QUEIMADURAS - RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMISSORA DE TELEVISÃO CORRETAMENTE AFASTADA PELA CORTE DE ORIGEM, TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE, EXAMINADO À LUZ DA TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. INSURGÊNCIA RECURSAL DOS AUTORES.

(...)

¹⁰⁶ BRASIL. Código Civil. 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, eqüitativamente, a indenização. Art. 945. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25. Set. 2014.

¹⁰⁷ BRASIL. Enunciado 47, Jornada de Direito Civil. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em 01. Out. 2014.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7ª ed. São Paulo: Atlas. P. 221.

4. À aferição do nexo de causalidade, à luz do ordenamento jurídico brasileiro (artigo 1.060 do Código Civil de 1916 e artigo 403 do Código Civil de 2002), destacam-se os desenvolvimentos doutrinários atinentes à teoria da causalidade adequada e àquela do dano direto e imediato. Considera-se, assim, existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e/ou adequado de determinada causa.

(...)

5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

(REsp 1067332/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 05/05/2014)¹⁰⁹ – Grifo nosso.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRESCRIÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. FUGA DE PACIENTE MENOR DE ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. AGRAVAMENTO DA DOENÇA. MORTE SUBSEQUENTE. NEXO DE CAUSALIDADE. CONCORRÊNCIA DE CULPAS. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. Aplica-se o prazo prescricional de natureza pessoal de que trata o art. 177 do Código Civil de 1916 (vinte anos), em harmonia com o disposto no art. 2.028 do Código Civil de 2002, ficando afastada a regra trienal do art. 206, § 3º, V, do CC/2002.

3. Na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403).

4. As circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias levaram a que concluíssem que a causa direta e determinante do falecimento do menor fora a omissão do hospital em impedir a evasão do paciente menor, enquanto se encontrava sob sua guarda para tratamento de doença que poderia levar à morte.

(...)

7. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1307032/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013)¹¹⁰ – Grifo nosso.

Existem, ainda, fatores que obstam o nexo de causalidade, conhecidos como “excludentes de nexo”, incidentes na responsabilidade subjetiva e na objetiva. Seriam considerados excludentes de nexo, portanto, a culpa ou fato exclusivo da vítima, a culpa ou fato exclusivo de terceiro e o caso fortuito e força maior (art. 393, CC/02).

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1067332/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 05/05/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Teoria+do+Dano+Direto+e+Imediato&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1> Acesso em: 06.Out.2014.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1307032/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Teoria+do+Dano+Direto+e+Imediato&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC2>. Acesso em: 06.Out.2014.

Sobre o último elemento, relevante destacar o entendimento de Pontes de Miranda, para quem os conceitos seriam sinônimos, no sentido de configurar, ambos, eventos não previstos pelas partes. Arnaldo Wald, acompanha este entendimento¹¹¹.

Essas são as exatas palavras de Pontes de Miranda:

A distinção entre força maior e caso fortuito só teria de ser feita, só seria importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes. Então, ter-se-ia de definir força maior e caso fortuito, conforme a comodidade da exposição. Não ocorrendo tal necessidade, é escusado estarem os juristas a atribuir significados que não tem base histórica, nem segurança em doutrina. Lamentável é que, em vez de se fixarem conceitos, se perca tempo em critério de sabor pessoal dos escritores¹¹².

Para Orlando Gomes¹¹³, porém, o caso fortuito seria o evento totalmente imprevisível, ao passo que seria considerada força maior o evento previsível, mas inevitável. Como se percebe, não existe unanimidade doutrinária ou jurisprudencial quanto à conceituação de caso fortuito e força maior, sendo o referido entendimento defendido, ainda, por Sérgio Cavalieri¹¹⁴ e Flávio Tartuce¹¹⁵.

Independentemente do conceito adotado, doutrina e jurisprudência têm associado o caso fortuito e a força maior ao risco do negócio/empreendimento, dividindo os eventos em internos e externos, defendendo que somente os eventos externos (fora do risco do negócio) seriam caso fortuito ou força maior¹¹⁶.

No mesmo sentido, vem entendendo a jurisprudência, por exemplo, que o assalto a ônibus seria um evento externo, não respondendo a empresa pelos danos causados¹¹⁷ (Havia divergência no STJ até 2005, mas foi consolidado - Resp.

¹¹¹ WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro. Obrigações e Contratos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 141.

¹¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino. Tratado de Direito Privado. Tomo XXIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958 p. 79

¹¹³ GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 176.

¹¹⁴ CAVALIERI, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 84

¹¹⁵ TARTUCE, Flávio. O Inadimplemento absoluto e a mora no Código Civil de 2002. Disponível em < www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_mora.doc > . Acesso em: 20. ago. 2014.

¹¹⁶ BRASIL. Enunciado 443. Jornada de Direito Civil. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 02. Out. 2014.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 435.865/RJ. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

435.865/RJ). Por outro lado, de acordo com o Resp. 694.153/PE¹¹⁸, o assalto a banco seria considerado um evento interno¹¹⁹, respondendo, portanto, a instituição bancária, assim como um assalto a *shopping*¹²⁰.

É importante observar, porém, que, no que concerne ao evento ocorrido no *shopping*, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do caso de Matheus da Costa Meira, que um ataque de psicopata ocorrido em suas dependências seria considerado um evento externo, razão pela qual não responderia a empresa, por estar fora do risco do negócio¹²¹.

3.4.3. O papel da Culpa

O presente tópico tem por objetivo demonstrar que a ideia psicológica clássica da culpa, que embasava a ressarcibilidade do dano em razão da desaprovação do comportamento ensejador do dano, demonstrou não se coadunar com a elevação do número quotidiano de acidentes proveniente do aumento de complexidade social e industrialização.

Com efeito, consoante restará demonstrado, a impossibilidade, em muitos casos, daquele que sofreu o dano em comprovar a culpa do responsável, ensejando o que acabou por ser denominado de “prova diabólica” - bem como o fato de estes danos “anônimos” serem, de certa forma, previsíveis, em virtude da natureza das atividades - determinou o recurso a critérios diversos de responsabilização, que não apenas a culpa, como ocorria tradicionalmente.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 694.153/PE. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 479*. As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. Inclui: clonagem, fraude pela internet, entre outros - são considerados fortuitos internos e entram no risco do empreendimento. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 582.047/RS. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.164.889/SP. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

Em virtude deste panorama, multiplicaram-se as possibilidades de responsabilização em virtude da assunção do risco pelo agente e de outras formas de responsabilidade objetiva, prescindindo-se do elemento culpa em muitas situações.

É o que pretende-se demonstrar de maneira pormenorizada a seguir.

3.4.3.1. Conceito

A culpa é considerada um dos pressupostos da responsabilidade subjetiva. Anderson Schreiber a considera, por esta razão, “a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade”¹²².

A despeito da sua importância, o legislador pátrio, tanto o do início do Século XX, quanto o do início do Século XXI, durante o processo de elaboração do Código Civil, optou por não apresentar qualquer conceito para a culpa, passando esta responsabilidade para os doutrinadores¹²³, conforme já destacado.

Há, porém, certo dissenso doutrinário acerca do tema¹²⁴, sendo possível encontrar quem enquadre a culpa como uma violação de um dever legal ou contratual preexistente, e quem a enxergue como um erro de conduta.

A primeira vertente, chamada de “concepção subjetiva ou psicológica da culpa” e considerada uma visão clássica do tema, compreendendo a culpa como uma violação intencional ou por negligência de um dever legal ou contratual preexistente. Há, por evidência, um juízo moral de condenação da conduta, sendo analisado o comportamento psicológico do sujeito.

Referida compreensão teria a vantagem de garantir um conceito unitário de culpa, aplicável no âmbito da responsabilidade civil contratual e em sede de responsabilidade civil aquiliana, ou extracontratual. Porém, como observa Anderson

¹²² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 12.

¹²³ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. v.II. São Paulo: Max Limonad, 1951, p.576.

¹²⁴ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de direito civil*. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa). São Paulo: Max Limonad, 1957, p.576-584.

Schreiber, esta forma de interpretação, garantindo um caráter moral à noção de culpabilidade, acabou por influenciar em demasia a construção do atual sistema de Responsabilidade Civil, dando origem a diversos obstáculos para a reparação dos danos¹²⁵.

Justamente em contraponto a esta teoria clássica, agrupam-se os autores que enxergam na culpa um erro de conduta, tendo por parâmetros a boa-fé e a diligência média, isto é, seria a culpa a “ação ou omissão que não teria sido praticada por pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias”¹²⁶.

Conforme esclarece Clóvis Couto e Silva:

Le fondément du concept objectif de la faute c'est la possibilité que l'on a de prévoir la possibilité d'un dommage et d'accomplir les devoirs nécessaires à l'éviter.

Tradução livre: O fundamento da concepção objetiva da culpa é a possibilidade que se tem de prever a possibilidade de um dano e de desempenhar os deveres necessários para evitá-lo¹²⁷.

Leonardo Vieira Santos, partilhando da mesma ideia, defende que a culpa poderia ser compreendida como “o erro de conduta do indivíduo que não se comporta da maneira normalmente esperada para evitar danos a terceiros, independentemente da efetiva materialização destes danos”¹²⁸.

Caio Mário da Silva Pereira¹²⁹, no mesmo sentido, defende que:

Diante desta floresta de definições, que mais extensa fora, quanto mais longe levasse a pesquisa, pode-se conceituar a culpa como um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo.

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

¹²⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.210.

¹²⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. 1998, p. 79.

¹²⁸ SANTOS, Leonardo Vieira. *Responsabilidade Civil e a questão da Culpa no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008.

¹²⁹ PEREIRA, Caio da Silva. *Responsabilidade civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.69.

Referida noção, chamada de “normativa ou objetiva”, acaba por afastar a necessidade de demonstração do dever jurídico preexistente que haveria sido violado. Por outro lado, encontra dificuldade em estabelecer, casuisticamente, qual teria sido o “padrão de conduta” a ser observado pelo agente¹³⁰.

Observa-se, portanto, que, inicialmente, a culpa era enxergada, tão somente, como uma atuação que colidia com determinados direitos, por ser negligente, imprudente, imperita ou dolosa, ensejando danos ao destinatário da ação. Modernamente, porém, referida conceituação foi sendo abandonada, dando origem a um conceito de culpa que leva em consideração um standard de diligência provável¹³¹, pautado na razoabilidade, no que difere esta concepção, denominada ‘normativa’ ou ‘objetiva’ da primeira, considerada ‘psicológica’ da culpa¹³².

Os fatores que levaram a esta evolução da noção de culpa encontram-se esclarecidos no tópico seguinte.

3.4.3.2. A Crise da Teoria Clássica da Culpa e a Emergência da Responsabilidade Civil Objetiva

Conforme já destacado, o instituto da responsabilidade civil costumava ser aplicado, tradicionalmente, por meio da sua vertente reparatória-repressiva, focalizada na lógica de que o causador do dano haveria de repará-lo. Vigia a premissa, então, de que não haveria que se falar em responsabilidade sem culpa, o que atendia, precipuamente, ao objetivo de se penalizar o responsável pelo ato danoso.

Giselda Hironaka contextualiza esta realidade histórica, esclarecendo que:

A ideia de culpa aparece como princípio fundamental da ideia de responsabilidade, e a cidadania envolve, no ideário da Revolução Francesa

¹³⁰ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.11.

¹³¹ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. . *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

¹³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 861.

e dos sistemas jurídicos que nela se inspiram, o dever moral de garantir a preservação desses bens. A própria liberdade humana – esta concepção eminentemente ético-política da modernidade – se torna um princípio destacado, a partir do início do século XIX, e abandona de certa forma o terreno da política e do direito para ser concebido especialmente por certos padrões morais. Como resultado, **a concepção da responsabilidade civil envolve, nesse passo, a idéia de um dever pessoal de cada particular com cada particular, de forma que justa é a sociedade na qual não se deixam prosperar os danos causados seja à honra, seja à propriedade. Urge que se garanta a reparação dos danos e a fonte para a determinação de quem vai responder por essa reparação; é a idéia de culpa**¹³³.

Nesta época, portanto, o ato do agente não merecia relevância a reparação se não fosse culposo, lógica que fundamentou o regime da responsabilidade civil subjetiva¹³⁴ e da teoria da culpa¹³⁵.

Por meio desta teoria, o dano haveria de ser decorrente de uma imprudência, negligência ou imperícia cometida por um indivíduo em detrimento a outrem, de maneira que, não sendo possível atribuir a alguém a causa, o prejuízo seria tido como “obra do destino”, irressarsível, portanto¹³⁶. Daí se percebe que a essência da culpa repousava sobre a avaliação moral da conduta do agente¹³⁷, não havendo proteção, reitere-se, se o comportamento ensejador do dano não fosse culposo.

Ocorre que, pouco a pouco, o papel da culpa foi sofrendo alterações, evoluindo de uma condenação de cunho fortemente moral para uma noção de culpa normativa¹³⁸, baseada na lógica de que o indivíduo tem a obrigação de observar determinados deveres de conduta, tendo por referencial a postura que seria adotada pelo chamado “homem médio”, como destaca Anderson Schreiber:

A culpa normativa, também denominada culpa objetiva, é entendida como o erro de conduta, apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com

¹³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 87.

¹³⁴ G. ALPA e M. BESSONE. *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: Utet, 1987, p. 48.

¹³⁵ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1957, n.º 423 e 438.

¹³⁶ GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Ástrea, 1997, p. 108 e ss.

¹³⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.

¹³⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. 1998, p. 79.

um modelo geral de comportamento. A apreciação em abstrato do comportamento do agente, imune aos aspectos anímicos do sujeito, justifica a expressão culpa objetiva, sem confundi-la com a responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa¹³⁹.

Esta nova forma de enxergar a culpa passou a levar em consideração um certo padrão de “normalidade”, tendo por pressuposto o fato de que o agente causador do dano poderia ter optado, no caso concreto, por outra conduta, que não causaria qualquer prejuízo à vítima. Trata-se, então, de uma comparação entre o comportamento efetivamente tomado no caso em análise e aquele que seria esperado, de acordo com o “padrão” socialmente aceito, em abstrato.

Todavia, conforme destaca Giselda Hironaka, admitir a responsabilidade civil como uma ideia de normalidade com base em padrões de comportamentos socialmente aceitos acaba por ser um problema nas situações em que, objetivamente, este “bom senso coletivo” represente, em verdade, mais utópico do que real.

Ademais, para a autora, “não parece bom parâmetro este que visa considerar o costume como a manifestação ou como a medida do bom senso coletivo, porque há costumes que traduzem, claramente, a prática da violência”, arrematando, por fim, que “a interferência moralista na concepção jurídica da responsabilidade apresenta um certo irracionalismo, diga-se assim, que se não prejudica a eficácia jurídica do instituto em sua formulação contemporânea, certamente pode revelar-se um problema, em termos éticos”¹⁴⁰.

Evidente, portanto, que a evolução do conceito de culpa, alterando um viés eminentemente moral para uma ideia de normalidade, também se mostrou descompasada com a realidade social, de maneira que esta forma de enxergar a obrigação reparatória, relacionada, precipuamente, à reprovação da conduta, pouco a pouco foi sendo ultrapassada, passando a ter relevância, cada vez mais, a injustiça do dano em si, em detrimento à injustiça do ato danoso, acontecendo o que Adela Seguí denomina de “notável evolução de uma ‘dívida de responsabilidade’

¹³⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁴⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 88.

para um ‘crédito de indenização’¹⁴¹.

Com efeito, conforme já destacado neste estudo, as modificações do contexto socioeconômico e a dificuldade de as vítimas conseguirem comprovar os danos sofridos¹⁴² influenciaram a chamada “crise” da teoria clássica da culpa como principal fundamento da responsabilidade civil.

Isto porque o avanço tecnológico experimentado pela sociedade, ao facilitar o acesso aos bens de consumo pela população, acabou por aumentar as chances de eventos prejudiciais acontecerem, ensejando, por conseguinte, novas possibilidades de danos ressarcíveis em sede de responsabilidade civil. Ademais, em muitos destes casos novos, verificou-se o que se convencionou denominar “prova diabólica”¹⁴³, entendida como aquela cujo interesse na produção pertence, a princípio, a um indivíduo que não possui quaisquer condições de produzi-la.

Em outros termos, significa afirmar que na sociedade surgiram novas formas de acidentes, mais graves e em maior escala que outrora. Além disso, as vítimas, em regra, não tinham condições de produzir a prova do elemento culpa, notadamente em virtude da sua hipossuficiência econômica e da complexidade técnica de produção dessa prova¹⁴⁴, principalmente porque, na maioria dos casos, não era possível identificar sequer o autor da conduta originária do dano¹⁴⁵.

Estes e outros acontecimentos foram tornando impossível a utilização da culpa como fundamento exclusivo a caracterização da responsabilidade civil nos casos concretos.

¹⁴¹ SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. Revista de Direito do Consumido r. Vol. 52, out.-dez., 2004, p. 273-274.

¹⁴² VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. . *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

¹⁴³ TOLOMEI, Carlos Young. *A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPELINO, Gustavo (coord.), 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 360.

¹⁴⁴ VINEY, Geneviève. *As tendências atuais do direito da responsabilidade civil*. Tradução de Paulo Cezar de Mello, in *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro*, organizador TEPELINO, Gustavo, São Paulo, Atlas, 2008, p. 42-56.

¹⁴⁵ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 05.

Neste cenário, uma nova teoria passou a ser defendida, levando em consideração, precipuamente, o risco inerente a determinadas atividades humanas, no que se refere à produção de danos (por isso mesmo chamada de “teoria do risco”)¹⁴⁶.

Sobre esta teoria, interessantes as lições de Adela Seguí, ao esclarecer:

El proceso comenzó en Francia a partir del pensamiento de Saleilles y Josserand, quienes ‘descubrieron’ un nuevo sentido a unas palabras del art. 1384 francés que establecía la responsabilidad ‘por el hecho de las cosas’. La idea de la teoría consiste básicamente en que quien introduce en la sociedad algo que tiene aptitud para provocar un perjuicio, es el que debe soportarlo cuando este se produce.

Tradução livre: O processo começou na França a partir do pensamento de Saleilles e Josserand, que ‘descobriram’ um novo sentido para algumas palavras do art. 1384 francês que estabelecia a responsabilidade ‘pelo fato das coisas’. A ideia da teoria consiste basicamente em que quem introduz na sociedade algo que tem aptidão para provocar um prejuízo, é o que deve suportá-lo quando este se produz¹⁴⁷.

Assim foi se desenvolvendo a responsabilidade civil objetiva, consolidando a possibilidade de a obrigação de reparar o dano prescindir da culpa, indicando uma responsabilidade civil diferenciada, com mais rigor em relação àqueles considerados violadores da norma e com mais comprometimento com a situação das vítimas.

De fato, é fácil perceber que a lógica da responsabilidade civil objetiva, fundamentada na teoria do risco, preocupa-se mais em reparar o prejuízo do ofendido e menos em julgar o comportamento do ofensor, passando a ter relevância, portanto, a comprovação do evento danoso ocorrido em virtude dos riscos de determinada atividade, e não a comprovação de culpa do agente.

Foi ganhando força, então, a responsabilização civil objetiva, pautada na teoria do risco, sob diversas formas de manifestação (risco proveito, risco criado, risco profissional)¹⁴⁸, admitindo-se, inclusive, em situações específicas, o surgimento do

¹⁴⁶ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. . *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

¹⁴⁷ SEGUÍ, Adela M. *Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 52, p. 267, Out / 2004, p.276.

¹⁴⁸ ANGELIN, Karinne A., *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

dever de indenizar independentemente de culpa¹⁴⁹.

Este foi, sem dúvidas, um marco para o Direito Civil, especialmente porque, no ordenamento jurídico brasileiro, o código civil de 1916 trazia a culpa como fundamento do dever de indenizar, indicando a escolha pela teoria subjetiva da responsabilidade civil. À época, sendo a culpa a regra geral, a responsabilidade objetiva era aplicada apenas em situações muito específicas, quando a teoria tradicional revelava-se insuficiente.

Era o caso, por exemplo, do Decreto Legislativo n.º 2.681, de 07 de dezembro de 1912, indicado como o primeiro caso de responsabilidade civil fundada na teoria do risco.

De acordo com o art. 26 do diploma, a empresa ferroviária seria responsável por todo e qualquer prejuízo que a exploração de suas linhas viesse a causar aos proprietários marginais, desde que comprovado o nexo de causalidade entre a exploração da linha e o evento danoso causado, independentemente de culpa.

Anos depois, a Constituição Federal de 1988, acompanhando este avanço, previu em seu artigo 37, §6º, que “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”, demonstrando a opção pela responsabilidade objetiva.

Todavia, foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) que a responsabilidade civil objetiva se consolidou definitivamente no Brasil.

Com efeito, o CDC chegou com o nítido objetivo de viabilizar uma proteção mais efetiva dos interesses dos consumidores, restabelecendo a paridade entre os envolvidos nas relações de consumo. Para que pudesse, então, atingir o seu

¹⁴⁹ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 05.

escopo, a estratégia foi implantar a objetivação da responsabilidade dos fornecedores e afastar o conceito de culpa, superando o desequilíbrio implementado pelo ideário liberal individualista, inquestionavelmente hostil aos consumidores, e buscando o efetivo e rápido ressarcimentos das vítimas.

Posteriormente, o Código Civil de 2002, acompanhando as modificações destacadas, trouxe a implementação de “um modelo aberto, e axiologicamente orientado pelo respeito à pessoa, ‘valor-fonte’ do ordenamento, e por princípios dotados de elevada densidade ética, que visam tutelar aspectos atinentes a esse “valor-fonte”¹⁵⁰.

Por evidente, o atual código ainda traz a culpa como elemento da responsabilidade, dispondo que, no que concerne ao grau, a culpa pode ser considerada “lata”, compreendida como a culpa grave, que gera como consequência a reparação integral dos danos (art. 944, caput); “culpa leve”, entendida como a culpa média; e, por fim, a “culpa levíssima”, cujo grau é o menor possível. No entanto, em virtude de toda a evolução narrada, o fundamento da culpa deixou de ser a principal justificativa da obrigação de indenizar, aliando-se, então, ao fundamento do risco (artigos 927, par. único, 931 e 933 do Código Civil)¹⁵¹.

O principal objetivo, portanto, passou a ser a proteção da vítima, circunstância que esclarece a razão pela qual Adela Seguí afirma que, atualmente, aquele que sofreu o dano acaba sendo considerado titular de um “crédito de indenização”, decorrente da “injustiça do dano”¹⁵².

É importante ponderar, porém, que, malgrado a sua insuficiência como fundamento exclusivo da responsabilidade seja inquestionável, é certo que o papel da culpa na teoria da responsabilidade civil mantém-se, em muitos casos, de extrema importância, atuando não mais como fundamento único do dever de reparação, mas

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 74.

¹⁵¹ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

¹⁵² SEGUÍ, Adela M. Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 52, p. 267, Out/2004, p. 277.

como uma de suas fontes¹⁵³, pois, como bem ressalta Giselda Hironaka, “não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro¹⁵⁴”.

Isto significa afirmar que a mudança ora tratada consistiu, em verdade, em um enfraquecimento, e não pleno perecimento, da ideia de reparação como “punição”, centralizando a análise para aquele que sofreu o dano, e não para o seu agente. Em outros termos: como o fundamento clássico da culpa deixou de ser suficiente, outros elementos passaram a concorrer para que a reparação efetivamente ocorra nos casos concretos, “daí o surto das noções de assistência, de previdência e de garantia, como bases complementares da obrigação de reparar: o sistema da culpa, nitidamente individualista, evoluiu para o sistema solidarista da reparação do dano”¹⁵⁵ circunstância que levou a doutrina civilista atual a enxergar a responsabilidade civil como um verdadeiro “Direito de Danos¹⁵⁶”, tema objeto do tópico seguinte e, de forma mais específica, do capítulo 05 do presente estudo.

3.4.4. Dano ou Prejuízo Indenizável

Conforme adiantado no tópico anterior, o instituto da responsabilidade civil foi passando, ao longo dos anos, por profundas transformações em sua estrutura, de maneira que a a figura do dano passou a desempenhar um papel de centralidade, voltando-se, precipuamente, para a reparação integral das vítimas.

Esta realidade fez com que se tornasse possível falar na existência de duas grandes modalidades de danos reparáveis: os chamados “danos clássicos”, divididos entre danos materiais e danos morais, e os danos considerados “novos ou

¹⁵³ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. . *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

¹⁵⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 811.

¹⁵⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23-24.

¹⁵⁶ ALTERINI, Señalaba Atilio A. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987

contemporâneos”, abarcando os chamados danos estéticos, danos morais coletivos, danos sociais ou difusos, dentre outros¹⁵⁷.

Para que seja possível compreender, então, de que maneira o dano alcançou o status de elemento primordial da responsabilidade civil, este elemento será tratado, por razões didáticas, de forma apartada adiante.

¹⁵⁷ Conforme será explicado no Capítulo 05 (cinco) do presente estudo.

