



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

LUIZ CARLOS VILAS BOAS ANDRADE JÚNIOR

TUTELA DA CONFIANÇA COMO VETOR DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS  
NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Salvador  
2012

LUIZ CARLOS VILAS BOAS ANDRADE JÚNIOR

TUTELA DA CONFIANÇA COMO VETOR DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS  
NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho

Salvador  
2012

A553

Andrade Júnior, Luiz Carlos Vilas Boas,

Tutela da confiança como vetor de solução de conflitos na  
responsabilidade civil / por Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Júnior. –  
2012.

163 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia

LUIZ CARLOS VILAS BOAS ANDRADE JÚNIOR

TUTELA DA CONFIANÇA COMO VETOR DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS  
NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em 04 de abril de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho - Orientador \_\_\_\_\_

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Fredie Didier Júnior \_\_\_\_\_

Doutor em Direito Pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Anderson Schreiber \_\_\_\_\_

Doutor em Direito pela Università degli studi Del Molise

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

## RESUMO

A presente dissertação objetiva fazer um estudo acerca da confiança como um vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil contemporânea. Ante a crise paradigmática pela qual passa a teoria das obrigações reparatórias, decorrente da constitucionalização do Direito Civil e adoção da dignidade da pessoa humana como centro do sistema jurídico, os pressupostos atuais (culpa, nexo de causalidade e dano) enfrentam uma releitura doutrinária e jurisprudencial, sendo flexibilizados ou, até mesmo, em alguns casos, desconsiderados. Neste cenário a confiança aparece como instrumento hábil no auxílio da solução de litígios. Todavia, para que possa eficazmente funcionar nesta tarefa, é preciso que seja compreendida como instituto jurídico autônomo, não decorrendo de outros, como da boa-fé objetiva ou do princípio da segurança jurídica. Em síntese, busca-se, através de uma construção dogmática da confiança, demonstrar como pode ela ser aplicada no âmbito da responsabilidade civil contemporânea, norteados a imposição ou não de indenizações nas demandas reparatórias.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Crise paradigmática. Confiança. Solução de Conflitos. Responsabilidade pela confiança.

## **ABSTRACT**

This thesis aims to make a study of the trust as a vector for conflict resolution in contemporary civil liability. In view of the paradigmatic crisis through which passes theory of reparation obligations, arising from the constitutionalization of civil law and adoption of human dignity as the center of the legal system, the current assumptions (fault, causation and damages) face a doctrinal and jurisprudential rereading, making them flexible or, even, in some cases, disregarding them. In this scenario the trust appears as an effective instrument to resolving disputes. However, to effectively operate in this task, it must be understood as a autonomous legal institution, not derived of others, as the bona fides or the principle of legal certainty. In summary, it is intended, through the dogmatic building of confidence, demonstrate how it can be applied in the context of contemporary civil liability, guiding the imposition of indemnity in reparation demands.

**Keywords:** Civil Liability. Paradigmatic crisis. Trust. Conflict resolution. Trust liability.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2. DA CRISE PARADIGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	10
2.1. BREVE APANHADO ACERCA DA TEORIA CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	11
<b>2.1.1. Embasamento histórico</b> .....	13
<b>2.1.2. Pressupostos da responsabilidade civil</b> .....	17
2.1.2.1 Conduta .....	17
2.1.2.2. Culpa .....	19
2.1.2.3. Nexo causal .....	23
2.1.2.4. Dano .....	30
2.2. CENÁRIO ATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL (CRISE DOS PARADIGMAS).....	33
<b>2.2.1. A constitucionalização do Direito Civil e o novo paradigma dominante</b> .....	34
2.2.1.1. Notas sobre a revolução científica na visão de Thomas Kuhn.....	35
2.2.1.2. Constitucionalização do Direito Civil como forma de revolução científica .....	37
2.2.1.3. Influência do novo paradigma na responsabilidade civil.....	43
<b>2.2.2. O papel dos critérios clássicos sob a égide do novo paradigma</b> .....	46
2.2.2.1. Culpa .....	47
2.2.2.1.1 – Mudança na noção de culpa .....	49
2.2.2.1.2. Objetivação da responsabilidade civil.....	51
2.2.2.2. Nexo .....	55
2.2.2.2.1. Flexibilização .....	57
2.2.2.2.2. Desconsideração .....	60
2.2.2.3. Dano .....	63
2.2.2.3.1. Coletivização da responsabilidade.....	64
2.2.2.3.2. O dano extrapatrimonial.....	65
2.2.2.3.3. Presunção de dano .....	69
<b>2.2.3. Aplicação da teoria da responsabilidade civil no cenário atual</b> .....	72
<b>3. TUTELA DA CONFIANÇA</b> .....	79
3.1. CONFIANÇA COMO TRAÇO CARACTERÍSTICO DO HOMEM .....	80
3.2. A CONFIANÇA E A SOCIEDADE .....	82
<b>3.2.1. Breve panorama histórico da confiança nas sociedades ocidentais</b> .....	83
<b>3.2.2. Confiança como elemento estruturante da sociedade</b> .....	86

3.3. CONFIANÇA NO SISTEMA JURÍDICO.....	87
<b>3.3.1. Uma análise funcional do Direito</b> .....	89
<b>3.3.2. Proteção da confiança como função do Direito</b> .....	90
<b>3.3.3. Princípio da confiança</b> .....	94
3.4. CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA.....	96
<b>3.4.1. O problema da panlocalização</b> .....	97
<b>3.4.2. Autonomia dogmática</b> .....	98
<b>3.4.3. Confiança x boa-fé objetiva</b> .....	102
<b>3.4.4. Confiança x segurança jurídica</b> .....	108
<b>3.4.5. Conceito e características</b> .....	11010
<b>4. TUTELA DA CONFIANÇA COMO VETOR DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>113</b>
4.1. A IMPORTANCIA DA CONFIANÇA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CENÁRIO DE CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	114
4.2. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA CONFIANÇA NA RESPONSABILIDADE CIVIL .....	119
4.3. FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	121
4.4. A RESPONSABILIDADE PELA CONFIANÇA E SEUS PRESSUPOSTOS .....	125
4.5. ALGUNS EXEMPLOS DE RESPONSABILIDADE PELA CONFIANÇA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO .....	136
<b>4.5.1. Responsabilidade pré-contratual</b> .....	137
<b>4.5.2. Teoria da aparência</b> .....	140
<b>4.5.3. <i>Venire contra factum proprium</i></b> .....	141
4.6. LIMITES DA TUTELA DA CONFIANÇA.....	144
4.7. A CONFIANÇA E O EXERCÍCIO DE DIREITOS PRESCRITOS (APLICANDO A CONFIANÇA COMO UM VETOR NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA) .....	148
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>154</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>159</b>



## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca demonstrar que a confiança pode funcionar como um vetor da solução de conflitos da responsabilidade civil. Para tanto é preciso trazê-la para o centro da teoria da responsabilidade civil.

Não é novidade afirmar que a responsabilidade civil passa por um período de crise. A rápida evolução da sociedade, em contraste o lento avanço da teoria da obrigação de reparar deram ensejo a este cenário.

Após a revolução industrial, as relações sociais começaram a ser dar de maneira mais massificada, surgiram novas formas de se relacionar e de se encarar o indivíduo. Todavia, é com a adoção do paradigma da dignidade da pessoa humana que a teoria da responsabilidade civil começa a mostrar seus mais profundos sinais de fraqueza.

Com o movimento de constitucionalização do Direito Civil, a dignidade humana passa a irrigar todas as normas deste ramo, decorrendo disto a sua repersonalização, que coloca a pessoa, e não mais o patrimônio, no centro do sistema jurídico.

Desta forma, fica fácil perceber o descompasso entre a teoria da responsabilidade civil e o novo paradigma vigente, haja vista que aquela foi construída sobre bases patrimonialistas, numa realidade na qual o patrimônio é que dava o tom das normas jurídicas. Quando a pessoa e os valores existenciais tomam seu lugar no sistema jurídico, a teoria das obrigações de indenizar entra em crise, haja vista que seus dispositivos não foram pensados para atender a essa nova realidade.

O que se percebe é que a constitucionalização do Direito Civil, ao adotar um novo paradigma, dá ensejo a uma verdadeira revolução científica no âmbito da responsabilidade civil. A adoção de novos valores representa, na prática, uma mudança de eixo, a atenção volta-se não mais ao ofensor, mas sim à vítima. O fim precípua não é mais punir aquele, mas garantir a reparação deste.

Com base nisto, os pressupostos clássicos (culpa, nexa causal e dano) passam a sofrer fortes ataques, sendo alvo de flexibilizações e, até mesmo, descon siderações. Tudo em

prol propiciar uma proteção adequada à vítima, protegendo-a em sua dignidade e não a deixando, portanto, irressarcida.

Dentro deste cenário de crise paradigmática um expediente começa a se destacar como instrumento hábil a garantir a reparação. A proteção da confiança cresce em importância e utilização na solução de conflitos, sendo, não raras vezes, inserida no âmbito da responsabilidade civil a fim de dar uma resposta adequada aos “novos” litígios.

Percebe-se, todavia, que sua utilização é feita de maneira pontual, sempre por intermédio de algum outro instituto jurídico. Eminentemente, a confiança fica adstrita à cláusula geral de proteção à boa-fé.

O que se pretende mostrar é que a confiança pode, por si só, servir de instrumento auxiliar na resolução de problemas no âmbito da responsabilidade civil. Defende-se se ela dogmaticamente autônoma, não sendo decorrendo da boa-fé ou de qualquer outra figura.

Para tanto, busca-se fazer um estudo mais detido sobre a sua tutela, revelando o seu papel e importância na sociedade e no Direito.

Traçar os limites e características da tutela da confiança mostra-se essencial para entendê-la como vetor na solução de conflitos.

Assim, apartado de outros conceitos, atuaria a confiança dentro do seio da teoria da responsabilidade civil, servindo de ferramenta que, por se coadunar com o paradigma da dignidade da pessoa humana e aos valores dele decorrentes, mostra-se apta a dar uma resposta satisfatória aos litígios que fogem da mera aplicação dos pressupostos clássicos.

Para atingir este desiderato o presente trabalho foi dividido em três partes.

Na primeira delas, iniciar-se-á fazendo um resumo da teoria atual da responsabilidade civil, conforme é tratada majoritariamente pelos manuais de Direito, expondo a evolução histórica e seus pressupostos.

Logo após, debruçar-se-á o estudo sobre a crise paradigmática pela qual passam as obrigações de reparar, demonstrando em que consiste essa crise e suas conseqüências. Faz-se um estudo mais detido acerca do papel exercido pelos pressupostos da responsabilidade civil neste novo cenário, dando destaque para a forma como os tribunais vêm aplicando-os.

Objetiva-se, desta forma, demonstrar que a teoria clássica não atende mais a evolução social, mostrando-se insuficiente para dar resposta adequada à miríade de conflitos surgidos na sociedade.

Na segunda parte a atenção se volta para a tutela da confiança. Após uma análise de sua importância antropológica, sociológica e jurídica, passa-se a discorrer acerca da construção dogmática do instituto, apartando-o de outras figuras semelhantes e balizando suas características.

Por fim, no último capítulo, o desafio enfrentado é demonstrar como a confiança pode funcionar como um vetor na solução de conflitos, destacando sua importância na responsabilidade civil. Faz-se um estudo acerca da sua forma de aplicação, bem como de seus pressupostos. Fecha-se o estudo com um exemplo de aplicação da confiança na solução de conflitos na responsabilidade civil contemporânea.

## 2. DA CRISE PARADIGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A teoria da responsabilidade civil atravessa, atualmente, uma crise nos seus paradigmas. A reparação, fulcrada na culpa, no nexo de causalidade e no dano, exigindo necessariamente a presença desses três pressupostos, já não se coaduna com a realidade social, nem mesmo com a jurídica, haja vista as inúmeras decisões impondo a responsabilidade civil mesmo diante da ausência de um ou mais deles<sup>1</sup>.

Em razão do abandono dos ideais liberais, adotando-se uma ideologia mais social, e do conseqüente movimento de constitucionalização do Direito Civil, a responsabilidade civil tradicional se modifica, pois

[...] enquanto a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva influenciam decisivamente toda a sistemática do dever de ressarcir.<sup>2</sup>

Afirma-se, assim, que o movimento civil-constitucional, ao permitir a entrada dos princípios e valores constitucionais no âmbito do Direito Civil, deslocou o seu centro para a Constituição Federal e, conseqüentemente, adotou como fundamento do sistema a dignidade da pessoa humana.

Dentro desta nova realidade, fica evidente que a mudança do eixo paradigmático da responsabilidade civil – da culpa ao risco – traz como conseqüências a necessidade de se pensar novas formas de responsabilizar. Além disso, percebe-se que os elementos que informam a obrigação de indenizar – culpa, dano e nexo de causalidade – precisam ser reformulados com base nestas novas perspectivas.<sup>3</sup>

Em razão disso, ocorre uma crise paradigmática na responsabilidade civil, podendo-se dizer que ela passa por um estado de crise, haja vista vislumbrar-se um descompasso entre a teoria e a prática.

---

<sup>1</sup> O descompasso entre teoria e prática no âmbito da responsabilidade civil e a imposição do dever de indenizar independentemente dos elementos da culpa, do nexo e do dano serão analisados nos tópicos 2.2.2 e 2.2.3, momento em que serão colacionadas as jurisprudências que comprovam o ora afirmado.

<sup>2</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>3</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.5.

## 2.1. BREVE APANHADO ACERCA DA TEORIA CLÁSSICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é o instituto cerne a ser analisado quando se discute indenização, pois é através dele que se descobre quem será responsabilizado e em que medida.

Pela assertiva *supra*, facilmente se percebe a sua relevância, pois a grande massa das ações, em especial as de consumo, envolve alguma espécie de indenização, seja moral ou material. Qualquer ato humano do qual decorra um dano a outrem, em tese, gera responsabilidade civil e, conseqüentemente, a obrigação de reparar.

Seria, portanto, o instituto que visa a imputar a alguém o dever de reparar o dano causado a outrem.

Serpa Lopes entende que “responsabilidade civil significa o dever de reparar o prejuízo.”<sup>4</sup>

Giorgio Giorgi, por sua vez, conceitua-o como “a obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem.”<sup>5</sup>

Na lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, poder-se-ia afirmar que a “responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior das coisas”<sup>6</sup>.

Balizados os conceitos básicos acerca do que se entende por responsabilidade civil, passa-se a classificá-la, o que pode ser feito de duas formas: quanto à exigência de elemento subjetivo da conduta e quanto à origem do dever jurídico preexistente.

No que tange à exigência de elemento subjetivo da conduta, a responsabilidade se divide em subjetiva ou objetiva. Será subjetiva quando se exigir a presença de culpa para caracterizar a obrigação de reparar, ou seja, a vítima só será indenizada se provar que o agente violador da norma agiu de maneira culposa. Essa é a responsabilidade prevista no artigo 186 do

---

<sup>4</sup> LOPES, Serpa. **Curso de direito civil**. 4ª edição, vol. 5. São Paulo: Freitas Bastos, 1995, p.188.

<sup>5</sup> GIORGI, Giorgi apud STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª Edição. São Paulo: RT, 2001, p.91.

<sup>6</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.9.

CC/02: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Pelo dispositivo legal, aquele que age de maneira negligente (devendo ser esta entendida em seu sentido amplo, a fim de abranger também a imperícia) ou imprudente responde civilmente pelo seu ato, ou seja, se o autor da conduta ilícita agir de maneira culposa deve reparar o dano. Vale ressaltar que o termo culpa ora utilizado se refere à culpa *lato sensu*, que abarca a culpa *strictu sensu* e o dolo.

Não se exigindo o elemento subjetivo da conduta, a responsabilidade será objetiva, onde a caracterização de culpa ou dolo é irrelevante, bastando que exista o nexo de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano do ofendido para que aquele seja obrigado a repará-lo.

A responsabilidade objetiva, em regra, funda-se na chamada teoria do risco, conforme se depreende do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, ao estabelecer que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Vale ressaltar que a regra geral de responsabilidade civil que rege o nosso ordenamento jurídico é dualista, convivendo a responsabilidade subjetiva ao lado da objetiva, sendo esta aplicada em casos especificados por lei ou em função do risco da atividade.

No concernente à origem do dever jurídico preexistente, a responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual, também chamada de aquiliana. Será contratual quando a norma violada ensejadora de reparação advier de contrato, ou seja, quando o dever jurídico preexistente for de origem contratual.

A responsabilidade, por sua vez, será extracontratual, quando a norma violada for de origem legal. Aqui não existe estipulação prévia das partes, pois a imposição decorre do Poder Estatal que vincula o comportamento de todos. Esta distinção vem exposta por Sérgio Cavalieri Filho:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistisse qualquer relação jurídica que o possibilite,

temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.<sup>7</sup>

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona entendem que essas formas de responsabilização podem ser distinguidas por três elementos básicos, quais sejam, a necessária preexistência de uma relação jurídica entre lesionado e lesionante; o ônus da prova quanto a culpa; e a diferença quanto à capacidade. No dizer dos autores:

Com efeito, para caracterizar a responsabilidade civil contratual, faz-se mister que a vítima e o autor do dano já tenham se aproximado anteriormente e se vinculado para o cumprimento de uma ou mais prestações, sendo a culpa contratual um dever de adimplir, que constitui justamente o objeto do negócio jurídico, ao passo que, na culpa aquiliana, viola-se um dever necessariamente negativo, ou seja, a obrigação de não causar dano a ninguém.

Justamente por essa circunstância é que, na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o ônus probandi (...)

Por fim, vale destacar que, em termos de capacidade, o menor púbere só se vincula contratualmente quando assistido por seu representante legal – e, excepcionalmente, se com malícia declarou-se maior.<sup>8</sup>

Assim, de maneira sintética, pode-se diferenciar esses dois tipos de responsabilidade com base na existência ou não de uma aproximação e consequente vinculação entre lesionado e lesionante. Se houver essa relação jurídica prévia, a responsabilidade será contratual, se não, será extracontratual.

### 2.1.1. Embasamento histórico

Na cultura ocidental, a teoria da responsabilidade civil tem sua origem no Direito Romano. A nascente do instituto está na vingança privada, “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.”<sup>9</sup>

Baseado nessa premissa de retribuição, no brocardo do “olho por olho, dente por dente”, o Direito Romano se apropria da faculdade que o indivíduo tinha de exercer a vingança

---

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª edição. Brasil: Malheiros, 2004, p.37

<sup>8</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.18-19.

<sup>9</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.19.

privada, passando a regular em quais circunstâncias a vítima teria o direito de retribuição, criando, para tanto, a Lei das XII tábuas. Com o advento desta, passa-se da fase da *vindita* imediata para a *vindita* mediata.

O grande mérito da referida lei foi prever a possibilidade de composição entre ofensor e vítima, afastando a necessidade de retribuição. A vítima passa a ter a opção de escolher a compensação econômica no lugar da vingança. Interessante notar que nesta fase a composição era tarifada, a lei previa o valor a ser pago a depender do tipo de dano. Nas palavras de Alvino Lima

A este período sucede o da composição tarifada, imposto pela Lei das XII Tábuas, que fixava, em casos concretos, o valor da pena a ser paga pelo ofensor. É a reação contra a vingança privada, que é assim abolida e substituída pela composição obrigatória. Embora subsista no sistema do delito privado, nota-se, entretanto, a influência da inteligência social, compreendendo-se que a regulamentação dos conflitos não é somente uma questão entre particulares.<sup>10</sup>

Assim, com o passar do tempo, a vingança deixa de se mostrar como forma mais satisfatória de reparação do dano, pois gerava reiteradas injustiças, vindo a ser substituída definitivamente pela composição. Consoante expõe Aguiar Dias:

Já agora o prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação – que é razoavelmente impossível no dano involuntário e cujo efeito é precisamente o oposto da reparação, porque resultava em duplicar o dano: onde era um, passavam a ser dois os lesados – seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *poena*, espécie de resgate da culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido.<sup>11</sup>

Com o surgimento de autoridades soberanas, o Estado assume exclusivamente a função de punir, momento a partir do qual a vítima perde definitivamente o direito de “fazer justiça com as próprias mãos” e a composição que, até então, era facultativa passa a ser obrigatória.

Contudo, o grande marco na evolução da teoria da responsabilidade civil surge com a *Lex Aquilia*. Em verdade, essa lei foi tão importante que passou a denominar a responsabilidade civil extracontratual, ficando conhecida como responsabilidade aquiliana.

A lei aquiliana trazia em seu bojo, como sua principal contribuição, a substituição das multas fixas por penas proporcionais ao dano causado. Ademais, ao regular o *damnum*

---

<sup>10</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.21.

<sup>11</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. XI edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.26.



*injuria dantum*, a referida lei (de maneira extremamente incipiente, é verdade) insere a noção de culpa como elemento da responsabilidade civil. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Malgrado a incerteza que ainda persiste sobre se a “injúria” a que se referia a *Lex Aquiliana* no *damnum injuria dantum* consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria *Lex Aquiliana*.<sup>12</sup>

O direito francês, então, passa a desenvolver o que fora posto pela lei aquiliana, até que, em 21 de março de 1804, entra em vigor o Código Civil Napoleônico, vindo a se tornar o divisor de águas da responsabilidade civil na idade moderna, trazendo como grandes contribuições a noção de culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa contratual e culpa delitual.

Com o advento da codificação francesa a responsabilidade civil passa a se fundar na idéia de culpa. Válido destacar que esta construção doutrinária, tendo a culpa como centro da teoria da responsabilidade civil, influenciou diretamente o Código Civil brasileiro de 1916.

Ocorre que, com a revolução industrial e a massificação das relações de trabalho houve um conseqüente aumento do número de acidentes, os quais não poderiam ser resolvidos pela teoria vigente na época. A responsabilidade civil baseada na culpa começa a mostrar sinais de fraqueza. A exigência de se provar a culpa do empregador nas relações de trabalho no mundo pós-revolução industrial se mostra, na verdade, um obstáculo quase intransponível.

Em face desse novo aspecto social, ao lado da teoria da culpa, começa a se desenvolver a chamada teoria do risco. A responsabilidade passa a ser analisada de maneira objetiva, não se exigindo mais a presença do elemento subjetivo da conduta, passando o ofensor a responder pelo dano independentemente de ter agido ou não com culpa. Essa visão objetiva da responsabilidade teve como foco garantir que o ofendido não ficasse sem o devido ressarcimento, ou seja, aquele que lucra com a atividade perigosa deve responder pelos danos dela decorrentes. Na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano; aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ubi ônus; ubi commoda, ubi incommoda*). Quem afeita os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos).<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.5.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p.7.

A teoria do risco ganha força e se difunde, passando também a ser adotada por outras legislações sem, contudo, suprimir a teoria da culpa.

Atualmente, no Brasil, vigem ambas as teorias. A responsabilidade civil subjetiva vem prevista no art. 186 do Código Civil, ao passo que a responsabilidade objetiva, baseada no risco da atividade, está disposta no parágrafo único do art. 927 do mesmo diploma. Assim, pode-se afirmar que

[...] vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado a ser verificado no caso concreto, pela atuação judicial), e *vi* do disposto no art. 927, parágrafo único.<sup>14</sup>

Vale, por fim, fazer uma ressalva a respeito da responsabilidade civil nas relações de consumo, em face de sua grande importância para o presente instituto, pois estabeleceu novos horizontes para a aplicação da responsabilidade civil objetiva. Em verdade, a contribuição da Lei 8.078/90 foi tão substancial que Sérgio Cavalieri Filho chega a afirmar que o CDC criou uma nova espécie de responsabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe a lume uma nova área da responsabilidade civil – a *responsabilidade civil nas relações de consumo* –, tão vasta que não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo.<sup>15</sup>

Devido à massificação das relações de consumo, a sistemática tradicional de responsabilidade já não se mostrava eficiente para atender a essas novas relações sociais, a responsabilidade objetiva fundada no risco não tinha o condão de reparar os danos causados nas relações de consumo.

Atento ao *supra* exposto, a CF/88, em seu art. 5º, XXXII, previu a defesa do consumidor (“Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”), que, em março de 1991, corporificou-se e passou a vigorar como a Lei 8.078/90.

Diferentemente do que dispõe o Código Civil, o CDC estabelece uma responsabilidade objetiva, não fundada no risco, mas na vulnerabilidade do consumidor, buscando, assim, restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Com essa nova aplicação da

---

<sup>14</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.57-58.

<sup>15</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª edição. Brasil: Malheiros, 2004, p.39

responsabilidade objetiva, esta passou a ter uma aplicação mais vasta do que a responsabilidade subjetiva.

Pode-se, então, afirmar que no Brasil vige, concomitantemente, a responsabilidade subjetiva prevista no art. 186 do CC, a responsabilidade objetiva tradicional, fundada no risco e prevista no parágrafo único do art. 927, e a responsabilidade das relações de consumo, que por dispor de maneira especial acerca da responsabilidade objetiva, merece destaque.

### **2.1.2. Pressupostos da responsabilidade civil**

Como exposto alhures, a responsabilidade civil vem prevista no art. 186 e no parágrafo único do art. 927, que dispõem, respectivamente, acerca da responsabilidade subjetiva e objetiva.

Iniciar-se-á o estudo dos seus pressupostos a partir do art. 186 do CC, cujo teor dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Pela análise do dispositivo acima, identifica-se quatro pressupostos: conduta, evidenciada no termo “por ação ou omissão”; culpa, quando qualifica a conduta como voluntária, negligente ou imprudente; nexó de causalidade, identificado pelo verbo “causar”; e dano, que se traduz na expressão “violar direito e causar dano a outrem”.

#### **2.1.2.1 Conduta**

No que toca a conduta, tal requisito vem muito bem definido por Sérgio Cavalieri Filho, para quem esta seria “o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzido conseqüências jurídicas.”<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.24.

Pode, então, ser vislumbrada sob dois aspectos, o físico e o psicológico. Sob o prisma físico ela se perfaz na ação ou omissão, em um *facere* ou *non facere*. Assim, pode ser positiva ou negativa. Será positiva quando o dano decorre de comportamento ativo do agente, como o ato de quebrar uma vitrine, por exemplo.

Será, por sua vez, negativa, quando o agente tiver um comportamento passivo, isto é, quando o dano não decorre de ato seu. Todavia, se obrigado a agir, a sua omissão poderá ser apenada. Rui Stoco, com fulcro na lição de Frederico Marques, define a omissão como:

Uma abstração, um conceito de linhagem puramente normativa, sem base naturalística. Ela apreze, assim, no fluxo causal que liga a conduta ao evento, porque o imperativo jurídico determina um *facere* para evitar a ocorrência do resultado e interromper a cadeia de causalidade natural, e aquele que deveria praticar o ato exigido, pelos mandamentos da ordem jurídica, permanece inerte ou pratica ação diversa do que lhe é imposta.<sup>17</sup>

Sob o enfoque psicológico, por seu turno, a conduta é sinônimo de voluntariedade, uma vez que deve estar embasada em um elemento volitivo. Neste sentido é a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O núcleo fundamental, portanto, da noção de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.<sup>18</sup>

Percebe-se, então, que, para haver conduta, devem estar presentes ambos os elementos, o físico (ação e omissão) e o psicológico (voluntariedade). Por esse motivo, inclusive, os chamados atos reflexos, como sonambulismo, hipnose ou espasmos musculares, não constituem conduta (sob o aspecto jurídico), haja vista que, apesar de possuírem a ação, não são voluntários, não podendo, portanto, o seu agente ser por eles responsabilizado.

Oportuno destacar que a voluntariedade não deve ser confundida com o dolo, uma vez que aquela se traduz na consciência acerca daquilo que se está fazendo e não na intenção de causar o dano.

Ressalta-se, por fim, que o Código Civil, além de disciplinar a responsabilidade por ato próprio, ainda dispõe acerca da responsabilidade civil indireta (por ato de terceiro, por

---

<sup>17</sup> MARQUES, Frederico. Apud STOCO, STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5ª Edição. São Paulo: RT, 2001, p.95.

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.69.

fato de animal ou coisa). Devido ao objetivo do presente trabalho, porém, não cabe aqui discorrer sobre essas espécies de responsabilidade.

Não obstante, é válido registrar a crítica de que, em que pese o posicionamento apresentado no CC/02, não se pode admitir a responsabilização de determinado indivíduo que não decorra de sua conduta. Assim, apesar da doutrina se referir a tais situações como hipóteses de responsabilidade civil indireta, em verdade, não passam de responsabilidade civil por ato próprio, pois o agente não responde pelo ato perpetrado por outrem, mas sim pela sua omissão (ato próprio) ao descumprir com o dever de cuidado imposto a todo aquele que assume a posição de garantidor.

De tudo, conclui-se que a conduta é o primeiro pressuposto da responsabilidade civil, não existindo responsabilização sem ato humano voluntário.