4. A TIPOLOGIA TRADICIONAL DO DANO

A indenização a título de responsabilidade civil, em virtude da maneira pela qual o sistema foi construído (fundamentado no binômio dano – reparação), conforme amplamente analisado neste estudo, encontrava sustentação, tradicionalmente, na necessidade de se reagir em face de um dano que atingisse a esfera individual e exclusivamente patrimonial do indivíduo.

Todavia, contemporaneamente, as ideias de patrimonialidade do dano e ressarcimento pelo equivalente pecuniário foram superadas, notadamente porque a própria concepção do dano, pouco a pouco, foi passando por consideráveis evoluções, em virtude da necessidade de proteção dos valores essenciais dos indivíduos, tema amplamente abordado neste estudo.

Assim, para além da adequada proteção das relações jurídicas patrimoniais, com o passar dos anos vislumbrou-se a importância – necessidade, em verdade – de salvaguardar o indivíduo propriamente, notadamente no que concerne às condições essenciais para o seu desenvolvimento individual e social, especialmente nos direitos da personalidade, nos direitos difusos e coletivos.

Diante desta perspectiva, os itens subsequentes pretendem analisar toda a tipologia tradicional do elemento dano, com especial enfoque aos danos emergentes e lucros cessantes, a fim de demonstrar que, historicamente, a relação imediata da responsabilidade civil possuía cunho exclusivamente patrimonial.

Destacados os pontos mais relevantes deste cenário, serão especificados aspectos relativos à trajetória que levou ao reconhecimento do dano moral, até o advento da Constituição Cidadã de 1988, que colocou, de forma definitiva, um fim na teoria da irreparabilidade do dano extrapatrimonial e inaugurou, inclusive, o que poderia ser compreendido como uma fase de extensa - e desenfreada - proliferação de danos ressarcíveis.

4.1. O PARADIGMA PATRIMONIALISTA DA PESSOA HUMANA: *DAMNUM EMERGENS* (DANO EMERGENTE) E *LUCRUM CESSANS* (LUCRO CESSANTE)

Conforme adiantado no tópico anterior, toda a lógica ressarcitória do instituto da responsabilidade civil no Brasil fora idealizada, a princípio, especialmente sob um viés exclusivamente patrimonialista.

Isto porque o código Civil de 1916 foi elaborado com fundamento nas ideias propugnadas pela revolução francesa, que, conforme destacado no capítulo segundo deste trabalho, defendia uma tutela jurídica patrimonialista e individualista, justificada, à época, pela necessidade de se acabar com os privilégios feudais e satisfazer os anseios da classe burguesa em ascensão, cujo objetivo primordial era promover a circulação de riquezas sem quaisquer impedimentos estatais¹⁵⁸.

O Código de Beviláqua teria sido, nas palavras de Fachin:

Perfeito anfitrião ao acondicionar um retumbante silêncio sobre a vida e sobre o mundo; nele somente se especulou sobre os que têm e julgou-se o equilíbrio do patrimônio de quem se pôs, por força dessa titularidade material, numa relação reduzida a um conceito discutível de esfera jurídica¹⁵⁹.

Infere-se, portanto, que a ideia vigente era a de que sujeito de direito seria o indivíduo capaz de ser “sujeito de patrimônio”, recebendo o Código a denominação “de o ‘Estatuto Privado do Patrimônio’, exatamente porque se colocava como a constituição do homem privado titular de determinados bens materiais”¹⁶⁰.

Convém prosseguir o estudo, então, pela definição do que seria dano patrimonial. O dano material (ou patrimonial) é, pois, aquele que afeta determinado interesse relativo aos bens econômico da vítima, podendo ser mensurado financeiramente e indenizado.

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁵⁹ FACHIN, Luiz Edson. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil*. *Revistas de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, p. 99-107, ago., 1995.

¹⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 298.

Referidos danos são concebidos em duas modalidades: os danos emergentes, considerados positivos - compreendem aquilo que a pessoa efetivamente perdeu -, e os lucros cessantes, abarcando os danos negativos - ou seja, o que o indivíduo razoavelmente deixou de ganhar -, de forma justificada.

Em linhas gerais, entende-se por dano emergente o prejuízo que acarreta diminuição da fortuna do indivíduo, isto é, levando-se em consideração o que a vítima efetivamente perdera em virtude do fato danoso.

Na legislação brasileira, os danos emergentes e os lucros cessantes, designados pela expressão perdas e danos, são conceituados, respectivamente, como aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que razoavelmente se deixou de lucrar, destacando o CC/02, em seu art. 402, *in verbis*: “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”.

Da mesma forma, o art. 1.059, caput, do Código Civil de 1916, dispunha: “Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Interessante observar que, por “aquilo que efetivamente se perdeu” entende-se a diminuição do ativo ou o aumento do passivo patrimonial. Com efeito, considerando que o enriquecimento é a elevação de uma posição jurídica ativa ou a diminuição de uma posição jurídica passiva, o dano emergente seria, justamente, o aumento de uma posição jurídica passiva ou a diminuição de uma posição jurídica ativa¹⁶¹.

Diferentemente dos danos emergentes, portanto, que refletem o prejuízo que acarreta diminuição da fortuna do indivíduo, o lucro cessante retrata o montante que o lesado deixara de auferir em virtude do fato em análise, ou seja, consubstancia uma frustração do lucro futuro¹⁶².

¹⁶¹ ANGELIN, Karinne A., *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

¹⁶² TARTUCE, Flávio. *Direito civil – Direito das Obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo:

Os lucros cessantes, por óbvio, refletem o afastamento de uma vantagem efetivamente esperada ou a imposição de uma perda que razoavelmente poderia ter sido evitada, não se admitindo o entabulamento de dados imaginários. A probabilidade posta em análise deve ser objetiva, proveniente do desenvolvimento regular dos acontecimentos e relacionadas às peculiaridades do caso concreto¹⁶³.

Assim, por exemplo, na hipótese de homicídio, o art. 948, II, do Código Civil de 2002, trata dos chamados “alimentos indenizatórios ou ressarcitórios”, devidos aos dependentes do falecido. Referido montante – a título de lucros cessantes - é fixado com base nos rendimentos do *de cujus* e sua vida provável, sem necessidade de elucubrações neste sentido¹⁶⁴.

Os lucros cessantes, portanto, como sintetizam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, devem ser cabalmente comprovados, afastando, assim, pretensões de litigantes inescrupulosos, que almejem o recebimento de quantias a que não fazem jus.

Nas palavras dos mencionados doutrinadores:

Claro está que o dano emergente e os lucros cessantes devem ser devidamente comprovados na ação indenizatória ajuizada contra o agente causador do dano, sendo de bom alvitre exortar os magistrados a impedirem que vítimas menos escrupulosas, incentivadoras da famigerada ‘indústria da indenização’, tenham êxito em pleitos absurdos, sem base real, formulados com o nítido propósito, não de buscar ressarcimento, mas de obter lucro abusivo e escorchante¹⁶⁵.

Como se depreende, os danos materiais, consubstanciados nos danos emergentes

Método, 2010.

¹⁶³ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

¹⁶⁴ Neste sentido, cumpre assinalar que o entendimento acerca do que seria “vida saudável” sofreu mutações, não se fixando, como outrora, no parâmetro de expectativa de vida médio de 65 (sessenta e cinco) anos. Atualmente, os lucros cessantes são calculados em uma possível longevidade de 74 (setenta e quatro) anos. Ademais, o valor atribuído, de responsabilidade do causador do dano, não se confunde com a indenização paga pelo INSS e, no que concerne a esta prestação, não cabe prisão por descumprimento, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias, especialmente o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça . Resp. 93.948/SP. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014).

¹⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

e nos lucros cessantes, encontram larga aceitação e incidência no ordenamento brasileiro desde a época do CC/16. O mesmo não se pode falar, todavia, acerca dos danos morais, cuja existência sequer era pacificamente admitida à época do Código de 1916, como se verifica no tópico seguinte.

4.2. A SAGA DO RECONHECIMENTO DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Conforme demonstrado, quando da vigência do Código Civil de 1916, o patrimônio possuía especial relevância social, ao passo que os direitos hoje considerados de personalidade eram deixados em segundo plano, sem, a princípio, qualquer proteção especial dispensada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Naquela época, o Decreto n. 2.681, de 7 de junho de 1912 (regulando a responsabilidade civil das estradas de ferro), já tratado neste estudo, revelava-se pouco convencional para o momento histórico, pois, além de adotar a responsabilidade objetiva, impunha o seguinte:

Art. 21. No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização **conveniente**¹⁶⁶.

O artigo em análise, ao trazer a possibilidade de concessão de indenização “conveniente”, em acréscimo àquela de cunho material, acabou por inserir a reparação do dano moral no ordenamento, ainda que de forma discreta e pouco esclarecida.

Quatro anos após a edição do mencionado decreto, o Código Civil de 1916 fora promulgado. Contrariando, porém, o que talvez fosse mais lógico e avançado, a problemática acerca da indenizabilidade do dano moral – em valores considerados “convenientes” pelo julgador – não ensejou maiores questionamentos, não havendo qualquer disposição expressa sobre a matéria no novo código.

¹⁶⁶ BRASIL. Decreto n. 2.681, de 7 de junho de 1912. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 10.10.2014.

Este silêncio legislativo do Código de 1916 acabou por gerar, então, dissensos doutrinários¹⁶⁷ sobre a possibilidade efetiva de indenização dos danos não relacionados diretamente ao patrimônio do indivíduo e, em caso positivo, se a reparação seria concedida de forma genérica ou apenas para hipóteses previamente entabuladas.

À época, os entendimentos divergiram inicialmente no sentido da aceitação, ou não, dos danos morais de forma genérica. Posteriormente, porém, o embate passou a ocorrer internamente, entre os próprios defensores da reparação, havendo quem entendesse que o Código Bevilácqua abrigava a indenização a título de danos morais e quem sustentasse que o diploma não a autorizava.

A doutrina de defesa da ressarcibilidade dos danos morais, à luz do Código Civil de 1916, era considerada majoritária¹⁶⁸, fundamentando-se, especialmente, no art. 76 do CC/16, que dispunha que tanto o interesse econômico como o moral davam ensejo à propositura de ação, revelando-se, portanto, para os que desta ideia partilhavam, de um dispositivo generalizante da aceitação do dano extrínseco ao patrimonial.

Yussef Said Cahali partilhava desta ideia – no sentido de interpretar o art. 76 retromencionado de forma mais abrangente -, entendimento acompanhado por Clovis Bevilácqua. Chegava o autor a afirmar, inclusive, que os demais dispositivos do diploma não seriam exceção à regra, mas, em verdade, teriam por objetivo disciplinar a maneira pela qual se daria a liquidação dos mais diversos danos, prestando-se a comprovar que, no CC/16, a reparabilidade do dano extrapatrimonial era plenamente admitida¹⁶⁹.

Referido entendimento, porém, não podia ser considerado absoluto, uma vez que muitos doutrinadores¹⁷⁰ atribuíam a esta norma caráter meramente processual.

¹⁶⁷ SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do dano moral*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1943, p. 101.

¹⁶⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 47-49.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ É possível indicar: Eduardo Espínola e Sá Pereira. PEREIRA, Sá. *Decisões e julgados*. In: SALAZAR, Alcino de Paula, *Reparação do Dano Moral*. Rio de Janeiro: borsoi, 1943.

Assim, em verdade, até a efetiva consolidação, em 1988, os danos morais passaram por extensa trajetória, notadamente porque, como esclarece Carlos Alberto Bittar¹⁷¹:

A tese da reparabilidade dos danos morais demandou longa evolução, tendo encontrado óbices diversos, traduzidos, em especial, na resistência de certa parte da doutrina, que nela identificava simples fórmula de atribuição de preço à dor, conhecida, na prática, como *pretium doloris*.

É certo que, no decorrer dos anos, o conceito de dano indenizável, à luz do CC/16, foi sendo flexibilizado, para abarcar também os prejuízos patrimoniais indiretos e outras formas de danos que evidenciavam, sob diversas tipificações, seu caráter moral¹⁷².

Todavia, no estudo da evolução sobre o tema, especial relevo merece o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei Federal n. 4.117, de 27 de agosto de 1962), que traçou requisitos para a ressarcibilidade dos danos morais. Referido diploma tinha por objetivo compensar os danos morais decorrentes de delitos contra a honra imputáveis aos meios de comunicação, trazendo parâmetros para a aplicação dos montantes das condenações e estipulando, inclusive, a possibilidade de majorção do *quantum*, em caso de reincidência ou caso o ilícito fosse praticado no interesse de grupos econômicos ou visando a objetivos antinacionais.

Também colaborou para a consolidação da matéria a promulgação da Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa), que, assim como o Código Brasileiro de Telecomunicações, estabeleceu indenizações tarifadas para as situações nela previstas.

Em virtude dos diplomas mencionados, bem como da própria evolução dos contornos culturais da sociedade, a jurisprudência foi se tornando mais condescendente com a ressarcibilidade do dano moral, até que a Constituição Federal de 1988¹⁷³, em seu art. 5º, incs. V e X, assegurou o direito de resposta e a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da honra da pessoa e alçou a nível

¹⁷¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 76.

¹⁷² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 52.

¹⁷³ Neste sentido, vido o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988.

constitucional os direitos extrapatrimoniais do indivíduo, eliminando todo e qualquer questionamento que pudesse vir a ser levantado acerca da indenizabilidade dos denominados danos morais em sentido amplo¹⁷⁴.

Sobre esta conquista, afirma Fernando Noronha:

A distinção entre danos à pessoa e a coisas deve ser considerada a mais importante classificação dos danos, porque nos mostra todos os prejuízos que são suscetíveis de gerar responsabilidade civil. **Esta classificação que separa danos à pessoa e a coisas não era feita nas análises tradicionais da responsabilidade civil.** Até tempos relativamente recentes, em que a preocupação fundamental do ordenamento jurídico era com a atividade econômica, os danos à pessoa humana, considerada em si mesma, não eram analisados. **Hoje, porém, em que se reconhece ao ser humano uma iminente dignidade, (...) em que as próprias constituições destacam a importância da tutela da pessoa** (assim, entre nós é princípio fundamental o Estado Democrático de Direito a proteção da dignidade da pessoa humana, como está expresso logo no art. 1º, III, da Constituição Federal), **assume especial relevo a tutela da integridade física, psíquica e moral da pessoa, com o conseqüente reconhecimento do direito à reparação por todos os danos resultantes de atos ou fatos que atentem contra ela.** Se a pessoa humana é um dos valores a tutelar pelo ordenamento jurídico, é plenamente justificado que se dê especial relevância aos danos pessoais¹⁷⁵.

Após a promulgação da Constituição de 1988, outros importantes diplomas surgiram para garantir o ressarcimento dos danos estritamente extrapatrimoniais, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990).

Finalmente, em janeiro de 2002, entrou em vigor o atual Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que, malgrado não tenha contribuído com relevantes inovações no que se refere à responsabilidade civil (já que a jurisprudência já vinha exercendo importantíssimo papel neste sentido), acabou por consolidar, de forma definitiva, a possibilidade de ressarcimento dos danos morais, culminando no que será esclarecido a seguir como a repersonalização do direito privado.

¹⁷⁴ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 110.

¹⁷⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v.1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 558.

4.3. DO INDIVIDUALISMO À REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Conforme se demonstrou no tópico anterior, a Constituição de 1988 representou verdadeiro marco teórico da responsabilização pelos danos imateriais, havendo, até então, tradicional apego ao positivismo jurídico, bem como total carência na CRFB/67 e no CC/16, nos quais inexistia, ao menos de forma expressa, a figura dos danos extrapatrimoniais.

Assim, a chamada “repersonalização do Direito Civil” culminou em uma transformação axiológica na tábua de valores até então vigentes na sociedade, possuindo como marco inicial a Constituição Cidadã de 1988, que incluiu em seus princípios a dignidade da pessoa humana e trouxe, de forma mais incisiva, o direito à indenização por danos morais.

Referida mutação axiológica teve como escopo inserir no Direito Privado uma natureza mais humanista, preconizando o respeito à pessoa humana e sua dignidade, e ensejando, por consequência, nítida preponderância dos direitos pessoais em detrimento aos patrimoniais.

Esclarecedor, neste sentido, o posicionamento de Carmem Lucia Silveira Ramos, para quem:

(...) a despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial do direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir, respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuir as riquezas com mais justiça¹⁷⁶.

Com efeito, a disposição genérica que fazia falta Código Civil anterior veio de forma expressa no CC/02, em seu art. 186, reproduzindo o antigo art. 159, corolário da indenização civil, mas com o acréscimo da expressão “exclusivamente moral”, consolidando na lei civil o que já havia sido, de forma inquestionavelmente acertada,

¹⁷⁶ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

consagrado pela Constituição Federal de 1988¹⁷⁷.

Estabelece o artigo supramencionado: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Além do art. 186, o novo CC/02 traz outra norma, ainda mais ampla, dispondo apenas sobre o dano causado a terceiro por ato ilícito (art. 927). A relevância do artigo surge, em verdade, no parágrafo único, que inaugura situações envolvendo a reparação independentemente de culpa, ao determinar:

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

Adiante, podem ser indicados os arts. 944 e 945¹⁷⁸, sem correspondência no Código de 1916, que trazem limites à reparação de danos, pontuando que o prejuízo deve ser indenizado levando-se em consideração a sua extensão, salvo nas situações em que houver considerável desproporção entre o grau de culpa e o dano, quando passa a ser dado ao juiz o poder de diminuir o valor da indenização.

Evidente, portanto, que, com o advento da repersonalização, os bens patrimoniais deixam de ostentar o *status* de primazia da tutela jurídica de outrora, passando a existir na condição de ferramentas a serviço das pessoas, individualmente consideradas, sendo neste aspecto que reside a nova deontologia jurídica, a qual, conforme esclarecido por Récio Cappelari, “deverá laborar prioritariamente a serviço

¹⁷⁷ ARAUJO, Vaneska Donato de. *A responsabilidade profissional e a reparação de danos*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28052012-143722/>>. Acesso em: 10. Jan. 2015.

¹⁷⁸ BRASIL. Código Civil 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.

Art. 945. 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.

da pessoa humana, e não mais do seu patrimônio, garantindo toda a amplitude dos direitos que consubstanciam a sua dignidade”¹⁷⁹.

Ao longo desta evolução, a forma de aplicação dos direitos do indivíduo também foi sofrendo alterações, de forma que os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil foram, pouco a pouco, mitigados, dando espaço a novos e, muitas vezes, assistemáticos critérios, não tendo sido o processo, em verdade, acompanhado de um amadurecimento teórico acerca do seu conteúdo.

Isto porque uma das mais relevantes consequências da referida ausência legislativa até a CRFB/88 foi a existência do que Récio Cappelari chama de “demanda reprimida de ações”, dando origem a possibilidades incontáveis de pleitos versando sobre danos extrapatrimoniais que restavam reprimidos diante da duradoura omissão legislativa.

Prossegue o autor, afirmando que:

Ao advento da legislação pertinente, seria mesmo curial o vertiginoso florescer de um grande número de demandas versando as referidas temáticas até então omissas ou mesmo vedadas por lei, consoante assim laborava a própria compreensão doutrinária a respeito da indenização por danos morais, mormente por que se reputava ser imoral perceber valores a título de adimplemento pela dor moralmente experimentada¹⁸⁰.

De fato, vislumbrou-se que, com o avançar dos anos e evolução da sociedade, o escopo do instituto da responsabilidade civil passou a ser o estabelecimento de parâmetros ou critérios hábeis a justificar a transferência a outrem do prejuízo sofrido por um indivíduo em virtude da lesão a um bem jurídico seu¹⁸¹.

Neste sentido, destaca-se que, justamente por ser de difícil apuração e quantificação, o dano à moral de um indivíduo é tema de grande estudo e inquietação da doutrina e da jurisprudência. Assim, em virtude da mencionada “demanda reprimida de ações”, a Jornada de Direito Civil – sabiamente - passou a

¹⁷⁹ CAPPELARI, Récio. *Os Novos Danos à Pessoa na Perspectiva da Repersonalização do Direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

¹⁸⁰ CAPPELARI, Récio. *Os Novos Danos à Pessoa na Perspectiva da Repersonalização do Direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

¹⁸¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

defender que não se deve confundir o abalo moral com meros transtornos que qualquer pessoa sofre no seu dia-a-dia (Enunciado 159, JDC), sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil.

Aplicando referido entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento sobre o tema, abaixo colacionado, entendeu que situações como a perda de uma frasqueira com maquiagem, por exemplo, não geraria dano moral indenizável.

Assim posicionou-se a Corte Suprema:

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 da mulher, não obstante desagradável, não produz dano moral indenizável. II. - Agravo não provido¹⁸².

Ainda a título de exemplo, interessante transcrever alguns julgados em que foi afastada pretensão indenizatória, por entenderem os Tribunais tratar-se de mero aborrecimento ou dissabor:

DANO MORAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - COMPRA E VENDA - Entrega de faqueiro acondicionado em caixa de papelão em vez de estojo de madeira, em desacordo com o que fora adquirido - Posterior entrega desse produto como presente de casamento - Inocorrência de dano moral. Caracterização como aborrecimento do dia-a-dia que não dá ensejo à referida indenização, pois se insere nos transtornos que normalmente ocorrem na vida de qualquer pessoa, insuficientes para acarretar ofensa a bens personalíssimos - Indenizatória improcedente - Recurso improvido¹⁸³.

RESPONSABILIDADE CIVIL. CDC. **FALHA NA INFORMAÇÃO PELA IMPRENSA DOS VALORES DE INGRESSOS PARA EVENTO CULTURAL. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. MEROS ABORRECIMENTOS.** Caso em que a parte autora não logrou comprovar dos fatos constitutivos do seu direito. Inexiste nos autos constatação de efetivo dano moral decorrente dos eventos ocorridos. O mero aborrecimento não gera indenização por dano moral. Ônus da prova - art. 333, I do CPC - parte autora não demonstrou o nexos causal entre os alegados danos e o

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, RE 387014 AgR / SP - SÃO PAULO, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 08/06/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ DATA-25-06-2004 PP-00057 EMENT VOL-02157-05 PP-00968. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

¹⁸³ Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1114302-1, RECURSO: Apelação, ORIGEM: São José dos Campos, JULGADOR: 5ª Câmara, JULGAMENTO: 02/10/2002, RELATOR: Álvaro Torres Júnior, DECISÃO: Negaram Provisão, VU. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

agir da parte ré. Reformada a sentença no sentido da improcedência da ação¹⁸⁴.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CANCELAMENTO DE PACOTES DE VIAGENS - REEMBOLSO A MENOR CONSTATADO - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - MEROS ABORRECIMENTOS. - Constatada a retenção indevida pelas requeridas, deve ser dado provimento ao recurso para determinar o reembolso das quantias pagas pelo autor. - O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material. (Enunciado nº 159)- **O instituto do dano moral, de suma importância para as relações sociais, como notável instrumento de contribuição para o respeito entre as pessoas, seja em que relação for, não pode ser banalizado,** transformando-se em fonte de recebimento de quantias pecuniárias por razões de menor relevância e que fazem parte, muitas vezes, do cotidiano das pessoas¹⁸⁵.

Malgrados provenientes de diferentes situações, os julgados acima possuem como traço de afinidade a compreensão no sentido de que existem aborrecimentos banais, decorrentes de situações próprias da vida e que, por esta razão, são indiferentes ao plano jurídico.

Todavia, consoante demonstrará o capítulo a seguir, os fenômenos da constitucionalização do Direito Privado e a repersonalização do Direito Civil repercutiram-se, também, na responsabilidade civil, de forma inquestionável. Em virtude deste fato, surgiu um novo leque de interesses dignos de tutela, dando abertura, quando da sua violação, a danos que até então sequer poderiam ser considerados juridicamente como tais.

Consoante restará demonstrado, a problemática imposta hoje aos juristas é, justamente, a de elucidar os expedientes de avaliação deste merecimento de tutela, apurando a relevância da discricionariedade judicial na tarefa, mas sem deixá-la unicamente ao veredito dos Tribunais pátrios¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Apelação Cível Nº 70056086754, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 29/05/2014. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

¹⁸⁵ TJ-MG - AC: 10145120650190001 MG , Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira, Data de Julgamento: 19/12/2013, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/01/2014. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

¹⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

5. O FENÔMENO DA EXPANSÃO DE DANOS REPARÁVEIS NO BRASIL

Os capítulos anteriores demonstraram que, malgrado tradicionalmente a noção de dano possuísse como referência, exclusivamente, o patrimônio, sendo classificados os danos, assim, em patrimoniais e extrapatrimoniais, hodiernamente esta compreensão assume novas feições, considerando, portanto, novos elementos de referência, direcionados à completa tutela dos indivíduos, pois, como destaca Adriano Cupis¹⁸⁷, “Lo que el derecho tutela, el daño vulnera” (Tradução livre: O que o direito tutela, o dano vulnera).

Isto porque a divisão das formas de danos tendo como referência tão somente o patrimônio refletia a relevância dada ao viés econômico das relações sociais, traço próprio do Estado Liberal, conforme destacado nos capítulos dois e quatro deste estudo. Todavia, um critério de aferição baseado unicamente pela análise da diferença entre a situação patrimonial anterior e posterior à existência do dano, com o passar dos anos mostrou-se inaplicável, em virtude da sua natureza reducionista.

Com efeito, nas palavras de Judith Martins Costa:

A ideia de dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, ligando-se muito proximamente ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida. Se o mais relevante for a relação entre pessoa e os seus bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, cresce em importância a responsabilidade patrimonial, na qual a pessoa é vista tão-só como sujeito titular de um patrimônio que, tendo sido lesado por outrem, deve ser recomposto. Se, ao contrário, em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser a pessoa – isto é, a pessoa em sua irredutível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente -, passa o Direito a construir princípio e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial¹⁸⁸.

De fato, tendo como marco o desenvolvimento da sociedade de riscos (tema amplamente tratado no terceiro capítulo do presente trabalho), cuja complexidade das relações sociais é inerente, a noção de dano sofreu alterações em sua essência, revelando-se imprescindível a adoção de meios de proteção dos mais diversos

¹⁸⁷ CUPIS, Adriano de. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975. Tradução livre: “O que o direito tutela, o dano vulnera.”

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 789, jul., 2001, p. 21.

valores considerados fundamentais aos indivíduos.

Desta forma, a noção jurídica de dano passa a ser admitida, atualmente, como a quebra de um interesse de terceiro, seja do ponto de vista patrimonial ou referentes à própria personalidade do indivíduo, uma vez que tanto o patrimônio material como a pessoa são protegidos pelo Direito.

É imperioso ressaltar, todavia, que, como pontua Carlos Alberto Bittar:

Nem toda violação a direito da personalidade produz dano moral, ou somente dano dessa natureza: pode ou não haver, ou mesclar-se a dano patrimonial. Com efeito, não se pode, *verbi gratia*, extrair que da lesão a componente físico (direito da personalidade) provenha dano moral¹⁸⁹.

Por esta razão, partilha-se neste estudo do entendimento segundo o qual as formas de danos que afetam diretamente o indivíduo devem ser denominadas de “danos à pessoa”, uma “*fattispecie* em construção”¹⁹⁰, hábil a abarcar toda e qualquer afetação considerada indevida à esfera individual da pessoa, abrangendo, portanto, o “dano ao projeto de vida”, o “dano existencial ou dano à normalidade da vida de relação”, dentre outros, tratados de maneira pormenorizada no capítulo 05 deste trabalho.

Ademais, para além dos danos individuais, vêm crescendo a relevância dos danos produzidos em relação aos denominados direitos transindividuais, cuja repercussão, no que concerne à extensão e profundidade, inquestionavelmente despertam a atenção não apenas das comunidades nacionais, mas da sociedade global, conforme se demonstrará no tópico adiante.

5.1. INTERESSES SUPRAINDIVIDUAIS: AÇÕES COLETIVAS DE REPARAÇÃO E O CHAMADO DANO MORAL COLETIVO

As evoluções pela quais passou a sociedade brasileira nas últimas décadas, fazendo com que fossem adotados modelos de economia industrial, conforme

¹⁸⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 33.

¹⁹⁰ MARTINS-COSTA. Judith. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 789, jul., 2001, p. 27-28.

destacado amplamente neste estudo, fomentou, como nunca dantes, atividades voltadas para a circulação em grande escala de produtos de consumo padronizados.

Como consequência direta desta nova forma de geração de riquezas, originaram-se danos de massa, isto é, atingindo um considerável número de pessoas, em regra consumidoras dos produtos e serviços produzidos em larga escala ou vítimas dos efeitos causados ao meio-ambiente, em virtude, justamente, das técnicas de produção massificadas.

É de fácil conclusão, portanto, que os danos coletivos seriam aqueles que atingem uma pluralidade de esferas jurídicas.

O grande problema destes novos danos é que, em muitos casos, não se afigura possível sequer indicar individualmente quem seriam as vítimas. Na maioria dos casos, inclusive, também não se vislumbra possível identificar quem seriam os agentes do dano, uma vez que os formatos empresariais comumente adotados na atualidade – grandes grupos econômicos, com matriz e filiais, dentro e fora do país – promovem a uma frequente divisão do mercado em extensas cadeias de produtores e distribuidores¹⁹¹.

Outro ponto a se observar é que os prejuízos causados a um grande número de pessoas pode vir a gerar indenizações com valores exorbitantes, que dificultam a contratação de seguros de responsabilidade por valores razoáveis e, em muitos casos, são até superiores ao patrimônio do agente responsável¹⁹².

De todo modo, em um momento histórico no qual a ideologia de proteção dos direitos fundamentais já deixara de ser uma ideologia e passara a ser uma realidade¹⁹³, por óbvio, os danos supramencionados não poderiam passar desprotegidos pelo Direito.

¹⁹¹ VINEY, Geneviève. *As tendências atuais do direito da responsabilidade civil*. Tradução de Paulo Cezar de Mello, in *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro*, organizador TEPEDINO, Gustavo, São Paulo, Atlas, 2008, p. 50.

¹⁹² *ibidem*, p. 58.

¹⁹³ Sobre o assunto, verificar o capítulo 02 deste estudo.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1991), em seu artigo 6º, VI, traz a prevenção e a reparação a danos coletivos e difusos como direitos básicos do consumidor. Adiante, o mesmo diploma, no artigo 81, parágrafo único, incisos I a III, permite a classificação dos danos coletivos em três espécies, conforme atinjam:

Art. 81.

(...)

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, (...), os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, (...), os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligas 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.

A forma de proteção hoje escolhida pelo ordenamento observa, porém, procedimentos específicos, tendo em vista que o elevado número de pessoas atingidas ensejou o ajuizamento de inúmeras demandas nos tribunais, sobrecarregando o Poder Judiciário e produzindo decisões entre si contraditórias¹⁹⁴.

Desta forma, não havendo êxito na prevenção dos danos aos direitos difusos e coletivos, a solução adotada pelo ordenamento vem sendo a reparação *in natura*, por meio da recomposição do bem jurídico violado, sempre que as condições do caso assim o permitam¹⁹⁵. A ideia, assim como preconizado no art. 461 do Código de Processo Civil, é promover à implementação de condutas de fazer ou de não fazer, viabilizando o retorno ao *status quo ante* ou o resultado prático equivalente.

Sem dúvidas, trata-se de acertada opção, notadamente quando se leva em consideração a comunhão da titularidade, bem como a relevância e indivisibilidade dos bens que serão, quando possível, reconstituídos. No entanto, a reparação *in natura* não elimina a conjugação da compensação pecuniária, sendo necessário o estudo casuístico acerca da viabilidade e eficácia de uma e outra¹⁹⁶.

¹⁹⁴ ANGELIN, Karinne A., *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

¹⁹⁵ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136-138.

¹⁹⁶ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

Sobre a referida compensação pecuniária, o sistema de tutela coletiva brasileira estabelece que o montante deve ser destinado a determinados Fundos, previstos na Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública)¹⁹⁷.

De forma semelhante, configurada a existência de danos morais coletivos, destaca Carlos Alberto Bittar:

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. Em havendo condenação em dinheiro, (...) o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do quantum debeat, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como, v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato¹⁹⁸.

Os tribunais brasileiros, malgrado tenham, a princípio, desabonado a possibilidade de reparação do dano moral coletivo, atualmente demonstram não apenas a aceitação desta hipótese, como também uma tendência de promover à integral compensação coletiva, por meio da aplicação dos critérios tradicionais já destacados neste trabalho, referentes ao sopesamento entre as funções reparatória, punitiva e dissuasória¹⁹⁹, sem ensejar o locupletamento indevido das vítimas.

A título exemplificativo, destaca-se o posicionamento, do ano de 2014, da então Ministra Eliana Calmon, em julgamento de ação civil pública ambiental ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, buscando a condenação do Município e de uma Fundação por irregularidades e danos causados ao Parque do Sabiá, no município de Uberlândia. Na oportunidade, entendeu a julgadora pelo reconhecimento do dano moral coletivo, em decorrência da alteração introduzida pela Lei 8.884/1994 ao artigo 1º da Lei 7.347/1985, prevendo a possibilidade, em ação civil pública, do Ministério Público e dos demais órgãos legitimados buscarem a

¹⁹⁷ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

¹⁹⁸ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Revista do Direito do consumidor, v. 12, p. 55 e 59.

¹⁹⁹ Sobre o tema, visitar o capítulo 03 deste estudo.

indenização do dano moral coletivo causado.

Esclarece a Ementa:

AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. COMPLEXO PARQUE DO SABIÁ. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC NÃO CONFIGURADA. CUMULAÇÃO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER COM INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. ART. 3º DA LEI 7.347/1985. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, a logicidade hermenêutica do art. 3º da Lei 7.347/1985 permite a cumulação das condenações em obrigações de fazer ou não fazer e indenização pecuniária em sede de ação civil pública, a fim de possibilitar a concreta e cabal reparação do dano ambiental pretérito, já consumado. Microsistema de tutela coletiva. 3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 4. **O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.** 5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur²⁰⁰.

De acordo com o entendimento da referida Ministra, não seria essencial à caracterização do dano extrapatrimonial coletivo a prova de que teria havido dor, sentimento, lesão psíquica, afetando "a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas"²⁰¹, pois a indefinição doutrinária e jurisprudencial concernente à matéria decorreria da plena inadequação da denominação "dano moral coletivo", que carregaria - de forma errônea - discussões concernentes à própria concepção do dano moral no seu aspecto individual.

Assim, concluiu que as relações jurídicas caminham para uma massificação, de maneira que a lesão aos interesses da coletividade não podem ficar sem a devida reparação, sob pena de criar-se "litigiosidade contida, que levará ao fracasso do

²⁰⁰ BRASIL. STJ - REsp: 1269494 MG 2011/0124011-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/10/2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

²⁰¹ Reis, CLAYTON. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236.

direito como forma de prevenir e reparar os diversos conflitos sociais²⁰².

Os apontamentos feitos acima comprovam, de forma clara, que a reparação civil segue em seu processo evolutivo, iniciado com a negação do direito à reparação do dano moral puro (assunto objeto do capítulo 04 deste estudo) para a previsão de reparação de dano a interesses mais amplos, quais sejam, difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao lado do direito à reparação pelo dano moral sofrido pelo indivíduo e pela pessoa jurídica, adiante tratado.

5.2. O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL À PESSOA JURÍDICA

Conforme já destacado, o entendimento doutrinário tradicional defende que os danos morais corresponderiam às lesões extrapatrimoniais aos direitos da personalidade²⁰³. Há, porém, quem defenda que toda e qualquer lesão à dignidade humana poderia vir a ensejar indenização a título de danos morais²⁰⁴, entendimento no sentido do qual, portanto, a pessoa jurídica não poderia sofrer danos desta natureza.

Durante muito tempo, a jurisprudência também partilhou dos questionamentos suscitados pela doutrina, havendo tribunais dissonantes em seus entendimentos sobre a matéria até mesmo internamente.

Foi justamente o que aconteceu em 1999, em emblemático julgamento ocorrido no STJ. À época, o então Ministro Eduardo Ribeiro proferiu seu voto no sentido da impossibilidade de se admitir eventual indenização por abalo moral às pessoas jurídicas e os demais julgadores votaram pela possibilidade de indenização, sendo ambos os argumentos dignos de nota, pois muito bem fundamentados.

Com efeito, de acordo com o entendimento do Ministro Eduardo Ribeiro, embora

²⁰² BRASIL. STJ - REsp: 1269494 MG 2011/0124011-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/10/2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

²⁰³ TARTUCE, Flávio. *O Inadimplemento absoluto e a mora no Código Civil de 2002*. Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_mora.doc> . Acesso em: 20. ago. 2014.

²⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional*. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 37.

houvesse que se falar em reputação e bom nome de qualquer pessoa jurídica, eventual afronta a estes elementos só poderia ser considerada “dano” se repercutisse na esfera patrimonial, tendo em vista ser este o objetivo precípua de toda entidade formada ou concebida por um agrupamento humano.

Por outro lado, caso a conduta tida por danosa não causasse qualquer prejuízo do ponto de vista pecuniário, o abalo poderia vir apenas a afetar o estado psíquico dos integrantes da pessoa jurídica, estes sim, passíveis de sentir dor, angústia ou qualquer outro sentimento. Nesta hipótese, a “vítima” seria a pessoa física, portanto. Desta forma, então, sob uma ou outra análise, não haveria que se falar na existência de danos morais ressarcíveis à pessoa jurídica.

Argumentou o jurista, *ipsis litteris*:

Para que se admita o ressarcimento da agressão à chamada honra objetiva da pessoa jurídica, consistente em sua boa reputação, será mister isolar o ataque à reputação, desconsiderando o que disso advenha. Mais, importa desprezar por completo se resultou alguma lesão. (...) Permito-me insistir. **A reputação de uma pessoa jurídica merece proteção porque o bom nome propicia melhor relacionamento e credibilidade, levando a que possa auferir lucros. A perda dessa poderá acarretar, por conseguinte, dano econômico. De outro lado, o injusto sacrifício da boa fama, conforme as circunstâncias, será fonte de sofrimento, não para a pessoa jurídica, evidentemente, mas para seus dirigentes. Se nada disso ocorreu, não haverá dano a ressarcir, podendo-se concluir, com Agostinho Alvim, não se saber ‘em que consistirá esse dano moral, que nem é dor, nem prejuízo²⁰⁵.**

No julgado acima mencionado, porém, conforme já antecipado, o voto do ministro foi vencido e, portanto, concedeu-se indenização por danos morais à empresa autora da demanda. Entenderam os demais julgadores que o voto acima não teria levado em consideração o fato de que nem todas as pessoas jurídicas atuam com fins econômicos, a exemplo das entidades religiosas, as fundações e outras (*vd.* art. 16, inc. I do CC).

Nestas hipóteses, os fins perseguidos seriam principalmente sociais, de maneira que eventual conduta lesiva não implicaria, necessariamente, diminuição do patrimônio do ente personalizado, mas, ao contrário, comprometimento da sua reputação

²⁰⁵ BRASIL. STJ – RE 147.702 – 3ª Turma – Rel. Ministro Eduardo Ribeiro- DJ, 05.04.1999. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

perante a sociedade. Ademais, se os danos à reputação do ente personificado ensejassem prejuízos somente aos seus dirigentes, não existiria qualquer distinção entre a pessoa jurídica e os seus integrantes.

A Súmula 227, então, editada pelo Superior Tribunal de Justiça em outubro daquele mesmo ano, acabou por colocar fim à discussão, sendo expressa ao afirmar a possibilidade de pessoas jurídicas sofrerem danos à sua honra, com esteio, especialmente, no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal²⁰⁶, no quanto exposto no inciso VII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), segundo o qual são direitos básicos do consumidor (e consumidor, de acordo com o artigo 2º da Lei do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica), “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou *reparação de danos* patrimoniais e *morais*, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”, e, por fim, no que dispõe o artigo 52 do Código Civil, ao afirmar que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

Convém destacar, todavia, apenas por razões didáticas, que posicionamento contrário vem sendo sustentado por doutrina abalizada, ainda que de forma minoritária.

Com efeito, Gustavo Tepedino concede interpretação diversa à aqui esposada ao art. 52 do CC, argumentando que o dispositivo, diversamente do quanto defendido majoritariamente pelos doutrinadores, estaria, em verdade, reconhecendo que somente as pessoas físicas seriam titulares de direitos de personalidade. Para o autor, portanto, a norma estaria admitindo que a proteção relativa a tais direitos, em algumas situações, fosse estendida para a proteção da pessoa jurídica²⁰⁷.

Discorre o doutrinador:

²⁰⁶ BRASIL. Constituição Federal de 1988, art. 5º, 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. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 25. Out. 2014.

²⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: _____ (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 55.

As lesões atinentes às pessoas jurídicas, quando não atingem, diretamente, as pessoas dos sócios ou acionistas, repercutem exclusivamente no desenvolvimento de suas atividades econômicas, estando a merecer, por isso mesmo, técnicas de reparação específicas e eficazes, não se confundindo, contudo, com os bens jurídicos traduzidos na personalidade humana (a lesão à reputação de uma empresa comercial atinge – mediata ou imediatamente – os seus resultados econômicos, em nada se assemelhando, por isso mesmo, a chamada honra objetiva, com os direitos da personalidade)²⁰⁸.

Também no que se refere às situações das pessoas jurídicas que não possuem fins lucrativos Gustavo Tepedino apresenta o seu ponto de vista, aduzindo que, nestes casos, em havendo lesão à honra, não se estaria diante de danos materiais, mas de “danos institucionais”, alcançando a pessoa jurídica em sua credibilidade ou reputação, mas não se configurando como danos morais.

O raciocínio adotado majoritariamente e consolidado na súmula retromencionada, no entanto, conforme salientado, é no sentido de reconhecer que a imagem e a honra são atributos intimamente afeitos ao nome das pessoas jurídicas, isto é, ao conceito que projetam na sociedade. Assim, uma das maiores preocupações de qualquer pessoa jurídica é a de preservar a sua reputação comercial, considerando que um bom nome, hábil a ensejar boa fama, é imprescindível para o sucesso das atividades, repercutindo sobremaneira em sua posição perante a clientela e o público em geral, razão pela qual estariam sujeitas à indenização por eventual danos imateriais.

Na aplicação de indenização por danos à moral de uma pessoa jurídica, todavia, é imperioso que o fato lesivo seja devidamente demonstrado, nos termos em que determina o Enunciado 189 da Jornada de Direito Civil, artigo 927²⁰⁹.

Neste sentido:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. PRELIMINAR DE

RECURSO DE APELAÇÃO AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PESSOA JURÍDICA DIFAMAÇÃO PEDIDOS DE FALÊNCIA QUE

²⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: _____ (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 56.

²⁰⁹ BRASIL. Enunciado 189. Jornada de Direito Civil, art. 927. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 20. Out. 2014.

SUCEDERAM À NOTÍCIA DE INIDONEIDADE FINANCEIRA DA AUTORA DANO MORAL QUE REQUER APENAS A COMPROVAÇÃO DO EVENTO DANOSO INDENIZAÇÃO ARBITRADA COM MODERAÇÃO E QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE REPARAÇÃO E PEDAGÓGICO. 1. **A Municipalidade deve responder pelos danos causados à empresa em razão da divulgação, por meio da imprensa local, de falsa notícia de inidoneidades financeira e iminência falimentar, sendo evidente o dano daí decorrente.** 2. Procedência da ação. 3. Sentença mantida. 4. Recursos voluntário e oficial desprovidos²¹⁰.

O julgado acima evidencia, ainda, que até mesmo os entes federativos podem vir a ser condenados pelos danos morais causados a determinada pessoa jurídica, abalando a sua reputação e credibilidade perante a sociedade.

De forma semelhante, o julgado abaixo encerra a discussão sobre a indenizabilidade lembrando que a edição da Súmula 227 do STJ pôs fim a qualquer dúvida neste sentido. Com efeito:

ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. DUPLICATA SEM CAUSA. PROTESTO INDEVIDO. DANO MORAL CONFIGURADO. RECURSO IMPROVIDO. DECISAO UNÂNIME. I - Figura o Banco recorrente como legitimado passivo, na medida em que aceitou e protestou duplicata, sem certificar se a mesma era válida. II- A jurisprudência assente do Superior Tribunal caminha no sentido que o protesto indevido do título gera dano moral indenizável. Precedentes. III - **A Súmula 227 do STJ encerrou a controvérsia a fim de reconhecer a possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral.** IV - Valor da indenização compatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade²¹¹.

Chama a atenção, neste sentido, o fato de que o dano moral que pode vir a sofrer a pessoa jurídica atinge a sua honra objetiva (reputação), e nunca a sua honra subjetiva (autoestima), tendo em vista que dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento²¹².

²¹⁰ BRASIL. TJ-SP - REEX: 9197914512002826 SP 9197914-51.2002.8.26.0000, Relator: Francisco Bianco, Data de Julgamento: 01/08/2011, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/08/2011. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 30. Set. 2014.

²¹¹ BRASIL. TJ-SE - AC: 2010218811 SE, Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 17/12/2012, 2ª. CÂMARA CÍVEL. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 30. Set. 2014.

²¹² BRASIL. Enunciado 444, STJ. Art. 927. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 30. Set. 2014.

O “nome” de uma pessoa jurídica é abalado, por exemplo, quando há inscrição indevida em cadastro negativo, comprometendo a sua capacidade de crédito, ou, ainda, quando são levantadas afirmações injuriosas na imprensa.

Esclarecedor, neste sentido, o julgado abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA.

A pessoa jurídica não é dotada de honra subjetiva, motivo porque não é passível de ofensas que digam com liberdade, privacidade, saúde, bem-estar, etc. A pessoa ficta possui apenas honra objetiva, que diz com a imagem e o prestígio perante seus clientes, fornecedores e terceiros. Ausente prova de ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica, não cabe o reconhecimento do dano moral. Ademais, não comprovada a prática de qualquer ilícito por parte das demandadas. Apelação desprovida. Sentença mantida (grifo nosso)²¹³.

Sobre o tema, oportuno trazer à baila, ainda, o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves²¹⁴:

Malgrado não tenha direito à reparação do dano moral subjetivo, por não possuir capacidade afetiva, poderá sofrer dano moral objetivo, por ter atributos sujeitos à valoração extrapatrimonial da sociedade, como o conceito e bom nome, o crédito, a probidade comercial, a boa reputação, etc.

Da análise dos julgados e entendimentos doutrinários depreende-se, portanto, que a pessoa jurídica é passível de sofrer danos morais, em virtude de atos que possam abalar o respeito, a admiração, o apreço, a reputação, ou seja, a honra que possui perante a sociedade.

A consolidação deste entendimento, que prevê a possibilidade de ressarcimento do dano moral para a pessoa jurídica, e o já tratado posicionamento no sentido da indenizabilidade do dano coletivo, constituem importantes posições adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, na busca da reparação integral da pessoa humana, revelando, indiscutivelmente, considerável avanço na doutrina da responsabilidade civil, no período posterior à Constituição de 1988.

²¹³ BRASIL. TJ-RS - AC: 70047979638 RS , Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 31/05/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2012. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 12. Out. 2014.

²¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *in Direito civil brasileiro*, 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008, pág. 368.

Neste cenário, imprescindível tecer alguns comentários também sobre a possibilidade de indenizar-se a chance perdida de um indivíduo, por ato desacautelado de outrem. É o que se propõe o tópico adiante.

5.3. A RESSARCIBILIDADE DA PERDA DE UMA CHANCE: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA OS DANOS À PESSOA

Antes de adentrar aos contornos deste tema, é imperioso que se esclareça que a perda de uma chance não se trata de dano autônomo, ao lado dos danos materiais, morais e demais espécies eventualmente relatadas.

Estar-se-á a falar, em verdade, de uma forma diferenciada de compreensão da responsabilidade, que pode vir a representar um dano moral e/ou material, dentro de uma causa de pedir diferenciada, incidente quando uma pessoa vê frustrada uma pretensão futura que possivelmente ocorreria em circunstâncias normais.

Em outros termos: a responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. Assim, para fins de estabelecimento do *modus* e *quantum* da indenização, revela-se mais adequado que o enquadramento da espécie de dano ocorra em observância à natureza da chance perdida.

A perda de uma chance representaria, portanto, nas palavras de Sérgio Severo, o “dano causado quando a vítima se vê frustrada, por ato de terceiro, de uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça”²¹⁵.

Malgrado não haja consenso acerca da natureza jurídica da perda de uma chance, é interessante que a situação seja analisada do ponto de vista do causador do dano e da vítima.

²¹⁵ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 11.

Do ponto de vista do agente, a conduta deve ser compreendida como um comportamento que, por sua ilicitude, acaba por afetar a esfera jurídica de outrem²¹⁶, tolhendo-lhe de determinada oportunidade por interromper uma sucessão de eventos poderiam vir a lhe garantir um “incremento de posição jurídica ativa ou diminuição de posição jurídica passiva, ou no não surgimento ou incremento de situação passiva”²¹⁷. Do ponto de vista da vítima, de forma mais simples, o dano se reflete pela perda desta chance, por ato a que não dera causa.

Referida teoria teve origem na França, na década de 60²¹⁸, tendo como situação emblemática processo no qual fora imposto a um médico que indenizasse a perda da chance de cura ou sobrevivência de seu paciente recém-nascido, ao adotar procedimento consistente no amputamento dos seu braços para facilitar o parto²¹⁹.