#### 2.1.2.2. Culpa

Inicialmente, deve-se alertar que a culpa disposta no art. 186 do CC/02, é a culpa *lato sensu*, abrangendo tanto o dolo quanto a culpa *stricto sensu*.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, dolo é “a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.”<sup>19</sup>

Vê-se, portanto, que, no dolo, o agente prevê o resultado e conscientemente se comporta de maneira a produzi-lo, não necessitando que este seja ilícito. Com efeito, defende-se que o agente pode dolosamente praticar um ato lícito, desde que produza o resultado que previa e conscientemente cogitou. É o que ocorre na grande parte das situações cotidianas, a exemplo de uma pessoa que pega o seu carro e se dirige ao trabalho. Ela conscientemente previu o resultado, qual seja, chegar ao seu destino, e durante o seu trajeto não causou dano a ninguém, ou seja, não cometeu qualquer ilícito. Assim, esta pessoa agiu dolosamente, contudo, por não ter decorrido dano de sua conduta, o ato não alcançou relevância para o direito, mas não deixou de ser doloso. É importante fazer esta distinção, haja vista que, conforme se demonstrará, a responsabilidade civil pode decorrer de um ato lícito.

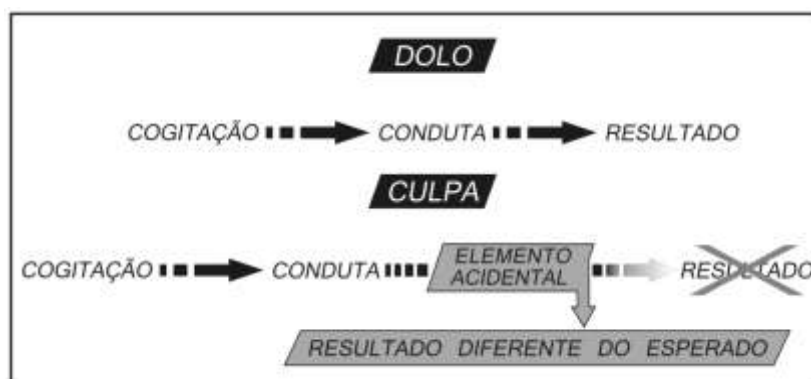
---

<sup>19</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.32.

A culpa, por sua vez, pode ser definida como a desarmonia entre o resultado cogitado e o resultado efetivamente ocorrido, desde que este seja previsto ou previsível. Na lição de Sérgio Cavalieri: “Pode-se conceituar a culpa como conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível.”<sup>20</sup>

Neste ponto, em que pese a opinião do ilustre doutrinador, defende-se que nem o dolo está diretamente ligado ao ato ilícito, nem a culpa gera, invariavelmente, um evento danoso. Entende-se que, nesta matéria, os doutrinadores penalistas defendem melhor posicionamento, conforme se demonstra pela lição de Rogério Greco: “O agente atua com dolo, quando quer diretamente o resultado ou assume o risco de produzi-lo; ou age com culpa, quando dá causa ao resultado em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência.”<sup>21</sup>

O gráfico abaixo reflete bem a diferença entre dolo e culpa. Através de uma análise, percebe-se que a presença de um elemento acidental, gerando um resultado diferente do esperado, é o ponto cerne diferenciador dos dois institutos. Assim, enquanto ele não existe no dolo, se faz presente na culpa.



Em suma, é certo que esta perfeita relação conseqüente entre cogitação, conduta e resultado é o que caracteriza o dolo, distanciando-o da culpa, na qual o resultado cogitado é

<sup>20</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.54.

<sup>21</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p.165.

diferente do produzido, haja vista que, nesta, existe a presença de um elemento acidental ensejador da desarmonia na seqüência evolutiva (cogitação – conduta – resultado).

Balizado conceitualmente o dolo e a culpa, resta agora entender como eles se inserem na teoria da responsabilidade civil.

Segundo a teoria subjetiva, para que alguém tenha seu dano reparado, é necessário comprovar que a outra parte agiu com culpa (*lato sensu*). Excepcionalmente, admite-se a reparação sem a análise da culpa, como é o caso de responsabilidade civil objetiva.

A culpa, então, pode ser eventualmente desconsiderada, cabendo reparação independentemente de o agente ter atuado de maneira culposa. Em face disto é que alguns autores não a consideram como pressuposto da responsabilidade civil<sup>22</sup>. É o caso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Embora mencionada no referido dispositivo legal de lei por meio das expressões “ação ou omissão *voluntária, negligência ou imprudência*”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva).

[...]

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os *elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil* são apenas três: *a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou o prejuízo, e o nexo de causalidade, [...]*<sup>23</sup>

Não obstante o entendimento dos ilustres doutrinadores, em razão dos objetivos do presente trabalho, adotar-se-á, neste tópico, o posicionamento da maioria da doutrina<sup>24</sup>, incluindo a culpa como pressuposto da responsabilidade civil.

Por fim, é de se analisar os graus e tipos de culpa previstos no ordenamento brasileiro. Neste sentido, a culpa pode ser dividida em grave, leve e levíssima.

---

<sup>22</sup> Sobre a discussão se a culpa é ou não elemento da responsabilidade civil, vide tópico 2.2.2.1

<sup>23</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.66-67.

<sup>24</sup> Cita-se, à guisa de exemplo, Silvio Rodrigues que afirmar ser a culpa um pressuposto da responsabilidade civil, conforme se comprova da leitura da passagem: “O segundo elemento, diria, o segundo pressuposto para caracterizar a responsabilidade pela reparação do dano é a culpa ou dolo do agente que causou o prejuízo.” (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol IV. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.16). Carlos Roberto Gonçalves segue no mesmo sentido, relacionando a culpa como pressuposto da responsabilidade civil. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003 p.32).

A culpa grave ocorre quando o agente atua com extrema falta de cautela, com um descuido injustificável ao homem médio. A leve, por sua vez, caracteriza-se pela falta de cuidado mediana, que poderia ser evitada se procedesse com a diligência do *bonus pater familias*. A levíssima, por fim, seria a falta cometida pela ausência de uma atenção extraordinária, decorrente de habilidade especial ou conhecimento específico.

A presente distinção, contudo, anda em crescente desprestígio. Isto porque na sistemática que rege a responsabilidade civil, diferentemente do que ocorre no Direito Penal, o grau de culpa (em tese) não é levando em conta no momento da responsabilização do agente causador do dano, mas apenas a sua extensão. A indenização na responsabilidade civil se destina a reparar o dano sofrido e não a punir o fato danoso.

No sentido do *supra* exposto, é oportuno colacionar o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho:

Diferentemente do Direito Penal, o Código Civil, de regra, equipara a culpa ao dolo para fins de reparação do dano, e não faz distinção entre os graus de culpa. Ainda que levíssima, a culpa obriga a indenizar – *in lege aquilea et levissima culpa venit* –, medindo-se a indenização não pela gravidade da culpa, mas pela extensão do dano.<sup>25</sup>

Vale ressaltar que, com o advento do Código Civil de 2002, em face do disposto no seu art. 944, parágrafo único (“se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”), o grau de culpa passou a influenciar no *quantum* indenizatório, não sendo mais a extensão do dano critério único nesta aferição.

Conclui-se, assim, que, apesar das críticas da doutrina acerca da presente distinção, esta ainda é de grande importância no nosso ordenamento, sendo reiteradamente utilizada como fundamento nas quantificações de indenização. Consoante atesta, à guisa de exemplo, o acórdão abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. EQUIVOCADO RESULTADO DE EXAME POSITIVO PARA HIV EM MULHER GRÁVIDA. ADMISSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO A TÍTULO DE DANO MORAL FIXADA COM EXCESSO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 07/STJ. INEXISTÊNCIA DE TESES JURÍDICAS CONFLITANTES EM SE TRATANDO DE FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CIRCUNSTÂNCIAS PARTICULARIDADES DE CADA CASO.

[...]

<sup>25</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.57.



4. O Tribunal a quo, ao fixar o valor da indenização, arrimou-se, especificamente, no ato danoso noticiado na petição inaugural, considerando diversas circunstâncias, dentre elas, o grau de culpa, a conduta e a capacidade econômica do infrator, a gravidade do dano, as circunstâncias em que ocorreu o evento, as conseqüências advindas e o sofrimento suportado pela vítima. Sob esse prisma, inviável de se reproduzir identidade fática entre os julgados.<sup>26</sup> (grifou-se)

Os tipos de culpa, por sua vez, podem ser classificados como *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiano*. A culpa *in eligendo* é a decorrente da má escolha, sendo aplicada aos casos de prepostos, nos quais o patrão responde pelos atos daquele em razão de ter escolhido mal seu representante, pois, nesta hipótese presume-se a culpa. Já a *in vigilando* decorre da falta de vigilância a ato de terceiro que estava sob a responsabilidade ou guarda do indivíduo, é o caso da responsabilidade por ato de filhos menores. Por fim, a *in custodiano*, que também se refere à falta de cuidado, contudo, relativa a animais ou coisas que estavam sob custódia.

É imperioso destacar que esta classificação acerca dos tipos de culpa perdeu sua importância no ordenamento civil, pois, em face do que dispõe o CC/02, todas estas formas de culpa presumida passaram a vigorar como espécies de responsabilidade objetiva, segundo se depreende do art. 932, I a IV, e 933 do referido diploma legal.

Tendo delimitado a culpa é momento de analisar o próximo pressuposto, o nexos causal.

### 2.1.2.3. Nexos causal

O nexos causal ou nexos de causalidade é o liame que une a conduta ao resultado. Através dele, analisa-se se determinado dano pode ser imputado a um agente específico. Para isso, basta que entre eles haja uma relação de causa e efeito, ou seja, que da conduta ilícita tenha decorrido o dano. Afirma-se, portanto, que “o nexos de causalidade é um elemento referencial entre a conduta e o resultado. É um conceito jurídico-normativo através do qual poderemos concluir quem foi o causador do dano”<sup>27</sup>. Em suma, não basta a conduta culposa ou o dano, é necessário que exista ainda o nexos de causalidade, ligando-os, a fim de que seja possível definir quem foi o causador do ato danoso.

<sup>26</sup> AgRg no REsp 914020 / RJ. Min Luiz Fux. Primeira Turma. Data do julgamento 09/09/2008.

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.47.

O conceito de nexa pode parecer simples, mas sua aplicação é deveras tormentosa. Neste sentido já advertia Serpa Lopes

[nexa causal] É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.<sup>28</sup>

A fim de pacificar este dilema, surgiram várias teorias objetivando tratar sobre este pressuposto, sendo 3 (três) delas as mais adotadas: teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da causalidade adequada e teoria da causalidade direta ou imediata.

A teoria da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*), criada por Von Buri na segunda metade do século XIX, como o próprio nome sugere, prega não haver distinção entre os antecedentes. Desde que determinado ato ou fato concorra para o evento, este será considerado causa do mesmo. Para esta teoria causa é “a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve”<sup>29</sup>. Todo aquele evento que, quando suprimido da linha temporal, vem a impedir a concretização do evento danoso terá o status de causa.

Esta é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro no seu art. 13. Todavia, a *conditio sine qua non* apresenta um sério inconveniente, haja vista que, como todo e qualquer antecedente que contribua para o evento danoso é considerado causa do mesmo, estar-se-ia fadado a uma regressão *ad infinitum*. Neste sentido, não seria responsável somente aquele que, por exemplo, atirou uma pedra contra a vitrine de uma loja, mas também seus pais e avós, pois, sem a contribuição destes, o agente nem sequer existiria.

No âmbito do Direito Penal, o referido inconveniente não existe, em face do poder limitador do dolo e da culpa, haja vista que, ao exigir a necessária previsibilidade, acaba por excluir os que interferiram indiretamente na cadeia causal. Contudo, em razão do tratamento diferenciado que o Direito Civil dá a estes pressupostos, a teoria da equivalência dos antecedentes se mostra de uma abrangência ilimitada, regredindo na cadeia causal de maneira infinita, inviabilizando, portanto, sua aplicação.

---

<sup>28</sup> LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. vol. V. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, pág. 218

<sup>29</sup> *Ibidem*. p.48.

Em razão deste inconveniente, conclui-se que os antecedentes deveriam ser individualizados, criando uma espécie de gradação entre eles. Fulcrada nesta assertiva surgem algumas teorias, dentre as quais duas se destacam, a da causalidade adequada e a da causalidade direta e imediata.

A teoria da causalidade adequada prega que causa é apenas aquele antecedente que tenha contribuído de maneira mais relevante para a produção do resultado. Carlos Roberto Gonçalves baliza a presente teoria da seguinte forma:

A segunda teoria, a da *causalidade adequada*, somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo dano, temos que concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada para produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstancia accidental, diz-se que a causa não era adequada.<sup>30</sup>

Para ser considerado causa, segundo a teoria da causalidade adequada, não basta que o antecedente tenha contribuído para a realização do evento, é necessário que tenha sido este o evento mais adequado para a concretização do mesmo.

Embora a citada teoria seja mais avançada do que a da equivalência dos antecedentes, não está imune a críticas. Sua fragilidade se perfaz na discricionariedade que é atribuída aos magistrados, pois a análise de qual é o antecedente mais adequado se mostra no caso concreto, devendo o julgador apontar qual, segundo dados empíricos, fáticos, não jurídicos, foi a conduta de maior relevância. Ou seja, cabe única e exclusivamente ao magistrado, de maneira discricionária, decidir o que seja ou não causa, demonstrando a fragilidade da teoria.

A teoria da causalidade direta ou imediata, desenvolvida por Agostinho Alvim, por sua vez, estabelece que causa seria, no dizer de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, “apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata.”<sup>31</sup>

Vê-se, portanto, que, consoante o que dispõe a presente teoria, causa é aquele ato do qual decorre direta e imediatamente o dano, sem que haja qualquer interrupção no nexos causal. Ou seja, qualquer ato do qual não ocasione necessariamente o dano, não configura causa, não podendo o seu autor ser responsabilizado.

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.522.

<sup>31</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132.

Essas duas últimas teorias demonstram uma grande vantagem em relação à primeira, pois a individualização e a gradação dos antecedentes agem como limitadores da responsabilidade, alçando à condição de causa apenas o ato que gerou o dano. Em razão dessa vantagem é que estas disputam no ordenamento jurídico brasileiro a preferência dos doutrinadores.

Existe uma divergência acerca de qual é a teoria adotada pelo Código Civil Pátrio, uma parte da doutrina<sup>32</sup> entende que é a da causalidade adequada enquanto outra<sup>33</sup> diz ser a da causalidade direta e imediata. Em que pese a opinião de cada um dos lados, entendemos ser esta uma discussão inócua para os objetivos do presente trabalho, pois, como se mostrará em capítulo à parte, a jurisprudência costuma aplicar as duas teorias indistintamente.

No que tange ao nexu causal, é oportuno analisar, ainda, a questão da concorrência de causas. Esta acontece quando a própria vítima atua de maneira a favorecer a ocorrência do evento danoso. Neste caso a indenização devida será reduzida proporcionalmente à contribuição da vítima na concretização do dano.

A concorrência de causas vem prevista expressamente no art. 945 do Código Civil: “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.”

Vê-se que a concorrência de causas é critério de quantificação de indenização, pois, quanto maior a contribuição da vítima, através de sua conduta culposa para a ocorrência do dano, menor será o *quantum* indenizatório.

Vale aqui fazer uma ressalva acerca da aplicação do *supra* referido instituto no âmbito do Direito do Consumidor. Neste, em razão do caráter protetivo dispensado ao consumidor vulnerável, não se aplica a teoria da concorrência de causas. O CDC só admite a culpa exclusiva da vítima como hipótese de interferência na responsabilização do fornecedor, não tendo a culpa concorrente relevância alguma. Independentemente do consumidor ter contribuído para a causação do dano, deve o fornecedor indenizá-lo integralmente.

---

<sup>32</sup> Destaca-se como defensor da adoção da teoria da causalidade adequada Sérgio Cavalieri Filho, conforme comprova a leitura do seu Programa de Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.50-51.

<sup>33</sup> Posicionam-se a favor da teoria da causalidade direta e imediata, entre outros, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho na obra Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 134.

É imperioso destacar também o que sejam as concausas e como elas influem no nexo causal. Como o próprio nome sugere, é uma causa que ocorre conjuntamente com outra (principal), influenciando na concretização do evento danoso. Sérgio Cavaliere Filho expõe muito bem o presente instituto:

Concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia e nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal.<sup>34</sup>

Importante ter em mente que ela não tem força de excluir o nexo de causalidade, caso o faça passa a ser causa principal. Entende-se não haver relevância na distinção entre as causas absolutamente independentes e as relativamente independentes, haja vista que estas, por terem o condão de interromper a cadeia causal, criam um novo nexos sendo consideradas como causa principal.

A concausa pode ser preexistente, concomitante ou superveniente. Será preexistente quando anterior à causa geradora do dano, ou seja, quando preexistir à conduta danosa. É o caso clássico de quem tem uma lesão leve e morre em razão de ser hemofílico. Estas circunstâncias, embora venham a agravar o dano, em nada influem na responsabilização do agente, ou seja, em sendo preexistente, independentemente do conhecimento ou não do agente acerca do mesmo, responderá este sempre pelo resultado mais grave.

As concomitantes e supervenientes, por sua vez, possuem um tratamento um pouco diferenciado. Normalmente a estas é dispensado o mesmo tratamento dado à preexistente. Contudo, quando interromperem o nexo causal e, por si só, gerarem o dano, o agente da causa anterior não será responsabilizado.

Em suma, as concausas, em regra, não influem no nexo causal, devendo o agente responder pelo evento mais grave. Todavia, no caso das concomitantes e supervenientes, quando tiverem o condão de quebrar o nexo causal, gerando, por si só, o dano, a conduta anterior será desconsiderada, não sendo o seu agente responsabilizado.

Por fim, analisar-se-ão as chamadas causas de exclusão de responsabilidade. Segundo Carlos Roberto Gonçalves pode-se definir o presente instituto como sendo “certos fatos

---

<sup>34</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.60.

que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente.”<sup>35</sup>

Pelo conceito ora exposto, nota-se uma semelhança entre as causas excludentes de responsabilidade e as chamadas causas absolutamente independentes. Estas, igualmente àquelas, têm o condão de quebrar o nexo causal, gerando uma nova causa, o que acaba por isentar o agente de qualquer responsabilização.

Neste diapasão, percebe-se porque foi defendido acima a não diferenciação entre causas absolutamente e relativamente independentes. No âmbito civilista as concausas absolutamente independentes nada mais são do que causas excludentes de responsabilidade.

Existem três hipóteses de exclusão de responsabilidade, que são o fato exclusivo (ou culpa exclusiva) da vítima, o fato de terceiro e o caso fortuito ou força maior.

O fato exclusivo da vítima, também chamado de culpa exclusiva da vítima, tem o condão de quebrar o próprio nexo causal, no sentido de que o suposto agente causador do dano é mero instrumento para a realização do dano em face da atuação do ofendido.

O que ocorre nesta hipótese é que, em verdade, o agente causador do dano é a própria vítima que, devido a sua conduta, gera o evento danoso, sendo o suposto ofensor apenas instrumento. É o caso da pessoa que se atira em frente a um carro. Nesta situação, a vítima é o próprio ofensor do bem jurídico.

Não se deve, contudo, confundir fato exclusivo da vítima com culpa concorrente, pois, nesta, existe conduta culposa de ambos os lados, viabilizando a concretização do dano, ao passo que, naquela, apenas um agente (no caso a vítima) realiza a conduta culposa.

Por não ter havido conduta culposa do suposto ofensor, este fica isento de responsabilidade, posto que, conforme estudado alhures, a conduta e a culpa (conduta culposa) são pressupostos da responsabilidade civil, em não havendo a presença de pelo menos um deles não há obrigação de indenizar.

No fato de terceiro, por sua vez, um estranho (que não é nem vítima, nem ofensor) atua de maneira a quebrar o nexo causal, isentando o suposto responsável de indenização. É o

---

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.526.

caso do carro que atropela um transeunte em razão de um abalroamento que o arremessou para fora da pista. O agente não causou o dano por ato seu, mas de terceiro.

Em razão de sua conduta, o terceiro quebra a relação de causalidade entre a conduta do suposto responsável e o dano, criando um novo nexos causal que liga a sua própria conduta ao evento danoso. A vítima, neste caso deverá intentar a ação contra o terceiro, por ser este o autor do dano.

A última causa excludente de responsabilidade é o caso fortuito e a força maior. Afastando a discussão doutrinária acerca do tema, entende-se, em apertada síntese, que o caso fortuito está relacionado à imprevisibilidade, ao passo que a força maior está ligada a inevitabilidade. Assim, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona

[...] a característica básica da força maior é a *inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto ou uma erupção, por exemplo)*; ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na *sua imprevisibilidade*, segundo os parâmetros do homem médio. Nesta última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo).<sup>36</sup>

O caso fortuito e a força maior, como as demais causas excludentes, atingem o nexos causal, quebrando a relação entre a conduta do agente e o dano. Ou seja, o dano decorre de um fato externo, estranho à vontade do agente.

É válido destacar que, com relação ao caso fortuito, apenas o chamado caso fortuito externo é causa excludente de responsabilidade. Haja vista que o caso fortuito interno está abarcada pela teoria do risco e não isenta o ofensor da obrigação de indenizar. O fortuito interno se diferencia do externo por exigir, além dos requisitos da imprevisibilidade e inevitabilidade, também o da externalidade, ou seja, se o evento danoso fizer parte dos riscos do negócio, integrar a cadeia de atividades do agente, independentemente de ser inevitável ou imprevisível, será este responsabilizado pelo dano.

Pelo exposto, percebe-se que as três hipóteses excludentes de responsabilidade civil têm uma semelhança, pois todas elas atingem o nexos causal e, em razão disso, da ausência deste requisito na cadeia de eventos geradoras do dano, fica o agente isento da obrigação de

---

<sup>36</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume II. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.308-309.

indenizar. Pode-se, então, afirmar que as causas excludentes de responsabilidade são, em verdade, causas de excludentes da relação de causalidade.

Conclui-se, portanto, que o nexos causal é o elemento que liga os outros dois pressupostos da responsabilidade civil, qual sejam, a conduta (culposa) e o dano. Haja vista já se ter estudado a conduta e a culpa, falta apenas balizar o conhecimento acerca do último requisito, o dano.

#### 2.1.2.4. Dano

Não existe obrigação de indenizar sem dano, sem prejuízo não há ressarcimento. A indenização sem dano caracterizaria enriquecimento sem causa, algo que não é admitido no ordenamento pátrio. Vale, neste sentido, colacionar a lição de Sérgio Cavalieri Filho acerca do tema:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco-proveito, risco criado, etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.<sup>37</sup>

Pelo exposto, percebe-se que o dano é essencial para a responsabilidade civil, sendo este caracterizado pela ofensa a um bem jurídico. A depender da espécie de bem jurídico ofendido o dano pode ser classificado como patrimonial ou extrapatrimonial, também conhecido como moral.

É patrimonial quando a lesão afeta bens patrimoniais, ou seja, quando atinge bens que podem ser apreciados economicamente. É o caso da batida de um carro ou de uma bola que quebra uma vidraça, em ambos os casos o bem lesionado facilmente se traduz em dinheiro.

Divide-se em dano emergente e lucro cessante. Aquele “corresponde ao efetivo prejuízo experimentado pela vítima do evento danoso, ou seja, o que ela perdeu”<sup>38</sup>. A

---

<sup>37</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.88.

<sup>38</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.43.



quantificação do presente dano não apresenta dificuldades, pois será sempre o resultado da subtração do valor do bem antes pelo valor após a lesão.

O lucro cessante, por sua vez, se traduz como sendo reflexo do dano no patrimônio futuro da vítima, é aquilo que o mesmo deixou de lucrar. No dizer de Sérgio Cavalieri Filho, consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima”.<sup>39</sup>

O cálculo do lucro cessante demonstra uma dificuldade maior do que o dano emergente, pois se refere a um prejuízo futuro, que ainda não ocorreu efetivamente. Em regra, o valor a ser indenizado a título de lucro cessante é aferido através de uma média dos ganhos da vítima nos meses precedentes ao evento danoso.

É imperioso fazer uma ressalva a fim de diferenciar o lucro cessante da chamada “perda de uma chance”. Aquele é o dano certo e definido, no qual não pairam dúvidas de que a vítima viria a agregar este ganho futuro ao seu patrimônio. Já neste não há certeza do ganho, sendo impossível garantir que a vítima viria a ter determinado lucro, contudo, a mera perda da possibilidade de consegui-lo já gera dano. Sinteticamente, pode-se dizer que o lucro cessante é o dano que afeta o patrimônio futuro e certo, enquanto a perda de uma chance atinge um patrimônio futuro e incerto. Basta, por ora, que o leitor saiba que estes dois tipos de dano não se confundem, haja vista que a análise detida deste tipo de dano foge dos objetivos a que se propõe o trabalho em tela.

A outra espécie de dano é o extrapatrimonial. Este seria, segundo a melhor doutrina, a violação da dignidade da pessoa humana em qualquer de seus aspectos (honra, imagem, integridade, etc)<sup>40</sup>. Entende-se que a dignidade humana, princípio base de nosso Estado Democrático de Direito, instituiu uma “cláusula geral de tutela da pessoa humana”, pelo qual as situações jurídicas não-patrimoniais merecem a mais ampla proteção, devendo todo o dano a ela causado ser devidamente reparado. Quanto a isso dispõe Maria Celina Bodin de Moraes:

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade, que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em

---

<sup>39</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.90.

<sup>40</sup> Neste sentido é o posicionamento de Maria Celina Bodin de Moraes na obra Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003.

particular decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).<sup>41</sup>

Na presente espécie, em contradição ao patrimonial, a lesão ao bem jurídico não se traduz em pecúnia, não pode ser monetariamente aferido. Em verdade, a indenização do dano moral através da compensação monetária, deveria ser a última solução, haja vista que não é hábil a indenizar, ou seja, a restituir a vítima ao *status quo ante*.

A forma de calcular o *quantum* indenizatório decorrente de ofensa a um bem extrapatrimonial é deveras intrincada, todavia, em razão do objetivo a que se propõe o presente trabalho, não cabe discorrer acerca de todas as teorias que cercam a sua quantificação. Limitar-se-á a expor os critérios adotados pelo STJ por serem os mais adotados.

O Superior Tribunal de Justiça estabelece quatro critérios para a quantificação do dano moral: i) grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor, ii) situação econômica do ofensor, iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa, iv) condições pessoais da vítima.

O primeiro critério analisa a dimensão da culpa do ofensor, ou seja, quanto maior esta for, maior deve ser o valor da indenização. O segundo, por sua vez, estabelece que a indenização deve ser balizada de acordo com o poder econômico do ofensor, quanto maior o seu patrimônio, mais elevada é a indenização. No terceiro critério, analisa-se o dano em si e os reflexos do mesmo na dignidade da vítima. Por fim, o quarto critério leva em consideração o poder econômico do ofendido como forma de cálculo da indenização, este é um critério extremamente criticado na doutrina, pois pode levar a situações absurdas, como, por exemplo, duas crianças morrerem em um mesmo acidente e a indenização aos pais de uma delas ser muito superior ao da outra por serem aqueles ricos e estes pobres.

Estes são os critérios de quantificação mais utilizados pela jurisprudência. Devendo o magistrado, através de uma confrontação dos referidos critérios com o caso concreto, chegar a um valor que entenda satisfatório para a reparação do dano.

Estes são, em síntese, os pressupostos da responsabilidade civil, havendo a presença destes, deve o autor do evento danoso ser obrigado indenizar a vítima. Contudo, a presente afirmativa não reflete a verdade, pois eles se encontram em desprestígio, existindo a

---

<sup>41</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Dano à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003, p.132-133.

possibilidade de haver obrigação de indenizar mesmo na ausência destes critérios no caso concreto.<sup>42</sup>

Passa-se agora a analisar o cenário atual no qual está inserida a responsabilidade civil, demonstrando o grande abismo que separa a teoria aqui apresentada da aplicação cotidiana das cortes.

## 2.2. CENÁRIO ATUAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL (CRISE DOS PARADIGMAS)

Entende-se que a responsabilidade civil passa por um momento de crise, a teoria já não se coaduna perfeitamente com a realidade. Poder-se-ia afirmar que “o direito de responsabilidade civil encontra-se, portanto, mais do que numa fase de mudanças ou (r)evoluções, num verdadeiro labirinto de indefinições, ou como quer Díez-Picazo, ún punto muy sensible de indefinición’.”<sup>43</sup>

Os critérios de constatação da responsabilidade civil já não exercem o mesmo papel de outrora, o paradigma liberal é substituído pelo social, dando ensejo à elevação da dignidade humana como fundamento da república. O “ser” ganha uma maior importância do que o “ter”, retirando o patrimônio do centro das atenções no Direito Civil, ocorrendo, conseqüentemente, uma repersonalização no âmbito civilista.

Instaura-se, assim, uma crise dos paradigmas da responsabilidade civil, criando um descompasso entre teoria de prática. Essa crise gera, como consequência principal, a erosão dos filtros da responsabilidade.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre o papel dos pressupostos da responsabilidade civil no cenário atual e seu desprestígio ler tópico 2.2.2.

<sup>43</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.22.

<sup>44</sup> O estudo da erosão dos filtros será objeto de estudo aprofundado no tópico 2.2.2.