Alguns anos depois, a Itália teve o seu primeiro caso versando o tema, no qual os ofendidos pleiteavam ressarcimento em virtude da perda da oportunidade de participar de um processo seletivo para motoristas de determinada empresa. Na oportunidade, os autores alegaram que foram impedidos de realizar algumas das etapas da seleção de forma injustificada. Em primeiro grau, a decisão foi no sentido do ressarcimento dos danos causados, mas, em sede de recurso, entendeu-se que o dano decorrente da perda de uma chance não seria passível de indenização. Ao final, a Corte de Cassação reformou a decisão mais uma vez, confirmando a sentença de primeiro grau e vislumbrando valor econômico na oportunidade injustamente perdida²²⁰.

²¹⁶ ANGELIN, Karinne A., *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Comentário ao novo Código Civil, vol. V, tomo II: do Inadimplemento das obrigações, arts. 389 a 420, coordenador TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 360.

²¹⁸ Há autores que destacam a existência de caso anterior, em 1889, tratando sobre um oficial ministerial que atuou de maneira a extinguir todas as chances de êxito do feito promovido pela vítima. Neste sentido, PETEFFI, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*, p. 10-11.

²¹⁹ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 70.

²²⁰ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, p. 25.

No Brasil, a perda de uma chance foi discutida, de forma emblemática, no ano de 2005, em uma situação que envolvia determinado programa de auditório de uma emissora de televisão.

No caso, a ação indenizatória fora proposta contra a empresa do grupo econômico "Sílvio Santos" - SBT (Sistema Brasileiro de Televisão) - pleiteando o ressarcimento por danos materiais e morais, em decorrência de incidente havido quando da participação da autora no programa "Show do Milhão", consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro, era oferecido àquele participante que respondesse corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais.

No caso posto em análise, nenhuma das opções de resposta apresentadas ao questionamento final, que poderia vir a garantir à autora o recebimento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), era a correta. Por esta razão, entendeu o Tribunal Julgador que a autora, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Assim, ao final da ação, fez jus a demandante à indenização no importe de R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma probabilidade matemática de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens²²¹.

A situação acima narrada evidencia que a indenização pela perda da chance não é do ganho que não fora obtido ou do prejuízo impedido de ser evitado no caso concreto, mas, em verdade, da oportunidade perdida pela vítima, de forma que o prejuízo acaba por ser calculado, em regra, em observância à probabilidade de concretização de cada possibilidade. Isto significa afirmar, portanto, que "chance", neste contexto, deve ser compreendida como "oportunidade".

²²¹ BRASIL. STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 08. Out. 2014.

Ademais, é imprescindível, por óbvio, que a chance, para que seja reparável, seja séria e real, de acordo, inclusive, com o Enunciado 443, da Jornada de Direito Civil. Sobre a real possibilidade, Sérgio Savi chega a afirmar que a perda de uma chance apenas haveria de ser indenizada quando houvesse, no mínimo, 50% de chance da sua realização²²².

No mesmo sentido, o julgado colacionado abaixo, que trata da relação travada entre advogados e seus clientes, notadamente no que concerne à perda de prazos recursais e de defesa:

MANDATO - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ADVOGADO - AJUIZAMENTO INTEMPESTIVO DE AÇÃO TRABALHISTA PARA A QUAL HAVIA SIDO CONTRATADO - HIPÓTESE DE PERDA DE UMA CHANCE PARA O CLIENTE - DESÍDIA PROFISSIONAL - CARACTERIZAÇÃO - CABIMENTO. **Advogado que, contratado para ajuizar reclamação trabalhista, não o faz a tempo, causando ao seu contratante a perda da chance de que seu pleito fosse conhecido, responde pelo prejuízo moral decorrente de sua conduta desidiosa**²²³.

A despeito do quanto narrado, é importante esclarecer que a possibilidade de indenizar-se a perda de uma chance não encontra-se plenamente pacificada na doutrina, havendo autores que consideram a referida indenizabilidade inadmissível.

Partilha deste entendimento Flávio Tartuce, aduzindo que o dano causado em virtude de uma chance perdida seria meramente eventual, incerto. Por esta razão, seria a indenizabilidade conflitante com o conteúdo do art. 186 do Código Civil de 2002, que exige a certeza do dano para a sua reparabilidade²²⁴.

Não obstante o posicionamento adotado pelo festejado doutrinador, por meio da indenização da perda da chance não se busca garantir o benefício que eventualmente seria conquistado, mas a chance de auferi-lo, esta, sim, perdida de forma “certa”. Em outras palavras, significa defender que a imprevisibilidade refere-se exclusivamente ao benefício em si, já que a perda da oportunidade é sempre

²²² SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 82.

²²³ Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. c/ Rev. 648.037-00/9 - 5ª Câmara - Rel. Juiz Dyrceu Cintra - J. 11.12.2002. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 08. Out. 2014.

²²⁴ TARTUCE, Flávio. *Questões controvertidas quanto à reparação por danos morais. Aspectos doutrinários e visão jurisprudencial*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 10. Out. 2014.

certa.

Além da alegada inviabilidade de identificação, na chance perdida, de um dano certo e indenizável, em apartado da perda do benefício em si, o estudo do tema encontra-se marcado por diversos questionamentos, desde a sua teorização, no sentido de ser a perda de uma chance fruto da extensão das possibilidades de dano, dos debates acerca do seu enquadramento como dano emergente, lucros cessantes ou dano moral, por fim, das divergências quanto à eleição dos critérios balizadores de sua indenização.

Sobre a outorga, à perda de uma chance, do enquadramento como verdadeiros lucros cessantes, conquanto os entendimentos doutrinários sejam hoje minoritários neste sentido, a distinção revela-se imperativa. Com efeito, é necessário que se tenha em mente que, para a chance perdida, diferentemente do que acontece nos lucros cessantes, não é necessária a comprovação de que a não-paralisação da oportunidade teria ocasionado, necessariamente, o benefício ou a melhora almejados²²⁵.

Neste sentido, elucidativa a advertência feita por Cristiano Chaves de Farias, ao pontuar:

É preciso cuidado, porém, para não confundir a perda de uma chance com os lucros cessantes (espécie de dano patrimonial, consistente na perda certa e incontroversa de um bem jurídico que iria se incorporar ao patrimônio do titular). É que o dano patrimonial é a subtração objetiva de um bem jurídico materialmente apreciável. A outro giro, a perda de uma chance é uma probabilidade suficiente e mínima de obtenção de um benefício, caso não tivesse sido subtraída uma oportunidade²²⁶.

Com efeito, é necessário que se parta do pressuposto de que a oportunidade subtraída da vítima revela, por si, um bem jurídico dotado de certeza, cuja violação enseja o direito de reparação, razão pela qual não poderia ser enquadrada como

²²⁵ BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades*. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br>>. Acesso em: 20. Out. 2014.

²²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>>. Acesso em 28. Set. 2014.

lucros cessantes.

O problema passa a ser, então, a compreensão no sentido de que seria a perda de uma chance um viés do dano emergente, espécie, portanto, de dano patrimonial, em que o bem perdido “não seria o que razoavelmente se deixou de lucrar, e sim a oportunidade já existente no patrimônio da vítima”²²⁷.

Ocorre que, como destacado no início deste tópico, não há, no ordenamento, disposição alguma no sentido de que a oportunidade de obtenção de determinado benefício ou de eliminação de um prejuízo seria referente apenas a interesses de caráter patrimonial. A vantagem ou prejuízo cuja oportunidade futura se refere, causando um dano digno de ressarcimento, pode, por óbvio, ser relativa à realização ou ao desenvolvimento de valores subjetivos imaterias²²⁸.

Assim, interpretar a chance perdida como dano emergente significa, em última análise, considerá-la indenizável apenas quando o ato praticado contra a vítima lhe furtar a possibilidade de obtenção de um lucro, entendimento que não se coaduna com o atual momento histórico do Direito, que impõe, em seu núcleo, o valor supremo da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, sublinham Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal:

A perda de uma chance consagra a indenizabilidade de determinados danos que, sob um rigorosismo conceitual, não se enquadrariam como danos patrimoniais ou morais, porém violam a dignidade da vítima e perturbam a solidariedade social, justificando, pois, a indenizabilidade como consectário natural das garantias constitucionais²²⁹.

Por fim, sobre os critérios balizadores do *quantum* indenizatório, Sérgio Savi sintetiza que “a chance do lucro terá sempre um valor menor que a vitória perdida, o

²²⁷ SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²²⁸ BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades*. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br>>. Acesso em: 20. Out. 2014.

²²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

que refletirá no momento da indenização”²³⁰, entendimento do qual se partilha neste trabalho.

Do exposto, resta evidente que a teoria da perda de uma chance revela-se, sem dúvidas, como ferramenta valiosa e garantista, proveniente da ampliação dos interesses jurídicos da pessoa humana mercedores da guarida do Estado e do mandamento constitucional de proteção integral a esse patrimônio²³¹.

Todavia, consoante restará demonstrado no tópico a seguir, mencionada busca pela proteção do indivíduo acabou por ensejar não apenas o surgimento de ferramentas legítimas de proteção, a exemplo da indenizabilidade da perda de uma chance e demais institutos aqui narrados, mas também o ajuizamento desenfreado de demandas injustificadas, sem qualquer fundamento jurídico hábil a exigir reparação por parte do ordenamento.

Em outros termos: o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a consolidação da tutela de interesses existenciais e coletivos, méritos da ciência jurídica atual, estimularam o crescimento exagerado dos bens jurídicos protegidos em virtude da atuação danosa. E, na esteira do núcleo inquestionavelmente aberto da dignidade da pessoa humana, novos danos foram sendo suscitados, ensejando o nascimento de legítimos questionamentos acerca da sua ressarcibilidade. Passou a falar-se, então, em uma série de novas espécies de danos que acendem o maior temor dos juristas da Modernidade: a extraordinária expansão do dano ressarcível²³².

²³⁰ SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²³¹ BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades*. Disponível em: < <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br>>. Acesso em: 20. Out. 2014.

²³² SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

6. A PROBLEMÁTICA DO SUPERDIMENSIONAMENTO: A UNIVERSAL AMPLIAÇÃO DA RESSARCIBILIDADE DOS DANOS POR MEIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme já destacado, o fenômeno da repersonalização do Direito, cujo marco principal é a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, representou inquestionável mutação axiológica na tábua de valores que marcava, até então, a sociedade brasileira.

Em decorrência desta evolução, as pessoas passaram a deixar de se conformar com o ferimento de seus direitos, de sua honra e dignidade, exigindo do Poder Judiciário respostas específicas às mais diversas formas de lesão, circunstância que transformou sobremaneira a forma de compreensão e interpretação do instituto da responsabilidade civil e fez surgir teorias legítimas de reparação, tais como a perda de uma chance, o dano moral das pessoas jurídicas e o danos coletivos, temas já tratados e amplamente defendidos neste trabalho.

Ocorre que, ao lado destes avanços, indiscutivelmente positivos do ponto de vista da proteção ao indivíduo, Anderson Schreiber²³³ pontua que uma das consequências mais expressivas deste fenômeno é a expansão quantitativa e qualitativa de demandas sem o necessário substrato jurídico garantidor do direito questionado.

Com efeito, a primeira hipótese – aumento da quantidade de demandas ajuizadas - decorreria do maior acesso ao Poder Judiciário por uma parcela da população antes marginalizada, além da criação de novos mecanismos de acesso, como os Juizados Especiais. Quanto ao segundo elemento – ajuizamento de ações mais complexas e diferenciadas -, afirma o autor que estaria relacionado ao reconhecimento da necessidade de tutela dos interesses existenciais atinentes à pessoa humana, aliada à mitigação dos filtros, como já abarcado no presente trabalho.

Esclarece Schreiber:

²³³ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 81.

A imensa abertura provocada por estas novas espécies tuteladas, que não encontram mais o freio relativamente seguro do raciocínio materialista que governava a tradicional análise do dano, vem exigir das cortes a aplicação de métodos ou critério de seleção dos danos ressarcíveis, que, na maior parte dos ordenamentos, permanecem carentes de autêntico exame crítico e embasamento jurídico. Cumpre, portanto, em primeiro lugar, investigar o recente reconhecimento da tutela destes novos interesses coletivos existenciais à luz dos percursos históricos próprios dos diferentes ordenamentos jurídicos. Só então afigura-se possível avaliar criticamente os diversos critérios e métodos de seleção dos interesses tutelados que emergem da experiência jurisprudencial pátria e estrangeira²³⁴.

A situação narrada seria justificada pelo pensamento segundo o qual é imperioso garantir a indenização para a vítima, seja a que fundamento for.

Em verdade, “verifica-se, muitas vezes, que, mesmo na absoluta ausência de nexo causal sob a ótica de qualquer das teorias doutrinariamente reconhecidas, as cortes acabam condenando o responsável de modo a não deixar a vítima sem reparação”²³⁵.

Este comportamento, pontua Schreiber, acabou por ser denominado como “presunções clandestinas de causalidade” ou como “nexo causal flexível”²³⁶, consistindo em uma mitigação da aplicação mais científica do nexo causal em virtude do “imperativo social da reparação”.

Prosseguindo em seu raciocínio, Schreiber esclarece que esta realidade culmina em uma ampla margem de discricionariedade no que se refere à responsabilidade civil, para a identificação das causas indenizatórias, ensejando um acréscimo considerável nas demandas indenizatórias lastreadas em situações inusitadas, o que, segundo seu ponto de vista, resulta numa verdadeira vitimização social, tendo por resultado a “concretização do pior temor dos juristas da Modernidade: a extraordinária expansão do dano ressarcível”²³⁷.

²³⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 81.

²³⁵ Ibidem, p. 62.

²³⁶ Ibidem, p. 62.

²³⁷ Ibidem, p. 62.

6.1. A CRIATIVIDADE JURISPRUDENCIAL NO RECONHECIMENTO DE NOVOS DANOS

Por meio da apresentação de posicionamentos jurisprudenciais emblemáticos e variados, o presente tópico propõe-se a analisar o crescimento exponencial dos danos indenizáveis no Brasil nos últimos anos, demonstrando que os tribunais não apresentam posicionamentos consolidados frente à desarrazoada expansão de pleitos indenizatórios, ora havendo posicionamentos que desestimulam o enriquecimento ilícito e o incremento da "indústria do dano moral", e ora decisões que, em verdade, acabam por estimulá-lo.

Será apresentada, para tanto, de forma exemplificativa, uma variedade de danos encontrados nos tribunais, evidenciando que, a despeito de não encontrar regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro, o tema vem despertando, no decorrer dos últimos anos, considerável interesse da doutrina e da jurisprudência, em razão, precipuamente, do entendimento segundo o qual cada nova ofensa a um aspecto a dignidade humana merece nova qualificação e forma específica de proteção.

6.1.1. Dano Estético

Ao tratar do dano estético, inicialmente revela-se necessário relembrar alguns pontos relevantes sobre os danos morais, tema amplamente tratado neste estudo.

Com efeito, de forma sintética, o dano moral costuma ser considerado o sentimento de frustração, dor e angústia que se impõe a um indivíduo, por ato desacomodado imputável a outrem, sem que haja repercussão alguma no patrimônio material da vítima. Em outras palavras, seriam lesões sofridas pelo indivíduo em seu "patrimônio ideal", entendido como o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico²³⁸.

²³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 716067006 SP, Relator: Irineu Pedrotti. Data de Julgamento: 13/08/2008, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2008. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 17 Mai. 2014.

A lei concede ao juiz, então, poderes para estabelecer valores de indenização que possam reparar, de alguma forma, o dano moral que determinado indivíduo tenha sofrido, a depender das provas produzidas em cada caso.

Os danos estéticos, por sua vez, como conceitua Wilson Melo Silva, em obra datada de 1961, consistem em “deformidades ou deformações outras, marcas e os defeitos ainda que mínimos que podem implicar, sob qualquer aspecto, um ‘afeamento’ da vítima ou que possam vir a se constituir para ela numa simples lesão ‘desgostante’ ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos²³⁹.”

Adotou-se, durante muitos anos, o entendimento da jurisprudência no sentido de que os danos estéticos estariam compreendidos nos danos morais, de maneira que não haveria que se falar em distinção entre eles no momento da condenação. O Superior Tribunal de Justiça, porém, passou a admitir a cumulação, passando a compreender, portanto, que os danos estéticos seriam autônomos em relação aos danos morais.

Referido entendimento foi consolidado por meio da edição da Súmula 387 do STJ, que afirma, expressamente, ser cumuláveis os danos estéticos e morais, ainda que oriundos do mesmo fato.

Neste sentido, insta trazer a lume o seguinte julgado:

RECURSO DE REVISTA - INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E POR DANOS ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é possível a cumulação das indenizações por danos morais e por danos estéticos, tendo em vista a distinção dos direitos tutelados. Precedentes. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido²⁴⁰.

²³⁹ SILVA, Wilson Melo. *O Dano Estético*, RF, vol. 194, p. 23, 1961.

²⁴⁰ BRASIL. TST - RR: 1699004520075200004 169900-45.2007.5.20.0004, Data de Julgamento: 08/05/2013, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 19. Mai. 2014.

Resta evidente que os tribunais, com a edição da Súmula 387, passaram a compreender, de forma pacificada, que o dano estético não se confunde com o dano moral, uma vez que a indenização por danos morais estaria destinada a reparar a seqüela psicológica, ao passo que a indenização por danos estéticos teria por objetivo reparar o indivíduo pela anomalia que passou a ostentar em virtude de conduta a ser imputada ao ofensor.

Isto significa afirmar que, para a jurisprudência, embora se assemelhe ao dano moral por sua natureza extrapatrimonial, o dano estético seria decorrente de uma lesão à integridade física da pessoa, em virtude de alteração em sua aparência externa, de forma irreversível ou não. Assim, enquanto os danos estéticos estariam diretamente relacionados à deformação física do indivíduo, os danos morais alcançariam âmbitos intangíveis do patrimônio, como a honra ou a liberdade individual.

Importante pontuar, neste contexto, a existência dos chamados “danos corporais”, que com os danos estéticos não se confundem, sendo, em verdade, gênero do que o último seria espécie.

Os danos corporais costumam estar presentes nos contratos de seguro de veículos, abarcando tanto os danos materiais, como os danos estéticos e morais, salvo se houver exclusão expressa de cobertura para danos morais ou estéticos.

Este é o entendimento da 3ª turma do STJ, consolidado em emblemático julgamento de ação ajuizada por um consumidor contra o Bradesco Seguros. No *leading case*, a apólice firmada entre o segurado e a seguradora continha cobertura para danos corporais a terceiros, com exclusão expressa apenas a danos morais, sem qualquer menção à exclusão de danos estéticos.

Em julgamento sobre o caso, a ministra Nancy Andrighi, relatora no STJ, afirmou que, malgrado exista no regulamento da Superintendência de Seguros Privados uma diferenciação, para efeitos de cobertura, entre dano estético e corporal, a diferença terminológica não seria capaz de alterar a realidade dos fatos.

Assim, de acordo com o Tribunal, a empresa seguradora haveria de arcar com as indenizações a título de danos materiais e estéticos. Os valores relativos aos danos morais, porém, em virtude da existência de cláusula expressa de exclusão, não deveriam ser incluídos na condenação da empresa²⁴¹.

Resta pacificado, portanto, o entendimento segundo o qual a moral e a estética seriam bens distintos e independentes, tendo em vista que qualquer indivíduo almeja a preservação da sua vida sem qualquer prejuízo de natureza moral, bem como com a manutenção de sua integridade física e estética, isto é, com a conservação do seu corpo sem nenhuma deformação física.

A conclusão acima, porém, não deixa de reconhecer que as espécies costumam se alinhar no íntimo da pessoa lesada, tendo em vista que, em geral, a dor instala-se interiormente e acaba por manifestar-se exteriormente, causando também um prejuízo estético, a exemplo da pessoa que mantém-se em lágrimas ou perde peso de forma considerável, em virtude de experiências que lhe causaram dano moral.

De forma análoga, uma dor proveniente de deformidade física não raro enseja manifestação negativa interior na vítima, afetando a sua auto-estima e segurança nas relações em sociedade.

Não se trata, a distinção ora tratada, de proteção vazia ou fomento ao despropositado enriquecimento. O entendimento reflete, em verdade, o reconhecimento de que a natureza pedagógica da condenação deve sobrepor-se ao seu caráter pecuniário.

6.1.2. Dano Existencial

Entende-se por dano existencial o mal que gera uma alteração negativa na perspectiva de vida do indivíduo, interferindo na sua rotina e causando desilusão em relação a seus anseios e pretensões.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1408908/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112603>. Acesso em: 28 nov. 2014.

Referida compreensão de dano no Brasil vem sendo aplicada, precipuamente, no âmbito da Justiça do Trabalho, em situações nas quais o trabalhador acaba por perder a capacidade de manter-se sujeito ativo de sua própria história, em virtude de exaustiva carga laborativa no decorrer dos anos, anulando-se para atos do cotidiano com familiares e amigos e perdendo, inclusive, aspectos de sua individualidade.

Em verdade, os tribunais vêm percebendo que há um desatendimento estratégico às determinações trabalhistas por diversas empresas, que se sujeitam às sanções legais por observarem que a eventual aplicação destas acaba sendo menos onerosa do que o efetivo atendimento ao ordenamento jurídico (conduta denominada como "risco calculado").

O dano que referida conduta causa ao trabalhador, obstando-o de gozar do convívio com seus familiares e amigos, e, em muitos casos, inclusive, do direito de exercer seu credo religioso, subsiste ao longo dos anos. Considera-se, portanto, que um indivíduo é vítima de um dano existencial quando, em decorrência de determinado fato, passa a apresentar manifestações de renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer natureza, em comprometimento das próprias esferas de desenvolvimento pessoal.

O abalo seria de tal magnitude que impediria que a pessoa continuasse a desenvolver uma atividade que, outrora, lhe seria aprazível e traria realização pessoal, causando prejuízos à sua liberdade de escolha, ao projeto de vida que planejou com vistas à sua realização como ser humano em sociedade e interferindo, sobremaneira, no destino traçado anteriormente. O referido dano imporia à pessoa, portanto, para os que o defendem, uma alteração significativa no curso normal de sua existência.

Apresenta-se, neste diapasão, o entendimento de Júlio César Bebber, para quem o dano em comento "provoca um vazio existencial na pessoa, que perde a fonte de gratificação vital"²⁴².

Amaro Alves de Almeida Neto, por sua vez, esclarece:

Toda pessoa tem o direito de não ser molestada por quem quer que seja, em qualquer aspecto da vida, seja físico, psíquico ou social. Submetido ao regramento social, o indivíduo tem o dever de respeitar e o direito de ser respeitado, porque ontologicamente livre, apenas sujeito às normas legais e de conduta. O ser humano tem o direito de programar o transcórre da sua vida da melhor forma que lhe pareça, sem a interferência nociva de ninguém. Tem a pessoa o direito às suas expectativas, aos seus anseios, aos seus projetos, aos seus ideais, desde os mais singelos até os mais grandiosos: tem o direito a uma infância feliz, a constituir uma família, estudar e adquirir capacitação técnica, obter o seu sustento e o seu lazer, ter saúde física e mental, ler, praticar esporte, divertir-se, conviver com os amigos, praticar sua crença, seu culto, descansar na velhice, enfim, gozar a vida com dignidade. Essa é a agenda do ser humano: caminhar com tranquilidade, no ambiente em que sua vida se manifesta rumo ao seu projeto de vida²⁴³.

Frequentemente, o dano existencial é confundido com o dano moral, do qual, pontua parte da doutrina, seria, em verdade, espécie. Aqueles que defendem a sua existência acreditam que o abalo existencial se apresenta na forma integrada dos chamados "dano ao projeto de vida" e "dano à vida de relações/realizações"²⁴⁴.

Acerca do dano ao projeto de vida, Júlio César Bebber discorre que todo indivíduo, por essência, almeja extrair o máximo de suas capacidades, circunstância que faz com que cada um projete o futuro e faça suas escolhas objetivando a realização do projeto que traçou para a sua vida.

Assim, um evento injusto que frustre o destino traçado, impedindo a sua realização e obrigando a vítima a conviver com o sentimento de fracasso, seria ensejador de um dano existencial, que, por sua natureza, seria irreversível²⁴⁵.

²⁴² BEBBER, Júlio César. *Danos extrapatrimoniais estético, biológico e existencial: breves considerações*. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

²⁴³ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.

²⁴⁴ FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 275.

²⁴⁵ BEBBER, Júlio César. *Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações*. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

Por sua vez, restaria caracterizado o prejuízo à vida de relação de um indivíduo quando, em virtude de ofensas físicas ou psíquicas sofridas, este ser humano se tornasse incapaz de gozar dos prazeres propiciados por pequenas atividades, de natureza recreativa ou extralaboral, a exemplo da prática de exercícios físicos, passeios ao cinema, entre outros²⁴⁶.

Enriquecendo o esclarecimento acima, Hidemberg Alves da Frota pontua que o dano à vida de relação estaria relacionado, em verdade, às relações interpessoais do indivíduo, que o permitem se desenvolver como ser humano, trocando experiências com os seus semelhantes, compartilhando vivências, sonhos, afinidades e amadurecendo, estabelecendo a sua história.

A partir deste conceito, é possível compreender a dimensão de um dano causado à "vida de relação" de determinado trabalhador, em virtude de condutas inadequadas por parte do tomador do seu serviço, a exemplo da exigência constante de sobrejornada²⁴⁷.

Seria o dano existencial, portanto, mais uma faceta do dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofreria prejuízos em sua vida fora do ambiente laborativo, em virtude, porém, de condutas praticadas pelo tomador do trabalho²⁴⁸.

Salta aos olhos, neste contexto, o conteúdo do art. 227, da Constituição de 1988, que, expressamente, estabelece ser "dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar" (art. 227).

²⁴⁶ ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 52.

²⁴⁷ FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010, p. 277.

²⁴⁸ Afirma PONTES DE MIRANDA: "O que se colima é a substituição de ritmo da vida, de prazer, de bem-estar psíquico, que desaparece, por outro, que a indenização permite". Tratado de Direito Privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, T. XXVI, p. 31-33.

Assim, para os que defendem a existência autônoma do dano existencial, a tutela da família exige ao tomador dos serviços que “reconheça ao trabalhador direitos cujo exercício pressupõe que ele saia do trabalho com tempo e energia para se dedicar ao seio de sua família”²⁴⁹.

Em outros termos, seria a ideia de que a proteção à família perpassa pelo consenso entre os interesses do empregador, de utilizar a mão de obra da forma que lhe for mais rentável, e do empregado, de satisfazer as suas necessidades pessoais de conviência familiar e entre amigos²⁵⁰.

Em emblemático julgamento, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região analisou a situação de uma reclamante que acreditava que as jornadas excessivas que lhe eram impostas pelo empregador, uma rede internacional de supermercados, teriam ocasionado danos ao seu convívio familiar, à sua saúde, aos seus projetos de vida, à sua dignidade, dentre outros²⁵¹.

Entendeu o Tribunal que a configuração do dano, em regra, deve ser comprovado de forma inequívoca, salvo nos casos de dano *in re ipsa*. No caso em comento, argumentou que, embora a prestação de horas extras não enseje, a princípio, qualquer dano imaterial/existencial, o trabalho prestado em jornadas que excedem habitualmente o limite legal de duas horas extras diárias, tido como parâmetro tolerável, representaria afronta aos direitos fundamentais e aviltamento do trabalhador. Assim, julgou o TRT da 4ª Região no sentido de admitir a ocorrência de dano existencial em virtude de carga excessiva de trabalho.

Analisando o julgado mencionado, é possível observar que as conclusões alcançadas pelos julgadores decorrem da compreensão de que os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição de 1988, especialmente nos

²⁴⁹ BALLESTRERO, Maria Vittoria. *La Conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi Considerazioni introduttive*. *Lavoro e diritto*, anno XXIII, n. 2, primavera 2009, p. 163.

²⁵⁰ ZIVIZ, Patrizia; CENDON, Paolo. *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2000, p. XXII.

²⁵¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 0002125-29.2010.5.04.0203 RO, em 20/03/2013, Desembargador José Felipe Ledur - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes, Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trt-rs-manda-walmart-indenizar.pdf>>. Acesso em: 14 Ago. 2014.

incisos XIII e XXII, seriam concreções de valores e normas de caráter principiológico, correspondendo a uma manifestação jurídico-objetiva de valor adotada pela Carta Magna.

Ademais, da análise do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais em geral, é possível depreender o direito à livre manifestação da personalidade do trabalhador, abarcando, por óbvio, o desenvolvimento profissional mencionado no art. 5º, XIII CRFB/88. Assim, devem ser fornecidas àquele que exerce determinada atividade laborativa condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Evidente, portanto, que referidos valores e princípios incidem não apenas na relações travadas com o Estado (culminando na chamada “eficácia vertical dos direitos fundamentais”), mas, também, nas situações que envolvem o empregador e o seu subordinado (circunstância que representa a “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” ou “eficácia em face dos particulares”).

Especialmente no que concerne à determinação de duração do trabalho normal não superior a oito horas, é imperioso ponderar que o trabalho em condições “anormais”, isto é, em jornadas extraordinárias, deve atender aos parâmetros estabelecidos pela legislação infraconstitucional, relativamente à restrição à referida garantia jusfundamental.

Pontuadas as devidas ressalvas, e tratando novamente do reconhecimento da existência de danos existenciais pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, destaca-se que, no caso concreto analisado, vislumbraram os julgadores que o empregador, uma rede mundial de supermercados, não atendeu aos limites mencionados acima.

Em verdade, em conduta que revelaria ilicitude, teria a empresa convertido o extraordinário em ordinário, interferindo indevidamente na esfera existencial da parte autora, circunstância que, para o TRT - 4ª Região, dispensaria demonstração, uma vez que a conduta perpetrada, por si só, seria contrária às determinações de valor emanadas dos direitos fundamentais do trabalho já destacados.

Adotando esta linha de raciocínio, o TRT- 4a Região observou que a parte reclamante teve a sua vida particular comprometida em virtude da exigência de jornadas excessivas, afrontando, conforme já destacado, diversos direitos fundamentais. Ademais, a empresa reclamada seria considerada de grande porte, com capacidade econômica hábil a possibilitar o pagamento de indenizações consideradas “padrão” sem qualquer abalo em suas atividades. Por esta razão, entenderam os julgadores pela aplicação de indenização por dano existencial no valor de uma remuneração para cada ano de trabalho ou fração superior a seis meses, considerada a última remuneração percebida pela reclamante.

Alguns meses depois, a 1ª Turma do TRT da 4ª Região consolidou definitivamente o entendimento mencionado, conforme se depreende da análise do julgado abaixo:

DANOS EXISTENCIAIS. JORNADA EXTENUANTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. Em se tratando de condições de trabalho extenuantes, que perduraram ao longo do último ano do contrato de trabalho e que foram reconhecidas judicialmente em reclamatória trabalhista anteriormente ajuizada, **o arbitramento de indenização serve à compensação do prejuízo por ele sofrido, tem relevância suficiente para representar punição à empresa e, ainda, evita que situações análogas se repitam. Quantum indenizatório que se majora de modo que atenda não só a finalidade de compensação pela situação apresentada e atenuação do sofrimento, mas também o intento de punição e repressão à prática reiterada de atos de tal natureza pela reclamada, empresa de grande porte e capacidade econômica²⁵².**

Destaca-se, porém, que, malgrado possua consistente embasamento teórico, o entendimento acerca da existência autônoma do dano existencial em relação ao dano moral não conta com uniformidade na jurisprudência, havendo julgados no sentido de que os prejuízos decorrentes das políticas de trabalho indicadas acima possuiriam, em verdade, natureza moral.

Este é o posicionamento da 1ª Turma do TRT da 3ª Região, que, em agosto de 2014, proferiu decisão condenando a empresa acionada, tomadora dos serviços da

²⁵² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho - 4ª Região, 1a. Turma, 0000414-05.2011.5.04.0251 RO, em 21/08/2013, Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti, Desembargador Marcelo José Ferlin D Ambroso. Disponível em: < <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128648994/recurso-ordinario-ro-4771120125040731-rs-0000477-1120125040731/inteiro-teor-128649004?ref=home>> . Acesso em: 14 Ago. 2014.

acionante, pelos danos causados em virtude de carga extenuante de trabalho, utilizando as mesmas razões consideradas pelos eméritos desembargadores do TRT – 4ª Região, dissonando, porém, em sua conclusão. Veja-se:

DANO EXISTENCIAL. A indenização por **dano moral** decorrente do contrato de trabalho pressupõe a existência de um ato ilícito praticado pelo empregador, de um prejuízo suportado pelo ofendido e do nexo de causalidade entre a conduta injurídica do primeiro e o dano experimentado pelo último, a teor dos arts. 186, 927 do CC e art. 7º, XXVIII da CR/88. **Verificando-se no caso em discussão que o reclamado exigia cumprimento de jornada desumana e extenuante de trabalho, com patente prejuízo ao direito ao descanso e ao lazer, não há dúvida quanto à configuração dos danos morais**²⁵³.

Da análise do julgado acima, infere-se que os prejuízos à vida do indivíduo foram igualmente reconhecidos, todavia, entenderam os julgadores tratar-se de típica situação envolvendo danos morais, com base, principalmente, no art. 5º, X, da CRFB/88, segundo o qual são invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

De todo modo, imperioso perceber que, independentemente da categoria em que doutrinadores e jurisprudência enquadram o dano existencial, autônomo ou como espécie de um dano moral, é certo que essa constante extrapolação abusiva dos limites de jornada, alijando o indivíduo do convívio social, não vem passando despercebida, sendo a lesão ao direito à saúde e bem-estar extremamente condenada e punida de forma cada vez mais severa.

6.1.3. Dano Afetivo

A discussão acerca da possibilidade de existência do chamado “dano afetivo” surgiu no âmbito do Direito de Família, em situações envolvendo o abandono de um dos genitores em relação aos seus filhos.

²⁵³ BRASIL. TRT-3 - RO: 01527201308603004 0001527-60.2013.5.03.0086, Relator: Convocado Paulo Eduardo Queiroz Goncalves, Primeira Turma, Data de Publicação: 06/08/2014 05/08/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 64. Boletim: Sim. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 14 Ago. 2014.

Seja na doutrina ou na jurisprudência, as opiniões divergem no seguinte sentido: há quem defenda que o abandono afetivo na filiação encontra solução dentro do próprio direito de família, com a destituição do poder familiar, e há quem acredite que reparações pecuniárias são capazes de compensar a vítima, restando comprovado o dano moral.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por exemplo, ao deparar-se com um caso em que o demandante (na condição de pai e esposo) havia mudado para outro país, e, após iniciar um novo relacionamento amoroso, teria abandonado a família, afetiva e financeiramente, posicionou-se no sentido da impossibilidade de arbitramento de indenizações a título de danos morais, por ser “impossível compelir judicialmente uma pessoa a amar a outra”²⁵⁴.

Com efeito, entenderam os julgadores que, para a caracterização da infração geradora de ilicitude, “seria necessária uma conformação de situação que excepcionasse uma normalidade de comportamentos possíveis e se extremasse uma situação de danos, de forma clara e irrefutável”, ressaltando, ainda, que também não haveria que se falar em dever de indenizar em virtude de ruptura do relacionamento afetivo havido entre cônjuges, sendo irrelevante o motivo ensejador do rompimento.

A propósito:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ROMPIMENTO DE RELACIONAMENTO AMOROSO - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA - DANO MATERIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO EFETIVA - SENTENÇA MANTIDA. – A ruptura de um prolongado e estreito relacionamento afetivo, qualquer que seja o fato motivador, gera mágoa, raiva, sensação de abandono, frustração de sonhos e expectativas, contudo, tais fatos não são aptos a ensejar o dever de reparação. - O dever de indenizar estaria presente se verificado que houve abuso ou ato exagerado por parte do agente, violência física, moral, atentado contra o honra e a dignidade, externados no modo como for finalizado o relacionamento, o que não é o caso dos autos. Para o deferimento da indenização por danos materiais é imprescindível a prova concreta dos efetivos danos, sendo este ônus do autor, nos termos do art. 333, I do CPC. (Apelação Cível 1.0382.10.007482-4/001 - TJMG - Rel. Des. Wanderley Paiva - Julg. 25.07.12).

²⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça - MG, Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 07/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 15ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114647662/apelacao-civel-ac-10194090997850001-mg/inteiro-teor-114647711>. Acesso em: 14. Jan. 2015.

Concluíram os julgadores, então, que o abandono afetivo, embora lamentável, não poderia ser considerado ato ilícito, estando ausentes, assim, os requisitos necessários ao dever de indenizar.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, porém, firmando-se de maneira oposta ao entendimento acima, proferiu acórdão recente no sentido da responsabilidade civil do genitor em virtude do abandono do seu filho²⁵⁵.

Entenderam os julgadores, na oportunidade, que o objeto da lide não seria o sentimento de um pai em relação ao seu filho – que, de fato, não poderia ser concedido ou inserido no coração da parte por ato judicial – mas, sim, a responsabilidade pela omissão no dever que decorreria da paternidade.

Defendeu o acórdão, que:

A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no caráter dos filhos (em seus espíritos) os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cômicos da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter.

Esclareceu, neste sentido, ciência de que não caberia ao Poder Judiciário impor a um indivíduo que nutrisse qualquer tipo de sentimento ou mantivesse alguma relação afetiva com outrem - ainda que se tratasse seu filho -, tarefa incumbida, tão somente, à consciência de cada um, em seu discernimento pessoal, sopesando valores e princípios apreendidos.

Todavia, para o Tribunal de Justiça de São Paulo, aos operadores do Direito, em missão de pacificação social, caberia a busca pela reparação de injustiças, dentre as quais se incluiria o abandono de um genitor em relação a sua prole.

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Ramon Mateo Júnior. Data de Julgamento: 14/05/2014, 7ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120405091/apelacao-apl-57805420108260103-sp-0005780-5420108260103/inteiro-teor-120405100>>. Acesso em: 12. Jan. 2015.

De todo o exposto, conclui-se que, no que concerne à reparação por danos decorrentes do abandono afetivo, vem caminhando a jurisprudência no sentido de admitir reparação pecuniária apenas nos casos em que reste comprovada a existência dos requisitos caracterizadores da responsabilidade civil. Torna-se essencial, portanto, a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta omissiva do(a) genitor(a) e o dano psicológico efetivamente sofrido pelo(a) filho(a).

Isto porque, malgrado não seja o Poder Judiciário capaz de impor às partes uma relação afetiva, possui meios de responsabilizar os pais pelo descumprimento de deveres jurídicos decorrentes do poder familiar, entre os quais se insere o de assistência, em sentido amplo, aos seus filhos.

6.1.4. Dano por Rompimento de Noivado

O compromisso assumido entre noivos é denominado pela doutrina como “esponsais”, sendo caracterizado como um contrato misto, por envolver aspectos do direito das obrigações e do direito de família.

Trata-se, portanto, de um pacto matrimonial firmado pelos noivos, cuja natureza jurídica estaria relacionada a um contrato de direito obrigacional, com repercussão no direito de família.

Atualmente, porém, considerando que o direito de família e o direito das obrigações pátrios não dispõem, especificamente, sobre os sponsais, a promessa de casamento e os atos relacionados à celebração encontram-se regidos pela teoria da responsabilidade civil e, por conseguinte, pelo princípio da boa fé objetiva, conforme esclarece Carlos Roberto Gonçalves:

O fato do nosso legislador não ter disciplinado os sponsais como instituto autônomo demonstra, conforme assinala a doutrina, que preferiu deixar a responsabilidade civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito²⁵⁶.

256 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

E, conforme já abordado amplamente neste trabalho, o instituto da responsabilidade civil impõe, em síntese, “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”²⁵⁷, devendo ser analisados três aspectos para a sua configuração: conduta (comissiva ou omissiva) de ato ilícito, dano e nexa causal.

Na situação específica do rompimento de noivado, observa-se que a promessa de casamento caracteriza a conduta comissiva a ser verificada. Todavia, a caracterização do dever de indenizar tem esbarrado, de forma majoritária na jurisprudência e na doutrina, na necessária distinção entre “dor” e “dano moral”.

Com efeito, malgrado seja inquestionável que o desfazimento de um noivado, especialmente se ocorrido às vésperas da data marcada para o casamento, seja capaz de gerar na “vítima” vergonha, humilhação e dor, estes sentimentos não configuram, de forma direta, um dano imaterial, que exige a existência de um ato ilícito. E, por óbvio, a despeito de não ser desejável, o rompimento da relação amorosa, por si, não caracteriza qualquer ilicitude.

Nesse sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo. **O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.**²⁵⁸

Ao deparar-se com situação semelhante, em que o réu teria abandonado a autora 10 (dez) dias antes do casamento, o MM. Juiz Renato Castro Teixeira Martins²⁵⁹ adotou posicionamento neste mesmo sentido, esclarecendo:

²⁵⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. Editora Malheiros, 2006, p. 23.

²⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005 (p. 565).

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça – DF. APL: 118196920088070005 DF 0011819-69.2008.807.0005, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 10/03/2010, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 05/04/2010, DJ-e Pág. 99. Disponível em: <http://tj->

No caso dos autos, não há nenhuma prova de que o réu tenha feito falsas promessas ou de que, deliberadamente, enganou a autora até as vésperas da cerimônia. Ao contrário, vê-se que a insegurança do réu, gerada provavelmente por imaturidade ou falta de amor suficiente, fez com que tivesse rompido o noivado poucos dias antes da data prevista para o casamento. **Seja como for, ainda que o réu tenha resolvido terminar o relacionamento quando o casamento já estava a prestes a ocorrer, é melhor que assim o tenha feito, ao invés de, sem amor e inseguro, romper o relacionamento depois de algum período de duração do vínculo matrimonial.** Esta sentença não é espaço para divagações filosóficas, muito menos para tentar definir, medir ou discutir o que é o amor. Mas é forçoso concluir que se ele não existia, o casamento de fato não deveria ter ocorrido. E provavelmente se o réu esperou até a véspera da cerimônia para evitar um mal maior, o mais importante é verificar que ele foi evitado. **Pode ter o réu agido covardemente, mas, ao menos sob a ótica deste Juízo, não o fez ilícitamente. Assim, por não vislumbrar nenhum ato ilícito praticado pelo réu - conquanto reconheça que ele não agiu da forma ideal -, tenho que a pretensão da autora não pode ser acolhida.**

Evidente, portanto, que a promessa de casamento (noivado) não possui proteção expressa no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual seu desfazimento, por si só, não configura ato ilícito.

Confirmam-se, no mesmo sentido, os seguintes julgados:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ROMPIMENTO DE NOIVADO. ATO LÍCITO. DANO MORAL INEXISTENTE. **EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.** DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO. I. **A OPÇÃO PELO DESFAZIMENTO DO NOIVADO INSERE-SE NO PLANO INDEVASSÁVEL DA LIBERDADE PESSOAL DE AUTODETERMINAÇÃO DO NUBENTE.** II. HAVENDO AMPLA E IRRESTRITA LIBERDADE PARA COMEÇAR E TERMINAR VÍNCULOS AFETIVOS, CONTRAIR E DESFAZER NÚPCIAS, NÃO SE PODE IDENTIFICAR NENHUM VESTÍGIO DE ANTIJURIDICIDADE NA CONDUTA DAQUELE QUE, POR QUALQUER MOTIVO DE FORO ÍNTIMO, DECIDE POR FINDER O NOIVADO. III. **O NOIVO QUE EXPRESSA DIRETAMENTE SEU DESÍGNIO DE ENCERRAR O RELACIONAMENTO E NÃO PRÁTICA ATOS ABUSIVOS OU CENSURÁVEIS TRANSITA NO LEITO DA LEGALIDADE E NÃO SE EXPÕE AO DEVER DE INDENIZAR.** IV. NINGUÉM É DEVEDOR DE CARINHO, DE TERNURA OU DE AMOR, DE MANEIRA QUE O SOFRIMENTO RESULTANTE DO DESENLAÇAMENTO AFETIVO, POR SER IMANENTE A ESSE TIPO DE SITUAÇÃO, NÃO PODE SER CONSIDERADO OFENSA MORAL PASSÍVEL DE COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA. V. **O SIMPLES TÉRMINO DE RELAÇÃO AMOROSA, CONQUANTO NATURALMENTE DESPERTE DESCONTENTAMENTO E INCONFORMISMO, NÃO GOLPEIA ATRIBUTOS DA PERSONALIDADE**

E POR ISSO NÃO CONFIGURA DANO MORAL. VI. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO²⁶⁰.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ROMPIMENTO DE NOIVADO - DANOS MATERIAIS - COMPRA DE CASA - CONTRIBUIÇÃO FINANCEIRA DE AMBAS AS PARTES - DEVER DE INDENIZAR PROPORCIONALMENTE AO VALOR GASTO POR CADA UM - DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS - AUSÊNCIA DE COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO - ROMPIMENTO QUE SE DEU SEM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA EXCEPCIONAL QUE PUDESSE CARACTERIZAR ATO ILÍCITO - CONDENAÇÃO AFASTADA RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO Não ostenta procedência o pleito de indenização por dano moral em decorrência de rompimento de noivado, visto esse fato por si só não constituir ato ilícito²⁶¹.

É de se destacar, inclusive, que, mesmo nos casos em que o desfazimento do noivado tenha ocorrido em virtude de comprovada traição de uma das partes, vêm entendendo os tribunais que o dano só seria indenizável em caso de constrangimento público, em que a vítima da infidelidade fosse colocada em situação vexatória, no meio social e familiar.

Vejam os:

INDENIZATÓRIA. ROMPIMENTO DE NOIVADO. DEVER LEGAL DE FIDELIDADE QUE NÃO SE APLICA AOS NOIVOS.

Decepção amorosa que não é indenizável. Conduta de terceiro estranho à lide que não é aferível. Dano Moral rejeitado. Cancelamento do futuro matrimônio que rende somente indenização de ordem material. Prejuízos financeiros decorrentes de contratos realizados (convites, flores e festa). Reconvenção. Cobrança indevida. Má-fé não provada. Recurso parcialmente provido²⁶².

Os posicionamentos colacionados indicam, portanto, que os tribunais, de maneira geral, enxergam o noivado como sendo o período de tempo reservado à confirmação dos sentimentos entre os nubentes, razão pela qual o seu rompimento

²⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça – DF. APC: 20120110392566 DF 0011350-93.2012.8.07.0001, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 28/08/2013, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 12/09/2013 . Pág.: 103. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115993650/apelacao-civel-apc-20120110392566-df-0011350-9320128070001>. Acesso em: 10. Jan. 2015.

²⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça – PR, Relator: José Augusto Gomes Aniceto, Data de Julgamento: 31/05/2012, 9ª Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21902044/8768741-pr-876874-1-acordao-tjpr/inteiro-teor-21902045>. Acesso em: 05. Jan. 2015.

²⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça – SP. Relator: Rômulo Russo, Data de Julgamento: 11/12/2014, 7ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157503123/apelacao-apl-24347220098260510-sp-0002434-7220098260510/inteiro-teor-157503133>>. Acesso em: 05. Jan. 2015.

não poderia, a não ser em casos especialíssimos, configurar ato ilícito, hábil a ensejar reparação por danos morais.

Interessante observar, ainda sobre eventuais danos causados em virtude do rompimento do noivado por traição, que o pleito pode advir, justamente, daquele(a) que agiu em deslealdade com o seu parceiro(a).

Com efeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo deparou-se, em 2013²⁶³, com situação na qual o ex-noivo ajuizou ação reparatoria alegando que a sua ex-nubente, ao expor o fato de ter sido traída a todos do meio social em que vivia, teria causado danos à imagem do demandante, impedindo-o de iniciar novos relacionamentos.

Entenderam os desembargadores, porém, que os fatos relatados pela ré tinham como destinatários os seus familiares e amigos, isto é, pessoas do seu convívio mais próximo. Referida conduta não poderia ser reputada como danosa, uma vez que teria a ré também o direito de demonstrar a sua versão dos fatos, principalmente porque o caso especificava amigos em comum entre as partes.

O julgado levou em consideração, ainda, a circunstância de que a acionada não havia faltado com a verdade em nenhum momento, tendo em vista que os e-mails juntados com a própria inicial comprovavam que, desde o casamento anterior, o acionante não cumpria com os deveres atinentes ao matrimônio, consistentes no respeito, fidelidade e cooperação mútua.

Por tais razões, entendeu o Tribunal que acolher a pretensão do suplicante seria o mesmo que “premiar uma conduta, embora não antijurídica, repugnante, e em desacordo com os bons costumes e valores sociais que ainda merecem preservação”²⁶⁴.

²⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça - SP, Relator: Helio Faria, Data de Julgamento: 11/12/2013, 8ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119593791/apelacao-apl-118069120128260008-sp-0011806-9120128260008/inteiro-teor-119593801>>. Acesso em: 12. Dez. 2014.

²⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça - SP, Relator: Helio Faria, Data de Julgamento: 11/12/2013, 8ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: < <http://tj->

Independentemente da posição adotada por cada juiz singular ou tribunal, o considerável número de demandas versando sobre o tema, especialmente quando ausente a justa causa, denota uma banalização do instituto da responsabilidade civil, demonstrando evidente difusão da ideia de que o Direito pode/deve ser utilizado como instrumento de vingança, pensamento que, por óbvio, deve ser combatido, e não estimulado pelos magistrados.

6.2. DIAGNÓSTICO DAS CAUSAS DO SUPERDIMENSIONAMENTO DE DANOS

Na busca de apresentação de um diagnóstico acerca da situação em que hoje se encontra o instituto da responsabilidade civil, reputa-se válida, para fins didáticos, a retomada, em síntese, de alguns pontos amplamente tratados neste estudo.

Com efeito, Anderson Schreiber, ao tratar do que chama de “novos paradigmas da responsabilidade civil”²⁶⁵, apresenta as mudanças que acredita ter acontecido nos pilares tradicionais do instituto, com gradual deslocamento de importância de comprovação da culpa e do nexo de causalidade para a reparação do dano sofrido pela vítima.