### 2.2.1. A constitucionalização do Direito Civil e o novo paradigma dominante

A constitucionalização do Direito Civil representou uma mudança na forma de enxergar o âmbito privado do Direito, deixando este de ser visto de maneira autônoma e independente, mas como parte de um sistema unitário que tem a Constituição Federal como centro. Assim, as normas do Código Civil devem estar coadunadas com os valores constitucionais. O Direito Civil, portanto, passa a ser um “satélite” que orbita em torno de um “sol” chamado Constituição.

Oportunamente, ressalta-se que a constitucionalização representou muito mais do que uma mudança topológica, de retirada do Direito Civil do centro do Direito Privado, mas, verdadeiramente, estrutural. Ao se reconhecer a Constituição como núcleo de todo o sistema jurídico, abandona-se (ou ao menos enfraquece) o sistema fragmentado e dualista baseado nas categorias estanques Direito Público/Direito Privado. Disto implica uma nova forma de interpretar e aplicar o próprio Direito civil, suas normas, subordinadas aos valores constitucionais, apenas terão validade enquanto com estes se coadunarem.

O movimento de constitucionalização do Direito Civil deu ensejo ao surgimento de um novo paradigma, abandonando-se o modelo liberal e patrimonialista e abraçando um modelo social e existencial. A propriedade, bem como qualquer outro direito, está funcionalizada em prol da promoção do homem.

O aspecto funcional das categorias jurídicas não equivale a uma restrição externa imposta pelo Estado, mas lhe é interno e imanente; o elemento funcional, informado, em última análise, pela Constituição da República, define a disciplina do caso concreto e altera estruturalmente todos os institutos do direito privado.<sup>45</sup>

Pode-se, portanto, afirmar que o movimento de constitucionalização do Direito Civil foi tão relevante que representou uma verdadeira revolução científica. A fim de se entender a presente afirmativa, é necessário fazer uma breve digressão acerca da teoria de Thomas Kuhn sobre revolução científica.

---

<sup>45</sup> TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do novo Código Civil, In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito civil**: Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.385.

### 2.2.1.1. Notas sobre a revolução científica na visão de Thomas Kuhn

As revoluções científicas, na visão de Thomas Kuhn, ocorrem de maneira cíclica, sempre motivadas por uma crise, por meio da qual se acolhe um novo paradigma. Nas palavras do autor, revoluções científicas seriam “aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”.<sup>46</sup>

Assim, pode-se sintetizar o pensamento de Kuhn, afirmando que a revolução científica decorre de momentos de crise que dão azo à adoção de um novo paradigma. Essa sucessão de paradigmas é o que a consubstancia, ensejando a consequente evolução da ciência.

Segundo a presente teoria, só existe ciência se existir paradigma. Antes da adoção deste (fase pré-paradigmática), o que existe é uma babel de diálogos desconexos, onde se falam linguagens diferentes. Não há uma uniformidade sobre o que é importante pesquisar, nem seus métodos e valores, por exemplo. Com a adoção do paradigma, passa-se a ter uma conformidade acerca desses fatores, viabilizando a evolução da ciência. “A aquisição de um paradigma e do tipo de pesquisa mais esotérico que ele permite é um sinal de maturidade no desenvolvimento de qualquer campo científico que se queira considerar.”<sup>47</sup>

Ele permite a evolução da ciência no sentido de que, entre outros aspectos, ao assumir um “corpo de crenças comuns”, cria um ponto de partida para os estudos, não precisando o pesquisador, sempre que for estudar determinada área científica, ter que construir novamente o seu campo de pesquisa, permitindo que se concentre em pontos específicos e evolua a partir de uma mesma base. Se assim não fosse, a ciência nunca evoluiria, pois se estaria sempre tendo que retornar ao seu início, inviabilizando qualquer avanço. Neste sentido:

Quando um cientista pode considerar um paradigma como certo, não tem mais necessidade, nos seus trabalhos mais importantes, de tentar construir seu campo de

---

<sup>46</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p.125

<sup>47</sup>Ibidem, p.31.

estudo começando pelos primeiros princípios e justificando o uso de cada conceito introduzido.<sup>48</sup>

Da adoção desse modelo de conhecimento (ou pensamento) aceito por uma comunidade científica, chamado por Thomas Kuhn de paradigma, decorre algo denominado pelo mesmo de “ciência normal”, que significa a “pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas.”<sup>49</sup>

A ciência normal difere do paradigma, pois este não possui caráter cumulativo, mas substitutivo. Aquela é a soma de métodos e diretrizes para a aplicação do paradigma, que é mais abrangente e abarca a forma de pensamento.

É interessante notar que a ciência normal, bem como o paradigma vigente, não se propõe a descobrir novidades, exercem eles um papel de inércia. Pergunta-se, então, se a ciência normal não se destina a inovações, como elas ocorrem no meio científico?

As inovações e, por conseguinte, as revoluções científicas ocorrem por conduto das anomalias e as consequentes crises.

Em síntese, pode-se afirmar que a revolução científica ocorre da seguinte maneira: primeiro reconhece-se a existência de uma anomalia (seria a natureza violando as regras paradigmáticas vigentes); depois, analisa-a e a área que ela afeta; por fim, conclui-se que o paradigma vigente não é capaz de resolvê-la e se adota um novo paradigma hábil para tanto, transformando-a em resultado esperado. Destaca-se, neste sentido, a lição de Thomas Kuhn:

A descoberta começa com a consciência da anomalia, isto é, com o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal. Segue-se então uma exploração mais ou menos ampla da área onde ocorreu a anomalia. Esse trabalho somente se encerra quando a teoria do paradigma for ajustada, de tal forma que o anômalo se tenha convertido no esperado.<sup>50</sup>

A essa fase de transição entre o paradigma dominante e o paradigma emergente, Thomas Kuhn chama de estado de crise. Vale ressaltar que nem toda a anomalia gera o estado de crise, apenas aquelas que se mostram resistentes às soluções dadas pelo paradigma vigente, aptas, portanto, a demonstrar a insuficiência do mesmo.

---

<sup>48</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p.40.

<sup>49</sup> Ibidem, p.29.

<sup>50</sup> Ibidem, p.78.

Ao se deparar com uma crise, os cientistas, paradoxalmente, apegam-se mais ao paradigma, concebendo inúmeras articulações na teoria, a fim de eliminar o conflito sem abandoná-lo. Este apenas será considerado inválido quando existir uma alternativa disponível para substituí-lo. “Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro”<sup>51</sup>. Conforme dito acima, o paradigma é não-cumulativo, ou seja, dois paradigmas não podem coexistir ao mesmo tempo, assim o emergente sempre substitui o dominante.

Vale ainda ressaltar que, ao se adotar um novo paradigma os cientistas passam a ter uma nova visão de mundo. Não que os mundos pré e pós-paradigma sejam diferentes, apenas a comunidade científica, ao proceder suas análises sob a ótica do novo paradigma, passa a ver as coisas de um modo diferente. Isso porque, ao mudar a forma de pensamento, o paradigma muda, conseqüentemente, a forma de enxergar a ciência, fazendo com que os pesquisadores procedam de maneira diferente para, muitas vezes, chegar ao mesmo resultado.

Assim, a revolução científica pode ser dividida em 3 (três) fases, paradigma vigente, crise e novo paradigma.

#### 2.2.1.2. Constitucionalização do Direito Civil como forma de revolução científica

A constitucionalização do direito civil é, no entender de Paulo Luiz Netto Lôbo, “o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional”.<sup>52</sup>

Assim, a constitucionalização pode ser definida como a irradiação da Constituição sobre o sistema privado, passando a ser o fundamento deste, emanando seus princípios e valores nas relações privadas. Deixando, portanto, de ser o Código Civil a “constituição do direito privado”, como foi conhecido por muito tempo, haja vista que o referido diploma passa a estar

---

<sup>51</sup> KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006, p.108.

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 20/06/2011.

efetivamente subordinado à Constituição Federal. O que ocorre é, basicamente, uma mudança de perspectiva, como afirma Eugênio Facchini Neto:

[...] de notável valor hermenêutico a constatação de que a migração de institutos e princípios do direito privado para o texto constitucional acarreta uma mudança de perspectiva, pois ‘de modo contrário ao Código Civil, que conserva valores da sociedade liberal do século XIX, a Constituição projeta e estimula a fundação de uma nova sociedade com suas normas programáticas’.<sup>53</sup>

Pode-se afirmar, portanto, que o processo de constitucionalização significou uma mudança de centro do direito privado e, conseqüentemente, do direito civil, deixando o sistema de gravitar ao redor do código civil e seus ideais liberais, para agora gravitar ao redor dos ideais sociais da Constituição Federal. Valendo destacar, neste sentido, a lição de Jane Reis Gonçalves Pereira:

Se no século XIX o Código Civil desempenhara, em caráter exclusivo, a função de normatizar as relações jurídicas entre os indivíduos – ocupando, assim, posição central no sistema de fontes -, a partir do pós-guerra a Constituição passa a ser o elemento que confere unidade ao ordenamento jurídico, continente de valores e princípios que condicionam todos os ramos do Direito.<sup>54</sup>

O Código Civil de 1916, imbuído dos ideais liberais e do voluntarismo, com sua técnica legislativa casuística e fechada, representava a forma de pensamento da época, ou seja, era reflexo do paradigma vigente aceito pela comunidade científica, qual seja, o paradigma liberal. Tido como autossuficiente e imune às influências da Constituição, “os códigos eram vistos como uma espécie de barreira ao Estado, concebidos como sendo disciplina jurídica das relações intersubjetivas privadas, imunes à intervenção do Estado.”<sup>55</sup>

Sob a égide do paradigma liberal, a Constituição não exercia qualquer influência nas relações privadas, sendo voltada unicamente para as relações com o Estado, pregava-se uma política não intervencionista. Assim, as diretrizes constitucionais e, conseqüentemente, os direitos fundamentais, eram voltados apenas contra o Poder Público, a fim de garantir a liberdade dos particulares. O direito público mostra-se voltado unicamente a regular o Estado e sua estrutura, ao passo que o direito privado regulava as relações privadas. Eugênio Facchini Neto leciona no mesmo sentido:

<sup>53</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p.32.

<sup>54</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.120

<sup>55</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Op cit. p.35.



O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estrutura e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a Sociedade civil, as relações intersubjetivas, e o mundo econômico (sob o signo da liberdade). As relações privadas são estruturadas a partir de uma concepção de propriedade absoluta e de uma plena liberdade contratual (reinos esses que o Direito Público não podia atingir) em todos os códigos civis que surgem nesse primeiro ciclo das codificações.<sup>56</sup>

Diante dessa dicotomia e a conseqüente não intervenção do Estado nas relações privadas, a liberdade é entendida como a possibilidade de decidir sem qualquer intervenção do Estado. Baseado nessa ideia de liberdade a autonomia privada ganha tamanho destaque que vem a ser entendido como um princípio quase absoluto.

Ao direito privado cabia assegurar a pela realização da autonomia dos indivíduos racionais. Já que a razão era tida como plena, cabia ao direito apenas e tão-somente garantir que as obrigações oriundas desta vontade fossem devidamente observadas no mundo real.<sup>57</sup>

A autonomia da vontade tem, então, seu auge sob a égide do paradigma liberal, mostrando-se como princípio nuclear do sistema privado liberalista.

O liberalismo, contudo, inicia seu declínio na segunda metade do século XIX, a ciência normal, exercida por meio de dispositivos fechados e com pretensão de completude, começa a se mostrar insuficiente na solução dos casos que surgem. Os principais eventos catalizadores dessa crise são apontados como sendo os movimentos sociais e a industrialização. Oportuna é a lição de Gustavo Tepedino:

Esta era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil Brasileiro de 1916, entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia.<sup>58</sup>

Instala-se um estado de crise no direito civil. A necessária intervenção estatal vai gerar uma quebra do paradigma, pois implicará a flexibilização da autonomia da vontade e a saída do Código Civil do centro do sistema privado para dar espaço à Constituição Federal,

<sup>56</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p.19.

<sup>57</sup> ALTHEIM, Roberto. **Direito de Danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2008, p.25.

<sup>58</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.4.

ensejando a uma nova visão dos juristas acerca do que se entende por direito privado e gerando, conseqüentemente, uma nova ciência normal, baseada em um novo paradigma. Os problemas não podiam mais ser resolvidos através de uma mera operação de subsunção. Os novos fatos sociais exigiam uma abordagem diferente, que desse atenção à finalidade da norma e não só ao seu sentido literal. Ou seja, os métodos utilizados deveriam mudar, bem como a forma de pensamento dominante.

Isto começa a ocorrer com a Constituição Federal de 1988 que, diferentemente das anteriores, foi erigida sobre ideais sociais, influenciada pelo Estado do Bem Estar Social, implicando grande mudança no mundo jurídico, em especial, no Direito Civil.

A ideologia social, diferentemente do liberalismo, prega que deve haver uma postura mais positiva por parte do Estado, a fim de garantir o bem estar da sociedade, estimulando uma maior participação deste na sociedade. Enquanto a ideologia liberal evitava a todo o custo a intervenção estatal, afirmando que os indivíduos deviam exercer sua liberdade sem intervenção, sob o pretexto de que todas as pessoas são iguais e cabe a elas decidir o que lhes é melhor. O Estado Social, em sentido oposto, promove a participação na sociedade e, conseqüentemente, nas relações particulares, cabendo-lhe garantir condições para que o indivíduo pudesse exercer sua liberdade, equilibrando, assim, a balança. Neste sentido é a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo:

No Estado social (*welfare state*), todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais.<sup>59</sup>

Percebe-se, então, que a dicotomia entre direito público e privado começa a mostrar sinais de fraqueza, havendo uma progressiva convergência entre eles. Os princípios constitucionais e suas normas começam a penetrar nos “muros” do Direito Civil.

O Código Civil deixa de ser o centro do direito privado, lugar que passa a ser ocupado pela Constituição. Em razão disso, deve o diploma civil coadunar suas normas ao que dispõe o texto constitucional. Neste diapasão, destaca-se a lição de Rodrigo Mazzei:

A necessidade de conciliar as disposições do Código Civil com os ditames da Constituição, em que havia natural prevalectimento da última, seja pela hierarquia, seja

---

<sup>59</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em: 20/06/2011.

pelo maior encaixe à realidade social, fez com que gradativamente a codificação perdesse a posição de centro do Direito Privado. Com a Constituição Federal de 1988 fica, de uma vez por todas, evidente que o Código Civil não pode mais ser encarado como manancial central do Direito Privado, tamanha a interferência constitucional na vida privada e grande descompasso com a codificação de 1916.<sup>60</sup>

Nota-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 e a adoção dos ideais do *welfare state* criaram um verdadeiro estado de crise no direito civil, as idéias sobre as quais foi erigido o Código Civil vigente na época, bem como a visão que se tinha do direito privado, se mostrava inadequada, não servindo para a solução de anomalias. O liberalismo já não mais atendia às necessidades da sociedade, o ideais sociais se mostravam como a forma de pensar mais adequada à essa função.

Com a adoção do paradigma social, o Código Civil de 2002 é alvo de um processo de repersonalização do direito civil, ou seja, a pessoa agora volta a ser o centro do sistema jurídico privado. O grande catalisador deste processo foi o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana.

A constituição Federal de 1988 trouxe em seu art. 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana. Sendo o presente diploma legal o centro do sistema jurídico, seus preceitos devem ser irradiados para o Direito Civil.

Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil, ou visto de outro modo, a *despatrimonialização* do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanações.<sup>61</sup>

Assim, com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa Brasileira, todas as normas jurídicas devem estar voltadas para a promoção do homem, todo artigo, inciso ou alínea do corpo normativo nacional deve ser analisado sob a ótica da dignidade. Pode-se, portanto, afirmar que a dignidade da pessoa humana é o verdadeiro paradigma atual. A presente mudança paradigmática foi também percebida por Gustavo Tepedino:

---

<sup>60</sup> MAZZEI, Rodrigo Reis. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM Thereza (coordenadores). **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.LXXI.

<sup>61</sup> FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p.34.

O Texto Constitucional empreendeu radical transformação no direito civil, elegendo a dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, ao qual funcionalizou as relações jurídicas patrimoniais. Suplantou, com isso, todas as formulações conceitualistas que idealizavam o direito civil como estatuto das relações patrimoniais.<sup>62</sup>

A mudança paradigmática, na qual a pessoa (com sua dignidade) substituiu o patrimônio como fundamento do sistema jurídico, por óbvio, gerou inúmeras conseqüências.

O tempo do patrimônio como senhor absoluto passou, deixando-nos sob um sol de outros dias. Os raios que nos iluminam, projetados por uma Constituição humanitária, traduzem uma preocupação diferenciada com o ser humano. Ao seu bem-estar e à sua dignidade não é indiferente a Constituição. Bem por isso, o núcleo valorativo mudou. E mudou para resguardar, em linha de princípio, valores que realizem, de melhor forma, a pessoa humana, sem que se possa postergar sua proteção para escala subsidiária em relação aos bens materiais.<sup>63</sup>

Todavia, em que pese o Código Civil ter sido promulgado após a Constituição Federal, este não acolheu de maneira satisfatória o paradigma da dignidade humana. Gustavo Tepedino, na época em que o Código Civil de 2002 ainda era projeto, já previu o descompasso:

[...] ele [o projeto] é retrógrado e demagógico. Não tanto por deixar de regular novos direitos, as relações de consumo, as questões da bioética, da engenharia genética e da cibernética que estão na ordem do dia e que dizem respeito ao direito privado. E não penas por ter como paradigma os códigos civis do passado (da Alemanha, de 1896, da Itália, de 1942, de Portugal, de 1966), ao invés de buscar apoio em recentes e bem-sucedidas experiências (como, por exemplo, os Códigos Civis do Quebec e da Holanda, promulgados nos anos noventa).

O novo Código já nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. E é demagógico porque, engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto político de outubro de 1988.<sup>64</sup>

Por tudo o que foi exposto, percebe-se que a constitucionalização do direito civil representou uma verdadeira revolução científica, sendo, inclusive, comparada com a “virada de copérnico”<sup>65</sup>. Por conduto deste processo, abandonou-se um paradigma patrimonialista, adotando-se um novo, baseado na dignidade humana, fazendo com que “a tutela à liberdade (autonomia) do indivíduo [fosse] substituída pela noção de proteção à dignidade da pessoa

<sup>62</sup> TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**: Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.358.

<sup>63</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.2

<sup>64</sup> TEPEDINO, Gustavo. Loc cit. p.358.

<sup>65</sup> Tal comparação foi feita por Luis Edson Fachin no artigo “Virada de copérnico: um convite à reflexão sobre o direito civil brasileiro contemporâneo”, no qual o autor compara a substituição da Terra pelo Sol como centro do sistema solar, com a aceitação da Constituição no lugar do Código Civil, como centro do sistema jurídico.

humana.”<sup>66</sup> Contudo, a “ciência normal” ainda não se adaptou completamente ao novo paradigma, vide à guisa de exemplo, o Código Civil, que não reflete o novo paradigma, gerando um estado de crise, conforme fora afirmado alhures, afetando muitos dos conceitos e teorias aplicados, em especial, a teoria da responsabilidade civil.

### 2.2.1.3. Influência do novo paradigma na responsabilidade civil

A adoção de um novo paradigma repercutiu de maneira profunda na responsabilidade civil. A proteção à dignidade humana, positivada no art. 1º, III, da CF/88, alterou a sua sistemática. Ao colocar as situações existenciais em uma posição de destaque, a dignidade subverte o sistema outrora patrimonialista, promovendo a proteção da pessoa em seus diversos aspectos. Acerca do tema, discorre Maria Celina Bodin de Moraes:

Mesmo a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, II, da CF, dispositivo inicialmente observado com ceticismo, hoje é reconhecidamente uma conquista determinante e transformação subversiva de toda a ordem jurídica privada. De fato, a escolha do constituinte ao elevá-la ao topo do ordenamento alterou radicalmente a estrutura tradicional do direito civil na medida em que determinou o predomínio necessário das situações jurídicas existenciais sobre as relações patrimoniais.<sup>67</sup>

A referida subversão da ordem jurídica privada gera consequências diretas na responsabilidade civil. O primeiro reflexo que se percebe é a mudança de foco ocorrida no seio das obrigações de indenizar. A atenção, antes voltada para o ofensor, agora dirige-se ao ofendido, tendo como foco principal não a punição deste, mas a proteção daquele. Assim, pode-se afirmar que:

A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.47.

<sup>67</sup> Idem. Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.318.

<sup>68</sup> Ibidem, p.331.

Em verdade, é interessante notar que a própria reparação do dano era decorrência da punição do ofensor, pois tinha “o objetivo de sancionar a conduta do ofensor, quase como uma punição pelo desequilíbrio sócio-patrimonial que gerou com sua atuação contrária ao direito.”<sup>69</sup> Atualmente, contudo, sob a égide do novo paradigma, pode-se afirmar que a reparação decorre da proteção à pessoa, haja vista que não se poder admitir que uma ofensa à dignidade fique irressarcida.

É válido destacar que esse caminhar da responsabilidade civil partindo da punição do ofensor e se dirigindo à reparação do dano como objetivo principal, já havia sido percebido por Orlando Gomes há bastante tempo, quando, em um artigo publicado em 1980, afirmou que: “O regime da responsabilidade civil está passando por uma revisão importante, e manifestam-se tendências que o renovam significativamente. A mais interessante mudança de ângulo visual é o giro conceitual do ato ilícito para o dano injusto.”<sup>70</sup>

Essa mudança de foco, que já vinha ocorrendo em razão da visão solidarista da responsabilidade civil, ganha força com o advento da CF/88, passando a ser uma decorrência natural do movimento civil-constitucional que, ao erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento do sistema, atrai todas as atenções para a proteção da pessoa. Desta forma, mais importante do que punir o causador do dano é garantir a reparação à vítima. Apenas desta maneira, objetivando proteger a dignidade do ser humano, estar-se-á fazendo uma leitura constitucionalizada do Direito Civil.

Assim, tendo em vista a adoção de um novo paradigma fulcrado na proteção da pessoa, punição do ofensor não é mais o objetivo principal da responsabilidade civil, a reparação, portanto, sobrepõe-se. Essa mudança, colocando a proteção da pessoa como fundamento de todo o sistema jurídico, acarreta também, uma ampliação das hipóteses de dano ressarcível, pois, em razão da atenção dada à pessoa busca-se protegê-la em todos os seus aspectos.

O princípio da proteção da pessoa humana, determinado constitucionalmente, gerou no sistema particular da responsabilidade civil a sistemática extensão da tutela da pessoa da vítima, em detrimento do objetivo anterior de punição do responsável. Tal extensão, neste âmbito, desdobrou-se em dois efeitos principais: de um lado, no expressivo

---

<sup>69</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.15.

<sup>70</sup> GOMES, Orlando apud CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.153.

aumento das hipóteses de danos ressarcível; de outro, na perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto.<sup>71</sup>

Percebe-se, então, que o paradigma da dignidade gera uma ampliação na tutela da pessoa humana, buscando proteger todos os âmbitos da sua personalidade. A teoria da responsabilidade civil, antes voltada quase que em sua totalidade para a proteção de bens patrimoniais, depara-se com novos bens jurídicos merecedores de tutela. Neste diapasão é oportuno destacar a lição de Anderson Schreiber:

O fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, e de forma notável. Um novo universo de interesses merecedores de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a dano que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada sua ressarcibilidade.<sup>72</sup>

Em razão da repersonalização do Direito Civil, reflexo direto da dignidade da pessoa humana, o indivíduo passa a ser o centro do sistema e qualquer ato que ofenda seus direitos da personalidade passam a ser alvo da responsabilidade civil. Como existem “novos” bens jurídicos merecedores de tutela, por consequência começam a aparecer os chamados “novos danos”<sup>73</sup>.

É válido ressaltar, contudo, que a referida ampliação das hipóteses de danos ressarcíveis não decorre apenas da clausula geral de proteção à dignidade da pessoa, outro fator também exerce papel relevante neste cenário de multiplicação de danos indenizáveis, qual seja: a releitura pela qual passam os critérios de constatação da responsabilidade civil. Os pressupostos da responsabilidade civil, neste novo cenário, atuam de maneira diversa da originalmente pensada. Em verdade, discute-se até se estes seriam ainda pressupostos da obrigação de indenizar<sup>74</sup>. Independentemente de serem ou não, o certo é que há uma mitigação da culpa, do nexa e do dano.

As radicais transformações sofridas pela responsabilidade civil nos últimos tempos fizeram com que seus pressupostos tradicionais fossem descartados ou mitigados e

---

<sup>71</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.323.

<sup>72</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.85-86.

<sup>73</sup> É a partir dessa concepção que eclodem na jurisprudência, dia a dia, hipóteses de danos ressarcíveis como os “dano de férias arruinadas”, “dano de moto nova”, “dano psicológico”, entre outros.

<sup>74</sup> Esta visão é partilhada por Roberto Altheim na obra “Direitos de Danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar”. Curitiba: Juruá. 2008.

substituídos por novos e assistemáticos critérios, não tendo sido tal processo, porém acompanhado do necessário esclarecimento científico acerca dos seus conteúdos.<sup>75</sup>

É cristalino que se o foco da reparação mudou, seus critérios de constatação também deveriam mudar. Desta forma, os referidos critérios de constatação passam por uma reformulação, exercendo papel diverso do originalmente pensado.

### **2.2.2. O papel dos critérios clássicos sob a égide do novo paradigma.**

A teoria da responsabilidade civil exige (ou exigia), como pressupostos a serem preenchidos na constatação da obrigação de indenizar, a presença de três elementos: o dano, a culpa e o nexo de causalidade.

É de notar, contudo, que a responsabilidade calcada nos referidos critérios foi construída sob a égide liberal, coadunando com toda a sua ideologia. Ou seja, era a ciência normal aceita pelo paradigma da época.

As mudanças sociais e jurídicas ocorridas nos últimos anos, todavia, geraram a adoção de um novo paradigma, o qual exige, por consequência, uma nova ciência normal. Com a mudança paradigmática, esperava-se que toda a ciência normal se adequasse a este. Entretanto, não foi o que aconteceu. Em que pese ter sido abandonado o paradigma patrimonialista, abraçando-se a dignidade como centro do sistema, a teoria da responsabilidade civil manteve-se, com pequenas alterações, a mesma de antes. Ou seja, ainda se exigia os mesmos pressupostos para imputar a obrigação de indenizar. A manutenção de uma teoria fundamentada em bases diversas das que hoje sustentam o Direito Civil ocasionou descompassos e atecnias que não devem ser aceitos.

Os pressupostos clássicos eram funcionalizados em prol do patrimônio, todavia, com o ser humano no centro do sistema, devem estar para a proteção da pessoa em todos os seus aspectos. Desta forma, merecem eles uma nova leitura.

Assim, o que se pode afirmar é que a responsabilidade civil se encontra em um momento de crise paradigmática, tendo por consequência a erosão dos seus critérios de

---

<sup>75</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2007, p.xii



constatação. “Vive-se um momento de *erosão dos filtros de reparação*, com a gradual perda de importância dos tradicionais critério de imputação de responsabilidade civil (a culpa e o nexo causal), a partir dos quais se promovia rigorosa seleção dos pleitos ressarcitórios.”<sup>76</sup>

A crise paradigmática, tendo como consequência a erosão dos critérios de constatação é também destacada por Maria Celina Bodin de Moraes:

Os próprios conceitos básicos da disciplina encontram-se em discussão, havendo atualmente grande vacilação até mesmo no que se refere às suas noções mais elementares: há controvérsias, como se viu, acerca do conceito de dano ressarcível, mas há, também, acerca da noção de culpa, de risco, de nexo de causalidade etc.<sup>77</sup>

A culpa, o nexo de causalidade e o dano mostram-se, portanto, ineficazes no atual cenário da responsabilidade civil. É o que se pretende demonstrar nos tópicos a seguir.

### 2.2.2.1. Culpa

A culpa foi objeto do “mais intenso dos ataques doutrinários que talvez se tenha registrado na evolução de um instituto jurídico”<sup>78</sup>. Esta, que já foi considerada o principal fundamento da responsabilidade civil, vem, dia a dia, abandonando este papel, passando de astro principal para um coadjuvante nem sempre necessário.<sup>79</sup>

O Código Civil Brasileiro de 1916 tinha como elemento nuclear da teoria da responsabilidade civil, a noção de culpa. Assim, salvo algumas exceções previstas em diplomas legislativos esparsos<sup>80</sup> ou no próprio código, como era o caso do art.1.529<sup>81</sup>, a obrigação de

<sup>76</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.5.

<sup>77</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.339.

<sup>78</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.39.

<sup>79</sup> Partilham desta mesma visão, de apogeu e declínio da culpa no sistema jurídico, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, como se percebe da afirmação de que “a culpa passou por todo um processo de sedimentação doutrinária, com largo período de prestígio e primazia, culminando por perder a importância de outrora nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, inclusive no nosso”. (Novo Curso de Direito Civil, Volume II – Responsabilidade civil, 8ª ed, 2010, p.167).

<sup>80</sup> Neste sentido destaca-se, exemplificativamente, o Decreto n. 2.681/12, o Decreto Legislativo n. 3.724/19, o Decreto-Lei n. 227/67, a Lei n. 6.194/74 e a Lei n. 6.938/81.

<sup>81</sup> O presente artigo versava sobre a responsabilidade em caso de coisa caída ou lançada de prédio e não exigia o elemento culpa para caracterizar a obrigação de indenizar. Tinha o seguinte teor: “Aquele que habitar uma casa, ou parte dela, responde pelo dano proveniente das coisas que dela caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

indenizar só podia ser imposta caso se constatasse que o agente ofensor agiu culposamente. O CC/16 estabelecia, em seu art. 159, como regra geral, a responsabilidade subjetiva.

Essa concepção de culpa como principal fundamento da obrigação de reparar, no nosso sistema jurídico, decorre da ideologia liberal. Não se mostrava interessante para a burguesia empresarial da época a adoção de um sistema de responsabilização objetiva, pois poderia dificultar o progresso técnico. Assim, “propugnava-se a exclusão de qualquer responsabilização por atividades perigosas, sustentando a aplicação da regra segunda a qual, ‘as perdas devem ficar onde caírem.’”<sup>82</sup>

Tal sistemática, todavia, gerava inúmeras injustiças, haja vista que, em uma sociedade massificada e industrializada, obrigar a vítima a comprovar a culpa do ofensor era, muitas vezes, sinônimo de obrigá-la a suportar o dano. Para exemplificar o ora afirmado basta imaginar o caso de um empregado que é vítima de um evento danoso (como a perda de um membro, por exemplo) enquanto trabalha na linha de montagem de uma fábrica. Exigir deste empregado que demonstre a conduta culposa do empregador é impor um ônus demasiadamente pesado sobre seus ombros, importando, na grande maioria dos casos, na sua irressarcibilidade.

De fato, a evolução econômica e social tornara claro que a tradicional responsabilidade subjetiva era insuficiente, qualitativa e quantitativamente, para tutelar diversas espécies de relações jurídicas próprias da sociedade industrializada. Na nova realidade social, a reparação da vítima não poderia depender da prova impossível que identificasse quem, de fato, agiu de forma negligente para estabelecer a reparação dos danos injustamente sofridos.

Os termos da responsabilidade civil tiveram então de mudar drasticamente em decorrência do grande aumento das ocasiões de dano derivantes do processo de industrialização e do desenvolvimento dos transportes.<sup>83</sup>

Diante dessa nova realidade, a culpa mostra sinais de fraqueza, haja vista que “esforços são feitos no sentido de aliviar a carga probatória imposta à vítima.”<sup>84</sup> Em decorrência disto, pode-se afirmar que esta sofreu dois duros golpes: a mudança na sua noção e a objetivação da responsabilidade civil.

---

<sup>82</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.391.

<sup>83</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>84</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**: estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.150.

### 2.2.2.1.1. Mudança na noção de culpa

A culpa, em sua concepção clássica, possuía uma forte conotação moral, “considerando, como aspecto essencial para a construção do conceito, a manifestação de vontade, livre e consciente, do agente, em relação à qual surge, ou corresponde, um conseqüente juízo moral de condenação daquela ação.”<sup>85</sup> Essa conotação mais subjetiva ocorreu em razão da difusão da ideologia cristã e, conseqüentemente, da difusão da sua visão de culpa, a qual estava diretamente ligada à má utilização do livre-arbítrio.

Posteriormente, o Direito Canônico fortaleceu essa ligação entre moral e culpa, passando a associá-la ao pecado, que seria a violação consciente de um dever imposto.

A teoria, então, desenvolve todo o seu conceito de culpa em cima das idéias cristãs, dando uma conotação moral à mesma, conforme bem demonstra o conceito pregado por Aguiar Dias:

A culpa é falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.<sup>86</sup>

Em razão dessa concepção, era necessário que o agente tivesse agido de maneira reprovável ante os olhos da sociedade para que ficasse comprovada a culpa. A responsabilização, em razão da ideologia liberal, então, decorria do mau uso da liberdade.

Essa culpa “psicológica” exigia, portanto, que se provasse que o ofensor agiu conscientemente na violação de um dever e que tinha previsibilidade do evento danoso. Ou seja, criava-se um grande obstáculo às demandas ressarcitórias. Corroborando o exposto é o ensinamento de Anderson Schreiber:

A associação da conotação psicológica da culpa com uma rigorosa exigência de sua demonstração conduziu, gradativamente, à modelagem jurisprudencial e doutrinária de um obstáculo verdadeiramente sólido para a reparação dos danos.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p.210

<sup>86</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** XI edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.149.

<sup>87</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** São Paulo: Atlas, 2007, p.160.

Percebia-se, assim, que a culpa em sua concepção moral ou psicológica já não se coadunava com a realidade social. Influenciada pelas transformações sociais, esta passa a ser entendida de maneira objetiva, surgindo culpa normativa. O que faz com que seja vista como uma falta de dever de cuidado e não mais como uma atitude moralmente reprovável.

A culpa normativa recebeu este nome por se fundar no juízo normativo entre a conduta do agente e o comportamento abstrato definido como esperado. Neste diapasão, ela ser analisada em abstrato, o que acaba por gerar uma certa objetivação dela, pois a subjetividade do agente causador do dano não é mais relevante, basta que sua conduta não seja compatível com o modelo abstrato de comportamento. Vale aqui colacionar o que dispõe Anderson Schreiber:

A culpa normativa parte, como se vê, da premissa de que a imputação moral não é elemento constitutivo da noção, sendo-lhe, no máximo, uma eventual consequência. Seu método de aferição, essencialmente abstrato, é deliberadamente indiferente ao juízo moral – concreto por necessidade. O comportamento do agente não é mais avaliado em face do que se deveria esperar dele, mas do que se espera do *bonus pater familias*. Mais que isso, a passagem de um método de aferição *in concreto*, àquele *in abstracto* tem impactos profundos na responsabilidade civil, marcando, para alguns autores, a inauguração de uma nova compreensão do instituto, mais técnica, como exige a realidade atual, e menos, ética, espiritual ou moral, como recomendava a tradição canônica.<sup>88</sup>

Em suma, passa a ser analisada de maneira objetiva, desconsiderando-se elementos intrínsecos ao agente, basta o descompasso entre o comportamento previsto como aceitável e a conduta do ofensor. Essa nova acepção tem consequências relevantes na teoria da responsabilidade civil, vindo, até mesmo, a ocasionar a desconsideração do elemento subjetivo como requisito para a obrigação de indenizar. Oportuno é destacar, neste sentido, a lição de Marcelo Junqueira Calixto:

Em verdade, a afirmação de uma culpa sem culpabilidade talvez seja o sintoma mais evidente de que o elemento subjetivo da responsabilidade civil já não mais era exigido para a imputação ao agente da obrigação de reparar o dano causado.<sup>89</sup>

Fica claro, portanto, que a mudança na noção de culpa gera uma reflexão acerca deste elemento como núcleo da teoria da responsabilidade civil. Contudo, este não foi o único fator que permitiu se perceber a desconsideração da culpa como critério de constatação da obrigação de reparar. A objetivação da responsabilidade civil também exerceu papel relevante neste cenário.

<sup>88</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.36.

<sup>89</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil**: estrutura e função. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.152.

### 2.2.2.1.2. Objetivação da responsabilidade civil

A Constituição Federal de 1988 foi determinante para a objetivação da responsabilidade civil. Ao prever no seu art. 3, I, o princípio da solidariedade social, permitiu a inauguração de uma nova tábua axiológica mais receptível à uma responsabilidade sem culpa.

*Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação [...]*<sup>90</sup>

Sob a égide desses novos princípios a ideia de repartição social dos danos passa a ser encarada de maneira mais natural. Assim, influenciado pela CF/88, em 2002 é promulgado o novo Código Civil Brasileiro que traz em seu bojo, como grande destaque no âmbito da responsabilidade civil, uma cláusula geral de responsabilidade objetiva<sup>91</sup>.

Desta forma, o Brasil passa a adotar um sistema dualista da responsabilidade civil, convivendo a responsabilidade subjetiva e a objetiva. Existe, portanto, no sistema jurídico nacional, uma regra geral baseada na culpa e outra no risco. Assim, pode-se afirmar que “com a cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco contida no parágrafo único do art. 927, o legislador de 2002 espancou definitivamente a idéia de prevalência da culpa no sistema brasileiro.”<sup>92</sup>

É interessante notar que o movimento de objetivação da responsabilidade civil, baseado no risco, é decorrente do abandono do antigo paradigma liberal e adoção dos ideias sociais e do paradigma da dignidade da pessoa humana. Haja vista que, conforme demonstrado

---

<sup>90</sup> TEPEDINO, Gustavo. A evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.204.

<sup>91</sup> Tal cláusula geral de responsabilidade objetiva vem prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, cujo teor é: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

<sup>92</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.22.

alhores, o foco da responsabilidade passa a ser a proteção da pessoa em todos os seus âmbitos e não mais a punição do ofensor. Este é também o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes

A transformação da responsabilidade civil em direção à objetivação corresponde a uma mudança sócio-cultural de significativa relevância que continua a influenciar o direito civil neste início de século. Ela traduz a passagem do modelo individualista-liberal de responsabilidade, compatível com a ideologia do Código de 1916, para o chamado modelo solidarista, baseado na Constituição da República e agora no Código de 2002, fundado na atenção e no cuidado para com o lesado: questiona-se hoje se à vítima deva ser negado o direito ao ressarcimento, e não mais, como outrora, se há razões para que o autor do dano seja responsabilizado.

Desta forma, a responsabilidade civil desvincula-se da idéia de punição-sanção em favor da reparação da vítima injustamente lesada, optando o ordenamento por dar prioridade aos princípios do equilíbrio, da igualdade e da solidariedade em detrimento do objetivo anterior de sancionar culpados.<sup>93</sup>

Assim, baseado no modelo solidarista, a responsabilidade objetiva com fundamento no risco ganha destaque na doutrina nacional. Neste sistema a análise da culpa do ofensor é irrelevante, basta que se prove que a atividade deste representa um perigo elevado, ou seja, basta que comprove o risco da atividade.

Em que pese a relevância da teoria dos riscos na objetivação da responsabilidade civil, este não é seu único fundamento. A imposição da obrigação de indenizar sem culpa decorre de outros fatores também.

A responsabilidade dos pais pelos filhos menores é um exemplo de responsabilidade objetiva que não decorre da teoria do risco. No caso de danos causados pelos filhos os pais respondem sem análise de culpa, haja vista que o art. 933 do CC/02 impõe a responsabilidade objetiva a todas as espécies de responsabilidade indireta.

Apesar de estar-se diante de uma hipótese de obrigação de indenizar sem culpa, não se pode afirmar que decorre de uma atividade perigosa, o fato de ser pai não é algo que gere um elevado grau de perigo para a sociedade, a criança, por si só, não representa uma atividade perigosa. A fundamentação aqui é outra, decorre da solidariedade social e da cláusula geral de proteção à pessoa. Neste sentido é oportuno destacar a lição de Marcelo Junqueira Calixto:

Saliente-se ainda que, embora controverso, o fundamento desta responsabilidade objetiva da criança e do adolescente não deve ser buscado na teoria do risco, usualmente referida nas hipóteses de responsabilidade sem culpa, pois importaria afirmar que a conduta da criança ou do adolescente é sempre geradora de riscos para todo o corpo

---

<sup>93</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.392.

social, o que seria um absurdo. O fundamento mais correto parece ser a solidariedade social (Constituição da República, art. 3º, I), o que implicaria, igualmente, a necessidade de a reparação ser equitativa, de forma a não deixar a vítima do dano exposta ao total desamparo, ao mesmo tempo em que veda que a indenização acarrete a ruína do ofensor.<sup>94</sup>

É interessante notar que a responsabilidade indireta, no CC/16, era hipótese de presunção de culpa. Todavia, o CC/02 foi mais além, transformando essas presunções em hipóteses de responsabilidade objetiva, afastando de vez, portanto, a análise de culpa.

Destaca-se, ainda, como exemplo de responsabilização sem culpa que não decorre da teoria dos riscos, a responsabilidade civil objetiva disposta no Código de Defesa do Consumidor. A fundamentação para desconsideração do elemento subjetivo não é a atividade perigosa do fornecedor, mas a hipossuficiência do consumidor que, não fosse desta maneira, ficaria irressarcido, por não ter meios de provar a conduta culposa daqueles. Assim, conforme lição de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, pode-se afirmar que “mesmo não caracterizando atividade perigosa, toda relação de consumo, ressalvadas as exceções capituladas na própria lei, enseja a aplicação das normas de responsabilidade sem culpa”<sup>95</sup>

Percebe-se, então, que a obrigação de reparar vem recorrendo menos à culpa, impondo indenizações de maneira objetiva, sem análise do elemento objetivo. Pode-se até mesmo afirmar que a responsabilidade subjetiva hoje é exceção, tamanha são as hipóteses de reparação baseada na responsabilidade objetiva. Neste sentido é também a lição de Maria Celina Bodin de Moraes: “De acordo com as previsões do Código Civil de 2002, pode-se dizer que, comparativamente, é a responsabilidade subjetiva que se torna residual, tantas são as hipóteses de responsabilidade que independem de culpa.”<sup>96</sup>

É imperioso destacar, ainda, que a responsabilidade objetiva não se resume, nem tem seu real fundamento, no risco, mas, verdadeiramente, decorre da solidariedade social e da proteção à dignidade humana, que se traduz, no âmbito da responsabilidade civil, na necessidade de garantir a devida reparação à vítima. Ou seja, “a disseminação da responsabilidade civil objetiva encontra seu fundamento na própria consagração constitucional da proteção da

---

<sup>94</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.52.

<sup>95</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.307.

<sup>96</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.402.

dignidade da pessoa humana, a qual tem por corolário, como visto, uma concepção mais *solidarista* do direito de danos.”<sup>97</sup>

Diante de tudo o que foi exposto, fica claro que, seja em razão da mudança no próprio conceito de culpa ou na crescente objetivação da responsabilidade civil, a culpa já não representa o elemento nuclear da teoria da responsabilidade civil. A responsabilidade civil contemporânea trata a culpa como um “coadjuvante” que, muitas vezes, nem precisa aparecer em cena para que aconteça o “espetáculo” da reparação. Neste sentido, é válido destacar a lição de Anderson Schreiber:

O avanço da responsabilidade objetiva, a proliferação das presunções de culpa, a objetivação da própria noção de culpa, a consagração de outros critérios de imputação no âmbito da responsabilidade subjetiva; todos estes procedimentos e outros tantos têm em comum o fato de resultarem, e de serem mesmo dirigidos a uma redução ou eliminação do peso da culpa na dinâmica das ações de ressarcimento.<sup>98</sup>

Em verdade, a culpa não apenas deixou de ser elemento nuclear da teoria da responsabilidade civil, mais do que isso, as inúmeras mudanças, em especial, a “nova” noção do seu conceito e a objetivação da obrigação de reparar, fizeram com que deixasse de ser um elemento na constatação da responsabilidade civil, haja vista que é possível impor uma indenização sem precisar constatar a sua presença.

Pelo exposto acima, poder-se-ia afirmar ser ela um elemento acidental, como fazem Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona:

A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os *elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil* são apenas três: *conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade [...]*<sup>99</sup>

Conclui-se, portanto, que houve um processo de desconsideração da culpa, este que já foi tido como elemento nuclear já não funciona, muitas vezes, nem mesmo como um elemento da responsabilidade civil.

Destaca-se, por fim, que, apesar da perda de importância, ela ainda tem lugar na teoria da responsabilidade civil.

<sup>97</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.161.

<sup>98</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007, p.46.

<sup>99</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.67.



A culpa continua sendo relevante para a responsabilidade civil. Embora tenha perdido a aplicação em uma ampla gama de relações – hoje regida pela responsabilidade objetiva – a noção de culpa, não em sua versão psicológica ou moral, mas em sua roupagem contemporânea, continua desempenhando papel importante na etiologia da responsabilidade subjetiva. Mesmo aí, contudo, a função de filtro dos pedidos de indenização, que, outrora, se lhe atribuía vem sofrendo continuado desgaste.<sup>100</sup>

Diante deste novo cenário, é necessário repensar o papel da culpa nas obrigações de reparar, não dá mais para manter uma postura misoneísta, fechando os olhos para as transformações ocorridas no âmbito da responsabilidade civil. Antes, contudo, de adentrar nesta seara é necessário analisar como a mudança paradigmática afeitou os outros critérios clássicos de constatação.

#### 2.2.2.2. Nexo

Com a crescente desconsideração da culpa, as atenções começaram a se voltar para o nexos de causalidade, afirmando-se que, não mais aquela, mas sim o este, deve ser o primeiro elemento a ser analisado na aferição da obrigação de indenizar. O nexos causal é “a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil”<sup>101</sup>.

Diante deste novo cenário, resta analisar qual a influência que o novo paradigma exerceu sobre a análise deste critério. Teria se mantido imune ou também teria passado por “adaptações” para se coadunar com os valores vigentes?

Conforme dito alhures, o novo paradigma ocasionou uma mudança de foco na responsabilidade civil, esta, em razão da cláusula de proteção à pessoa, tem como objetivo central garantir a justa reparação à vítima. O eixo desloca-se do ofensor para o ofendido, da punição para a reparação. Tal movimento produz consequências diretas na análise do nexos causal, haja vista que, ao se olhar precipuamente para o ofendido e não mais para o ofensor, o aplicador do direito passa a fazer uma análise distinta da que era feita sob a égide do paradigma liberal e patrimonialista. Neste buscava-se identificar quem teria, por meio de uma conduta ilícita, causado o evento danoso, ou seja, quem merece ser punido pelo dano. Contudo, devido

<sup>100</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.48.

<sup>101</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.46.

em grande parte à visão solidarista da responsabilidade civil, a análise da causalidade, na contemporaneidade, busca identificar quem pode suportar os danos causados à vítima, objetivando garantir a justa reparação, mesmo que o dano tenha decorrido de uma conduta lícita (não se pode esquecer que as atividades de risco são lícitas).

Em razão dessa busca pela reparação, percebe-se, como consequência, uma miríade de teorias acerca do nexos causal sendo adotada pelos tribunais. Como o objetivo é a proteção da vítima, a jurisprudência passa a seguir um caminho inverso, primeiro identifica quem é capaz de suportar os danos, para depois aplicar a teoria que justifique a imposição da obrigação de indenizar. Desta forma, adota-se a teoria do nexos causal de maneira casuística, “escolhendo-se” aquela que garanta a reparação à vítima. Neste sentido, Anderson Schreiber afirma:

A indefinição quanto às teorias da causalidade tem servido, muito mais do que qualquer das soluções teóricas propostas, a garantir, na prática, reparação às vítimas dos danos. Os tribunais têm, por toda parte, se valido da miríade de teorias do nexos causal para justificar um juízo antecedente de responsabilização, cuja finalidade consiste, quase sempre, em assegurar à vítima alguma compensação.<sup>102</sup>

O que ocorre, em verdade, é que o nexos causal passou a ser encarado de maneira mais flexível, não se exigindo uma prova cabal de que de determinada conduta decorreu o dano, admitindo-se, até mesmo, a sua presunção, conforme defende Caitlin Sampaio Mulholland:

[...] em determinadas hipóteses, poderá o julgador utilizar-se das presunções como forma de benefício à vítima, favorecendo-a devido a sua incapacidade probatória estabelecida durante o processo. [...] a identificação e aplicação da chamada presunção de causalidade, expediente que possibilita a efetivação da obrigação de indenizar e a concretização do princípio da plena reparabilidade do dano injustamente sofrido, através de um juízo probabilístico.<sup>103</sup>

A fim de ilustrar o ora afirmado, destacar-se-á alguns exemplos legais e doutrinários de flexibilização do nexos<sup>104</sup>. Contudo, antes de adentrar na análise dos casos específicos, é válido ressaltar que o que se denomina no presente trabalho de flexibilização do nexos, nada mais é do que essa atividade de estender a causalidade a situações que outrora seriam hipóteses de irresponsabilidade em face do seu limitado alcance. Ou seja, o presente elemento

<sup>102</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.61.

<sup>103</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.196.

<sup>104</sup> Oportunamente alerta-se que o objetivo do presente capítulo é apenas demonstrar a flexibilização do nexos de causalidade, não fazer uma análise profunda de cada um dos exemplos que serão trazidos. Limitar-se-á a demonstrar como cada um dos casos trazidos atinge a causalidade.

encontra-se atualmente revestido do caráter flexível, adaptando-se às situações com o fim precípua de não deixar a vítima irressarcida.

#### 2.2.2.2.1. Flexibilização

Iniciar-se-á o estudo da flexibilização do nexa causal através da causalidade alternativa. Tal teoria é aplicada nos casos em que se mostra impossível identificar o indivíduo causador do dano, todavia, sabe-se o grupo do qual partiu o evento danoso. Com base na causalidade alternativa impõe-se a obrigação de indenizar a todos os membros do grupo de maneira solidária.

Grande exemplo de causalidade alternativa no nosso ordenamento é o art. 938 do CC/02 que trata dos danos decorrentes de coisa caída, também chamada de *effusum et deiectum*. Nestas hipóteses, na grande maioria das vezes, é impossível para a vítima provar quem foi o causador do dano, em razão disto, admite-se a responsabilização do prédio como um todo, respondendo todos os moradores de forma solidária.<sup>105</sup>

Percebe-se, assim, que há uma flexibilização do nexa, permitindo a imposição da obrigação de reparar a indivíduos que não deram causa ao dano, haja vista que, no exemplo exposto, o dano decorreu de apenas uma das unidades do prédio, contudo, todas serão responsabilizadas. Quanto a estas, claramente, estende-se o nexa causal a fim de garantir a justa reparação à vítima.

A adoção da causalidade alternativa é reflexo do novo paradigma e da visão solidarista da responsabilidade civil. Impõe-se a responsabilidade ao grupo a fim de garantir a proteção da pessoa, facilita-se, assim, a ressarcibilidade à vítima. Ou seja:

---

<sup>105</sup> Destaca-se que é possível excluir uma parte dos moradores se ficar comprovado a completa impossibilidade do dano ter decorrido destes, como é o caso de um prédio dividido em colunas, os moradores da coluna sul não seriam responsabilizados pelos danos decorrentes de coisa caída da coluna norte. Contudo, tal exclusão de responsabilidade ocorreria apenas internamente, haja vista, a proteção à vítima se mostrar mais relevante. Neste sentido, segue, à guisa de exemplo, acórdão TJRJ citado no Recurso Especial n. 64.682: “O problema da responsabilidade em relação às coisas e líquidos lançados ou caídos do aptos, a solução é a da RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS MORADORES (...). cuja responsabilidade seja possível atribuir o dano. Nos grandes edifícios de aptos, o morador da ala oposta ao seu que se deu a queda ou lançamento, NÃO PODE, decerto, presumir-se responsável pelo dano, mas d. venia, a oneração apenas das unidades da coluna e vista sobre o local do acidente é tarefa interna da Administração Condominial.

[...] a aceitação da responsabilidade civil coletiva importa na efetivação do princípio da solidariedade social, base do Estado Democrático de Direito, ao lado da dignidade da pessoa humana. A vítima passa a ocupar lugar de destaque no ordenamento jurídico, sendo certo que a reparação dos danos causados a ela são prioridade, deixando-se de lado outra faceta da responsabilidade civil que seria a “punição” do agente causador do dano. Não importa de quem partiu a conduta, verdadeiramente, pois o objeto é reparar o dano sofrido e não punir o dano causado. Por conta deste princípio, responde o grupo, como coletividade.<sup>106</sup>

Ressalta-se que sua aplicação não se restringe à previsão legal, vindo a jurisprudência a utilizar desta teoria mesmo ante a ausência de norma, conforme se depreende do acórdão abaixo:

'CAUSALIDADE ALTERNATIVA'. Forma suposta de causalidade, inadmissível para efeitos penais mas suficiente para a fixação da responsabilidade civil. Falta de prova suficiente de haver qualquer dos demandados, individualmente, golpeado a vítima de modo a concorrer efetivamente para causar-lhe a morte, fundamento da absolvição criminal, sem força, entretanto, para afastar a responsabilização civil, a cuja configuração basta a prova de integrarem os réus o grupo participante da briga durante a qual tais golpes foram desferidos. Lições doutrinárias e precedentes pretorianos.<sup>107</sup> (grifou-se)

O acórdão não coloca como elemento necessário para aplicação da causalidade alternativa a previsão legal. Em verdade, o ministro vai ainda mais longe, admitindo outras hipóteses de ampliação do nexo.

Nós sabemos que a chamada causalidade alternativa ou responsabilidade de grupo, aquela situação em que diversos agentes participam de uma ação intrinsecamente perigosa e essa ação resulta um determinado dano, nós sabemos que na jurisdição criminal, sem a precisa identificação, individual e pessoal do autor desse dano, não pode haver condenação. Na jurisdição civil, ao contrário, está se desenvolvendo, cada vez mais, a admissibilidade da chamada causalidade suposta, uma de cujas variantes é a causalidade alternativa, em que nós temos precisamente a ação de um grupo que atua conjuntamente e de uma forma tal que qualquer dos integrantes desse grupo poderia ter causado o dano. E mais, em circunstâncias tais que se o grupo não tivesse atuado como atuou o dano não se haveria produzido.<sup>108</sup> (grifou-se)

As hipóteses de suposição de nexo, chamada por alguns de presunção de nexo, como é o caso de Caitlin Sampaio Mulholland<sup>109</sup>, vêm ganhando força dentro do sistema jurídico pátrio, conseqüentemente não se exige mais a comprovação indubitável de que de determinado ato originou-se o dano, em muitos casos basta a mera presunção.

<sup>106</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.220.

<sup>107</sup> STJ. REsp 26975 / RS, quarta turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 18.12.2001

<sup>108</sup> STJ. REsp 26975 / RS, quarta turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 18.12.2001.

<sup>109</sup> A autora tem uma obra dedicada ao tema, qual seja: “A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.”.

Outro exemplo que comprova esse elastecimento do nexa é a teoria da responsabilidade pelo resultado mais grave ou *thin skull rule*, que prega que “o agente que pratica a conduta deve ser responsabilizado também pelo resultado mais grave, ainda que oriundo de condições particulares.”<sup>110</sup>

Tal teoria aplica-se, principalmente, nos casos em que a vítima possui alguma predisposição patológica, como a hemofilia ou problemas cardíacos.<sup>111</sup>

A fim de melhor explicar como a presente teoria flexibiliza o nexa causal tome-se como exemplo o caso de um agente que desfere um golpe de faca no braço da vítima e esta vem a falecer em razão de hemorragia, por ser esta hemofílica.

Na situação exposta, quer adote-se a teoria da causalidade adequada ou da causalidade direta e imediata (as duas teorias com maior prestígio no nosso sistema jurídico), não é possível afirmar que o dano (morte) decorreu da conduta do ofensor, pois o que gerou o dano foi a predisposição patológica, esta foi sua causa mais adequada ou sua causa direta e imediata.

Percebe-se que, ao impor a obrigação de indenizar ao ofensor por resultado mais grave, o que se está fazendo é elastecer o nexa para alcançar um dano que não decorre diretamente da conduta do ofensor, mas de outra circunstância a ele ligada. Anderson Schreiber, ao discorrer sobre a responsabilidade do resultado mais grave, afirma:

[...] atribuí-lo ao agente consiste em fazê-lo responder por efeito que não e vincula à sua conduta, salvo por uma relação de causalidade no sentido natural, correspondente à tão criticada teoria da equivalência das condições, cuja ausência de limites afigura-se

<sup>110</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.68.

<sup>111</sup> Patrick Atiyah, em sua obra *The damages lottery*, destaca alguns exemplos da aplicação da *thin skull rule* ou “*egg-shell skull*” rule, os quais merecem ser reproduzidos, a fim de se visualizar a extensão do nexa propiciada por essa teoria: “[...] in a case in 1962 where a workman was slightly injured by a negligent colleague (for whom his employers was responsible) when a drop of hot liquid was splashed on his lip, and the splash triggered off a pre-cancerous condition from which the plaintiff ultimately died, his death was actionable against the employer. And in another case in 1968 a post office whorker grazed his knee slightly on a ladder on which he had slipped because some oil had been carelessly spilled on it; he was given a tetanus injection as a precaution but unfortunately had a freak reaction to the injection with devastating results. Here the only negligence consisted in spilling a little oil, but the employers were held liable for very substantial damages for the unfotunete consequences. An even more extreme case, perhaps, was decided by the House of Lords in 1995. Here the plaintiff, who had suffered for 20 years from ME (now normally called chronic fatigue syndrome) but who claimed to have been recovered, was involved in a minor road collision with the defendant, which was the latter’s fault. Nobody was injured in the collision, and the plaintiff was able to drive home after the accident, but some hours later claimed to have felt the onset of a renewed attack of ME. He was awarded damages over £ 162,000 on the ground that he would neve be able to work again as a result of the defendant’s negligence.” (ATIYAH, Patrick. **The Damages Lottery**. Oxford: Hart publishing, 1997, p.46).

perigosa em um campo do direito livre da tipicidade como é a responsabilidade civil. A teoria da responsabilidade pelo resultado mais grave aparece, neste cenário, como mais um recurso empregado, embora com menor frequência, para a extensão do remédio ressarcitório a domínios que a exigência de demonstração do nexo de causalidade matinha imunes tanto à responsabilidade subjetiva quanto à responsabilidade objetiva.<sup>112</sup>

O fundamento dessa teoria é a cláusula geral de proteção à dignidade, fazendo com que o ofensor responda por resultado que não decorreu diretamente de sua conduta em prol de garantir a indenização. Ou seja, “a teoria do “thin skull rule” é aplicada para evitar que a vítima (ou os seus sucessores) não receba uma justa indenização.”<sup>113</sup>

Percebe-se, portanto, que a adoção do novo paradigma ocasionou a flexibilização do nexo causal, estendendo-o a situações outrora de irresponsabilidade para garantir a proteção à pessoa. Todavia, em alguns casos o cenário exige a adoção de um expediente ainda mais drástico, em casos extremos, para garantir a que a vítima não fique irressarcida, impõe-se a obrigação de indenizar mesmo onde não existe nexo.