De acordo com o autor, o sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se em três pilares: a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Neste sentido, a vítima de um dano, para que visse o seu prejuízo ressarcido, haveria de demonstrar, perante os tribunais, o caráter culposo (*lato sensu*) da conduta do ofensor, demonstrando o nexo de causalidade existente entre a conduta perpetrada e o dano supostamente causado.

Tradicionalmente, portanto, estes elementos eram vistos como filtros da reparação, no sentido de que a sua demonstração, em maior ou menor grau, legitimava as demandas de indenização que mereceriam acolhimento jurisdicional.

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119593791/apelacao-apl-118069120128260008-sp-0011806-9120128260008/inteiro-teor-119593801>. Acesso em: 12. Dez. 2014.

²⁶⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

Atualmente, porém, ainda de acordo com as lições de Schreiber, teria havido a erosão destes filtros, em virtude, principalmente, de uma sensibilidade cada vez maior dos tribunais à necessidade de se garantir alguma reparação à vítima do dano, assim como em razão da diminuta relevância que vem recebendo a comprovação da culpa²⁶⁶.

Sobre esta diminuição da relevância da comprovação da culpa, interessante retomar a lição de Maria Celina Bodin de Moraes²⁶⁷, quando pontua que, com a industrialização, o conceito de “acidente” não pôde mais ser identificado como outrora, em uma visão fortemente tradicionalista, uma vez que as relações em sociedade passaram a se apresentar na maior parte dos casos massificadas.

Por esta razão, determinado evento danoso decorrente de um acidente, qualquer que fosse a sua natureza, não poderia mais ser interpretado como obra do caso, algo excepcional. Passou-se, então, a enxergá-lo não como mera fatalidade, mas como um fenômeno normal da vida em sociedade, estatisticamente calculável²⁶⁸.

Isto porque, em virtude da organização coletiva complexa alcançada pela sociedade a partir da industrialização, tornar-se-ia irressarcível qualquer dano, caso fossem averiguados a culpa e o comportamento voluntário ou controlável pela vontade do agente lesivo.

Essa teria sido a razão, de acordo com a doutrinadora, pela qual a responsabilidade civil centrada exclusivamente na concepção de culpa teria entrado em colapso. Na nova concepção de sociedade – complexa e plural –, a ressarcibilidade do indivíduo injustamente lesado não poderia ficar ao exclusivo alvedrio da necessidade de identificar e provar quem de fato teria agido de forma negligente, para fim de estabelecer a imputação dos danos injustamente sofridos²⁶⁹.

²⁶⁶ Idem.

²⁶⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. *Risco, Solidariedade e Responsabilidade Objetiva*. In: Revista dos Tribunais, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ LAGO JÚNIOR, Antônio. *A Responsabilidade Civil à Luz da Boa-fé Objetiva: uma Análise a Partir dos Deveres de Proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

Dai, então, os marcos teóricos da responsabilidade civil modificaram-se radicalmente.

Referida mudança consolidou-se, então, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou a incutir nos operadores do Direito, em definitivo, a ideia de que o instituto da responsabilidade civil deve ser utilizado como um instrumento direcionado à proteção dos direitos considerados existenciais do indivíduo.

A dignidade humana revelou-se, neste processo, como o grande balizador para a escolha dos direitos merecedores de tutela pelo sistema. Entretanto, a natureza aberta do referido axioma, sem o preencimento do seu conteúdo pelos demais princípios existentes no ordenamento jurídico pátrio, acabou por dar origem a situações indicativas da sua vulgarização, ao invés da sua proteção.

Os tópicos abaixo propõem-se, então, após todo o estudo já elaborado, a identificar os elementos que teriam contribuído, de forma decisiva, para que o instituto da responsabilidade civil alcançasse a situação atual, de contínua e incessante proliferação de novos danos reparáveis, oportunidade após a qual será apontada o que se acredita ser uma possível solução para este problema.

6.2.1. Assimilação da Responsabilidade Civil pela Teoria dos Direitos da Personalidade e a Impropriedade do Elemento “Dor”

A nova ordem constitucional, na busca da consagração do direito a uma ordem jurídica justa como ferramenta de concretização dos direitos fundamentais, acabou por ocasionar o nascimento de um direito de ação que, quando não exercido dentro de determinados limites, deve ser prontamente reprimido, sob pena de perder-se o ponto de equilíbrio para que um direito não passe a ser usado na conquista de resultado diverso, que não a pacificação social, repercutindo, desta forma, em uma real vulgarização de institutos clássicos, como a Responsabilidade Civil.

Isto porque o caráter extremamente aberto do comando de tutela da personalidade, como incorporado hoje, afasta uma utilidade concreta definitiva que lhe permita ser considerado, em muitos casos, como critério selecionador de danos ressarcíveis. Na prática, conforme restou comprovado no capítulo anterior, o que se verifica é que, em muitas situações, a simples invocação da tutela da personalidade já costuma ser suficiente para o reconhecimento do dano não patrimonial, remanescendo como único problema verdadeiro a quantificação do dano sofrido.

Neste sentido, a análise dos julgados vem indicando que qualquer situação jurídica subjetiva pode vir a ser idônea a resguardar os aspectos extrapatrimoniais da personalidade, notadamente quando se vislumbra a impropriedade do critério “dor”, cuja subjetividade acaba por colaborar para a existência de decisões sem fundamento algum, incompatíveis, inclusive, com os valores ali envolvidos.

Sobre a impropriedade do critério da dor, Anderson Schreiber pontua ser um engano considerar o dano “não como a lesão a um interesse extrapatrimonial, mas como a consequência extrapatrimonial da lesão a um interesse qualquer”²⁷⁰.

Arremata o autor afirmando:

A concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral. A consequência (dor, sofrimento, frustração) que a lesão à honra possa vir a gerar é irrelevante para a verificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a quantificação da indenização a ser concedida. Nem aí, todavia, é imprescindível. E, certamente, em nada auxilia como critério de verificação do merecimento de tutela dos interesses lesados²⁷¹.

Ilustrativo, neste contexto, o julgado abaixo, em que, ponderando sobre a existência, ou não, de danos morais pelo uso não consentido da imagem da parte autora, os desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina divergiram em seu entendimento, justamente por não haver consenso acerca do conceito de dor no caso concreto. Veja-se:

²⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 133.

²⁷¹ Ibidem, p. 134.

RESPONSABILIDADE CIVIL. PUBLICAÇÃO DE IMAGEM EM REVISTA DISTRIBUÍDA AOS COLABORADORES DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE CONTEXTO OFENSIVO. EVIDENTE CARÁTER POSITIVO DA REPORTAGEM. AUSÊNCIA DE DANOS MORAIS. A publicação de fotografia em revista veiculada pela empresa requerida, retratando a autora, sem qualquer referência ofensiva ou aviltante, dentro de um contexto positivo, não pode representar prejuízo à imagem. Dano moral inexistente. **POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO**²⁷².

O relator do caso, Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, entendeu, na oportunidade, que apenas haveria configuração de ofensa moral se a imagem utilizada o fosse de forma “humilhante, vexatória, desrespeitosa, acarretando dor, vergonha, angústia e sofrimento ao seu titular”. E, como a reportagem em que a fotografia da autora fora utilizada possuía conteúdo favorável, não restaria caracterizada qualquer agressão à imagem da autora/apelante.

Por outro lado, o Des. Paulo Roberto Lessa Franz, na condição de revisor, entendeu que a violação ao direito à imagem, inserto entre aqueles ínsitos à personalidade, mediante a reprodução inconstentida de fotografia, com fins comerciais, seria circunstância apta a ensejar “lesão ao patrimônio moral da demandante, sendo despiciendo indagar-se sobre efetivo prejuízo suportado por esta, colorindo a hipótese o dano *in re ipsa*”.

Mencionada conclusão não significa, porém, que o acolhimento de demandas absurdas ocorre por criatividade ou mero capricho dos julgadores. Em verdade, acredita-se que o fenômeno de expansão desmedida dos danos ressarcíveis decorre, dentre outros elementos, de eloquentes argumentações acerca do dever de proteção da dignidade da pessoa humana e dos interesses do indivíduo, situação a que Xavier Pradel denomina como “inflação dos direitos da personalidade” e “absorção da responsabilidade civil pela teoria dos direitos da personalidade”²⁷³.

Atentos a esta realidade, doutrinadores empenham-se em tentativas de especificar o conceito de dignidade humana. Todavia, por enquanto, nem o recurso às

²⁷² BRASIL. TJ-RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 31/10/2013, Décima Câmara Cível. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

²⁷³ PRADEL, Xavier. *Le Préjudice dans le Droit Civil de la Responsabilité*. Paris: LGDJ, 2004.

especificações conceituais têm se mostrado hábeis a ser utilizadas como critério para a definição dos interesses merecedores de tutela.

Ao revés, as decisões prolatadas demonstram, em sua maioria, que a alusão à dignidade da pessoa humana, sem um fundamento teórico que a legitime, tem resultado na banalização do bem que mais se almeja proteger, justamente como vem acontecendo com o instituto da boa-fé objetiva²⁷⁴, também fruto da constitucionalização do Direito Privado, amplamente abordada neste estudo²⁷⁵.

Há, portanto, o estabelecimento do princípio da reparação integral da pessoa de forma desarrazoada, como norteador da necessidade de se indenizar o indivíduo na totalidade de suas perspectivas e em observância a todo e qualquer dano sofrido.

Isto porque a Constituição de 1988, buscando auxiliar o processo de redemocratização do país, por meio da elevação do indivíduo ao centro das atenções da ciência jurídica, acabou por dar origem a um sem número de colisões de interesses, todos, ao menos em tese, legítimos²⁷⁶.

Por tais razões, houve, nos últimos anos, a proliferação das demandas que encerram pedidos de indenização por danos extrapatrimoniais, culminando no que os estudiosos chamam de “indústria do dano moral”, fato que, certamente, não pode ser atribuído, tão somente, à conduta dos cidadão em sociedade.

Importante ponderar que, para parte da doutrina²⁷⁷, a expressão acima destacada, além de pejorativa, indica uma realidade, a princípio, inexistente, já que não haveria que se falar em indústria do dano moral, sendo a proliferação de ações por danos extrapatrimoniais justificada da seguinte forma:

²⁷⁴ Nas palavras de Nelson Rosendal, a boa-fé objetiva se assemelha a uma “janela que se abre para os modelos de comportamento, deveres de conduta e uma série de valores que radicam imediatamente na Constituição Federal, como a solidariedade, e mediatamente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.167

²⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁷⁶ CAPPELARI, Récio. *Os novos danos à pessoa na perspectiva da repersonalização do Direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

²⁷⁷ Neste sentido: CAPPELARI, Récio. *idem*.

Na verdade, a compreensão destes fenômenos, na visualização de que são realmente as grandes empresas as maiores produtoras de danos, e também em razão da própria mudança do eixo de valoração jurídica do patrimônio para a pessoa humana, no qual o próprio ser humano é quem merecerá a maior tutela, fez com que o Poder Judiciário começasse a dar guarida às diversas pretensões contidas nas demandas que versam sobre danos morais, destarte, desde já se declina o entendimento de que efetivamente não existe a referida indústria do dano morai, sendo que a existência de um grande número de demandas neste sentido, antes de ser fruto da criação forçada de alguns profissionais inescrupulosos, tem real origem no excessivo ferimento aos direitos do cidadão, para os quais o próprio Estado Neoliberal e os grandes conglomerados econômicos por si só já dão conta de fazer surgir, produzindo grande quantidade de matéria –prima nesse sentido, posto que tais, na busca do lucro a qualquer custo, atropelam a singularidade do cidadão e o respeito ao próximo (...), fato que, verdadeiramente aliado à mudança de paradigmas jurídicos, reflete-se concretamente no mundo do Direito e, proporcionalmente, aumentando o número de demandas, em que esses pleitos estão sendo devidamente apreciados pelo Poder Judiciário²⁷⁸.

De todo modo, independentemente da posição que se adote, é necessário que o Poder Judiciário esteja atento ao fenômeno de expansão dos danos indenizáveis e, ainda, às razões do seu surgimento, adquirindo a necessária aptidão para enfrentar as temáticas indenizatórias e sabendo discernir as hipóteses em que resta presente o direito à reparação da pessoa daquelas em que os pleitos que nada têm de meritórios.

6.2.2. A Impropriedade do Critério da Relevância Social e a Busca Desmedida de Reparação Integral dos Danos

Consoante demonstrado no item anterior, em uma considerável parcela das demandas levadas ao Judiciário, por detrás de denominados “novos danos” estão processos dolosamente ajuizados por indivíduos que, por meio de persuasivas argumentações acerca da dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade e garantias fundamentais, acabam por delinear contornos de danos, em verdade, inexistentes.

É certo que, em muitos casos, também se vislumbra o inverso: empresas que se aproveitam da proporção “custo-benefício” no caso concreto para adquirir o maior

²⁷⁸ CAPPELARI, Récio. *Os Novos Danos à Pessoa na Perspectiva da Repersonalização do Direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

proveito econômico possível²⁷⁹. Nestes casos, porém, os Tribunais já atentaram para o problema e passaram a promover, de maneira cada vez mais recorrente, à majoração da quantia indenizatória como forma de coibir o comportamento abusivo, ao passo que, em relação às demandas ajuizadas por autores que visam, tão somente, a real possibilidade de auferir alguma vantagem monetária, a jurisprudência parece não possuir o mesmo controle da situação.

Neste cenário, vislumbra-se de forma muito clara que a responsabilidade civil vem sendo utilizada para a proteção de todo e qualquer direito inerente ao indivíduo, até mesmo para aqueles que sequer existem. Não se está aqui a dizer, por óbvio, que o instituto não seja uma ferramenta para a proteção dos direitos da pessoa. Porém, por meio de entendimentos doutrinários especializados e posicionamentos jurisprudenciais, demonstra-se que nem toda situação fática alegada envolve a violação de um direito fundamental, ou que, em muitas destas demandas, as modalidades tradicionalmente previstas pelo ordenamento já seriam capazes de promover à reparação de forma eficaz.

Assim, acredita-se que a busca de reparação integral dos danos, quando ausente o necessário substrato jurídico, acaba por banalizar o instituto da responsabilidade civil, tendo em vista que, no afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário vem dispensando, com facilidade, a necessidade de comprovação dos elementos constitutivos do direito alegado, demonstrando preocupação não com quem gerou o dano, mas com quem seria capaz de suportá-lo²⁸⁰.

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes: “Ressarcíveis não são os danos causados, mas sim os danos sofridos, e o olhar do Direito volta-se totalmente para a proteção da vítima”²⁸¹.

Nada obstante a finalidade almejada no sentido de reparação integral seja, a princípio, louvável, o problema passa a ser o fato de que, no que se refere aos

²⁷⁹ Assunto especificamente tratado no item 3.3.2. deste estudo.

²⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 5^a. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Deveres parentais e responsabilidade civil*. In: Revista de Direito de Família, v. 31, 2005, p. 55.

danos à pessoa, os elementos de aferição do prejuízo ensejado pelo dano são indiscutivelmente diversos daqueles entabulados em um viés patrimonial.

Isto porque, em relação aos danos patrimoniais, é plenamente possível que a quantia estipulada a título de ressarcimento equivalha exatamente à perda sofrida pela vítima, uma vez a valoração do bem jurídico protegido permite essa relação de equivalência. Por outro lado, no que concerne aos danos à pessoa – extrapatrimoniais - “a equação gravita em torno da restauração do ânimo do lesado, ou da devolução a seu equilíbrio ideal, ou seja, de valores imateriais ou incorpóreos.²⁸²” Assim, é necessária a eleição de critérios razoáveis e eficazes para a compensação dos danos, pois, como sublinha Viney:

L'évolution législative et jurisprudentielle révèle qu'aujourd'hui ce principe n'est plus universellement admis et qu'il recèle en lui-même une force d'expansion qui risque de conduire à des abus. Il est d'abord frappant de constater que plusieurs des textes qui sont intervenus pour réformer certains secteurs du droit de la responsabilité ont apporté des dérogations l'idée d'une tarification légale de certaines indemnités et qu'il est aujourd'hui de plus en plus sérieusement question de définir avec précision les dommages réparables et de réglementer le taux des indemnisations. Mais c'est surtout l'évidence des difficultés rencontrées par la jurisprudence dans l'application de ce principe de réparation qui permet de mettre en doute sa valeur universelle.

Tradução livre: A evolução legislativa e jurisprudencial revela que atualmente esse princípio não é mais universalmente admitido e que ele contém nele mesmo uma força de expansão que conduz ao risco de abusos. Assim, é impressionante constatar que diversos textos que se são destinados a reformar certos setores do direito da responsabilidade civil tem contido derrogações mais ou menos importantes a essa regra da reparação integral, seja instituindo limites de reparação, seja mesmo introduzindo a ideia de uma tarifação legal de certas indenizações e que atualmente de mais a mais é seriamente questionada a definição com precisão dos danos reparáveis e da regulamentação do índice das indenizações. Mas, é sobretudo a evidência das dificuldades encontradas pela jurisprudência na aplicação desse princípio de reparação aos danos que permite colocar em dúvida o seu valor universal²⁸³.

É possível afirmar, portanto, que a constitucionalização do direito ao integral ressarcimento dos danos também pode ser indicada como um acontecimento responsável pela alteração paradigmática sofrida pela responsabilidade civil, tendo em vista que, atualmente:

²⁸² BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação civil por danos morais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 105.

²⁸³ VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité*. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2007, p. 146.

Le droit de la responsabilité s'adapte pour toujours trouver un moyen d'indemniser les victimes. Le Droit à réparation des victimes n'est d'ailleurs plus seulement une règle de simple responsabilité civile: il est devenu aujourd'hui un véritable principe constitutionnel.

Tradução livre: O direito da responsabilidade se adapta para sempre encontrar um meio de indenizar as vítimas. O direito à reparação das vítimas, assim, não é mais somente uma regra de simples responsabilidade civil: ele se tornou, hoje, um verdadeiro princípio constitucional²⁸⁴.

A despeito de toda a argumentação disposta a fundamentar a integral reparação dos ofendidos por danos extrapatrimoniais, é imperioso destacar que, em face das consideráveis alterações pelas quais vem passando o instituto da responsabilidade civil na contemporaneidade, o mais adequado seria defender que o compromisso com os direitos atinentes às pessoas se refere não propriamente à expectativa da *restitutio in integrum* quando do ferimento aos seus direitos e do ensejamento de danos, mas, em verdade, de uma proteção ainda mais adequada e condizente especialmente com a preservação dos direitos da personalidade, denominada *manutentio in integrum*²⁸⁵, com o objetivo de promover à proteção dos indivíduos contra o dano, e não em função dele.

O tópico seguinte deste estudo propõe-se, justamente, a esclarecer a necessidade de uma refundamentação da responsabilidade civil, analisando-a sob um viés preponderantemente preventivo, como sendo talvez a única maneira de se viabilizar eficazmente a aplicação do instituto, tornando possível falar-se em uma nova garantia de proteção à integridade dos direitos, através da *manutentio in integrum* das garantias fundamentais - individuais e coletivas -, notadamente daquelas com caráter imaterial e essenciais à salvaguarda da dignidade humana.

Neste sentido, esclarecedor o ensinamento de Anderson Schreiber, no sentido de que: “a manutenção de um remédio exclusivamente pecuniário aos danos extrapatrimoniais induz à conclusão de que a lesão a interesses existenciais é a todos autorizada, desde que se esteja disposto a arcar com o ‘preço’

²⁸⁴ LAMBERTFAIVRE, Yvonne. *L'Évolution de la Responsabilité Civile D'une Dette de Responsabilité à Une Créance D'indemnisation*. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v.86, n.º1, Paris: Dalloz, 1987, p. 14

²⁸⁵ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

correspondente²⁸⁶”, o que, naturalmente, desvirtua o caráter protetivo da medida.

O descompasso que vem sendo evidenciado na proteção so ponto de vista meramente repressivo dos valores extrapatrimoniais pode ser apontado, ainda, como decorrência da noção patrimonialista da responsabilidade civil, largamente tratada neste trabalho, por meio da qual o patrimônio era visto como o núcleo essencial do Direito Civil tradicional, daí originando-se a lógica da indenização pecuniária como instrumento protetivo elementar.

6.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA COMO SOLUÇÃO ADEQUADA PARA A PROTEÇÃO DE DANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A crise do instituto da responsabilidade civil, provocou, como consequência, um superdimensionamento e vulgarização do conceito de dano extrapatrimonial, contribuindo para uma equivocada aplicação do ideal refletido no art. 5º, X da Constituição Federal de 1988 e exigindo uma refundamentação do instituto, a fim de garantir-lhe efetividade.

Nada obstante o aspecto evolutivo do instituto reparatório - que perpassou por uma concepção primitivamente subjetivista, vinculada à noção de culpa subjetiva (ato voluntário ou negligente, imperito ou imprudente de um sujeito²⁸⁷) para a teoria da culpa normativa²⁸⁸ (normalidade ou bom senso, “*standard* de diligência razoável”²⁸⁹), e, então, responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco -, fato é que o

²⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁸⁷ “Il sistema tradizionale della responsabilità civile era fondato, nella interpretazione corrente nel secolo scorso, sul principio «nessuna responsabilità senza colpa», o, in altri termini, sul principio, variamente giustificato e motivato, della risarcibilità dei soli danni provocati dal comportamento volontario di un soggetto”. Tradução livre: “O sistema tradicional da responsabilidade civil era fundado, na interpretação corrente do último século, no princípio «nenhuma responsabilidade sem culpa», ou em outros termos, no princípio, variadamente justificado e motivado, da ressarcibilidade de somente danos provocados pelo comportamento voluntário de um sujeito”. (ALPA, Guido e BESSONE, M. *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: UTET, 1987, p. 48)

²⁸⁸ “Le fondément du concept objectif de la faute c’est la possibilité que l’on a de prévoir la possibilité d’un dommage et d’accomplir les devoirs nécessaires à l’éviter.” Tradução livre: “O fundamento da concepção objetiva da culpa é a possibilidade que se tem de prever a possibilidade de um dano e de executar os deveres necessários para evitá-lo”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. 1988 (versão datilografada), p. 79.

²⁸⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 861.

instituto não responde, na atualidade, satisfatoriamente aos reclames de prevenção ao dano e de inibição de prática de atos ilícitos.

Isto porque, apesar da transmutação teórica, o instituto continua limitado à mera necessidade de quantificação dos danos sofridos pela vítima, fazendo com que a perspectiva de abordagem seja sempre reparatória e incidental, ao invés de preventiva, muito mais adequada e efetiva à salvaguarda dos direitos extrapatrimoniais, mormente pela impossibilidade de mensuração do prejuízo causado, como ocorre na seara patrimonial.

Vislumbra-se, então, que a forma com que a responsabilidade civil vem sendo aplicada permanece com forte influência da própria inspiração unicamente patrimonialista do instituto da reparação do dano, disciplinado por uma linha nitidamente de repressão do infrator e de reparação da vítima mediante a percepção do equivalente ao dano praticado.

Tal modelo, de fácil aplicação para mensuração do equivalente monetário a título de ressarcimento para as hipóteses de dano patrimonial, não se mostra adequado dentro da perspectiva dos direitos da personalidade, já que a quantificação da indenização correspondente ao dano sofrido é estritamente subjetiva²⁹⁰ e mesmo impossível.

Neste sentido, vale a lição de Maria Francisco Carneiro:

O dano moral, em virtude de seu caráter subjetivo, sofre embustes quando da tentativa de sua conversão em pecúnia, por razões até mesmo epistemológicas; trata-se de assuntos de natureza diversa, que não transitam pela mesma esfera. Dor moral e dinheiro são dimensões diferentes da realidade humana, e, portanto, não há reversibilidade entre esses conceitos, pois o dinheiro jamais aquilatará ou pagará os valores de “psiché”... O que se busca, então, não é a ressarcibilidade do sofrimento em si (pois este jamais será reparado, na medida em que não se pode modificar os fatos passados): mas sim formas sucedâneas de valor, que, na impossibilidade de anular um sofrimento moral, possam oferecer outras alegrias ou estados de bem-estar social e psíquico, de modo a compensar e equilibrar o dano, ainda que não anulá-lo. É que os diferentes bens, inclusive a moeda, exercem funções várias na vida social, proporcionando às pessoas o alcance de inúmeros objetivos, econômicos ou mesmo ideais,

²⁹⁰ CARNEIRO, Maria Francisco. *Avaliação do Dano Moral e Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p.57-58

na satisfação de interesses os mais diversos, inclusive na própria atenuação de agruras, desgostos, desilusões e outras sensações negativas.

Pela mesma razão, o art. 944 do Código Civil brasileiro, de larga e fácil aplicação aos danos patrimoniais, é severamente rechaçado por parte da doutrina, justamente pela impossibilidade de mensuração monetária da extensão do dano extrapatrimonial.