#### 2.2.2.2.2. Desconsideração

Pode-se citar como exemplos de responsabilidade civil sem nexo: a teoria da responsabilidade civil objetiva agravada e a lei 10.671/03 (Estatuto do Torcedor).

A responsabilidade objetiva agravada, mais do que a objetiva “comum”, desconsidera não apenas a culpa, como também o nexo de causalidade como elemento necessário para a imposição da obrigação reparatória. É, no entender de Fernando Noronha, um segundo momento na evolução da responsabilidade civil “em que se verifica haver hipóteses especiais em que se prescinde também de *nexo de causalidade*, para passar a exigir unicamente que o dano acontecido possa ser considerado risco próprio da atividade em causa.”<sup>114</sup>

Ainda discorrendo sobre o tema Fernando Noronha assevera:

---

<sup>112</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.70.

<sup>113</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novos rumos da responsabilidade civil**: Teoria do resultado mais grave (thin skull rule). Disponível em: <http://www.sinpojud.org.br/destaques.php?id=1698>. Acesso em: 12/06/2011.

<sup>114</sup> NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>. Acesso em: 07.03.2011.

Por isso, acreditamos que atualmente se impõe distinguir, dentro da responsabilidade objetiva, uma *comum* e outra *agravada*. Na comum prescinde-se de culpa, mas exige-se que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável, ainda que não culposa, ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisas de que ele seja detentor. Na agravada, que diz respeito unicamente a certas e determinadas atividades, vai-se mais longe e a pessoa fica obrigada a reparar danos não causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligadas; trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve, embora se exija que se trate de danos que estejam de tal modo ligados a essa atividade que possam ser considerados riscos próprios, típicos dela.<sup>115</sup>

Percebe-se claramente que a teoria ora exposta demonstra que, em determinados casos, o nexo não é elemento de constatação da responsabilidade, mostrando-se ser um critério ineficiente na seleção de demandas merecedoras de reparação.

É interessante notar que a ideia de responsabilização sem nexo não é algo tão distante da realidade jurídica pátria, basta olhar o que dispõe a lei 10.671/03, conhecida como Estatuto do Torcedor. A referida lei estabelece que os clubes de futebol ficarão responsáveis pelos danos sofridos pelos torcedores dentro do estádio.

Neste sentido, se há um dano ocasionado a um torcedor dentro do estádio de futebol, a entidade desportiva que detiver o mando de campo (estabelecido por meio da entidade organizadora do evento desportivo antes do início do campeonato) deverá indenizá-lo pelos danos, independentemente de existir causalidade direta entre a promoção do evento desportivo e o dano gerado. Busca-se a indenização dos danos por aquele que detém maior e melhor capacidade de indenizar, portanto. Se for possível a identificação da causa do dano, no sentido de individualizar o agente (ou agentes) que com sua conduta gerou o dano, poderá o organizador exercer o direito de regresso contra ele.<sup>116</sup>

Imagine-se que uma torcida organizada causa danos a uma pessoa, o clube de futebol que tenha o mando de campo que deverá indenizar. Aqui percebe-se que não existe nexo entre a conduta do time de futebol e o dano, todavia, ainda assim, impor-se-á a obrigação de indenizar.

Ressalta-se que a hipótese do Estatuto do Torcedor não se confunde com a causalidade alternativa, pois se assim fosse, quem seria responsável pelos danos seria, no exemplo demonstrado, a torcida organizada (grupo determinado que gerou o evento danoso). Aqui o clube futebolístico responde, não por fazer parte de um grupo, mas meramente por se encontrar na situação prevista legalmente (possuidor do mando de campo). Percebe-se que a hipótese prevista na lei assemelha-se muito com a responsabilidade objetiva agravada, ou seja, a

<sup>115</sup> NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>. Acesso em: 07.03.2011.

<sup>116</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.223-224.

obrigação reparatória é imposta simplesmente porque o dano ocorreu durante uma atividade desenvolvida pelo responsável, sendo irrelevante se este praticou qualquer ato danoso.

Parece claro que a intenção do legislador foi garantir o ressarcimento da vítima, fazendo recair a responsabilidade sobre os ombros de quem pode garantir a reparação, no caso os clubes de futebol. Neste sentido é a lição de Caitlin Sampaio Mulholland ao afirmar que “o legislador buscou garantir a reparação à vítima do dano ocasionado em eventos esportivos, ao estabelecer a responsabilidade independentemente da existência de um nexo de causalidade entre a sua atividade desempenhada e os danos ocasionados.”<sup>117</sup>

Todos os exemplos trazidos demonstram que o nexo causal estende-se em prol da garantia de reparação. A visão de que só se poderia impor uma indenização sobre um agente caso ficasse comprovado que sua conduta deu causa ao dano, já não reflete a realidade da teoria da responsabilidade civil, haja vista que é possível se impor a obrigação de reparar a partir de uma presunção do nexo, ou, até mesmo, desconsiderá-lo.

Esta flexibilização do nexo de causalidade é uma consequência da adoção do novo paradigma. Ao impor que o fundamento da república é a dignidade humana impõe-se que a responsabilidade civil deve promovê-la. Assim, a finalidade é, acima de tudo, a reparação dos danos. Essa visão finalística atinge também o nexo causal, ocasionando uma mudança de eixo, ou seja:

Modifica-se, assim, o eixo ontológico da análise de causalidade para o seu eixo teleológico, finalista. Não se investiga mais a causalidade de um ponto de vista meramente fatural, remetida ao que ocorreu, ao “ser” da causa: mas analisa-se a causalidade através da sua configuração para o alcance dos valores e princípios estabelecidos na Constituição, quais sejam, a ampla reparação, a proteção da dignidade e, por fim, a prevenção de condutas e atividades perigosas (levando à efetivação do princípio da solidariedade social).<sup>118</sup>

Desta forma, o nexo de causalidade, tem sua prova facilitada, admitindo presunções em favor da vítima, quando a prova torna-se muito difícil ou até mesmo impossível. Destaca-se que em situações extremas a garantia de reparação sobreleva-se de tal maneira que o

---

<sup>117</sup> MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.224.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p.62.



nexo chega a ser desconsiderado, assim doutrinariamente reconhecidas, as cortes acabam condenando o responsável de modo a não deixar a vítima sem reparação.<sup>119</sup>

Conclui-se, portanto, que o nexo não pode mais ser entendido como elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil, haja vista existir imposição de reparação independentemente de sua prova. Resta, por fim, analisar o dano. É o que se passa a fazer.

### 2.2.2.3. Dano

Conforme dito alhures, a adoção do novo paradigma colocou a dignidade da pessoa humana no centro do sistema jurídico. Ocorre, assim, uma elevação dos valores existenciais, o Direito destina-se à proteção da pessoa em todos os seus âmbitos.

Essa repersonalização do Direito Civil influi diretamente sobre a responsabilidade civil e, especificamente, sobre os danos. Ocorre uma mudança no foco da responsabilidade civil que passa a se preocupar mais com a reparação da vítima do que com a punição do ofensor. Tal mudança tem como consequência, entre outras, o aumento das hipóteses de dano ressarcível.

Maria Celina Bodin de Moraes, discorrendo sobre o tema, afirma que:

[...] são consequências da consolidação do novo paradigma, representado pela dimensão maior do princípio da dignidade da pessoa humana, o significativo desenvolvimento, nos últimos tempos, dos direitos da personalidade e a extensa ampliação do rol de hipóteses de dano moral, reconhecidas jurisprudencialmente, através de indenizações cada vez mais relevantes.<sup>120</sup>

O que se percebe é que, quando se colocou a pessoa no centro, passou-se a protegê-la também em suas relações existenciais, ampliando o rol de interesses merecedores de tutela. Como existem “novos” bens jurídicos merecedores de tutela surgem, conseqüentemente, “novos danos”, que nada mais seriam do que as ofensas a esses valores existenciais.

A esse fenômeno acima exposto, Anderson Schreiber dá o nome de expansão qualitativa dos danos, “na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e

---

<sup>119</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.62.

<sup>120</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil:tendências. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.52.

coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis.”<sup>121</sup>

Desta forma, pode-se afirmar que a responsabilidade civil, banhada pelos valores constitucionais, em especial, à dignidade humana, passa a cuidar não mais apenas de interesses patrimoniais, com o também dos existenciais e coletivos. Tratando sobre a ampliação dos danos Fernando Noronha afirma:

Em tempo ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais. A necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação é que mudou as coisas.

Em primeiro lugar, gerou um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais (ou morais em sentido amplo), que, por contraposição aos danos que acarretam prejuízo econômico, atingem somente valores de ordem corporal (danos puramente corporais), espiritual ou moral (danos anímicos ou morais em sentido estrito). No Brasil, esse movimento só se completou depois que a Constituição Federal de 1988 fez duas ou três referências expressas a tais danos [...].

Em segundo lugar, conduziu ao reconhecimento da necessidade de tutelar também os danos transindividuais (também chamados de supraindividuais), que são os que resultam da violação dos chamados interesses difusos e coletivos, definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), art. 81, parágrafo único, incs. I e II. Trata-se de danos que dizem respeito a bens de interesse da generalidade das pessoas que integram a comunidade, destacando-se, dentre eles, os prejuízos causados ao meio-ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos da coletividade.<sup>122</sup>

Assim, conclui-se que a referida *expansão qualitativa dos danos* traduziu-se por meio da coletivização da responsabilidade civil e da figura do dano extrapatrimonial.<sup>123</sup>

### 2.2.2.3.1. Coletivização da responsabilidade

A Revolução Industrial, iniciada no século XVIII na Inglaterra, ampliou, e muito, as situações de risco à quais os indivíduos estavam expostos. Essa ampliação se deu não apenas no número de atividades que representam perigo, mas também no risco em si. O que se quer afirmar é que determinadas atividades são arriscadas não apenas para o indivíduo isolado, mas para a coletividade como um todo, é o caso, por exemplo, da exploração de energia nuclear.

<sup>121</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.81.

<sup>122</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 566.567.

<sup>123</sup> Utilizar-se-á a distinção dano patrimonial/dano extrapatrimonial ao invés da dicotomia dano material/dano moral, mais comum na doutrina, pois se entende ser aquele gênero deste. Ou seja, o dano moral é espécie de dano extrapatrimonial, não devendo se confundir com este.

Desta forma, a responsabilidade civil deve proteger a pessoa não apenas individualmente considerada, mas também como ser humano inserido na coletividade. Percebe-se que, para proteger o indivíduo, deve-se resguardar também a sociedade, surgindo, assim, os chamados danos coletivos.

Essa proteção aos interesses transindividuais é o que caracteriza a coletivização da responsabilidade. No mesmo sentido posiciona-se Fernando Noronha ao afirmar que:

O fenômeno da *coletivização* traduz o declínio da responsabilidade individual, perante o desenvolvimento de diversos danos, especialmente os que atingem a integridade física ou psíquica das pessoas; tais danos são postos a cargo de todo um grupo social, ou mesmo de toda a sociedade.<sup>124</sup>

A elevação dos interesses transindividuais a ponto de merecerem proteção jurídica demonstra uma mudança no que se entendia por dano, ampliando sua concepção. Em verdade, a aceitação de danos coletivos como merecedores de reparação demonstra a insuficiência da dicotomia dano material-dano extrapatrimonial, trazendo uma problemática nova a ser discutida no âmbito da responsabilidade civil.<sup>125</sup>

A coletivização, contudo, não foi a única mudança ocorrida no dano com a adoção do novo paradigma, a ideia de dano extrapatrimonial, em verdade, as hipóteses de ressarcibilidade baseadas na ofensa a um interesse existencial, também demonstram como este elemento se coadunou com o paradigma da dignidade.

#### 2.2.2.3.2. O dano extrapatrimonial

Inicialmente, é imperioso destacar que não se busca aqui fazer uma análise minuciosa acerca do dano extrapatrimonial, mas apenas destacar a influência do novo paradigma, que ampliou o rol de situações merecedoras de reparação.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>. Acesso em: 07.03.2011.

<sup>125</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007, p.84.

<sup>126</sup> A fim de uma análise pormenorizada do dano extrapatrimonial leia-se, por todos, MORAES. Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar.

É necessário, desde já, definir o que seria dano extrapatrimonial. Caracteriza-se este pela ofensa à clausula geral de proteção à dignidade humana. Vale, neste sentido, destacar a lição de Maria Celina Bodin de Moraes:

O dano moral tem como causa a *injusta* violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através de cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado como princípio geral de respeito à dignidade humana).<sup>127</sup>

A partir da concepção ora exposta, pode-se afirmar que este tipo de dano (ou pelo menos sua aceitação pacífica no sistema jurídico brasileiro) é decorrente da adoção da dignidade como fundamento da República. A partir desse marco, o Direito Civil constitucionaliza-se, passando a ter suas bases sedimentadas nos valores constitucionais, o que influenciou sobremaneira a responsabilidade civil, vindo esta a voltar-se não mais apenas à proteção dos danos patrimoniais, mas também dos existenciais e coletivos.

O fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, e de forma notável. Um novo universo de interesses merecedores de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada a sua ressarcibilidade.<sup>128</sup>

Assim, surgindo novos interesses tutelados, conseqüentemente, aparecem novas espécies de danos a serem reparados, gerando, portanto, uma ampliação das hipóteses de danos ressarcíveis.

A referida ampliação decorre também da já salientada mudança de foco ocorrida no seio da responsabilidade civil em razão da adoção do novo paradigma.

Neste quadro, importa ressaltar que a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas. Assim, o foco, antes posto na figura do ofensor, em especial na comprovação de sua falta, direcionou-se à pessoa da vítima, seus sentimentos, suas dores e seus percalços.<sup>129</sup>

Como o objetivo é proteger a pessoa em todos os seus âmbitos, busca-se reparar qualquer ofensa a ela dirigida, seja em seu aspecto físico, psíquico, patrimonial ou moral. O

<sup>127</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p.132-133.

<sup>128</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p. 85-86.

<sup>129</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op cit., p.12.

princípio da reparação integral impõe que a responsabilidade civil seja hábil a proteger o ser humano em toda a sua dignidade.

Percebe-se, assim, como reflexo da mudança ocorrida na obrigação de reparar, o surgimento de “novos danos”, como o “dano de moto nova”, “dano psicológico”, “dano de férias arruinadas”, “dano morte”, “dano afetivo”<sup>130</sup>. Os exemplos são inúmeros e se multiplicam dia a dia na doutrina e na jurisprudência. Destaca-se, à guisa de exemplo, alguns acórdãos que corroboram o ora exposto:

Ressarcimento – Dano Psicológico e moral – Sofrimento psíquico intimamente ligado com a reparação do dano moral – Indenização fixada em 50 salários mínimos, cuja finalidade é da reparação pelo dano extrapatrimonial e o sofrimento psíquico e moral a ser suportado pelo menor, que teve parte do braço amputado, carregando consigo uma deformidade definitiva”<sup>131</sup> (grifou-se)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PERDA DE MEMBRO SUPERIOR. INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO.

1. O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva. 2. Nesses termos, o valor (R\$ 50.000,00) revela-se, de fato, irrisório, se levados em consideração os aspectos conjunturais e a extensão do dano perpetrado, que culminou em lesão irreversível com perda de membro superior direito e dano estético - reconhecido pelo acórdão hostilizado. 3. In casu, revela-se mais condizente com a situação o valor indenizatório equivalente a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos estéticos, tudo atualizado desde o presente julgado e acrescido de juros de mora desde o evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. Agravo regimental improvido..<sup>132</sup> (grifou-se)<sup>133</sup>

Além desses, destaca-se, ainda, o chamado dano por férias arruinadas, no qual se aplica a indenização como forma de reparar a frustração das férias. Assim, defende-se que, caso, em razão do evento danoso, o indivíduo não possa gozar suas férias, haveria uma frustração de expectativa indenizável, ao tolher a oportunidade da vítima de desfrutar de momentos de prazer, como é o caso das férias, o causador do dano assume a responsabilidade de reparar as férias que foram, por sua conduta, arruinadas.

<sup>130</sup> Em verdade, entende-se que não se trata efetivamente de novas espécies de danos, mas apenas novas adjetivações.

<sup>131</sup> TJSP - Ap. Cível nº 42.460-4

<sup>132</sup> Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1259457/RJ. Segunda Turma. Min. Humberto Martins.

<sup>133</sup> Uma análise pormenorizada da aplicação da responsabilidade civil no cenário atual, em especial da jurisprudência brasileira, será feita no tópico 2.2.3.

Sob esse argumento foi que a Primeira Turma Recursal do Estado da Bahia, no processo n. 33710-2/2002, impôs a obrigação de indenizar a uma transportadora que, em decorrência de um acidente, inviabilizou as férias da vítima. Segue a ementa:

Processo: 33710-2/2002 Relator: HELOISA PINTO DE FREITAS VIEIRA GRADDI Órgão Julgador:1ª TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS Juizado:JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE TRÂNSITO Tipo de Decisão:UNÂNIME Decisão:IMPROVIMENTO DO RECURSO Ementa: DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZATÓRIA. DANO MORAL E MATERIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. LESÃO FÍSICA. DEFICIÊNCIA TEMPORÁRIA. FÉRIAS PERDIDAS. DOR. INDENIZAÇÃO. VALOR. MANUTENÇÃO. I- OS DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO ENSEJAM INDENIZAÇÃO AOS USUÁRIOS, EM RAZÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE ESTES E A EMPRESA DE VIAÇÃO RODOVIÁRIA FORNECEDORA DO SERVIÇO. II- A EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS É RESPONSÁVEL PELOS DANOS DE ORDEM MORAL OU MATERIAL CAUSADOS AOS TRANSPORTADOS, INDEPENDENTEMENTE DE CULPA DA TRANSPORTADORA, VEZ QUE É SEU DEVER CONDUZIR OS PASSAGEIROS INCÓLUMES AO SEU DESTINO. III- CONFIRMA-SE INTEGRALMENTE A SENTENÇA QUE CONDENA A EMPRESA A REPARAR EM VALOR MÓDICO OS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. RECURSO IMPROVIDO. (grifou-se)

Por fim, ainda a título exemplificativo, destaca-se o “dano por rompimento de noivado”, indenizando-se o nubente que foi vítima do desfazimento do noivado. Nesse sentido é o acórdão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NOIVADO. ZONA RURAL. PROMESSA DE CASAMENTO. RUPTURA INJUSTIFICADA. NOIVA GRÁVIDA. LESÃO À HONRA OBJETIVA E SUBJETIVA. VERIFICAÇÃO. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO. SENTENÇA MANTIDA. - É inconteste a livre manifestação de vontade dos nubentes quanto à possibilidade de rompimento do noivado, desde que tal ruptura não acarrete ofensa à honra subjetiva e objetiva do outro. Restando provado nos autos que houve má-fé por parte de um dos nubentes, induzindo a erro o outro, certa é a incidência do instituto da responsabilidade civil, com a consequente imposição do dever de indenizar.<sup>134</sup>

Pela análise dos acórdãos *supra*, percebe-se o reconhecimento jurisprudencial dos “novos” danos. Tal postura dos tribunais reflete o afã de garantir a ressarcibilidade dos interesses existenciais. Contudo, a profusão de tantas nomenclaturas para o dano extrapatrimonial não parece ser tecnicamente correta.

<sup>134</sup> TJMG. Apelação cível n. 1.0701.03.058756-5/001, Rel. Alberto Henrique, j. 05/03/2009

Não se pode tentar tipificar os danos extrapatrimoniais. Sendo eles a ofensa à clausula geral de tutela à pessoa, são ilimitados, pois não se pode limitar a dignidade<sup>135</sup>.

A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microsistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do *valor* pessoa. Esse fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, como é feito nas teorias atomísticas. A personalidade é, poranto, não um “direito”, mas um *valor*, valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma ‘serie (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.

Por isso, não pode existir um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas.<sup>136</sup>

A dignidade é um valor inerente a todo o ser humano, não sendo passível de limitação, numeração ou qualquer espécie de taxatividade. Se o dano extrapatrimonial é a ofensa à clausula geral de proteção à pessoa, não há que se falar em tipificações, haja vista ser a clausula geral uma norma aberta, concretizando-se apenas frente ao caso concreto. Analisa-se apenas se determinada conduta atingiu a dignidade da pessoa, independentemente de existir o tipo de dano que se objetiva ver reparado, até porque novos interesses decorrentes da dignidade podem surgir e, ante o que impõe o novo paradigma e do papel atual da responsabilidade civil, não é admissível negar a proteção à pessoa em razão de falta de previsibilidade no ordenamento ou na jurisprudência.

Ante o exposto, percebe-se a ampliação das hipóteses de dano extrapatrimonial decorrente da sobrelevação da pessoa e dos seus interesses existenciais, uma clara consequência da adoção do novo paradigma.

#### 2.2.2.3.3. Presunção de dano

A ampliação quantitativa e qualitativa do dano demonstra bem a mudança ocorrida no referido elemento, todavia, nada exemplifica melhor tais mudanças o que o expediente da presunção de dano.

<sup>135</sup> Tal afirmação refere-se à limitação quantitativa, já que a dignidade pode ser limitada quando contrastada com a dignidade de outro indivíduo. Ou seja, a dignidade somente é limitada por ela mesma.

<sup>136</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, p.121.

A teoria da responsabilidade civil foi construída sobre bases patrimonialistas, assim, após a positivação da dignidade humana como fundamento da República, ocorre uma mudança axiológica no sistema, surgindo novos valores e interesses merecedores de tutela e hábeis a atrair a atenção da responsabilidade civil em caso de ofensa. Em que pese a adoção de uma nova tábua axiológica a teoria que rege a obrigação de indenizar manteve-se fundamentos patrimonialistas. Tal descompasso entre o novo paradigma e a ciência normal gera uma crise, em especial, na aferição dos danos.

Os danos, por serem inicialmente pensados apenas em seu viés material, eram aferidos meramente por meio de operações matemáticas. O dano era a “efetiva diminuição do patrimônio da vítima.”<sup>137</sup> Nessa esteira, o dano emergente era aferido comparando-se o patrimônio do ofendido antes e depois do evento danoso, a diferença era o valor a ser reparado. Ao passo que o lucro cessante era encontrado por meio de uma média dos valores normalmente agregados ao patrimônio da vítima.

Com a aceitação do dano extrapatrimonial, em especial por conduto da previsão constitucional da reparação moral, o critério matemático para a definição do *quantum* indenizatório mostra-se insuficiente.

Este tipo de dano, sendo entendido como ofensa à dignidade da pessoa, não pode ser quantificado matematicamente, haja vista ser a dignidade um valor e não um bem. Assim, os Tribunais passaram a se debater sobre quais os critérios para definir o valor da reparação nesses casos. Diante da dificuldade que se apresentava, um expediente passou a ser utilizado, o da presunção de dano.

A doutrina, bem como a jurisprudência, passou a entender que, em muitos casos, o dano extrapatrimonial é *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio fato, havendo ofensa à dignidade presume-se o dano, pois este decorre diretamente da conduta, não necessitando comprovação efetiva de dano. Este é o posicionamento de Sérgio Cavalieri Filho ao afirmar que:

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum.<sup>138</sup> (grifou-se)

---

<sup>137</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.73.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p.90.



Neste diapasão a jurisprudência vem impondo a obrigação de reparar independentemente de comprovação de dano por parte do ofendido. Vide, à guisa de exemplo, o acórdão abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PRESSUPOSTOS DA REPARAÇÃO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANO PRESUMIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. SÚMULA 7/STJ.

1. A teor das Súmulas 282 e 356 do STF, aplicáveis por analogia, não se conhece do recurso especial quanto às questões sobre as quais a Corte de origem não se pronunciou, porquanto não levantadas pela parte, faltando-lhes o indispensável requisito do prequestionamento.

2. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte, a inscrição indevida do nome consumidor em órgão de restrição ao crédito caracteriza, por si só, o dano moral, cuja ocorrência prescinde de comprovação, uma vez que decorre do próprio fato, operando-se in re ipsa.

3. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Desse modo, não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação moral em favor do ora agravado, em virtude dos danos sofridos pela inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito, como bem consignado na decisão agravada.

4. Ademais, a revisão do julgado, conforme pretendido, encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar o vedado revolvimento de matéria fático-probatória.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>139</sup> (grifou-se)

Em verdade, a presunção de dano tem se tornado tão corriqueira que já existem súmulas estabelecendo uma inexigibilidade de prova do dano, como é o caso das súmulas 403<sup>140</sup>, 388<sup>141</sup> e 370<sup>142</sup> do STJ.

A imposição de obrigação de indenizar sem comprovação de dano é a prova cabal de que o dano, assim como os demais elementos, também sofre uma flexibilização. A ideia de que apenas haveria responsabilidade civil ante a comprovação de um dano matematicamente aferível, mostra-se falaciosa, é possível responsabilizar presumindo-se o dano<sup>143</sup>.

<sup>139</sup> Relator(a) Ministro RAUL ARAÚJO (1143) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 07/12/2010 Data da Publicação

<sup>140</sup> Súmula 403: Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

<sup>141</sup> Súmula 388: A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.

<sup>142</sup> Súmula 370: Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque.

<sup>143</sup> É interessante notar que, conforme mostrado nos tópicos 2.2.2.1 e 2.2.2.2, admite-se também a presunção de culpa e denexo causal. Assim, todos os elementos da responsabilidade civil podem ser presumidos e ainda assim impor-se a obrigação reparatória. É possível, portanto, vislumbrar-se uma verdadeira presunção de responsabilidade.

Assim, percebe-se que a dignidade humana, funcionando como verdadeiro *topos subversivo*<sup>144</sup>, faz com que os elementos clássicos da responsabilidade civil (culpa, nexo causal e dano) passem por adaptações, funcionando de maneira diversa da pensada inicialmente. Necessário, portanto, analisar como vem sendo aplicada a responsabilidade civil pelos Tribunais brasileiros diante desse cenário de crise.

### 2.2.3. Aplicação da teoria da responsabilidade civil no cenário atual.

Com a mudança paradigmática é necessário analisar como a responsabilidade civil vem sendo aplicada no cenário atual. E o que se percebe é, em síntese, um descompasso entre o que se ensina nos livros e o que os Tribunais aplicam.

Enquanto, em sua maioria, aqueles se mantêm apegados à doutrina clássica da responsabilidade civil, a qual necessita de comprovação dos elementos de nexo, culpa e dano<sup>145</sup>, os Tribunais, cada vez mais, impõem a obrigação de indenizar independentemente da presença dos referidos elementos. Esse descompasso foi também percebido por Roberto Altheim, ao afirmar que:

[...] em algumas situações os tribunais brasileiros, quando se deparam com uma situação concreta onde está presente um dano injusto, imputam a alguém o dever de indenizá-lo mesmo que não estejam claramente presentes os pressupostos “tradicionais” da responsabilidade civil.<sup>146</sup>

Quando há um dano a um indivíduo, este recorre ao Judiciário a fim de uma reparação e, como a sociedade evolui mais rápido do que o Direito, corriqueiramente, os juízes se deparam com situações fruto da nova formatação social e ainda não prevista pela Doutrina.

As evoluções tecnológicas e industriais criam a cada dia novas hipóteses de dano às quais a teoria atual da responsabilidade civil não está apta a proteger.

Em matéria de responsabilidade, o mesmo se percebe, tornando-se evidente a insuficiência da responsabilidade aquiliana para explicar e solucionar os problemas há

---

<sup>144</sup> Para uma melhor compreensão de como a dignidade funciona como *topos subversivo* da responsabilidade civil, ler o tópico 2.1.2.3.

<sup>145</sup> Acerca da teoria clássica da responsabilidade civil e o posicionamento adotado pela maioria da doutrina ler o tópico 2.1.

<sup>146</sup> ALTHEIM, Roberto. **Direito de Danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2008, p.104.

muito emergentes, e que se intensificam com o passar dos anos, com o desenvolvimento industrial e tecnológico.<sup>147</sup>

Entende-se que a mudança de foco da responsabilidade civil, decorrente da adoção da dignidade humana como fundamento axiológico do sistema jurídico, é o que ocasionou a separação entre doutrina e jurisprudência.