É como esclarece Judith Martins-Costa:

A regra da simetria do art. 944, caput, do Código Civil brasileiro, incide só em danos patrimoniais, pois não há como mensurar monetariamente a 'extensão' do dano extrapatrimonial: nesse caso, o que cabe é um ponderação axiológica, traduzida em valores monetários²⁹¹.

Assim, a teoria do *restitutio in integrum*²⁹², pela qual se busca a restituição integral do *status quo ante* mediante a plena satisfação do lesado em relação ao prejuízo sofrido, na linha da teoria da reparação integral²⁹³, um dos pilares da responsabilidade civil, com a mesma sorte, mostra-se imprópria em sede de dano extrapatrimonial, notadamente pela impossibilidade concreta de aferição objetiva do dano pela própria natureza do direito violado (imaterial, imaginário, incorpóreo), situação completamente diversa do que ocorre com os bens ou direitos ditos patrimoniais.

Num primeiro momento, diante da inadequação dos modelos existentes para prevenção dos direitos imateriais, surgiu a doutrina do caráter punitivo-pedagógico da condenação, aliado à teoria compensatória e aplicável à espécie de dano extrapatrimonial - em detrimento à ressarcitória, típica da espécie patrimonial – pelo qual busca-se a dissuasão da ilicitude a partir da quantificação da indenização no caso concreto.

²⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva punitive damages e o Direito Brasileiro*. Revista CEJ, n.º 28, jan./marc., 2005, p. 22.

²⁹² Esta derivada do princípio inculcado no art. 5º, V da Constituição Federal (“É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”).

²⁹³ “Constitui-se o princípio da reparação integral uma das pilastras básicas da teoria da responsabilidade civil. Em consonância com esse postulado, devem-se buscar, na esfera do agente, os elementos necessários para a composição dos interesses lesados. Assim, por ações ou omissões, através de comportamentos pessoais ou despojamentos patrimoniais, conforme a hipótese, cabe ao lesante assumir, e sem limites, salvo lei em contrário, os ônus decorrentes de sua atuação, até que consiga a plena satisfação do lesado”. BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993, p. 102-103.

Na visão de Caio da Silva Pereira:

A ideia de reparação, no plano patrimonial, tem o valor de um correspectivo, e liga-se à própria noção de patrimônio. Verificado que a conduta antijurídica do agente provocou-lhe uma diminuição, a indenização traz o sentido de restaurar, de restabelecer o equilíbrio e de reintegrar-lhe a cota correspondente do prejuízo. Para a fixação do valor da reparação do dano moral, não será esta a ideia-força. Não é assente na noção de contrapartida, pois que o prejuízo moral não é suscetível de avaliação em sentido estrito. Conseqüentemente, não se distinguem as duas figuras, da indenização do prejuízo material e da reparação do dano moral; a primeira é reintegração pecuniária ou ressarcimento *stricto sensu*, ao passo que a segunda é sanção civil direta ao ofensor da reparação da ofensa, e, por isto mesmo, liquida-se na proporção da lesão sofrida²⁹⁴.

Ocorre que, essa política, inclusive sufragada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça²⁹⁵, revela-se frágil e insatisfatória quando considerada isoladamente como meio preventivo à ocorrência do ilícito, por apenas “monetarializar” o dano, sem falar de inúmeras outras críticas relacionadas ao alto grau de subjetividade da quantificação, das disparidades entre os valores arbitrados pelos juízes e tribunais e da possibilidade de ocorrência do enriquecimento sem causa no caso concreto.

Mas de nada adianta expor a problemática sem uma dialética sobre as alternativas viáveis para uma efetiva garantia dos direitos pessoais e fundamentais conforme preconizados na Constituição Federal de 1988.

Diante dessa conjuntura é que se propõe uma requalificação e refundamentação de todo o instituto da responsabilidade civil e da cultura jurídica com priorização da busca pela conservação e preservação dos direitos individuais e transindividuais e dos direitos fundamentais insculpidos na Carta Magna e no Código Civil.

6.3.1. Da Teoria do *restitutio in integrum* à Teoria do *manutentio in integrum*

²⁹⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 288.

²⁹⁵ Neste sentido, merece especial menção os julgados: AgRg no REsp 1209123/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 12/03/2014; REsp 1403865/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 18/11/2013; REsp 1300187/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012; REsp 839.923/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012.; AgRg no AREsp 104.166/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 22/05/2012)

A requalificação do instituto ora proposta deve ter como premissa básica a modificação do momento de preocupação com o dano, abandonando o modelo reparatório, incidental e posterior para uma nova conjuntura de prevenção muito mais eficientes à tutela dos valores do direito da personalidade referentes a repersonalização e despatrimonialização inseridas na Constituição Federal e correlacionadas ao quanto disposto no art. 1º., III, que consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

Os direitos da personalidade são espécie do gênero “direitos fundamentais” e derivam do próprio princípio da dignidade da pessoa humana, compreendendo o aspecto físico, intelectual e moral da pessoa humana.

Neste sentido, lembra Giselda Hironaka que “os princípios constitucionais da solidariedade social e de dignidade humana encontram-se presentes como atributo valorativo fundante, mas não só assim, senão também como autocritério de justificação da responsabilização civil, ela mesma²⁹⁶”.

Da mesma forma, arremata Gustavo Tepedino:

A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias²⁹⁷.

Em decorrência da sua característica imaterial, os direitos extrapatrimoniais não apresentam a mesma simpatia à solução de indenização por meio de ressarcimento e tampouco se contentam com o viés da busca compensatória, mormente pela possibilidade da ocorrência de danos irreversíveis ou irreparáveis.

É verdade que a teoria do *restitutio in integrum* já significou um considerável avanço

²⁹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um tempo novo*. In: Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. Coord. Rosa Maria de Andrade Nery, Rogério Donini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

²⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Cidadania e os direitos de personalidade. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE, n° 03. 2003, p. 26-28.

para a humanização do instituto. Por outro lado, a aplicação pura deste princípio é insuficiente e inadequada no que diz respeito aos danos de natureza expatrimonial, de forma que o soerguimento da teoria do *manutentio in integrum* (manutenção integral dos direitos) e relegação do primeiro como mero residual parece atender muito mais aos anseios constitucionais relacionados aos direitos da personalidade (extrapatrimoniais), por tentar preservar as situações consolidadas e funcionar como um verdadeiro campo de força contra os novos danos.

Por esta razão é que se acredita que a melhor solução reside na tentativa de coibição antecedente à existência do dano mediante uma consecução de medidas verdadeiramente inibitórias, além de desestimuladoras de condutas, a partir de um novo e radical viés inibitório e preventivo em contraposição ao consagrado repressivo ou condenatório, fazendo com que o instituto avance além do reequilíbrio das relações sociais e individuais para também prevenir o atentado²⁹⁸, salvaguardando, assim, a integridade física, moral e econômica dos cidadãos individualmente considerados e de toda a coletividade²⁹⁹.

Pietro Perlingieri esclarece:

A tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais³⁰⁰.

No mesmo sentido, Luciano Timm:

A responsabilidade civil passa a ter um papel não imaginado pelo modelo liberal na conformação da atividade empresarial, pois além de ter como propósito a reparação dos danos causados ao mercado, ela permite a prevenção de resultados socialmente indesejados. Nesse segundo aspecto,

²⁹⁸ “Na tutela jurídica dos direitos de personalidade, a que se contrapõe um dever geral de abstenção ou obrigação geral de respeito, é de grande relevo a cominação feita a quem ameaça violar o direito para que se abstenha de consumir a ameaça, como o é a intimação feita a quem já ofendeu o direito para que cesse a ofensa. E porque os direitos de personalidade são direitos pessoais, de conteúdo e função não patrimonial, a sua adequada e eficaz tutela passa pela prevenção do acto ilícito lesivo e não pela repressão e remedeio da violação” (SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 466.)

²⁹⁹ Sobre esse tema, cumpre o destaque da Prof. Teresa Ancona Lopez (LOPEZ, Teresa Ancona. Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 137).

³⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 768.

a previsão de indenizações deve ser forte o suficiente para intimidar práticas rejeitadas pela consciência jurídica do seu tempo, algo que não tem sido atentado por algumas decisões de tribunais brasileiros, nas quais se percebe uma maior preocupação de conter “indústrias de danos morais” e o “enriquecimento injustificado” das partes. Assim, eternizam-se as inscrições indevidas nos órgãos de restrição ao crédito, as cobranças equivocadas de tarifas, as ações repetidas nos fóruns e isso acaba por consumir recursos públicos para manter tribunais, servidores públicos, promotores, juízes, advogados etc³⁰¹.

Neste propósito, inclusive, a lei brasileira, no seu sentido lato, já representa um remédio paliativo do ponto de vista protetivo dos interesses e direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, fruto de um instrumento processualista vigente, mas não é eficaz no que diz respeito ao escopo anticonceptivo propriamente dito.

É o que esclarece Elton Venturi, sublinhando que:

O sistema processual coletivo brasileiro, portanto, permite a tutela judicial tanto dos chamados interesses ou direitos metaindividuais, como dos direitos individuais homogêneos. Os interesses ou direitos metaindividuais são assim considerados aqueles que possuem pertinência social ilimitada (interesses ou direitos difusos) e aqueles pertinentes a indivíduos que integram comunidades identificáveis pela formação de grupos, classes ou categorias (interesses ou direitos coletivos). A transindividualidade, nota comum aos direitos difusos e coletivos, toma em conta a multiplicidade de indivíduos que aspiram à mesma pretensão indivisível. Todavia, na hipótese dos direitos difusos não é possível excluir quem quer que seja da titularidade desta pretensão, em virtude da existência de um processo absolutamente inclusivo decorrente de sua essência extrapatrimonial (como acima dito, relacionada com a qualidade de vida³⁰²).

Diante da insuficiência ao cumprimento desse papel cautelar da responsabilidade civil, inúmeras alternativas passaram a ser repensadas pela doutrina para uma completa reestruturação (ou refundamentação) do instituto, para uma nova vertente de atuação em ótica predominantemente coibitiva.

Neste diagnóstico, o entrave inicial que se mostrou aparente foi o vício consolidado decorrente do erro interpretativo da noção de responsabilidade civil, este alicerçado no arcaico modelo de associação do nascimento do direito subjetivo à existência de uma violação da norma em concreto.

³⁰¹ TIMM, Luciano B. *Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco*. Responsabilidade civil. v.1 - Teoria geral. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 308.

³⁰² VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 53-54.

Neste sentido:

O direito subjetivo surgiria somente depois de a norma ser violada. Este modelo de compreender o que denominamos direito material, além de restringir-lhe o conteúdo, ainda suprime as formas de tutela preventiva. A violação da norma era pressuposto para que o conceito de direito subjetivo se compusesse³⁰³.

Isto porque, as relações modernas e a própria evolução natural da temática, denotaram uma nova concepção da expressão muito mais adequada aos reclames constitucionais. Assim, uma análise axiológica da expressão e aferição da sua extensão apontam para a uma nova acepção teórica do instituto como um verdadeiro instrumento material de aprimoramento da regulação das relações sociais a partir de uma preocupação não só de uma ação ou omissão humana casuística, como também decorrente do próprio risco e previsibilidade do comportamento.

6.3.2. A boa-fé objetiva e a responsabilidade civil objetiva como instrumentalizadoras da responsabilidade civil preventiva

Ultrapassada esta análise prefacial, o primeiro elemento que deve ser alçado como solução preventiva na temática em exame é a fiscalização pela efetiva observância do princípio da boa-fé nas relações humanas, este fundamentado em um dever jurídico e natural de adoção de um comportamento probó, respeitoso de lealdade e de confiança.

Em observância ao art. 187 do Código Civil, percebe-se que a lei civil é clara no sentido da configuração da ilicitude em caso de prática de ato excedente aos limites impostos pela boa-fé, esta entendida tanto no seu conceito subjetivo – em que se releva a intenção dos sujeitos da relação jurídica – como no conceito objetivo - analisada a partir do próprio padrão de conduta baseado em um parâmetro de homem médio que conduz suas relações com lealdade e honestidade.

³⁰³ DA SILVA, Ovídio Baptista *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 170

Válidas as lições de Maurício Mota sobre a boa-fé:

Esse princípio da boa-fé se expressa e vincula o ordenamento através da noção de cláusula geral. Essa constitui-se numa técnica legislativa, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' ou 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir a ele um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização desses elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico³⁰⁴.

Por ser antecedente à prática de qualquer ação ou omissão humana e, ainda, por ser princípio norteador de todo o direito, o princípio da boa-fé é sem dúvida uma arma a mais na busca pela prevenção do dano, que deve ser aferido com o exame da situação em concreto.

Seja como for, a consecução de tal finalidade preventiva, independentemente se por uma releitura interpretativa do conceito de responsabilidade civil, seja pela doutrina da boa-fé, depende de meios concretos fora do plano ideológico e meramente demagogo.

Neste sentido, a previsão de meios de tutela inibitória aparece como a instrumentalização material do quanto debatido no presente tópico. Assim, a partir de uma combinação de ferramentas inibitórias materiais e procedimentos processuais da mesma natureza busca-se a contenção, o impedimento da ocorrência dos atos ilícitos com potencialidade de lesão aos direitos ditos extrapatrimoniais.

Nas palavras de João Calvão da Silva:

A tutela inibitória é a mais idónea das tutelas no domínio dos direitos da personalidade, por prevenir agressões ilícitas emergentes do progresso técnico e tecnológico, especialmente das novas e sofisticadas tecnologias informáticas e publicitárias, domínio em que a importância e a natureza

³⁰⁴ MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações revisitada. Transformações contemporâneas do direito das obrigações. Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 8-9

pessoal e extrapatrimonial dos valores em presença tornam insuficiente e inadequada a tutela ressarcidora. Tutela inibitória cuja actuação a sanção pecuniária compulsória pode incentivar, pela pressão que exerce sobre o autor da ofensa ou da ameaça, o que atesta bem a importância, no direito moderno, esta técnica compulsória na defesa da pessoa humana³⁰⁵.

No sistema jurídico nacional, a garantia constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional³⁰⁶ trata genericamente do tema da tutela e ainda que sem o carácter explicitamente inibitório, é forçoso se reconhecer que todas as técnicas ou instrumentos existentes no âmbito infraconstitucional são derivados lógicos deste direito civil constitucionalizado.

Assim, do ponto de vista eminentemente processual, o art. 5º, LXIX³⁰⁷ da própria Constituição Federal, os artigos 461, 461-A e 932 do Código de Processo Civil³⁰⁸, o art. 84 da Lei n.º 8.078/90³⁰⁹, o art. 1º da lei 12.016/2009³¹⁰, o art. 42 da Lei n.º 9.279/96³¹¹, dentre inúmeros outros dispositivos legais são provas de que o sistema processual brasileiro é rico em mecanismos de natureza inibitória, estes inesgotáveis e incindíveis em qualquer área de interesse, dada a sua completa

³⁰⁵ SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 469.

³⁰⁶ Art. 5º, XXXV da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Disponível em: < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22. Jan. 205.

³⁰⁷ Art. 5º, LXIX da CF: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por ‘habeas-corpus’ ou ‘habeas-data’, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.” Disponível em: < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22. Jan. 205.

³⁰⁸ Sistemáticamente: CPC, Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento; Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação; e Art. 932. O possuidor direto ou indireto, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se comine ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito. Disponível em: < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22. Jan. 205.

³⁰⁹ Lei 8.078/90, Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

³¹⁰ Lei 12.016/2009, Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. Disponível em: < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22. Jan. 205.

³¹¹ Lei n.º 9.279/96, art. 42: “A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patentado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. Disponível em: < www.planalto.gov.br>. Acesso em: 22. Jan. 205.

atipicidade e desvinculação a qualquer espécie de rigidez temática.

Deste modo, não raros são os casos de adoção da tutela inibitória para proibição de prática de ato contra a honra da pessoa³¹², para suspensão de utilização de marca registrada³¹³, para suspensão para transmissão de obras musicais por emissora de radiodifusão sonora³¹⁴, para suspensão de circulação de medicamento³¹⁵, para

³¹² AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TUTELA INIBITÓRIA. ABSTENÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS LESIVOS À HONRA E IMAGEM DO AUTOR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO FIRMADO NAS PREMISAS FÁTICAS DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal local, com apoio nas provas coligidas nos autos e nas circunstâncias fáticas da lide, decidiu que o autor teve sua honra violada por atos praticados pelo ora recorrente; revelando-se inviável, a revisão da sua conclusão em sede de recurso especial ante a incidência da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa. (AgRg no AREsp 491.502/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 12/06/2014). Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 10. Jan. 2015.

³¹³ RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. LICENÇA DE USO. PROTEÇÃO LEGAL. ALTERAÇÃO CONCEITUAL DA MARCA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO LICENCIADO AOS NOVOS PADRÕES. 1(...) 4. A licença de uso gera o compromisso, ex lege, de o licenciador zelar pela integridade e reputação da marca. É da essência da própria marca que o uso por terceiros deve respeitar-lhe as características, pois a inobservância dos traços distintivos desvirtua a sua existência. 5. A não observância dos padrões dos produtos e serviços pela licenciada para o uso da marca demonstra o uso indevido e autoriza a tutela inibitória para impedir a utilização. 6. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (REsp 1387244/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014). Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 10. Jan. 2015.

³¹⁴ DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. ECAD. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. RÁDIO. NÃO PAGAMENTO DOS DIREITOS AUTORAIS. TUTELA ESPECÍFICA DE CARÁTER INIBITÓRIO. POSSIBILIDADE. 1. Discussão relativa ao cabimento da medida de suspensão ou interrupção da transmissão obras musicais, por emissora de radiodifusão, em razão da falta de pagamento dos direitos autorais. 2. A autorização para exibição ou execução das obras compreende o prévio pagamento dos direitos autorais. 3. A possibilidade de concessão da tutela inibitória, para impedir a violação aos direitos autorais de seus titulares, (art. 105 da Lei 9.610/98), está prevista de forma ampla na norma, não havendo distinção entre os direitos morais e patrimoniais de autor. 4. Não se deve confundir a pretensão de recebimento dos valores devidos, a ser obtida por meio da tutela condenatória e executiva, com a pretensão inibitória, que visa cessar ou impedir novas violações aos direitos autorais. Ao mesmo tempo, há que se frisar que uma não exclui a outra. 5. Admitir que a execução das obras possa continuar normalmente, mesmo sem o recolhimento dos valores devidos ao ECAD - porque essa cobrança será objeto de tutela jurisdicional própria -, seria o mesmo que permitir a violação aos direitos patrimoniais de autor, relativizando a norma que prevê que o pagamento dos respectivos valores deve ser prévio (art. 68, caput e §4º da Lei 9.610/98) 6. Recurso especial provido. (REsp 1190841/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 21/06/2013). Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 10. Jan. 2015.

³¹⁵ PROCESSO CIVIL E COMERCIAL. AÇÃO INIBITÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MARCA. VIOLAÇÃO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES CONTIDAS NA PETIÇÃO INICIAL. NECESSIDADE. 1(...) 2. Afirma-se correta a decisão que, em sede de ação inibitória objetivando impedir a comercialização de medicamento sob a alegação de violação de marca, indefere o pedido de antecipação de tutela ao constatar que, sem a manifestação de um perito de confiança do juízo, não haveria como aferir a plausibilidade das assertivas contidas na inicial, (...) Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1370646/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 10/05/2013). Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 10. Jan. 2015.

comercialização de produtos³¹⁶, dentre outros casos.

Sob uma perspectiva da tutela inibitória material, merece a menção que o sequenciamento de ritos processuais depende, por motivos de ordem lógica, da existência de direitos materializados, já que toda a proteção é idealizada e viabilizada pelo direito material, sem o qual não haveria o que se tutelar por meio do direito processual.

Neste sentido, destaca-se que o direito material apresenta as suas próprias ferramentas de tutela inibitória inconfundíveis com aquelas provenientes do direito processual.

Dentre elas, o primeiro destaque vai para a lógica objetiva da responsabilidade civil, que, não somente facilita a indenização das vítimas, como também apresenta relevante função preventiva, seja em relação às práticas socialmente inadequadas, como em relação a eventuais prejuízos por elas causados.

Neste caso, a incidência ocorreria a partir da análise preponderantemente inibitória, que, ao desconsiderar o estudo da culpabilidade do agente de determinados comportamentos considerados ilícitos, acaba por implementar um dever de abstenção, de proibição da prática do ilícito, fortalecido pela possibilidade da

³¹⁶ RECURSO ESPECIAL - AÇÃO INIBITÓRIA C.C INDENIZATÓRIA - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA A INTERRUPTÃO DA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE MÁQUINAS BRAILLER E VEDAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO À MARCA DA EMPRESA AMERICANA AUTORA - DESCABIMENTO - NÃO APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 7/STJ - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DIVERSA AOS FATOS DELIMITADOS NA ORIGEM E NOVA VALORAÇÃO DOS CRITÉRIOS JURÍDICOS CONCERNENTES À UTILIZAÇÃO DA PROVA - POSSIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I – (...) IV - Na prática, quando da concessão da antecipação dos efeitos da tutela, compete ao magistrado demonstrar por tais e quais provas, tidas como inequívocas, ter chegado à conclusão de que a versão dos fatos apresentados pelo autor e a consequência jurídica vindicada, muito provavelmente, são verdadeiras. A prova inequívoca, nesses termos gizados, não se reveste da qualidade de prova irrefutável, contudo, deve, essencialmente, conduzir o magistrado ao referido juízo de probabilidade; ser idônea, portanto, para tal escopo; V - Nessa medida, chegar-se à conclusão de que o maquinário produzido pela Laramara seria cópia dos maquinários produzidos pela Perkins School, calcada exclusivamente na existência de contrato de parceria entabulado entre as partes (denunciado, ressalta-se, pela Perkins em 2001), sem, portanto, a efetivação do contraditório e a produção de outras provas, notadamente, a pericial, tidas como necessárias pelo r. Juízo a quo, bem como pelo voto-vencido, revela-se, na compreensão deste Relator, no mínimo, açodada e, certamente, distante dos contornos gizados pelo artigo 273 do CPC acerca da antecipação dos efeitos da tutela; VI - Recurso Especial provido. (REsp 1263187/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 13/02/2012). Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 10. Jan. 2015.

indenização “sem culpa”, com indiscutível repercussão dissuasória.

Isto porque, na prática, a função exponencial da responsabilidade objetiva está relacionada, justamente, com o seu direcionamento ao impedimento da prática de ilícitos, notadamente daqueles considerados potencialmente geradores de danos irreversíveis a direitos essenciais.

A partir desta linha de raciocínio, torna-se de fácil conclusão que a imputação objetiva da responsabilidade, ao incentivar a adoção de maiores e mais qualificadas diligências de cuidados em face dos danos ou potenciais danos relacionados a direitos essenciais, acaba por viabilizar verdadeira tutela inibitória material, e não somente mera facilitação de indenizabilidade, como aplicada usualmente.

Neste sentido, destaca VENTURI:

A adoção de uma sistemática geral de reparação aos danos provocados aos direitos difusos e coletivos, baseada em uma responsabilidade de pleno direito, mais do que aspiração doutrinária, corresponde à necessidade premente da sociedade de nossos dias, ávida pela efetividade da tutela jurisdicional. Mais do que isto, a própria evolução operada em nosso ordenamento jurídico em nível da proteção dos direitos transindividuais, com a incrementação de exuberante sistema de ações coletivas, requer uma respectiva evolução sob o ponto de vista do direito material, de modo a definir inequivocamente os parâmetros nos quais devem pautar-se os julgadores quando da análise “dano/agente/nexo causal. A cada dia torna-se mais evidente, sobretudo no concernente ao regime da responsabilidade civil por danos a direitos metaindividuais, a dissonância entre a dogmática e a pragmática, sendo vocação inequívoca da doutrina a extensão àqueles danos do regime hoje assente em matéria de direito ambiental e dos consumidores³¹⁷.

Observa-se, ademais, que a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, tratada amplamente neste estudo, acaba por favorecer a tutela preventiva, na medida em que desempenha um duplo papel: o de punir aquele que deu origem ao dano e, ainda, ser ferramenta de dissuasão de condutas inadequadas, garantindo uma natureza de exemplaridade e, por conseguinte, preventiva.

Há, ainda, o poder de autodefesa, também chamado de autotutela, meio pelo qual se repulsa o interesse de um dos litigantes a partir da imposição da própria vontade

³¹⁷ VENTURI, Elton. *Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos*. Revista de Direito do Consumidor . vol. 15. São Paulo. Revista dos Tribunais, jul/1995, p. 93-95.

do titular³¹⁸. Esta modalidade de tutela inibitória material, porém, é absolutamente excepcional e deve ser considerada apenas nas estritas hipóteses discriminadas nos diversos regramentos jurídicos do nosso complexo de normas³¹⁹, razão pela qual não é considerada, neste trabalho, como meio sugerido para a instrumentalização da responsabilidade civil preventiva.