Os mencionados elementos tidos como necessários para que surja o dever de indenizar foram construídos num momento em que a teoria da responsabilidade civil tinha como foco principal a sanção aos atos ilícitos ou às condutas reprováveis. Desta forma, foram os pressupostos tradicionais construídos a partir dos possíveis comportamentos dos causadores de dano.

Ocorre que hodiernamente se percebe com clareza que a atenção da responsabilidade civil passou do comportamento lesionante para o evento lesivo em si, para o dano injusto sofrido pelo sujeito lesionado. Em outras palavras, há uma nova concepção da responsabilidade civil pela qual se visualiza o fenômeno como reparação do dano injusto à vítima e não, como uma sanção à conduta contrária ao direito.<sup>148</sup>

O que se afirma, em síntese, é que existe atualmente um descompasso entre teoria e prática, decorrente da adoção do novo paradigma. Para comprovar o ora afirmado, faz-se necessária uma análise da jurisprudência nacional, destacando-se que não se objetiva ser exaustivo, foram escolhidos alguns casos exemplificativos dentre tantos que surgem dia a dia nas cortes nacionais.

Iniciar-se-á a análise com um acórdão do STJ<sup>149</sup> em que o autor buscava uma reparação dos danos sofridos em um acidente de trânsito ocasionado por conduta de preposto da ré, haja vista que, em razão de tal evento danoso o autor teve que passar por duas cirurgias. Contudo, a segunda cirurgia somente se mostrou necessária devido a erro médico ocorrido na primeira, na qual foi esquecida uma compressa de gaze na traquéia do autor. Todavia, mesmo diante do erro médico flagrante, o STJ entendeu não ser este fato apto a quebrar o nexo, não sendo conhecido o recurso e mantendo a decisão do órgão *a quo* que condenou a ré a indenizar o autor, inclusive no tocante às agravantes. Segue a parte do voto do relator que toca a questão:

a responsabilidade do causador do dano se estende a todas as conseqüências que são desdobramentos naturais da ação culposa, inclusive às agravantes, que decorrem da eventual falta de atendimento a tempo certo, defeito no tratamento, falta de medicação, deficiência da instalação hospitalar, imperícia do médico que atendeu o paciente, etc. Se não fosse assim, bastaria a demora da ambulância, ou a inexistência de um hospital nas proximidades para excluir o resultado morte da responsabilidade do

<sup>147</sup> TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.11.

<sup>148</sup> ALTHEIM, Roberto. **Direito de Danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008, p.16-17.

<sup>149</sup> STJ 4 turma, Resp n. 326.971/AL

agente e de quem por ele responde. No nosso sistema, que admite a teoria da causalidade adequada, o fato superveniente que exclui é apenas o que inaugura um novo curso causal, só por si capaz de produzir o resultado. Não é o caso dos autos, em que o erro do profissional que realizou a primeira cirurgia teria determinado uma segunda intervenção. A falta de atendimento ou o mau tratamento se incluem nas possibilidades posteriores ao evento culposo e estão inseridas na relação de causalidade inaugurada com a ação do preposto da ré, que, assim, concorreu decisivamente para a produção do resultado morte. Desse modo, nos termos do art. 159, combinado com o disposto no art. 1.518, ambos do CCivil, não há como excluir a responsabilidade da ré.<sup>150</sup>

Entende-se que, no caso em tela, houve uma ampliação (ao menos interpretativa) do nexos causal. O ministro defende que o erro médico não teve força para quebrar o nexos, sendo o acidente a causa mais adequada. Todavia, sabendo que a segunda cirurgia somente se fez necessária em razão da conduta do médico, parece ser esta a causa mais adequada, haja vista que foi esta conduta culposa que gerou as agravantes, o acidente não se mostra abstratamente uma causa adequada destas.

Tal interpretação parece atender a ideia da integral reparação da vítima, incluindo dentro da cadeia de causalidade as agravantes. Acertada a posição do STJ por coadunar-se com a responsabilidade civil constitucionalizada, garantindo a ressarcibilidade ao dano.

Outro caso que demonstra a preocupação atual dos Tribunais com a garantia de reparação é o Resp. 185.659/SP. O presente acórdão trata de situação na qual o veículo da empresa ré, após ser alvejado por marginais, os quais utilizavam de armamento pesado, veio a atropelar e matar o marido da autora, haja vista ter sido o motorista atingido por um dos projéteis.

O STJ, por maioria, entendeu que a ré, uma empresa de transporte de valores, deveria indenizar a autora com fundamento na teoria do risco objetivo. É interessante notar que o acórdão foi proferido antes do novo código civil, contudo, isso não inviabilizou a imposição da obrigação de indenizar. Claramente os ministros estavam com os olhos voltados para a reparação da vítima, influenciados pelo novo paradigma, garantindo, portanto, a ressarcibilidade.

Um ponto de destaque no acórdão ora analisado é que, segundo a teoria da responsabilidade civil, a empresa ré não deveria ser obrigada a indenizar em razão da quebra do nexos causal (fato de terceiro). Utilizando-se quer a teoria da causalidade adequada, quer a da causalidade direta e imediata percebe-se que o dano decorre da conduta dos marginais. Contudo,

---

<sup>150</sup> STJ 4 turma, Resp n. 326.971/AL. Min. Ruy Rosado Aguiar. Julgado em 11/06/2002

atualmente, vem se defendendo, no que toca à responsabilidade do transportador, que tais eventos caracterizariam um fortuito interno, que não é apto a quebrar o nexo de causalidade.

De acordo com lição de Sérgio Cavaliere Filho, “entende-se por *fortuito interno* o fato imprevisível, e, por isso, inevitável, que se liga à organização da empresa, que se relaciona com os riscos da atividade desenvolvida pelo transportador.”<sup>151</sup> Assim, tais eventos, mesmo imprevisíveis ou inevitáveis, não quebram a causalidade, haja vista serem internalizados, compondo os riscos do negócio.

É relevante destacar, ainda, que os infratores se utilizaram de armamento incomum, ou seja, mesmo a empresa ré tomando todos os cuidados possíveis, ainda assim, não conseguiria impedir o evento danoso. Contudo, nem mesmo tal inevitabilidade é capaz de excluir a responsabilidade da transportadora, que responde objetivamente, meramente por se entender que tentativas de assalto fazem parte do risco do negócio.

Percebe-se, novamente, que a jurisprudência buscou ampliar o nexo, com o intuito de garantir a reparação à vítima. Seja utilizando-se do argumento original do acórdão, de risco objetivo, ou da teoria do fortuito interno, os critérios de constatação da responsabilidade civil flexibilizam-se para atender a cláusula geral de proteção à dignidade humana.

Uma consequência direta da ampliação da causalidade é o enfraquecimento das hipóteses de quebra de nexo (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito). Cada vez mais se internalizam essas hipóteses dentro do risco do negócio, ampliando a gama de situações abarcadas pela responsabilidade civil. Emblemático acerca do fenômeno ora descrito é o “caso do escorrega”<sup>152</sup>.

Trata de um grupo de amigos que foi passar um final de semana em um hotel, chegando lá, um deles, o autor da ação, pulou de cima de um escorrega, vindo a bater a cabeça no fundo da piscina e ficando tetraplégico.

Ao se deparar com a descrição acima, automaticamente vem à mente a ideia de culpa exclusiva da vítima, haja vista ter sido a sua conduta a causadora do dano. Contudo, não foi este o raciocínio adotado pelo STJ que impôs a obrigação de indenizar ao hotel e à agência de turismo que o indicara.

---

<sup>151</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.318.

<sup>152</sup> STJ. Resp 287.849/SP. Min. Ruy Rosado Aguiar. Quarta Turma. Julgado em 17/04/2001.

Em que pese ter o autor utilizado-se do escorregador de forma diversa à finalidade do mesmo, saltando de cabeça em direção à piscina, o STJ entendeu não se tratar de culpa exclusiva da vítima, afastando o art. 12, § 3, III, do CDC, mas sim de culpa concorrente, pois não havia qualquer informação acerca da profundidade da piscina, conforme se depreende de trecho do voto do relator:

Ocorre que o autor usou do escorregador e "deu um salto em direção à piscina", conforme narrou na inicial, batendo com a cabeça no piso e sofrendo as lesões descritas no laudo. Esse mau uso do equipamento, - instalação que em si é perigosa, mas com periculosidade que não excede ao que decorre da sua natureza, legitimamente esperada pelo usuário, - concorreu causalmente para o resultado danoso.

É de se propor então a questão sobre se o fornecedor contribuiu de algum modo para o uso indevido do equipamento.

A concorrência culposa do estabelecimento, penso eu, está no fato de não ter informado com a necessária precisão a profundidade da lâmina de água, a fim de, com isso evitar qualquer propósito mais afoito do banhista, advertindo-o do perigo do salto.

Fica claro que houve uma relativização da hipótese de quebra denexo causal baseada na culpa exclusiva da vítima, ampliando-se a causalidade para não deixar a vítima irressarcida. Parece que o real fundamento do acórdão foi a garantia da reparação, impondo a responsabilidade não ao causador do dano, mas sim a quem pode suportá-lo.

Essa mudança de foco, decorrente da cláusula geral de proteção à pessoa, tem reflexos diretos na aplicação da responsabilidade civil pelos Tribunais. Neste sentido é válido destacar a emente do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TENTATIVA DE ASSALTO FACILITADA PELA INDEVIDA COLOCAÇÃO DE OBSTÁCULO EM ESTRADA MUNICIPAL. INSTALAÇÃO DE PORTÕES DE FERRO UTILIZADOS PELOS ASSALTANTES PARA IMPEDIR A PASSAGEM DO AUTOR. DESFERIMENTO DE DIVERSOS TIROS CONTRA O SEU AUTOMÓVEL PROVOCANDO DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPROVAÇÃO DOS DANOS SEJAM OS PATRIMONIAIS SEJAM OS MORAIS. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. COMPROVAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA IGUALMENTE EVIDENCIADA. CULPA DECORRENTE DE ATO COMISSIVO E NÃO OMISSIVO.

1. Apresenta o autor legitimidade ativa para a demanda, pois foi quem suportou os prejuízos, além do que o veículo encontra-se registrado em nome de sua atual companheira.

2. Também ostenta a ré legitimidade passiva, pois, apesar de se tratar de estrada municipal, a ré dela se utilizou indevidamente, instalando um portão de ferro, facilitando com isso a ação de meliantes que empreenderam uma tentativa de assalto contra o autor.

3. A comprovação dos danos não depende de prova pericial, estando os furos na camionete do demandante retratados nas fotos juntadas e confirmados no

depoimento da testemunha ouvida que, ademais, corroborou integralmente a versão dos fatos afirmadas pelo autor.

4. Tendo sido o autor alvo de diversos disparos com arma de fogo, sofrendo inclusive risco de morte, por certo que se apresentam danos morais indenizáveis, além dos danos materiais decorrentes dos tiros e dos danos provocados no veículo quando da tentativa de fuga da emboscada montada pelos assaltantes.

5. Evidente também o nexo de causalidade entre a conduta culposa da ré e o evento danoso, pois não fosse o portão indevidamente instalado, as alternativas de fuga do autor seriam bem mais amplas numa emboscada como a engendrada contra ele.

6. Comprovados assim os pressupostos à responsabilidade civil, justa e adequada a indenização fixada em R\$ 3.880,77 a título de danos materiais e de R\$ 5.100,00, a título de danos morais.

Sentença confirmada por seus próprios fundamentos.

Recurso improvido.<sup>153</sup>

No caso em tela parece haver uma clara ampliação do nexo em prol da ressarcibilidade, haja vista que a vítima não teria como conseguir a reparação dos reais causadores do dano, quais sejam, os assaltantes. Não se pode dizer que a instalação do portão é a conduta direta e imediata ou a mais adequada à produção do dano, pois, em verdade, trata-se de conduta remota que não compõe a cadeia causal do dano, pois a conduta dos assaltantes iniciou uma nova. Parece, portanto, que o fundamento da imposição da obrigação de indenizar é o paradigma da dignidade humana.

É interessante notar que a cláusula geral de proteção à pessoa está tão arraigada nos Tribunais que chega-se a presumir o dano, aferindo-o através de probabilidade, desconsiderando-se a sua necessidade de prova. Em determinados casos, nos quais seja impossível a produção de provas suficientes ensejadoras de um juízo de certeza, o magistrado se contenta com a redução do módulo probatório, aferindo o dano por um juízo de verossimilhança. A esse expediente utilizado pelos juízes vem se dando o nome de teoria da redução do módulo probatório ao caso concreto.

A referida teoria vem sendo utilizada, em regra, nos casos de indenização dos objetos deixados no interior do veículo quando este é furtado. Conforme demonstra a ementa ora destacada:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ARROMBAMENTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 130 DO STJ. TEORIA DA REDUÇÃO DO MÓDULO DA PROVA. PARADIGMA DE VEROSSIMILHANÇA. DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. RESPONSABILIDADE DO

---

<sup>153</sup> TJRS. Recurso Cível N° 71002724300, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 17/03/2011

ESTABELECIMENTO. DEVER DE INDENIZAR. RESTITUIÇÃO DE VALOR DE MAQUIAGENS FIXADA DE FORMA EQUANIME. SENTENÇA MANTIDA. AMBOS OS RECURSOS DESPROVIDOS.<sup>154</sup> (grifou-se)

Assim, percebe-se que não apenas por meio da ampliação do nexo que a jurisprudência vem garantindo a reparação da vítima, a flexibilização dos critérios de responsabilização atinge todos os elementos, como é o caso do dano. Nesse diapasão, é válido destacar que já se admite a indenização por dano em ricochete, que ocorre quando a conduta danosa reflete em pessoa ligada à vítima. O próprio STJ já se pronunciou admitindo a reparação daqueles atingidos reflexamente pelo dano.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE ATIVA. PAIS DA VÍTIMA DIRETA. RECONHECIMENTO. DANO MORAL POR RICOCHETE. DEDUÇÃO. SEGURO DPVAT. INDENIZAÇÃO JUDICIAL. SÚMULA 246/STJ. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE SÚMULA. DESCABIMENTO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ E 283/STF.

1. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de súmula, de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88.

2. Reconhece-se a legitimidade ativa dos pais de vítima direta para, conjuntamente com essa, pleitear a compensação por dano moral por ricochete, porquanto experimentaram, comprovadamente, os efeitos lesivos de forma indireta ou reflexa. Precedentes.

3. Recurso especial não provido.<sup>155</sup>

A admissão da indenização por dano em ricochete reflete a preocupação dos Tribunais em garantir a plena reparação daqueles afetados pelo evento danoso, mesmo que não diretamente.

Resta, ainda, lembrar que a obediência ao paradigma da dignidade não implica apenas em flexibilização dos critérios de constatação a fim de facilitar a imposição da obrigação de indenizar, mas também na ampliação das hipóteses de dano ressarcível<sup>156</sup>.

Assim, percebe-se que a jurisprudência vem “construindo” uma teoria da responsabilidade civil, na qual os critérios de constatação clássicos (culpa, nexo e dano) são manejados com o viés de garantir a reparação. Neste intuito, com a mudança de foco na responsabilidade civil, a proteção da pessoa implica, por diversas vezes, em ampliar ou flexibilizar os critérios, funcionalizando-os em prol da dignidade.

<sup>154</sup> TJRS. Recurso Cível N° 71002442077, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Afif Jorge Simões Neto, Julgado em 23/03/2011

<sup>155</sup> REsp 1208949/MG, Min. NANCY ANDRIGHI TERCEIRA TURMA, j. 07/12/2010

<sup>156</sup> Sobre a ampliação das hipóteses de dano ressarcível ver tópico 2.2.2.3.2.



### 3. TUTELA DA CONFIANÇA

A confiança, em que pese ser uma ideia amplamente difundida, carece de estudo mais detido. Parece seguro afirmar que todas as pessoas têm uma noção do que ela seja, contudo, sua delimitação conceitual mostra-se bastante complexa. Neste diapasão, esta se assemelha à ideia de liberdade exposta por Cecília Meireles, quando afirmou: “Liberdade - essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que a explique e ninguém que não entenda.”<sup>157</sup>

A definição jurídica do que seja confiança, sofre do mesmo mal. Utiliza-se dela para inúmeras situações sem, entretanto, haver um profundo estudo acerca do seu limite conceitual ou de sua abrangência.

A confiança não é, em Direito, um tema fácil. As dificuldades que ele coloca transcendem em muito a necessidade de delimitação do seu âmbito, já de si problemática. Não existe nenhuma definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam referências normativas explícitas a propósito. O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica.<sup>158</sup>

Assim, uma das grandes vantagens da confiança, que é sua amplitude, mostra-se também como sua fraqueza, tornando-o vago, abstrato, muitas vezes servindo apenas como um reforço argumentativo e não como verdadeiro instituto jurídico viabilizador de soluções de conflitos.

Essa deficiência de dogmatização da confiança é, no entender de Menezes Cordeiro, consequência dos excessos em que incorreram os estudos clássicos sobre tema, gerando uma tendência inversa, que veio a negar a utilidade da sua doutrina.<sup>159</sup>

No Brasil, durante muito tempo o estudo da confiança foi “esquecido”. Tal cenário somente começou a mudar com o abandono do modelo liberal e a penetração dos ideais sociais no sistema jurídico. No tocante à responsabilidade civil, a mudança de eixo ocasionada desperta uma visão solidarista da responsabilidade, que tem como corolário a confiança.

---

<sup>157</sup> MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da inconfidência**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005, p.76.

<sup>158</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.17.

<sup>159</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1237

Defende-se no presente trabalho que tal mudança de eixo elevou a confiança, colocando-a como vetor de solução de conflitos. Entretanto, antes de enfrentar o ora proposto, faz-se necessário debruçar-se sobre a confiança e sua tutela, no intuito de qualificá-la dogmaticamente. Para tanto, é essencial fazer algumas digressões.

### 3.1. CONFIANÇA COMO TRAÇO CARACTERÍSTICO DO HOMEM

Ousa-se afirmar que é impossível apartar o homem da confiança, não se conseguindo visualizar a existência de um ser humano completamente incrédulo, destituído de expectativas. A confiança é a ele inerente, um traço característico seu.

O homem é um ser extemporâneo, no sentido de que não vive no presente, mas no futuro, ou seja, “fora do seu tempo”. Baseia toda a sua vida em acontecimentos vindouros, sempre voltado para o porvir. Está constantemente planejando, traçando metas, enfim, com os olhos voltados para o que virá.

Não se quer com isso afirmar que o ser humano não viva o agora, não se regozize com uma conquista, mas que, mesmo nesses momentos, internamente vislumbra o futuro. Assim, confia que o sol nascerá no outro dia para que possa concretizar seus planos, e, quando este chega, novos planos e expectativas surgem. O homem nunca para de conjecturar, ele é o ser do amanhã.

Tal forma de pautar a vida não é característica apenas daqueles que traçam grandes projetos, mesmo atos mais corriqueiros exigem algum prognóstico. Programar-se para acordar cedo e comprar o pão, por exemplo, implica em vários (que haverá um novo dia, que o padeiro estará lá, que haverá pão, entre outros) e, mais do que isso, impõe que se confie no acerto deles.

Traçar sua vida naquilo que ainda virá a ocorrer, como faz o ser humano, significa viver constantemente depositando expectativas, significa viver em um eterno estado de confiança.

Mesmo abstraindo-se o homem como ser do amanhã, ainda assim, pode-se dizer que toda conduta humana é acompanhada de algum investimento de confiança, sem o qual nenhum ato seria possível.

Sem uma qualquer confiança [o Homem] não deixaria de manhã a sua cama. Um medo indefinido, um horror paralisante assaltá-lo-iam. Nem sequer poderia formular uma desconfiança definida e torná-la base de disposições defensivas; porque isso implicaria que ele confiasse noutros sentidos. Tudo seria possível, Ninguém aguenta uma confrontação imediata deste género com a elevada complexidade do mundo.<sup>160</sup>

Percebe-se, assim, que a confiança não está apenas na atitude de conjecturar acontecimentos, mas dentro do próprio homem, que deposita expectativas para realizar qualquer ato. Reiterando o exposto por Luhmann, sem nenhum investimento de confiança o homem não levantaria da cama, é necessário confiar, pelo menos, nos próprios sentidos. Como se pode acreditar que é dia se não se crê que a luz que se vê e o calor que se sente são efetivamente reais? Poderiam ser tais eventos frutos da imaginação ou de algum sonho lúcido? Apenas confiando no que os sentidos captam e traduzem é que pode o homem viver.

A confiança, portanto, está presente e acompanha o homem a todo o momento, “é, pois, um elemento básico e característico da estrutura antropológica do indivíduo.”<sup>161</sup>

Diante do afirmado, é possível entender que a confiança, como sentimento, está presente numa fase pré-lógica da existência humana. O ser humano é o animal que mais necessita do ambiente ao nascer, sua sobrevivência depende exclusivamente da sua entrega àqueles que o cercam, principalmente à mãe. Assim, desde o nascimento, é da sua natureza confiar, este sentimento é, portanto, pré-lógico, manifestando-se mesmo onde ainda não há a escolha.

Percebe-se que a confiança é inerente ao homem, acompanha-o por toda a vida e, assim, como não poderia deixar de acontecer, manifesta-se em suas relações sociais, sendo, inclusive elemento estruturante da sociedade.

---

<sup>160</sup> LUHMANN, Niklas *apud* DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.19.

<sup>161</sup> ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da confiança no direito penal**: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.115.

### 3.2. A CONFIANÇA E A SOCIEDADE

A confiança, além de caracterizar o ser humano, tem um papel importante nas relações sociais, aglutinando pessoas em grupo sociais que só podem se perpetuar se houver a fidedignidade entre os integrantes. Desta forma, assim como não se pode imaginar o homem apartado da confiança, por consequência, também não é possível a existência de uma sociedade sem este elemento. Estruturam-se as sociedades sobre expectativas previsíveis.

É necessário ressaltar que quando se fala de confiança como elemento da sociedade não está se referindo à sua aceção psicológica, mas a um sentido mais lógico. Analisa-se se determinado fato social é apto despertar confiança.<sup>162</sup> Neste sentido é a lição de Mário Pimentel Albuquerque ao afirmar que:

Nas sociedades altamente desenvolvidas e mecanizadas, onde os contatos humanos são em regra superficiais e esporádicos, não há que se falar em confiança na aceção psicológica do termo [...], nas sociedades avançadas a confiança adquire uma conotação mais lógica que psicológica, enquanto se presta como fundamento da vida social, que se tornaria irrealizável se cada um desconfiasse de todos, porque a energia da sociedade, antes que canalizada para objetivos comuns, se dissiparia na busca de meros interesses individuais e até mesmo contrários à coesão do grupo.<sup>163</sup>

Essa confiança é inerente à sociedade, seus participantes a adotam de maneira quase que inconsciente. A reiteração de atos em um mesmo sentido solidifica determinados comportamentos, gerando a crença de que se perpetuarão. É uma espécie de ciclo, a confiança dá força às normas sociais que, ao se reiterarem, geram confiança.

Não há, portanto, como negar a sua importância na sociedade, podendo-se, até mesmo afirmar que é elemento estruturante desta.

---

<sup>162</sup> É imperioso destacar que a concepção de confiança tem características particulares quando aplicada à responsabilidade civil, não se coadunando perfeitamente com uma ideia normativa da confiança da qual se aproxima a concepção sociológica. Sobre a confiança aplicada à responsabilidade civil, ver capítulo 4.

<sup>163</sup> ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da confiança no direito penal**: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.121-122.

### 3.2.1. Breve panorama histórico da confiança nas sociedades ocidentais

Arrisca-se afirmar que a confiança sempre esteve presente nas sociedades, desde a mais arcaica até as atuais. Contudo, com o passar do tempo, a sua concepção e o que ela representa foi se modificando, recebendo novos matizes a fim de se adaptar ao colorido social.

Na antiguidade, por exemplo, a fidúcia não possuía a relevância de hoje. Isto se dava em razão da concepção de tempo para os antigos. Para eles o tempo era cíclico, os atos humanos estariam fadados a se repetir. Por consequência disto, não havia confiança no futuro.

Com o fim da concepção cíclica do tempo, a confiança passa a ter um papel mais importante para o homem, pois, para suportar a imprevisibilidade do futuro, era necessário confiar. O medo do porvir acaba ligando confiança à fé.

Na idade média, a idéia de fidúcia se mostra arraigada na fé. Em verdade, a confiança presente na sociedade era aquela depositada em Deus. Espera-se no futuro porque se confia que, um dia, se verá a glória do Reino Celeste. Esta visão fez com que a imprevisibilidade do amanhã pudesse ser suportada pelas sociedades medievais.

Com o advento do racionalismo iluminista, prega-se um distanciamento entre confiança e fé. O homem deixa de depositar o seu futuro nas mãos de Deus e passa a crer em si mesmo como senhor do seu destino. Em verdade, a visão de confiança ligada à fé continuou a vigorar mesmo ante as idéias iluministas, pois apenas houve uma mudança de foco, a fé, antes depositada em Deus, passa a ser depositada no próprio homem.

Nos tempos atuais, a confiança, ao lado do caráter individual, passa a ter também uma conotação mais social, graças, em grande parte, à teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhman.<sup>164</sup>

Pelo afirmado alhures, percebe-se a importância que ela sempre representou para o ser humano e para a sociedade. Neste sentido é a lição de Mário Pimentel Albuquerque:

[...] fica-nos a certeza de que a confiança, considerada como uma certa disposição mental positiva ante o futuro, está presente onde quer que exista vestígio de

---

<sup>164</sup> Niklas Luhmann, com o funcionalismo, faz uma análise da confiança inserida na sociedade, colocando-a como elemento desta. Sobre o tema ler. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Universitário.

humanidade, ora determinando uma simples tendência, ora a característica geral de um povo ou de uma geração.<sup>165</sup>

A confiança, mais do que um elemento que figura nas sociedades através do tempo, é, verdadeiramente, o instituto sobre o qual a sociedade se estrutura.

### 3.2.2. Confiança como elemento estruturante da sociedade

A sociedade estrutura-se sobre as bases da confiança, sendo esta elemento essencial para o “bom funcionamento” daquela, servindo como um amálgama que mantém as estruturas sociais. Sem ela, mesmo as atividades mais corriqueiras seriam inviáveis. Atos rotineiros, como atravessar uma rua no sinal vermelho ou contratar, exigem um investimento de confiança, sob pena de não conseguirem se desenvolver. No primeiro caso, se o agente não acredita que os carros irão parar quando o semáforo “fecha”, ele não atravessará a rua. No mesmo sentido, uma atividade comercial exige que se deposite confiança no outro, a crença de que será cumprido o acordado ou, caso não cumpra, que será protegido pelo sistema jurídico.

O homem, como ser gregário que é, está inserido em uma sociedade e se desenvolve por meio de relações com seus semelhantes. Essas relações estão sempre eivadas de algum nível de confiança. O mero ato de se comunicar já gera, por si só, expectativas, pois quando um indivíduo se expressa, ele espera do outro algum tipo de resposta ou conduta. Neste diapasão, é oportuno destacar o ensinamento de Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

Assim, quando nos comportamos, na troca de mensagens, está presente, de parte a parte dos agentes, uma expectativa mútua de comportamento. Quem diz *sente-se!* espera que o outro comporte-se de certo modo (sentando-se – relato – e subordinando-se – cometimento). Essas expectativas podem ser, por sua vez, objeto de expectativas prévias. Quem diz *sente-se!* Não apenas tem a expectativa de um movimento (sentar-se) e de um acatamento (subordinação), mas tem também a expectativa de qual seja a expectativa do endereçado (este espera de mim uma ordem, ele me vê como superior) que também pode ou não confirmar-se, e vice-versa, isto é, o endereçado também tem suas expectativas sobre as expectativas do emissor. Com isso, criam-se situações complexas, que se confirmam ou que se desiludem, em que os homens se apresentam claramente ou escondem suas intenções, ou em que agem sem reflexão, descuidadamente etc. Daí se segue um conjunto instável de relacionamentos de relação de expectativa, os quais são sempre, em numero de possibilidades, maiores do que as possibilidades atualizáveis.<sup>166</sup>

<sup>165</sup> ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da confiança no direito penal:** uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.95-96

<sup>166</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p.102-103.

A lição *supra* deixa claro que toda a relação interpessoal ocasiona, intrinsecamente, expectativa. Poder-se-ia “assim dizer que toda a conduta, todo o agir ou interagir comunicativo, além de carrear uma pretensão de verdade ou de autenticidade (de fidelidade à própria identidade pessoal), desperta nos outros *expectativas* quanto à futura conduta do agente.”<sup>167</sup> Acredita-se que o indivíduo aja de determinada forma, que atue conforme os preceitos de normalidade.

O surgimento de expectativas está tão ligado ao ato de comunicar-se que João Batista Machado, em interessante análise, aproxima a quebra da confiança despertada pelo ato comunicativo da ofensa à dignidade humana. Afirma o autor que:

Pode, pois, assentar-se em que toda a perlocução, toda a subordinação do acto comunitativo a uma estratégia astuciosa, todo o *dolose agere*, é já uma desvirtuação da função originária da linguagem, uma <instrumentalização> desta, e é, ao mesmo tempo, eticamente censurável: <astútia, etsiamsi ordinetur ad bonum, est peccatum>, diz S. TOMÁS. Ora o acto de comunicação não deve ser <instrumentalizado>, tal como, no dizer de KANT, também a pessoa humana o não deve ser, ou o uso <perlocutivo> do acto de comunicação, importa sempre uma instrumentalização da pessoa do interlocutor. Se a pessoa humana é um fim em si, a linguagem humana tem o seu fim próprio, ou melhor, tem a sua função <originária>, *natural*.<sup>168</sup>

Desta forma, se um ato é perpetrado de maneira diferente da esperada, desde que haja uma confiança despertada, significa que aquela relação social ocorrida por meio da linguagem (que não necessariamente será falada) se deu em desobediência à sua função, instrumentalizando o outro sujeito da relação por desconsiderar suas expectativas. Esta conduta gera uma irritação no âmbito social, sendo necessário, em alguns casos, a imposição de uma sanção, a fim de garantir a estabilidade de determinadas relações sociais.

Percebe-se, então, que a confiança, além de caracterizar o ser humano, tem um papel importante nas relações sociais, aglutinando pessoas em grupo sociais que só podem se perpetuar se houver a fidúcia entre os integrantes, não se admitindo, portanto, a ofensa à confiança legitimamente depositada.

As relações sociais, para ocorrerem, necessitam de um investimento de confiança, tanto entre os que se relacionam, como no próprio sistema jurídico, apenas assim garante-se o mínimo de estabilidade social.

<sup>167</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.353

<sup>168</sup> Ibidem. 1991, p.350.

Por isso, para a ocorrência dos sistemas comunicativos sociais são desenvolvidos mecanismos que garantem, num certo grau de confiança, as expectativas em jogo contra a possibilidade de desilusões. Esses mecanismos, que conferem à rede instável de relações certa estabilidade, uma estabilidade dinâmica, compõem sua estrutura.<sup>169</sup>

Pode-se, portanto, afirmar que a confiança é elemento essencial da sociedade, sem um investimento de confiança seria impossível interagir socialmente.

Vale, ainda, destacar que em uma sociedade complexa, diante das inúmeras possibilidades que se abrem diante do agente, simplificações se fazem necessárias, cotejar todas as possibilidades para apenas seguir adiante após eliminados todos os riscos implicaria numa estagnação social. Desta forma é, não apenas salutar, como necessário confiar.

Portanto, as simplificações, inevitáveis na busca de orientação, precisam estar, ao mesmo tempo, imunizadas contra o risco de erro. Elas precisam, em outras palavras, poder preencher sua função estruturalizantes até mesmo quando interpretam erradamente a realidade ou as expectativas sobre a realidade.<sup>170</sup>

Deve-se, então, privilegiar o investimento de confiança e proteger as expectativas despertadas, sob pena dos indivíduos só darem o próximo passo quando cobertos de certeza, após afastado completamente o risco de erro. Este tipo de postura inviabilizaria o desenvolvimento de qualquer atividade. Tome-se como exemplo um grupo de pessoas que resolva fazer uma viagem de avião para um determinado local. É necessário que todos confiem no bom funcionamento do avião, na habilitação do piloto, dentre tantas outras hipóteses. Sem isto, cada um dos passageiros apenas embarcaria após conferir cada uma das etapas da viagem, tornando impossível o seu prosseguimento.

A confiança, portanto, é o elemento que permite o fluxo de relações sociais. “O confiar nada mais é do que uma necessidade social. Afinal, o ser humano precisa eliminar algumas das possibilidades que lhe são diuturnamente oferecidas, para reduzir a complexidade social e permitir uma intervenção mais eficaz nas suas redes de relações.”<sup>171</sup>

Embora não com o mesmo viés dado no presente trabalho, Alain Peyrefitte também entende que a confiança é o elemento que permite o desenvolvimento social:

[...] a mola do desenvolvimento reside, em definitivo, na confiança concedida à iniciativa pessoal, à liberdade de exploração e invenção – uma liberdade que conhece as

<sup>169</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2003, p.103.

<sup>170</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.50-51.

<sup>171</sup> MARTINS, Raphael Manhães. **O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/956/1129>.



suas contrapartidas, os seus deveres, os seus limites, em suma, a sua responsabilidade, ou capacidade de responder por si mesmo.<sup>172</sup>

Desta forma, é possível identificá-la como elemento estruturante da sociedade, sobre a qual as relações sociais se desenvolvem. Retirá-la faria ruir toda a estrutura social. Sem confiança, a sociedade perderia suas bases, haja vista não ser possível construir-se uma sociedade baseada na desconfiança.

Impossível a interação se o cidadão tivesse que contar, em todo momento, com o comportamento irregular dos demais. Paralisar-se-ia a vida em comunidade, se quem intervém nela devesse organizar sua conduta esperando que outras pessoas não cumprissem com os deveres que lhes foram assinados. O mundo está organizado de uma forma contrária. A despeito de que se dêem muitas defraudações, quem participa na vida social pode esperar das outras pessoas um comportamento ajustado ao seu status; pode confiar em que os outros participantes desenvolverão suas atividades, cumprindo as expectativas que emanam da função que lhes foi atribuída<sup>173</sup>.

Por fim, é relevante destacar que, em uma sociedade complexa, na qual as relações sociais ocorrem de forma despersonalizada, a confiança sedimenta-se, em parte, no Direito. Assim, deve este, como fato social que é, garantir a confiança despertada no seio da sociedade. Necessário, portanto, neste momento, debruçar-se sobre a confiança inserida no sistema jurídico.

### 3.3. CONFIANÇA NO SISTEMA JURÍDICO

A confiança e o Direito estão interligados, não se pode, atualmente, imaginar este apartado de um investimento de confiança, bem como a confiança, em grande parte, está embasada juridicamente.

Em verdade, a própria sociedade está ligada ao Direito.

Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social que em tudo se insinua, e do qual é impossível se abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro.<sup>174</sup>

<sup>172</sup> PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.17.

<sup>173</sup> DIÁZ, Claudia *apud* ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.131-132.

<sup>174</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.7.

Assim, por ser elemento da sociedade, tem ela também forte ligação com o Direito. Pode-se afirmar que a confiança ou, mais especificamente, sua proteção, foi incorporada ao sistema jurídico, vindo a se tornar, não apenas regra, mas, inclusive, imposição deste. É interessante, neste sentido, destacar a lição de Manuel Carneiro Da Frada:

[...] é intuitiva uma profunda assimilação da confiança com a própria realidade jurídica, visível sobretudo nas formas de relacionamento mais simples e nos microssistemas sociais mais elementares: a confiança recíproca dos sujeitos impregna de tal forma certas actuações que a desconfiança se apresenta, no mínimo, suspeita, e a quebra de expectativas tende a ser valorada como violação ou ruptura do direito próprio destas relações humanas.<sup>175</sup>

Percebe-se, pois, que a confiança existente na sociedade, e que serve de base para as interações sociais, contamina o sistema jurídico, servindo também de fundamento para as suas relações. Uma análise de alguns institutos jurídicos claramente demonstra essa aproximação entre confiança e Direito. Cita-se, à guisa de exemplo, o *venire contra factum proprium* que, em síntese, proíbe um comportamento que venha a ferir a expectativa de outrem previamente despertada por um ato do agente ofensor, protegendo-se, assim, a confiança depositada.<sup>176</sup>

A própria ideia de boa-fé, instituto que perpassa o Direito como um todo, tem influência da confiança, por meio da imposição de um dever anexo de lealdade.

Pode-se, portanto, afirmar que a confiança “encontra-se seguramente na gênese de muitas normas jurídicas quando estas promovem a função de estabilização de expectativas mediante o acolhimento de estruturas de confiança já existentes e vigentes na ordem social.”<sup>177</sup>

Serve, então, também como fundamento do Direito, inspirando e embasando diversas normas jurídicas. Mais do que isso, funciona como base para o sistema jurídico como um todo. Da mesma forma que permite o desenvolvimento de relações sociais, viabiliza o trânsito jurídico.

É necessário garantir proteção às expectativas depositadas, criando no indivíduo a certeza de que todos os demais agirão da forma esperada e, caso isso não ocorra, que terá meios para se proteger. Retirar a proteção da confiança do seio do sistema jurídico geraria uma insegurança jurídica insuportável. Neste sentido, Bernardo Feijóo Sánchez leciona:

<sup>175</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.18.

<sup>176</sup> Sobre a ligação do *venire* com a confiança ver tópico 4.5.3

<sup>177</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. Op cit., p.24.

Em princípio, podemos confiar em que os outros cidadãos vão se comportar respeitando as normas, já que isto está garantido pelo Direito, a não ser que existam evidências em sentido contrário. Partir de uma sociedade da desconfiança, na qual fosse lícito pressupor o contrário – a disposição permanente para violar as normas por parte dos outros cidadãos – seria atentar contra a ideia do Direito como ordem vinculante nas relações sociais. O princípio da desconfiança conduz ao contra-senso de que o Direito se desautorize a si mesmo como sistema regulador de condutas vinculantes.<sup>178</sup>

Desta forma, fica claro que a confiança não apenas toca o Direito, mas, verdadeiramente, a sua proteção é função deste.

### 3.3.1. Uma análise funcional do Direito

Diferentemente da análise estrutural do Direito<sup>179</sup>, que busca saber do que ele é feito, uma análise funcional objetiva compreender para que serve.

A fim de corretamente empreender uma análise da função do Direito é necessária uma aproximação deste com a sociologia. O Direito, entendido como um fato social, não pode ter um fim apartado da sociedade. Neste sentido, é válido lembrar o brocardo proferido por Ulpiano que, apesar do enorme lastro temporal, permanece verídico, *ubi societas, ubi jus*.

Sob esse viés é que se pode afirmar que a função do Direito é servir como instrumento de controle social.

Assim, a sua função é protetivo-repressiva, consistindo no “uso de meios coercitivos para induzir os membros do grupo social a fazer ou não fazer alguma coisa.”<sup>180</sup> Desta forma, teria ele a missão de controlar os comportamentos dos cidadãos em uma determinada sociedade, afastando, por meio da coerção, as condutas indevidas.

Tal concepção funcional, contudo, mostra-se demasiadamente restritiva diante no novo papel do Estado. Este, sob a égide dos ideais sociais, passa a ter uma postura mais ativa, visando promover uma sociedade justa e equânime.

---

<sup>178</sup> SANCHÉS, Bernardo Feijóo apud ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da confiança no direito penal:** uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.125-126.

<sup>179</sup> A fim de um aprofundamento na análise estrutural do direito ler, por todos, a obra “Teoria pura do direito” de Hans Kelsen.

<sup>180</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007, p.57.

O Direito não se limita a garantir formalmente direitos, mas a promovê-los de maneira substancial. Assim, busca-se não apenas manter o *status quo* da sociedade, garantindo a paz por meio da proteção/repressão de condutas, como também viabilizar um ideal de sociedade.

Desta forma, por ser uma ferramenta do Estado para a implementação dos seus objetivos, não mais pode se limitar ao papel de controle social, indo além, para servir também como instrumento de direcionamento da sociedade. Neste mesmo sentido é a lição de Norberto Bobbio, ao defender que:

A função de um ordenamento jurídico não é somente controlar os comportamentos dos indivíduos, o que pode ser obtido por meio da técnica das sanções negativas, mas também direcionar os comportamentos para certos objetivos preestabelecidos. [...]. O direito, do ponto de vista funcional, é forma de controle e de direção social.<sup>181</sup>

A análise funcional do direito, conseqüentemente, afeta a forma de enxergar os seus dispositivos, fazendo com que as figuras jurídicas sejam funcionalizadas a um determinado fim, direcionando sua interpretação e aplicação. Pode-se, então, perceber que

A funcionalidade integra a natureza dos institutos civis. Dizendo de outro modo: a função social deixou de ser externa aos conceitos do direito civil, tendo, ao contrário, uma função interna (que define, internamente, o que eles são, e não apenas até onde podem ir).

A passagem da análise estrutural para a análise funcional significa inserir, socialmente, os institutos, verificando-lhes os resultados concretos e não aqueles meramente normativos.<sup>182</sup>

Conclui-se que a análise funcional privilegia o aspecto social, agregando os valores decorrentes desta à norma, para, desta forma, utilizar do Direito como instrumento de controle e direcionamento da sociedade. Por ser a confiança elemento estrutural da sociedade, não se pode negar, portanto, que a sua proteção é também uma das funções do Direito.

### 3.3.2. Proteção da confiança como função do Direito

O Direito tem como uma de suas funções a proteção da confiança. Ao selecionar expectativas merecedoras de tutela, estimulando os indivíduos a confiar, deve ele, em

<sup>181</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007, p.79.

<sup>182</sup> BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.5.

decorrência desta postura, proteger aquele que confiou, “assegurar expectativas e direccionar condutas são indubitavelmente funções primárias do direito.”<sup>183</sup>

Deve, portanto, proteger a confiança, primeiro porque ele mesmo estimula os investimentos de confiança, segundo porque, como visto alhures, sem a proteção das expectativas a sociedade estagna. Assim, em uma análise funcional, por ser instrumento de controle e direcionamento da sociedade, não pode o Direito apartar-se de um elemento da estrutura social, qual seja, a confiança.

Nesse diapasão, Manuel Carneiro Da Frada afirma que “na verdade, cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacífica, isto é, da paz jurídica.”<sup>184</sup> Em outra passagem o mesmo autor leciona que “a ordem jurídica não poderá deste modo eximir-se de proteger a confiança, sob pena de não corresponder às suas exigências mais profundas. E sublinha-se a natureza simultaneamente ética e jurídica da tutela da confiança.”<sup>185</sup>

Tal é a ligação entre os institutos que a própria concepção de norma vem imbuída implicitamente da ideia de proteção de expectativas. Seguindo essa linha, poder-se-ia afirmar que

normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser”.<sup>186</sup>

Assim, o sistema jurídico, ao estabilizar determinado comportamento em forma de norma, garante a todos que aquele comportamento é o esperado, ou seja, estimula um investimento de confiança naquele sentido, gerando expectativas legítimas. Não se faz necessário que a conduta venha a coadunar-se com a expectativa, haja vista que, ao estabilizar determinado comportamento normativo, este se apresenta de maneira contrafática, não se adaptando a

---

<sup>183</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.346.

<sup>184</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.19.

<sup>185</sup> Ibidem. p.26.

<sup>186</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.57.

expectativa ao fato, mas sim o contrário. Desta forma, independentemente da conduta ser a esperada, ao passo que a expectativa o é, o agente que confiou estará protegido.

A conduta divergente, ou seja, aquela que não se coaduna à confiança depositada passa a ser rechaçada pelo Direito, não sendo protegida. Privilegia-se a expectativa ao comportamento, não sendo possível “abdicar-se dessa expectativa, tornado-se necessária a exigência de comportamento correspondente.”<sup>187</sup>

Tal afirmativa demonstra que o sistema jurídico é construído, nestes casos, com o objetivo de garantir a expectativa depositada, não admitindo que haja um desapontamento (ou pelo menos não o considerando relevante), normatizando a situação a fim de proteger o agente que confiou.

O próprio sistema jurídico estimula o sujeito a confiar, haja vista ser este elemento estruturante da sociedade, sem o qual as relações sociais não se desenvolveriam. Se de um lado o encoraja-se um investimento de confiança, dizendo que é certo confiar, que esse é o caminho a seguir, de outro, deve garantir a proteção quando a expectativa resta frustrada.

A proteção à confiança, portanto, atribui força às normas, impondo, implicitamente, o dever de obediência. Todavia, tudo isto apenas ocorre porque existe a crença de que realmente haverá esse acatamento, caso se retire este elemento, as normas sociais perdem sua base. O Direito, então, fundamenta-se nessa crença depositada pela sociedade de que as expectativas transmutar-se-ão faticamente e, caso isso não ocorra, que será ela garantida juridicamente. É neste sentido que se classifica a proteção à confiança em positiva e negativa. Em síntese, a proteção positiva à confiança recai sobre a expectativa do sujeito, protegendo-a, ao passo que a negativa surge apenas quando há ofensa a expectativa.<sup>188</sup>

Em verdade, pode-se perceber que o Direito encontra seu fundamento na concordância da sociedade acerca dos comportamentos eleitos como corretos ou, mais precisamente, naquilo que ela espera ou supõe que seja tido como uma conduta lícita. Imperioso, neste sentido, destacar a lição de Luhmann:

As instituições se fundamentam, então, não na concordância fática de determináveis manifestações de opiniões, mas sim no sucesso ao superestimá-las. Sua continuidade

---

<sup>187</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.59.

<sup>188</sup> Retornar-se-á à análise da confiança positiva e negativa no ponto 3.4.5.

está garantida enquanto quase todos suponham que quase todos concordem; e possivelmente até mesmo enquanto quase todos suponham que quase todos suponham que quase todos concordem. Daí surge, comparativamente ao consenso fático, uma maior estabilidade e uma mais apurada sensibilidade. Constituídas sobre a areia movediça da experiência concreta, através de mecanismos de seleção, as instituições podem tornar-se amplamente independentes da distribuição fática das experiências reais com respeito a temas e momentos, e também das entradas e saídas de seus participantes, passando então a moldar elas mesmas a estrutura de expectativas desses processos.<sup>189</sup>

Assim, o sistema jurídico também se fundamenta na expectativa. Entre proteger o esperado e o efetivamente ocorrido, escolhe-se aquele. Superestimando as expectativas, garante-se a paz social.

Por fim, vale destacar que a presente função de proteção da confiança vem ao encontro do que defende Norberto Bobbio, de que, numa análise funcional, o Direito seria instrumento de controle e direcionamento social.

Ao selecionar determinadas expectativas de comportamentos normativos como merecedoras de proteção, o Direito molda a sociedade, fazendo com que suas condutas mantenham-se voltadas para aquilo que se tem como esperado. Neste viés, a proteção da confiança pode funcionar com um “fator de inércia”, mantendo as relações sociais do modo em que se encontram. Isto ocorre quando garante proteção a comportamentos já arraigados na sociedade.

Pode, contudo, exercer também papel de direcionamento. Para tanto, basta selecionar um comportamento como merecedor de expectativa legítima, entretanto, diferentemente do papel de controle, aqui o comportamento não é absorvido pelo sistema jurídico, mas sim criado por ele. Não é a sociedade que apresenta ao Direito o comportamento, mas este que apresenta àquela.

Um grande exemplo da função de proteção da confiança como instrumento de direcionamento social é a imposição da boa-fé objetiva. Esta obriga todos a terem um comportamento ético, ou seja, cria uma expectativa sobre o comportamento de outrem. Neste caso, o sistema jurídico, imbuído dos ideais sociais, interveio na sociedade, criando a expectativa de que todos se comportarão de maneira leal e, assim, direcionou a sociedade para um paradigma de justiça.

---

<sup>189</sup>LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.84-85.

Percebe-se, portanto, que a proteção da confiança é função precípua do Direito, Niklas Luhmann chega ao ponto de afirmar que “o Direito encontra legitimidade justamente no proteger das expectativas.”<sup>190</sup> Tal atitude não é apenas necessária, como salutar pra o seu desenvolvimento e da própria sociedade.

É necessário, contudo, ressaltar que apontar a confiança como função do Direito não é suficiente para limitá-la dogmaticamente. Ou seja, “afirmar que o Direito cumpre, com suas normas, uma função geral de garantia das expectativas dos sujeitos não é, no fundo, senão pronunciar um enunciado de teoria do Direito que carece de operacionalidade dogmática própria.”<sup>191</sup>

Assim, mais do que chamar a atenção para a importância da confiança no sistema jurídico, é preciso debruçar-se sobre sua autonomia dogmática, apenas desta forma poder-se-á identificar a confiança como vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil.

### 3.3.3. Princípio da confiança

Antes de se iniciar o estudo da autonomia dogmática da confiança é preciso identificar de que forma ela entra no sistema jurídico.

Com a adoção do pós-positivismo e a recepção de valores éticos, abriu-se espaço para a proteção da confiança. Desta forma, passa ela a integrar o corpo de normas pátrio e isto se dá por meio da adoção do princípio da confiança (também conhecido como princípio da proteção da confiança).

Neste diapasão, João Baptista Machado reconhece que “o princípio da confiança é um principio ético-jurídico fundamentalíssimo e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem.”<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> LUHMANN, Niklas *apud* MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: RT, 2004, p.32.

<sup>191</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.347.

<sup>192</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.352.



Consistiria o referido princípio no reconhecimento e tutela de situações em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas.<sup>193</sup>

O Direito reconhece, então, que aquele que confia se coloca em uma posição de maior fragilidade, pautando sua conduta na expectativa depositada. Ao se conduzir desta maneira ele “abaixa sua guarda”. Assim, a fim de estimular a confiança no seio social, como forma de viabilizar as relações entre os indivíduos, protege-se o sujeito confiante, dando relevância jurídica à sua expectativa.

O princípio da confiança pode ser compreendido em dois âmbitos distintos, em um sentido micro ou em um sentido macro.

Micro-juridicamente a confiança está adstrita à relação entre sujeitos, na qual exige-se uma aproximação entre os indivíduos e uma análise concreta da existência de um investimento de confiança decorrente do comportamento de alguém. A confiança está alicerçada no comportamento do outro.

Ao passo que macro-juridicamente analisa-se a relação do sujeito com o sistema jurídico. Neste sentido, garante-se ao indivíduo o poder confiar nas normas, consistindo “na prevalência da confiança objetiva que se assenta não em critérios pessoais propriamente, mas na crença da operatividade de certos institutos jurídicos.”<sup>194</sup> Não se exige aqui um real investimento de confiança, haja vista estar “normatizada”.

Alerta-se que esta concepção normativa da confiança, na qual se garante o poder confiar do indivíduo no sistema jurídico não é a que vai trabalhada neste estudo. Para se defender a confiança como dogmaticamente autônoma aplicada à responsabilidade civil, não pode ela estar embasada em critérios meramente objetivos, nem ser descartada sua efetiva presença, sendo sempre necessário um real investimento de confiança.

A fim de entender o porquê da presente distinção e suas conseqüências na utilização da confiança como vetor na solução de conflitos, essencial se faz um estudo detido acerca da construção dogmática da confiança. Tarefa que se passa a enfrentar.

---

<sup>193</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1234.

<sup>194</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios**: da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.120.

### 3.4. CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA

Inicialmente, é imperioso destacar que se busca a construção de uma autonomia dogmática da confiança aplicada à responsabilidade civil. Assim, procura-se demonstrá-la como elemento apartado de quaisquer outros e apto a servir de fundamento para a obrigação de indenizar. Portanto, uma análise da autonomia dogmática em todos os seus âmbitos e aplicações na seara jurídica foge do objetivo ora apresentado.

Feita a presente ressalva é interessante perceber que, pelo exposto alhures, não há como negar a relevância da confiança para o sistema jurídico. Contudo, tal importância não se traduz em apuro técnico. Nota-se que, em que pese ter estado a confiança sempre ligada ao direito, a sua dogmatização nunca foi objeto de estudo mais aprofundado, sendo utilizada sempre pontualmente na solução de conflitos.

O processo de dogmatização da confiança parece ser em si relativamente recente. O que se pode estranhar se se tiver em conta a existência de uma séria de normas e institutos, clássicos no Direito, que se apresentam relacionados com situações de confiança; pense-se, por exemplo, entre outros, na usucapião em favor do possuidor de boa fé, na venda de bens alheios ou no casamento putativo. É aliás seguramente de presumir que, desde tempos imemoriais, a confiança e a necessidade de sua tutela tenham sido argumentos recorrentes na decisão dos litígios. O que ocorre porém é que não foram, senão perto já da época actual, objecto precípua de reflexão e estruturação.<sup>195</sup>

O recente interesse pelo estudo da confiança, contudo, não refletiu uma autonomia dogmática do instituto. A doutrina majoritária, capitaneada por Menezes Cordeiro, funcionaliza a confiança à boa fé, não havendo uma completa independência entre as figuras jurídicas. O referido autor chega a afirmar que “a aproximação entre confiança e boa fé constitui um passo da ciência jurídica que não mais se pode perder.”<sup>196</sup>

Assim, pensa-se a confiança sempre ligada a algum outro instituto do qual decorre. No sistema brasileiro a boa-fé e a segurança jurídica reiteradamente aparecem como “fonte” da confiança, sem que se consiga separá-la dogmaticamente daqueles.

---

<sup>195</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.34.

<sup>196</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1241.

Defende-se, todavia, que a confiança é instituto próprio, não se confundindo com nenhum outro, ou seja, propugna-se sua autonomia dogmática, com características e conseqüências próprias.

O primeiro passo para se utilizar qualquer instituto jurídico é conseguir identificá-lo. Se se prega que a confiança funciona como vetor na solução de conflitos, essencial é identificá-la juridicamente e, em decorrência disto, apartá-la de demais figuras jurídicas.

### 3.4.1. O problema da panlocalização

A grande dificuldade em se delimitar a confiança está na sua quase onipresença no sistema jurídico. Em verdade, o próprio Direito se fundamenta, em parte, na ideia de confiança, sendo, no entender de Menezes Cordeiro, fonte primordial desta.<sup>197</sup> Assim, todo ele estaria impregnado de alguma dose de confiança. Desta forma, em razão do “carácter *difuso* do próprio conceito e, dado que a confiança é um facto omnipresente na vida social, coloca-se logo no plano geral o problema de saber como poderão isolar-se as situações a que corresponde uma *Vertrauenshaftung*.”<sup>198</sup>

A criação de situações de confiança é uma conseqüência natural do estabelecimento de normas jurídicas. Ao se impor normas com o aval do Estado, leva-se a crer que se deve confiar no funcionamento destas, ou seja, criam-se situações de confiança na sociedade. Neste diapasão, poder-se-ia dizer que todos os dispositivos normativos buscam proteger essa confiança despertada na sociedade, ou que ela está presente em todas as normas do sistema jurídico. Confiar na eficácia e funcionamento das normas é não apenas necessário, mas salutar, sem isto, como se viu, o Direito não conseguiria se manter. Entretanto, tal forma de enxergar a confiança gera um sério inconveniente. Ao se poder fazer referência a ela através de uma análise teleológica de qualquer dispositivo legal, conseqüentemente ocorre um inchaço do instituto, uma “panlocalização” da referida figura jurídica.

---

<sup>197</sup>CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1242.

<sup>198</sup>DA FRADA, Manuel A. Carneiro. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra, 1994, p.253.

Tal característica é um entrave para a construção dogmática apurada do instituto. A sua utilização de diversas formas diversas, em diferentes situações e com conseqüências particulares em cada uma delas faz com que a confiança seja um conceito extremamente fluido.

O alargamento de situações qualificadas como “de confiança” é, ao contrário do que parece, um sinal não de força, mas de fraqueza. Afinal, aquilo que serve para tudo, efetivamente, acaba por não servir para nada.

Foi essa superabundância de utilização que fez com que o seu estudo fosse desprestigiado pela doutrina. Durante muito tempo.

[...] verificou-se um certo esquecimento da doutrina da confiança, patente na escassez de estudos que, ao arrepio das expectativas motivadas por tema tão frutuoso, perduraria até aos finais da década de sessenta e no silêncio das obras gerais, amparo obrigatório das tiradas monográficas. A confiança manteve-se acantonada nalguns dos institutos que, de modo mais claro, parecem dar-lhe abrigo, vitimando, por falta de perspectiva, as tentativas generalizantes encetadas nessa base.<sup>199</sup>

Assim, o estudo da confiança passou a ser feito sempre de maneira subordinada a algum outro instituto, como à boa fé ou à segurança jurídica, amalgamando-os como se fossem um só. Tal concepção, contudo, não é, *data venia*, a melhor.

Confiança é instituto jurídico autônomo, para tanto é necessário retirá-lo da sombra da boa fé e da segurança jurídica, trazendo-o para a luz, onde se poderá enxergar seus contornos e limites.

Pare se conseguir tal desiderato, necessário é diferenciar a confiança entendida de maneira autônoma e capaz de gerar responsabilidade civil, da proteção de expectativas como função do direito. Parece ser este o ponto fulcral para se iniciar a construção de uma autonomia dogmática do instituto.

### 3.4.2. Autonomia dogmática

É possível vislumbrar a confiança na base de diversas normas do Direito civil, sendo ela fundamento do próprio sistema jurídico, nada mais natural do que, em uma análise

---

<sup>199</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1237-1238.

teleológica dos dispositivos jurídicos, alcançar-se o referido instituto. Todavia, não se pode dizer que todas essas normas são situações de confiança. Pelo menos não no sentido de dar ensejo a uma reparação.

Quer-se dizer, com isso, que o fato de o sistema jurídico alicerçar-se na ideia de confiança, não permite dizer que a ofensa a qualquer de suas normas implicam em uma ofensa a esta, gerando uma responsabilidade civil. Neste sentido, oportuno é destacar a lição de Manuel Carneiro Da Frada:

O Direito é, ele mesmo, no conjunto dos elementos que o compõem, um factor imprescindível de confiança. Desta perspectiva, as acções levadas a cabo pelos sujeitos têm – e hão-de poder encontrar – nele um referencial de confiança. Mas o facto de a ordem jurídica ser condição geral da confiança que a vida social exige não autoriza de modo algum a ver no desrespeito de suas normas uma situação que desencadeia responsabilidade pela confiança.<sup>200</sup>

Defende-se que apenas aquelas normas que têm a confiança como fundamento podem gerar uma responsabilização pela confiança, não necessitando fazer referência a nenhuma outra figura jurídica. Como fundamento normativo ela é capaz de regular situações e impor indenizações.