Por fim, destaca-se que as opções acima ventiladas, de forma sintética, têm por escopo superar a insuficiência da lógica puramente repressiva que vem justificando a aplicação da responsabilidade civil, incapaz de atender isoladamente todas as relações sociais de um período histórico marcado por novas realidades sociais, econômicas, políticas e técnicas que se alteram com cada vez maior velocidade, impondo ao sistema jurídico a adoção de respostas eficazes e condizentes com os pressupostos constitucionais dos Estados Sociais, relativos à inviolabilidade dos direitos fundamentais individuais e transindividuais.

Partindo desta linha de raciocínio, a reestruturação do instituto da responsabilidade civil parece ser condição da afirmação da sua própria constitucionalidade e legitimidade, notadamente quando se leva em consideração o fato de que o Direito Privado, em virtude dos fenômenos da Constitucionalização e Repersonalização, acaba por assumir também compromissos com a proteção dos direitos tidos por essenciais ao ser humano.

³¹⁸ “Reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias” (Eduardo Couture. Fundamentos del derecho procesal civil, 3ª ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, p. 9. Tradução livre: reação direta e pessoal de quem faz a justiça com as próprias mãos).

³¹⁹ No âmbito obrigacional, por exemplo, o Código Civil prevê nos artigos 249 e 251, a possibilidade de o credor exigir a tutela específica da obrigação inobservada (Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível; Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos).

7. CONCLUSÃO

Reproduzem-se, a seguir, as principais conclusões alcançadas neste trabalho, ao final das quais são indicadas as obras utilizadas para a sua elaboração.

1. Tradicionalmente, toda a lógica ressarcitória do instituto da responsabilidade civil no Brasil era idealizada sob um viés exclusivamente patrimonialista;
2. A ideia vigente era a de que sujeito de direito seria o indivíduo capaz de ser “sujeito de patrimônio”, recebendo o Código a denominação “de o ‘Estatuto Privado do Patrimônio’, exatamente porque se colocava como a constituição do homem privado titular de bens materiais;
3. Neste período histórico, o sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se em três pilares: a culpa, o dano e o nexo de causalidade. Assim, a vítima de um dano, para que visse o seu prejuízo ressarcido, haveria de demonstrar, perante os tribunais, o caráter culposo (*lato sensu*) da conduta do ofensor, demonstrando o nexo de causalidade existente entre a conduta perpetrada e o dano supostamente causado;
4. Tradicionalmente, portanto, estes elementos eram vistos como filtros da reparação, no sentido de que a sua demonstração, em maior ou menor grau, legitimava as demandas de indenização que mereceriam acolhimento jurisdicional;
5. Todavia, as mudanças vivenciadas pela sociedade contemporânea em razão da industrialização, e o conseqüente surgimento de uma sociedade de riscos e de massa, pautadas no dinamismo, na impessoalidade e na efemeridade, revelaram-se especialmente nocivas quanto ao extraordinário incremento de danos causados à coletividade, exigindo do operador do Direito a criação de novas formas de interpretação dos preceitos da responsabilidade, que pudessem, enfim, garantir-lhe efetividade;
6. Isto significa afirmar que na sociedade surgiram novas formas de acidentes, mais graves e em maior escala que outrora. Além disso, as vítimas, em regra, não tinham condições de produzir a prova do elemento culpa, notadamente em virtude da sua hipossuficiência econômica e da complexidade técnica de produção dessa prova, principalmente porque, na maioria dos casos, não era possível identificar sequer o autor da conduta originária do dano.

7. Estes e outros acontecimentos foram tornando impossível a utilização da culpa como fundamento máximo para a caracterização da responsabilidade civil nos casos concretos;
8. Da mesma forma, em virtude desta evolução dos contornos culturais da sociedade, o conceito de dano indenizável, à luz do CC/16, foi sendo flexibilizado, para abarcar também os prejuízos patrimoniais indiretos e outras formas de danos que evidenciavam, sob diversas tipificações, seu caráter moral;
9. Pouco a pouco, então, foi se verificando a erosão destes filtros tradicionais - a culpa, o dano e o nexo de causalidade -, em virtude, principalmente, de uma sensibilidade cada vez maior dos tribunais à necessidade de se garantir alguma reparação à vítima do dano, assim como em razão da diminuta relevância que foi recebendo a comprovação da culpa;
10. Neste cenário evolutivo, deu-se a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, evidenciando o propósito de marcar a transição de um regime autoritário para a consagração do Estado Democrático de Direito, trouxe em seu corpo diversas normas que a colocaram como centro do sistema jurídico, de onde passou a atuar como filtro axiológico pelo qual o Direito haveria de ser compreendido;
11. Sobre a indenizabilidade do dano extrapatrimonial, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incs. V e X, assegurou o direito de resposta e a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da honra da pessoa e alçou a nível constitucional os direitos extrapatrimoniais do indivíduo, eliminando todo e qualquer questionamento que pudesse vir a ser levantado acerca da indenizabilidade dos denominados danos morais em sentido amplo;
12. Por sua vez, sobre o papel da culpa, a Constituição de 1988 previu, em seu artigo 37, §6º, que “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”, demonstrando a opção preponderante pela responsabilidade objetiva;
13. Em seguida, se deu o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990), consolidando de forma definitiva a responsabilidade civil objetiva no Brasil;

14. Posteriormente ao CDC, houve a promulgação do Código Civil de 2002, que, acompanhando as modificações destacadas, trouxe a implementação de um modelo aberto e axiologicamente orientado pelo respeito à pessoa, 'valor-fonte' do ordenamento, e por princípios dotados de elevada densidade ética, que visando tutelar aspectos atinentes a esse "valor-fonte";
15. O Direito Civil – assim como os demais ramos do Direito – sofreu intensas alterações em seus institutos, com a necessidade de reinterpretação por parte da doutrina, jurisprudência e do próprio legislador ordinário, com vistas a adequá-los à nova Constituição, e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana;
16. Daí, então, os marcos da responsabilidade civil modificaram-se radicalmente.
17. Neste cenário, uma das mais relevantes consequências foi a existência de uma demanda reprimida de ações, dando origem a possibilidades incontáveis de pleitos versando sobre danos extrapatrimoniais que restavam reprimidos diante da duradoura omissão legislativa;
18. Originaram-se, então, os pedidos de ressarcimento dos danos de massa, relativos a um considerável número de pessoas, em regra consumidoras dos produtos e serviços produzidos em larga escala ou vítimas dos efeitos causados ao meio-ambiente, em virtude, justamente, das técnicas de produção massificadas;
19. O ordenamento passou a admitir, ainda, que a pessoa jurídica seria passível de sofrer danos morais, em virtude de atos que pudessem abalar o respeito, a admiração, o apreço e a reputação, ou seja, a honra perante a sociedade;
20. Da mesma forma, surgiram pleitos versando sobre danos causados pela perda de uma chance, isto é, quando a vítima se visse frustrada, por ato de terceiro, de uma expectativa séria e provável, no sentido da obtenção um benefício ou de se evitar uma perda;
21. Todavia, com o passar dos anos desde a promulgação da Constituição Cidadã e advento do Código Civil de 2002, o declínio natural das demandas desse jaez não se verificou, e, para além dos danos legítimos e alinhados com as diretrizes constitucionais, novas formas de danos surgiram;
22. Ao deparar-se com esta situação, os Tribunais, com vistas a garantir, a todo custo, a reparação integral dos prejuízos existenciais causados ao indivíduo, acabaram por adotar, em muitas situações, criativos e assistemáticos critérios

- de indenização, culminando em uma expansão excessiva, tendencialmente infinita das fronteiras do dano considerado ressarcível;
23. A análise dos julgados indicou que qualquer situação jurídica subjetiva, se acompanhada de eloquentes argumentações sobre a dignidade humana, pode vir a ensejar o recebimento de indenizações, notadamente quando se vislumbra a impropriedade do critério “dor”, cuja subjetividade acaba por colaborar para a existência de decisões sem fundamento algum, incompatíveis, inclusive, com os valores ali envolvidos;
24. Passou-se a falar, então, em uma crise no instituto da responsabilidade civil;
25. Não se defendeu, por óbvio, que o instituto não fosse uma ferramenta para a proteção dos direitos da pessoa. Porém, demonstrou-se que nem toda situação fática alegada envolve a violação de um direito fundamental, ou que, em muitas destas demandas, as modalidades tradicionalmente previstas pelo ordenamento já seriam capazes de promover à reparação de forma eficaz;
26. Neste ponto, defendeu-se a necessidade de uma refundamentação da responsabilidade civil, analisando-a sob um viés preponderantemente preventivo, como sendo talvez a única maneira de se viabilizar eficazmente a aplicação do instituto, tornando possível falar-se em uma nova garantia de proteção à integridade dos direitos, através da *manutentio in integrum* dos direitos fundamentais - individuais e coletivos -, notadamente daqueles com caráter imaterial e essenciais à salvaguarda da dignidade humana;
27. A requalificação do instituto proposta teria como premissa básica a modificação do momento de preocupação com o dano, abandonando o modelo reparatório, incidental e posterior, para uma nova conjuntura de prevenção, muito mais eficientes à tutela dos valores do direito da personalidade referentes a repersonalização e despatrimonialização insertos na Constituição Federal;
28. As opções ventiladas, de forma sintética, teriam por escopo superar a insuficiência da lógica puramente repressiva que vem justificando a aplicação da responsabilidade civil e se mostra incapaz de atender, isoladamente, todas as relações sociais de um período histórico marcado por novas realidades econômicas, políticas e técnicas que se alteram com cada vez maior velocidade, impondo ao sistema jurídico a adoção de respostas eficazes e condizentes com os pressupostos constitucionais dos Estados Sociais,

relativos à inviolabilidade dos direitos fundamentais individuais e transindividuais;

29. Partindo desta linha de raciocínio, defendeu-se que a reestruturação do instituto da responsabilidade civil seria condição da afirmação da sua própria constitucionalidade e legitimidade, notadamente quando se leva em consideração o fato de que o Direito Privado, em virtude dos fenômenos da Constitucionalização e Repersonalização, acaba por assumir também compromissos com a proteção dos direitos tidos por essenciais ao ser humano.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. *Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.
- ALPA, Guido e BESSONE, M. *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: UTET, 1987.
- ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das obrigações e suas consequências*. 5a. Ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ALTERINI, Señalaba Atilio A. *Contornos actuales de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1987.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.
- ANGELIN, Karinne A., *Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar*. Dissertação (mestrado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.
- ARAUJO, Vaneska Donato de. *A responsabilidade profissional e a reparação de danos*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28052012-143722/>>. Acesso em: 10. Jan. 2015.
- BALLESTRERO, Maria Vittoria. *La Conciliazione tra lavoro e famiglia. Brevi Considerazioni introduttive*. Lavoro e diritto, anno XXIII, n. 2, primavera 2009.
- BARRETTO, Fernanda Carvalho Leão. *A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance, sua intersecção com o Direito das Famílias e o estabelecimento das relações parentais: investigando possibilidades*. Disponível em: <<http://www.faculdadebaianadedireito.com.br>>. Acesso em: 20. Out. 2014.
- BEBBER, Júlio César. *Danos extrapatrimoniais estético, biológico e existencial): breves considerações*. Revista LTr, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*. Revista do Direito do consumidor , v. 12.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. Ed. São Paulo:Saraiva, 2009.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 25. Set. 2014.

_____. *Decreto n. 2.681, de 7 de junho de 1912*. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 10.10.2014.

_____. *Discurso pronunciado pelo Presidente Ulysses Guimares, na Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 27 de julho de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm>. Acesso em: 15. Out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF, RE 387014 AgR / SP - SÃO PAULO, AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 08/06/2004 Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ DATA-25-06-2004 PP-00057 EMENT VOL-02157-05 PP-00968. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1307032/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Teoria+do+Dano+Direto+e+Imediato&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC2>. Acesso em: 06.Out.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça . Resp. 93.948/SP. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1154737/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 07/02/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%22Teoria+do+Dano+Direto+e+Imediato%22&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>. Acesso em: 06.Out.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1067332/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 05/05/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=Teoria+do+Dano+Direto+e+Imediato&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1> Acesso em: 06.Out.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 582.047/RS. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. *Enunciado 47*, Jornada de Direito Civil. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em 01. Out. 2014.

_____. *Enunciado 189*. Jornada de Direito Civil, art. 927. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 20. Out. 2014.

_____. *Enunciado 443*. Jornada de Direito Civil. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 02. Out. 2014.

_____. *Enunciado 444*. STJ. Art. 927. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 30. Set. 2014.

_____. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1114302-1, RECURSO: Apelação, ORIGEM: São José dos Campos, JULGADOR: 5ª Câmara, JULGAMENTO: 02/10/2002, RELATOR: Álvaro Torres Júnior, DECISÃO: Negaram Provimento, VU. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 1.164.889/SP. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça - MG - AI: 10702100450254001 MG , Relator: Veiga de Oliveira, Data de Julgamento: 05/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 10ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/02/2013. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114656241/agravo-de-instrumento-cv-ai-10702100450254001-mg>>. Acesso em: 09. Set. 2014.

_____. STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 788459 BA 2005/0172410-9, Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - QUARTA TURMA. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 08. Out. 2014.

_____. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. c/ Rev. 648.037-00/9 - 5ª Câmara. - Rel. Juiz DYRCEU CINTRA - J. 11.12.2002. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 08. Out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 716067006 SP, Relator: Irineu Pedrotti. Data de Julgamento: 13/08/2008, 34ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2008. Disponível em: <www.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 17 Mai. 2014.

_____. TST - RR: 1699004520075200004 169900-45.2007.5.20.0004, Data de Julgamento: 08/05/2013, Data de Publicação: DEJT 17/05/2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 19. Mai. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1408908/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI , TERCEIRA TURMA, julgado em 26/11/2013. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112603>. Acesso em: 28 nov. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário 0002125-29.2010.5.04.0203 RO, em 20/03/2013, Desembargador José Felipe Ledur - Relator. Participaram do julgamento: Desembargadora Iris Lima de Moraes, Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trt-rs-manda-walmart-indenizar.pdf>>. Acesso em: 14 Ago. 2014.

_____. Tribunal Regional do Trabalho - 4ª Região, 1a. Turma, 0000414-05.2011.5.04.0251 RO, em 21/08/2013, Desembargadora Ana Luiza Heineck Kruse - Relatora. Participaram do julgamento: Desembargadora Laís Helena Jaeger Nicotti, Desembargador Marcelo José Ferlin D Ambroso. Disponível em: < <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128648994/recurso-ordinario-ro-4771120125040731-rs-0000477-1120125040731/inteiro-teor-128649004?ref=home>> . Acesso em: 14 Ago. 2014.

_____. TRT-3 - RO: 01527201308603004 0001527-60.2013.5.03.0086, Relator: Convocado Paulo Eduardo Queiroz Goncalves, Primeira Turma, Data de Publicação: 06/08/2014 05/08/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 64. Boletim: Sim. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 14 Ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça - MG, Relator: Tiago Pinto, Data de Julgamento: 07/02/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 15ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114647662/apelacao-civel-ac-10194090997850001-mg/inteiro-teor-114647711>. Acesso em: 14. Jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: Ramon Mateo Júnior. Data de Julgamento: 14/05/2014, 7ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120405091/apelacao-apl-57805420108260103-sp-0005780-5420108260103/inteiro-teor-120405100>>. Acesso em: 12. Jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça – DF. APL: 118196920088070005 DF 0011819-69.2008.807.0005, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 10/03/2010, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 05/04/2010, DJ-e Pág. 99. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8533386/apelacao-ci-vel-apl-118196920088070005-df-0011819-6920088070005>. Acesso em: 10. Jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça – DF. APC: 20120110392566 DF 0011350-93.2012.8.07.0001, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 28/08/2013, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 12/09/2013 . Pág.: 103. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115993650/apelacao-civel-apc-20120110392566-df-0011350-9320128070001>. Acesso em: 10. Jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça – PR, Relator: José Augusto Gomes Aniceto, Data de Julgamento: 31/05/2012, 9ª Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21902044/8768741-pr-876874-1-acordao-tjpr/inteiro-teor-21902045>. Acesso em: 05. Jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça – SP. Relator: Rômulo Russo, Data de Julgamento: 11/12/2014, 7ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115993650/apelacao-civel-apc-20120110392566-df-0011350-9320128070001>> . Acesso em: 14 Ago. 2014.

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/157503123/apelacao-apl-24347220098260510-sp-0002434-7220098260510/inteiro-teor-157503133>. Acesso em: 05. Jan. 2015.

_____. Tribunal de Justiça - SP, Relator: Helio Faria, Data de Julgamento: 11/12/2013, 8ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119593791/apelacao-apl-118069120128260008-sp-0011806-9120128260008/inteiro-teor-119593801>>. Acesso em: 12. Dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça - SP, Relator: Helio Faria, Data de Julgamento: 11/12/2013, 8ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: < <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119593791/apelacao-apl-118069120128260008-sp-0011806-9120128260008/inteiro-teor-119593801>>. Acesso em: 12. Dez. 2014.

_____. TJ-RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 31/10/2013, Décima Câmara Cível. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 694.153/PE. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 435.865/RJ. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1269494 MG 2011/0124011-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/10/2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1269494 MG 2011/0124011-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 24/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/10/2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça – RE 147.702 – 3ª Turma – Rel. Ministro Eduardo Ribeiro- DJ, 05.04.1999. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 479*. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça - MG 100240739166370011 MG 1.0024.07.391663-7/001(1), Relator: NICOLAU MASSELLI, Data de Julgamento: 12/03/2009, Data de Publicação: 25/05/2009. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça - SE - AC: 2010218811 SE , Relator: DES. OSÓRIO DE ARAUJO RAMOS FILHO, Data de Julgamento: 17/12/2012, 2ª.CÂMARA CÍVEL. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 30. Set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça -SP - REEX: 9197914512002826 SP 9197914-51.2002.8.26.0000, Relator: Francisco Bianco, Data de Julgamento: 01/08/2011, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/08/2011. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 30. Set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça - MG - AC: 10145130053278001 MG , Relator: Marco Aurelio Ferenzini, Data de Julgamento: 18/07/2014, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/07/2014. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça - MG - AC: 10145120650190001 MG , Relator: Evandro Lopes da Costa Teixeira, Data de Julgamento: 19/12/2013, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/01/2014. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça - MS - APL: 08033499420128120018 MS 0803349-94.2012.8.12.0018, Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Data de Julgamento: 24/06/2014, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03/07/2014. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

_____. Tribunal de Justiça - PR, Relator: Macedo Pacheco, Data de Julgamento: 09/08/2007, 8ª Câmara Cível. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 25. Set. 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho - RR: 19482820105020007 , Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 21/05/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/05/2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=colisão+%22direitos+fundamentais%22+hipossuficiência>. Acesso em: 20. Dez. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do RS - Apelação Cível Nº 70056086754, Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 29/05/2014. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05. Out. 2014.

_____. TJ-RS - AC: 70047979638 RS , Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 31/05/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/06/2012. Disponível em: www.jusbrasil.com.br. Acesso em: 12. Out. 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; VERGAL, Santos. *Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: < <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/10/14/evolucao-historica-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 01. Jan. 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*.

2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELARI, Récio. *Os Novos Danos à Pessoa na Perspectiva da Repersonalização do Direito*. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Trad. Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: Ltr, 1998.

CARNEIRO, Maria Francisco. *Avaliação do Dano Moral e Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit bresilien et comparé*. 1988 (versão datilografada).

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

CUPIS, Adriano de. *El daño: teoria general de la responsabilidad civil*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975.

CURIONI, Rossana Teresa. *Responsabilidade Civil por Dano Processual decorrente da Litigância de Má-fe*. In: *Direito e Responsabilidade*. Coordenadora: Giselda Maria Hironaka. Belo Horizonte: Del Rey.

DA SILVA, Ovídio Baptista. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

DOMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*: v. 7. 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil*. *Revistas de Estudos Jurídicos*, v. II, n. 1, p. 99-107, ago., 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao Direito de Família: utilizar com moderação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?congressos&evento=6&anais>>. Acesso em 28. Set. 2014.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato de Deveres de Proteção*. Coimbra: Almedina, 1994.

FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

G. ALPA e M. BESSONE. *La responsabilità civile: una rassegna di dottrina e giurisprudenza*. Torino: Utet, 1987.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. São Paulo, Editora Saraiva: 2013.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. *Direito civil brasileiro*, 3ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de direito civil luso-brasileiro*. v.II. São Paulo: Max Limonad, 1951.

_____. *Tratado de direito civil*. Tomo II. v.XII. 2.ed. (portuguesa). São Paulo: Max Limonad, 1957.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GHERSI, Carlos Alberto. *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Ástrea, 1997.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. *Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e alhores de um novo tempo*. In: Responsabilidade Civil. Estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. NERY, Rosa Maria de Andrade. DONNINI, Rogério (coord.). São Paulo: RT, 2009.

_____. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LAGO JÚNIOR, Antônio. *A Responsabilidade Civil à Luz da Boa-fé Objetiva: uma Análise a Partir dos Deveres de Proteção*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.

LAMBERTFAIVRE, Yvonne. *L'Évolution de la Responsabilité Civile D'une Dette de Responsabilité à Une Créance D'indemnisation*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, v.86, n.º1, Paris: Dalloz, 1987.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista da Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan/mar. 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. v. V, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a natureza da sua reparação*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 789, jul., 2001.

_____ e PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e abusos da função punitiva punitive damages e o Direito Brasileiro*. Revista CEJ, n.º 28, jan./marc., 2005.

MAS CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Leon et TUNC, André. *Traité Théorique et Pratique de La Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1957.

MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 30. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. *Deveres parentais e responsabilidade civil*. In: *Revista de Direito de Família*, v. 31, 2005.

_____. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira*. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. _____. In: *Revista dos Tribunais*, v. 95, n. 854, dez. 2006, pp. 11-37. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTA, Maurício. *A pós-eficácia das obrigações revisitada. Transformações contemporâneas do direito das obrigações*. Maurício Mota, Gustavo Kloh (organizadores). Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v.1, São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *Dano Moral e seu Caráter Desestimulador*. Disponível em: <
http://www.lex.com.br/doutrina_22832041_DANO_MORAL_E_SEU_CARATER_DE_SESTIMULADOR.aspx>. Acesso em: 06. Out. 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Responsabilidade civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos Sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luis

Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

PEREIRA, Sá. *Decisões e julgados*. In: SALAZAR, Alcino de Paula, *Reparação do Dano Moral*. Rio de Janeiro: borsoi, 1943.

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

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PETEFFI, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Clementino. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

PRADEL, Xavier. *Le Préjudice dans le Droit Civil de la Responsabilité*. Paris: LGDJ, 2004.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A Constitucionalização do Direito Privado e a Sociedade sem Fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REIS, Clayton. *Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RESEDÁ, Salomão. *A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade da pessoa humana e boa-fé objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SALAZAR, Alcino de Paula. *Reparação do Dano Moral*. Rio de Janeiro: borsoi, 1943.

SANTOS, Leonardo Vieira. *Responsabilidade Civil e a questão da Culpa no Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: Algumas Considerações em Torno da Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, n. 01, v. 01, abr., 2001.

SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SAVI, Sérgio. *Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*.

SEGUÍ, Adela M. *Aspectos Relevantes de La Responsabilidade Civil Moderna*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, v. 52, 2004.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ªed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Wilson Melo. *O Dano Estético*, RF, vol. 194, p. 23, 1961.

_____. *O dano moral e a sua reparação*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 5a. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil – Direito das Obrigações e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. *Questões controvertidas quanto à reparação por danos morais. Aspectos doutrinários e visão jurisprudencial*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 10. Out. 2014.

_____. *O Inadimplemento absoluto e a mora no Código Civil de 2002*. Disponível em < www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Tartuce_mora.doc> . Acesso em: 20. ago. 2014.

_____. *Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-151055/>>. Acesso em: 05. Fev. 2015.

TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. _____. In: _____ (Coord.). Temas de Direito Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Cidadania e os direitos de personalidade*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe - ESMESE, n° 03. 2003.

_____. *Notas sobre o nexos de causalidade*. In: Temas de direito civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed Atualizada . Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMM, Luciano B. *Os grandes modelos de responsabilidade civil no direito privado: da culpa ao risco*. Responsabilidade civil. v.1 - Teoria geral. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TOLOMEI, Carlos Young. *A noção de ato ilícito e a teoria do risco na perspectiva do novo Código Civil. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (coord.), 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TUNC, André. *La Responsabilité Civile*. 2. ed. Paris, Economica, 1989.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Responsabilidade civil por danos causados aos direitos difusos e coletivos*. Revista de Direito do Consumidor . vol. 15. São Paulo. Revista dos Tribunais, jul/1995.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

VINEY, Geneviève. *As tendências atuais do direito da responsabilidade civil*. Tradução de Paulo Cezar de Mello, in Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro, organizador TEPEDINO, Gustavo, São Paulo, Atlas, 2008.

_____. *Traité de droit civil: Introduction à la responsabilité* . 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2007.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil: Introdução e Parte Geral*. 10. ed. São Paulo:

Saraiva, 2003.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Obrigações e Contratos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ZIVIZ, Patrizia; CENDON, Paolo. *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 2000.