Assim, é necessário, desde logo, perceber que apenas se pode falar de confiança dogmaticamente autônoma quando esta integra a base da obrigação de indenizar, ou seja, não havendo confiança, não há que se falar em responsabilidade civil. “Integrando esta o *Tatbestand* de responsabilidade, a não verificação em concreto de expectativas – ou mesmo o *non liquet* acerca da sua ocorrência – tem como consequência inexorável a irresponsabilidade do sujeito”.<sup>201</sup>

Diferentemente ocorre quando apenas se referencia a confiança como reforço argumentativo ou por meio de interpretação teleológica. Nestes casos não constitui ela verdadeiro fundamento, mas apenas uma das finalidades da norma, sendo a presença efetiva de uma expectativa por parte de um dos atores da situação concreta considerada irrelevante. Ou seja, havendo ou não um real investimento de confiança, ainda assim é possível se impor a obrigação de reparar.

---

<sup>200</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.346.

<sup>201</sup> *Ibidem*, p.355.

Exemplificar-se-á a fim de tentar tornar mais claro o ora afirmado. Imagine-se uma situação de abuso de direito, na qual se utiliza abusivamente de determinada disposição legal, causando danos a outrem.

De acordo com o enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil, o abuso de direito é analisado de maneira objetivo-finalística<sup>202</sup>. Assim, basta a utilização da norma de maneira diversa da sua finalidade, para que se caracterize o abuso de direito. Não se nega que se busca, entre outras finalidades, proteger a confiança depositada na correta utilização das normas jurídicas, evitando-se manobras processuais e protegendo o sujeito de boa fé.

Todavia, perceba-se que não se faz necessário um efetivo investimento de confiança por parte do lesado, basta apurar-se a correta utilização do dispositivo legal. Se este não foi manejado conforme a finalidade pensada para ele, havendo dano, há responsabilidade.

Desta forma, não é possível dizer que existe, no presente caso, uma responsabilização pela confiança, pois a presença concreta da expectativa é irrelevante para a imposição da indenização. Aqui a confiança é apenas um reforço argumentativo ou uma finalidade normativa, mas não seu fundamento, pois, caso o fosse, não se poderia impor a reparação ante sua ausência, haja vista não existir concretamente o fundamento da responsabilidade.

Defende-se, portanto, que apenas se pode falar autonomamente de confiança quando esta for fundamento para a obrigação de indenizar.

O ponto fulcral é perceber que, quando a confiança aparece apenas como referência teleológica é possível haver a imposição de reparação mesmo que concretamente não haja um investimento de confiança por parte dos sujeitos. Ao passo que, sendo ela fundamento, não há que se falar em responsabilização sem sua efetiva presença na norma ou situação fática.

Essencial é, neste momento, notar que, apesar de toda a importância da construção do pensamento da confiança como função do direito, ao se privilegiar a expectativa baseada em um poder confiar e não na efetiva presença da confiança, tal concepção mostra-se inservível para a sua aplicação no seio da responsabilidade civil. Assim, é preciso separá-la como função do direito e estabilizadora de relações jurídicas, da confiança aplicada à responsabilidade civil, na qual se faz necessário um verdadeiro confiar para que se possa impor uma obrigação de reparar.

---

<sup>202</sup> Enunciado 37 - Art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.

Assim, parece incorreto, então, fundamentar uma confiança autonomamente dogmática em uma concepção de “poder confiar”.

A proteção da expectativa baseada em um “poder confiar” liga-se, em verdade, à boa fé, não à confiança, pois nesta exige-se mais do que uma possibilidade, mas efetivamente um investimento de confiança.<sup>203</sup>

Neste diapasão, é possível afirmar, portanto, que quando o legislador elege determinadas situações como merecedoras de confiança, tal norma não está, em verdade, tendo como fundamento a proteção da confiança. A institucionalização de expectativas ultrapassa a sua tutela, haja vista que, ao fazê-lo, passa a ser despcienda a efetiva presença de tal expectativa para que se possa impor uma reparação. “A aplicação dessas normas não se poderá por conseguinte afastar pela demonstração de uma eventual ausência de confiança de quem delas beneficie (e, *a fortiori*, de falta de justificação das expectativas porventura acalentadas).”<sup>204</sup> A norma aplica-se independentemente da verificação de um investimento de confiança, a expectativa deixa de ser fundamento e passa a ser finalidade, não se podendo falar, portanto, de uma responsabilidade pela confiança.

Esclarecedora sobre este ponto é a lição de João Baptista Machado, a qual se destaca:

No que respeita à relação entre estas expectativas e o direito, convirá, pois, ter presente um limiar ou linha divisória muito significativa. Será, digamos, de considerar a transposição do juridicamente relevante para o “juridicamente válido”. Assim, p. ex., a autovinculação geradora das expectativas de facto que o direito tutela (tutela da confiança) tem para o direito mera relevância de facto; ao passo que a vinculação assumida por negócio jurídico válido é recebida, incorporada pelo direito como o valor de uma vinculação ou “norma”. Deste modo, embora o direito reconheça e tutele esta última vinculação, não é rigoroso dizer-se que, ao fazê-lo, o direito está a tutelar a confiança que o promissário tem na promessa que lhe foi feita – mas antes que o direito tutela o que é *de direito*. Mais, perante a vinculação resultante de um negócio jurídico válido, não faz sequer sentido a quesitação empírica destinada a saber se o promissário efectivamente confiou na promessa. A resposta a esta questão não interessa: o credor *tem o direito de confiar*, mesmo que de facto o devedor não mereça confiança.<sup>205</sup>

Fica claro, portanto, que na institucionalização de expectativas, em que pese a proteção da confiança servir como finalidade da norma, não se objetiva a sua efetiva proteção. O

<sup>203</sup> Tal distinção será objeto do tópico 3.4.3, ao qual se reserva os aprofundamentos necessários.

<sup>204</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.362.

<sup>205</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.358-359.

que se assegura é o próprio direito e a validade de suas normas, já que a presença ou não da expectativa é irrelevante para a aplicação do dispositivo.

Não se quer com isso, todavia, afirmar que não é possível positivar situações de confiança. Não há óbice algum nisso, nem tal conduta descaracterizaria a tutela da confiança.

A positivação das situações de confiança ocasiona, apenas, uma presunção da sua presença no caso concreto, podendo haver prova em contrário para afastá-la, o que resultaria numa irresponsabilidade do sujeito.

Que a demonstração das situações de confiança seja susceptível de se dar através de um procedimento presuntivo não obsta a que aquilo que do ponto de vista do ordenamento jurídico continue a ser materialmente decisivo seja ainda esse pensamento da confiança; também aqui, facto constitutivo essencial do efeito jurídico é a confiança como realidade concreta ocorrida (embora presumida).<sup>206</sup>

Perceba-se que os casos de positivação de situações de confiança diferem da institucionalização de expectativas. Naqueles a confiança se mantém como elemento central e sua ausência implica na impossibilidade de se impor uma indenização, há apenas uma presunção de confiança, passível de prova em contrário. Ao passo que nestas, após institucionalizadas, as expectativas deixam de ser relevantes, pois a sua não configuração no caso concreto não afasta a aplicação da norma, ou seja, a confiança deixa de ser elemento, configurando apenas como “inspiração” da norma. A institucionalização de expectativas remete a um poder dever confiar o que, como já se viu, afasta-se da concepção de confiança como instrumento autônomo para solução de conflitos.

Conclui-se, portanto, que apenas quando a confiança é verdadeiro fundamento da responsabilidade civil é que se pode falar em uma autonomia dogmática da referida figura jurídica.

### **3.4.3. Confiança x boa-fé objetiva**

Na doutrina brasileira, boa-fé e confiança costumam vir tratadas conjuntamente. Quando se fala naquela, invariavelmente se faz referência a esta. A forma como é lecionada faz pensar que a confiança decorre da boa-fé, sendo um dever anexo desta.

---

<sup>206</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.376.



Prega-se que “a boa-fé é a mais imediata tradução da confiança.”<sup>207</sup>, ou seja, esta apenas se instrumentalizaria juridicamente por meio daquela. Segue na mesma linha de pensamento a lição de Wagner Mota Alves de Souza, para quem:

[...] embora não exista uma regra expressa ou cláusula geral que explicita a normatividade da confiança – como ocorre em relação à boa-fé –, consideramo-na como um sub-princípio de concretização da pauta da boa-fé; um vetor de amplitude geral – presente em todos os ramos do Direito – de delimitação positiva que fixa razoavelmente o conteúdo material da boa-fé e erige-se em um dos fundamentos teóricos da teoria dos atos próprios.<sup>208</sup>

A doutrina, ao conceituar a boa-fé, corriqueiramente faz referência à confiança. É o caso de Nelson Rosvald, que afirma:

O princípio da boa-fé objetiva [...] compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

A boa-fé objetiva pressupõe: a) uma relação jurídica que ligue duas pessoas, impondo-lhes especiais deveres mútuos de conduta; b) padrões de comportamento exigíveis do profissional competente, naquilo que se traduz como *bônus pater familias*; c) reunião de condições suficientes para ensejar na outra parte um estado de confiança no negócio celebrado.<sup>209</sup>

Maria Helena Diniz segue no mesmo sentido, conforme se aduz:

Boa-fé, intimamente ligado não só à interpretação do contrato – pois, segundo ele, o sentido literal da linguagem não deverá prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes – mas também ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes deverão agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade (integridade de caráter), denodo e confiança recíproca, isto é, proceder com boa-fé, esclarecendo os fatos e o conteúdo das cláusulas, não traíndo a confiança depositada, procurando cooperar, evitando o enriquecimento indevido, não divulgando informações sigilosas etc. É uma norma que requer o comportamento leal e honesto dos contratantes, sendo incompatível com quaisquer condutas abusivas, tendo por escopo gerar na relação obrigacional a confiança necessária e o equilíbrio das prestações e da distribuição de riscos e encargos, ante a proibição do enriquecimento sem causa.<sup>210</sup>

Menezes Cordeiro, corroborando o posicionamento, defende que a confiança nada mais é do que um dos factores materiais da boa fé.<sup>211</sup> Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona

<sup>207</sup> ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.92.

<sup>208</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios**: da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.122.

<sup>209</sup> *Ibidem*, p.80.

<sup>210</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.31-33.

<sup>211</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1251.

Filho partilham do mesmo entendimento, colocando a confiança como um dever anexo da boa-fé.<sup>212</sup>

As passagens destacadas ilustram bem a forma “amalgamada” com que a doutrina trata as duas figuras jurídicas. Tal fato foi notado também por Manuel Carneiro Da Frada ao destacar que:

Importa com efeito sublinhar, por um lado, que a responsabilidade pela confiança, mesmo onde é aceite como realidade dogmática autônoma, se encontra enfeudada, segundo uma forte orientação doutrinária, aos deveres decorrentes da boa fé: a ampla simbiose por muitos sugerida entre tutela da confiança e a regra da conduta de boa fé resulta da preocupação de realizar a primeira através desta e dos deveres em que ela se concretiza.<sup>213</sup>

Assim, com base neste tipo de entendimento, restaria apenas admitir que a confiança não se manifesta juridicamente apartada da boa-fé. Tal concepção, contudo, parece equivocada. Em verdade, uma autonomia dogmática da confiança só pode ser alcançada apartando-se os institutos.

Não se quer aqui afirmar que não há aproximação alguma entre eles. Pelo contrário, existem sim, pontos de contato. Todavia, a forma como corriqueiramente vem tratada não permite aferir exatamente qual o limite da confiança e a sua distinção segura da boa-fé.

A fim de se poder defender a confiança como vetor na solução de conflitos, é essencial separá-la da boa fé e, conseqüentemente, da responsabilidade pela infração de deveres de comportamento decorrentes desta.

Boa fé e confiança não se confundem. De maneira sintética, aquela está ligada à seleção de comportamentos éticos, ao passo que esta liga-se muito mais à coerência do comportamento.

Quer-se afirmar, assim, que a boa fé e seus deveres anexos de comportamento impõem uma determinada conduta entendida como ética. O que se regula é o comportamento do agente que deve ser correto e não a confiança eventualmente depositada na correção da conduta. Perceba-se que, independentemente de ter a outra parte confiado, a obrigação de agir de maneira ética existe, não se podendo afastá-la em razão da ausência de expectativa.

---

<sup>212</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume IV: Contratos, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p.70.

<sup>213</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.382.

Não se nega que a boa fé liga-se sim à confiança, diz-se até mesmo que “o estabelecimento de deveres de comportamento representa [...] um *instrumento primordial com vista à protecção da confiança*.”<sup>214</sup> Todavia, esta confiança é aquela depositada no sistema jurídico, entendida em sentido amplo, como princípio do Direito. Então, em verdade, o que se busca proteger com a imposição de deveres de comportamentos decorrentes da boa fé é o direito em si, a estabilidade de suas normas e não efetivamente a confiança depositada. A proteção à confiança pode até ter sido (e verdadeiramente é) a ideia-base para a construção dessas figuras, mas, uma vez institucionalizada tal conduta como a correta, ela deixa de figurar como elemento destas normas de comportamento. Assim, o que se percebe é que a confiança não é fundamento da boa fé, apenas a sua proteção é finalidade dele. A tutela de expectativas depositadas é, na boa fé, atingida de maneira reflexa. Por meio da imposição de conduta proba e ética, desperta-se nos sujeitos um “dever poder confiar”, podendo existir sim uma confiança na relação entre as partes, todavia tal confiança está depositada na norma jurídica que garante o comportamento ético, não verdadeiramente no comportamento da outra parte. Ficando claro que, em que pese poder existir fidúcia, a tutela de expectativas não é o fundamento da regra de boa fé.

Os deveres de comportamento decorrentes da boa fé são, portanto, condutas institucionalizadas e tidas como corretas, tais deveres apenas podem cumprir servir como base para uma responsabilização civil a partir do momento em que se abstrai a existência de um depósito de confiança. Ou seja, uma vez institucionalizado tal comportamento como ético, as expectativas dos sujeitos passam a ser irrelevantes, analisa-se apenas se tal conduta coaduna-se ou não com o que se institucionalizou como correto, não se pergunta se houve confiança na sua correção.

Por conseguinte, aquele que pretenda deduzir contra outrem uma pretensão baseada na violação de um dever de comportamento endereçado a essa criação não carece de fazer a demonstração da ofensa de expectativas próprias. Basta-lhe a demonstração da existência do dever e da sua infração. A confiança como realidade concreta não é elemento da *facti-species* de responsabilidade.<sup>215</sup>

Em síntese, aquele que pretender ser reparado de um dano com base na desobediência aos deveres de comportamentos decorrentes da boa fé não precisa comprovar que confiava na correção da conduta de outrem, mas apenas que esta foi diversa da que é imposta

---

<sup>214</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.384.

<sup>215</sup> *Ibidem*, p.386-387.

pela boa fé. Ou seja, o contratante não precisa provar que acreditava que a outra parte lhe daria ciência de todos os aspectos relevantes do contrato, basta demonstrar que não foi informado, haja vista que o dever de informação se impõe automaticamente como corolário da boa fé.

Assim, percebe-se que a confiança, entendida de maneira dogmaticamente autônoma, não está inserida na boa fé, haja vista que a responsabilidade decorrente da desobediência aos deveres de comportamento se faz presente independentemente de ter havido ou não um investimento de confiança. Ora, se é possível se impor responsabilidade civil sem a presença efetiva de qualquer investimento de expectativa, não há que se falar em confiança como elemento da boa fé ou da responsabilidade pela quebra de boa fé.

A responsabilidade decorrente da boa fé surge com a mera quebra de um comportamento tido como ético. A partir do momento em que se elege determinada conduta como correta, torna-se irrelevante a presença de qualquer investimento de confiança para se impor uma obrigação de indenizar. Ocorreria aqui algo como uma normatização da confiança, desde quando a conduta passa a ser regulada pela boa fé, todos passam a poder confiar na submissão dos sujeitos a essa norma de comportamento. Percebe-se que, uma vez normatizada a confiança ela deixa de ser essencial para a configuração de uma eventual responsabilização, pois todos devem confiar, não necessitando aferir-se concretamente a presença ou não da confiança. Desta forma, os deveres de comportamento decorrentes da boa fé ligam-se à uma confiança normativa, pressupondo um investimento de confiança, uma presunção, a nosso ver, *júris et júris*, pois alegar que não houve expectativa depositada não afasta a responsabilidade.<sup>216</sup>

É interessante, ainda, notar que a confiança é um imperativo autônomo, ao passo que a boa fé é um imperativo heterônomo. A confiança decorre da autovinculação, ou seja, o

---

<sup>216</sup> Dentre os deveres de comportamento decorrentes da boa fé existe o de não despertar expectativas infundadas em outrem. Tal dever, em uma primeira leitura, aparenta ter como fundamento a proteção da confiança alheia, enfraquecendo a distinção em tela. Todavia, uma análise mais detida demonstra que o referido dever de comportamento baseia-se na imposição de uma conduta ética e não na proteção da confiança. “A responsabilidade por violação desta vertente não se traduz, em rigor, numa responsabilidade pela frustração de expectativas. Aquilo que se censura ao sujeito é apenas, propriamente, a criação ou manutenção indevida da confiança alheia. Em sentido diametralmente oposto ao da adstrição a uma conduta destinada a corresponder-lhe, o que a norma de comportamento infringida visa é precisamente *evitar a confiança* de outrem. A responsabilidade fundamenta-se aí ainda num imperativo *de lisura e correção da conduta*, não na defraudação de expectativas em si e por si só. Se este dever decorrente da boa fé não é acatado, podem surgir expectativas que mais tarde se frustrem com prejuízo para o sujeito. Mas *estas representações são valoradas pelo ordenamento como simples consequência da infração de regras de comportamento, não enquanto objeto de protecção em si mesmas*” (Da Frada, 2007, p.467). Desta forma, não despertar expectativas impõe-se como uma norma de conduta decorrente da boa-fé, não se confundindo com a responsabilidade pela confiança.

próprio sujeito vincula-se a determinado comportamento que desperta expectativas, passando, assim, a se comportar conforme essa vinculação. A confiança passa a imperar sobre seu comportamento em razão de um comportamento do próprio sujeito que se vincula autonomamente.

A boa fé, por outro lado, impõe a adequação ao comportamento ético independentemente de um investimento de expectativa por parte do sujeito. É a norma jurídica que lhe vincula a conduta, sendo, portanto, um imperativo heterônomo, haja vista partir de fora para dentro, do sistema para o sujeito.

O que se pode perceber desta diferenciação é que para se responsabilizar com base na confiança não se exige a ofensa a uma norma específica, a “ilicitude” ocorre, neste tipo de confiança, da autovinculação daquele que despertou a confiança, bastando uma conduta em desconformidade com essa autovinculação para, desde que gere dano, se imponha a obrigação de indenizar. Neste diapasão é a lição de João Baptista Machado:

Exactamente porque, por uma força de uma conduta anterior do responsável, existe uma espécie de <autovinculação>, uma particular relação de confiança, e a violação da *fides* constituirá fundamento suficiente da *ilicitude*: fundamento suficiente para considerar ilícita, ou para considerar não ilícita (ilegítima, incapaz de efeitos jurídicos) a conduta contrária à *fides*. A <ilicitude> não se traduz aqui na violação de um direito ou de uma norma destinada a proteger interesses de outrem – não se exige aqui este tipo de ilicitude – *porque* a relação de confiança ou a própria <autovinculação> do responsável torna justificável que os danos resultantes dessa confiança (engendrada pela <autovinculação>) vão onerar quem a criou. O que supõe uma *particular relação* instituída entre o lesante e o lesado. Daí o designar-se este tipo de responsabilidade por <responsabilidade pela confiança>.<sup>217</sup>

Assim, a responsabilidade pela confiança não precisa ofender à norma externa porque a confiança não é uma imposição heterônoma, conforme exposto alhures, mas decorre de uma autovinculação, de uma imposição interna, do próprio sujeito que desperta a confiança, então, apenas a ofensa à essa auto-imposição é que gera uma responsabilidade pela confiança

Desta forma, em que pese a autoridade das opiniões contrárias, parece claro que confiança e boa fé não se confundem nem existe uma relação consequente ou de subsidiariedade entre os institutos. Em verdade, subordinar a confiança à boa fé significaria abdicar de uma responsabilidade civil pela confiança.

---

<sup>217</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.378.

### 3.4.4. Confiança x segurança jurídica

A proteção da confiança, não raro, costuma ser compreendida como um subprincípio da segurança jurídica, como afirma João Baptista Machado, “o pensamento da confiança aparece frequentemente associado à necessidade de segurança jurídica”.<sup>218</sup> Todavia, defende-se não ser esta a melhor posição.

A segurança jurídica liga-se muito mais à estabilidade das relações do que à coerência do comportamento, “em essência segurança jurídica diz respeito à estabilidade das situações jurídicas.”<sup>219</sup>

Essa aproximação entre os institutos ocorre, aparentemente, em razão da garantia de segurança jurídica despertar, como consequência, confiança. Todavia, esta confiança está muito mais ligada à ideia de sentimento do que sua concepção jurídica, não sendo essencial para sua configuração.

Confiar ou não é irrelevante para que se faça uso da segurança jurídica, uma vez estabilizada determinada situação ela será protegida independentemente do sujeito acreditar na sua estabilidade. É claro que ao se garantir a perpetuação de uma relação jurídica decorrerá algum investimento de confiança. Todavia, conforme fora alertado, ela é uma consequência não acidental e não fundamento, sendo inservível para, nesta concepção, por si só, solucionar conflitos. Isto porque a segurança jurídica origina-se, em parte, da normatização da confiança, fazendo com que este passe a ser mero reforço teleológico o que, como se demonstrou, afasta da concepção de tutela da confiança dogmaticamente autônoma.

A segurança jurídica, por possuir critérios objetivados, tem uma forma de aplicação diversa da tutela da confiança, pois

Nele se exprime a tendência para transcender as particularidades dos casos concretos em direção a *ponderações mais gerais* ligadas às condições de funcionamento e às exigências do comércio jurídico no seu todo. A segurança, e conseqüente facilidade, do tráfico convocam *de modo global* estabilidade e “normalização” (sem prejuízo da prossecução de objectivos de *ordem pública econômica* ou *social*), mais do que a resolução em termos equitativos de conflitos intersubjectivos localizados. Adequa-se-lhes particularmente a solução “forte” do estabelecimento de uma protecção *positiva* das expectativas nele geradas. Diferentemente do princípio da confiança, permeável que é a ponderações específicas à luz da situação concreta, movimenta-se perfeitamente bem no

<sup>218</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.362.

<sup>219</sup> MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima in ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. Brasil: Malheiros, 2005, p.115.

quadro de uma relação de confiança pessoal e individualizada; Esta singularização do princípio da tutela do tráfico jurídico que se detecta no âmbito da protecção da aparência coaduna-se com uma simplificação de requisitos por confronto com o que se exige ordinariamente na tutela da confiança. Neste sentido, nem toda a protecção das expectativas se traduz numa tutela do tráfico jurídico.<sup>220</sup>

Assim, enquanto a segurança jurídica está calcada em *standards* objetivos, a tutela da confiança será sempre analisada casuisticamente, necessitando o real investimento de confiança.

Humberto Ávila, discorrendo sobre o tema, traça alguns critérios que são bastante esclarecedores. Para ele:

O princípio da protecção da confiança (*vertrauensschutzprinzip*, princípio de protecção de la confianza legitime, principle of protection of legitimate expectations) é diferenciado do princípio da segurança jurídica pelos seguintes critérios: (a) *âmbito normativo*: enquanto que o princípio da segurança jurídica diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, focando o âmbito macrojurídico, o princípio da confiança legítima relaciona-se com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, enfatizando um âmbito microjurídico; (b) *âmbito pessoal*: enquanto que o princípio da segurança jurídica representa uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico, o princípio da confiança legítima protege o interesse de uma pessoa específica; (c) *nível de concretização*: enquanto que o princípio da segurança jurídica refere-se primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da legítima confiança pressupõe nível concreto de aplicação; (d) *amplitude subjetiva de protecção*: enquanto que o princípio da segurança jurídica serve de instrumento de protecção de interesses coletivos, o princípio da confiança legítima funciona como meio de protecção de interesse(s) individual(is); (e) *protetividade individual*: enquanto que o princípio da protecção da segurança jurídica é neutro com relação ao interesse do cidadão, podendo tanto ser usado em seu favor quanto em seu desfavor, o princípio da protecção da confiança só é utilizado com a finalidade de proteger os interesses daqueles que se sentem prejudicados pelo exercício passado de liberdade juridicamente orientada.<sup>221</sup>

Os critérios ora apresentados deixam claro que ambos institutos não se confundem. O que é imperioso notar, para os objetivos do presente trabalho, é que a protecção da confiança não decorre da segurança jurídica, não é elemento integrante desta, mas sim princípio autónomo.

Em verdade, é irrelevante para configuração da segurança jurídica qualquer investimento de confiança, ao passo que este é elemento essencial na tutela da confiança.

O princípio da protecção da confiança depende do *exercício* da confiança (*betatigung des Vertrauens* ou *Vertrauensdisposition*), ao passo que o princípio da segurança jurídica

<sup>220</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.47-48.

<sup>221</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica no direito tributário**: entre permanência, mudança e realização. São Paulo: USP, 2009, p.393.

deve ser garantido independentemente da *actuação concreta* (tatsachliche betatingug).<sup>222</sup>

Desta forma, percebe-se que proteção da confiança e segurança jurídica não se confundem, possuindo critérios e formas de aplicação diversas. O surgimento de confiança pode até ser uma consequência da segurança jurídica, mas, definitivamente, não é seu fundamento ou elemento essencial.

### 3.4.5. Conceito e características

Depois de feitas as devidas distinções e demonstrada a autonomia dogmática da confiança, é necessário balizá-la, entendendo seu significado e características. Esta é a tarefa sobre a qual se debruça no presente tópico.

A confiança, como elemento capaz de solucionar conflitos, não pode se confundir com a concepção geral (não jurídica) de sentimento. Neste sentido, seria ela imprestável para tal desiderato, em razão do seu exacerbado grau de subjetividade e grande dificuldade de prova. Necessário se faz estabelecer critérios objetivos de aferição.

De logo se percebe que a confiança, em seu sentido mais comum, traduz-se em um sentimento, é o mero ato de depositar expectativas em alguém ou alguma coisa. É importante ter em mente que, nesta concepção, ela independe de qualquer conduta da outra parte, trata-se de ato unilateral que pode decorrer unicamente da vontade. Ou seja, a confiança-sentimento pode se mostrar presente mesmo não havendo contribuição da outra parte.

Em que pese poder existir o sentimento de confiança em uma determinada relação, ele, por si só, não é hábil para embasar uma responsabilização da outra parte. Juridicamente ela só é relevante quando surgida em razão da conduta de outrem. Assim, é preciso que haja essa bilateralidade, tendo o ato de uma das partes como causa para o surgimento da confiança.

---

<sup>222</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica no direito tributário**: entre permanência, mudança e realização. São Paulo: USP, 2009, p.395.



Em suma, para que funcione como vetor na solução de conflitos a confiança exige uma aproximação entre os sujeitos, através da qual o ato de um deles crie expectativas no outro, fazendo-o se comportar de determinada maneira.

Com base no que foi exposto, então, pode-se entender juridicamente a confiança como sendo o instituto decorrente de uma relação da qual surge uma expectativa em razão da conduta da outra parte, fazendo com que aquele que confiou pautasse sua conduta com base na expectativa previamente despertada.

Inicialmente, o que se percebe da concepção ora proposta é que a confiança somente surge de uma relação entre sujeitos, nunca decorrendo unilateralmente, sob pena de não ser considerado como elemento relevante a ser aplicado na responsabilidade civil. Isto porque não se admite a imposição de qualquer obrigação de reparar a quem não praticou conduta alguma. Todavia, ao despertar expectativas, o sujeito atrai para si alguma parcela de responsabilidade, podendo-se, assim, embasar um pedido de indenização com fulcro na confiança.

Ao se destrinchar o conceito acima, nota-se que a confiança é composta de duas condutas ligadas por investimento de confiança. Seriam, portanto, elementos da confiança uma conduta prévia (apta a despertar expectativas), um investimento de expectativa e uma conduta posterior pautada na expectativa previamente despertada, haja vista que a mera crença não é relevante para o Direito.<sup>223</sup>

O que se quer deixar claro neste ponto é que a confiança, para os fins ora propostos, apenas se releva juridicamente quando estruturada em uma realidade binária, composta por duas condutas temporalmente sequenciais. Ou seja, exige-se um comportamento inicial sobre o qual haverá um investimento de confiança e outro posterior que vem a defraudá-la. Apenas quando alicerçada nestes dois “momentos” a confiança poderá funcionar como vetor de solução de conflitos. É possível, portanto, entendê-la como a ponte que liga dois comportamentos, vinculando-os

Por fim, é necessário destacar que a proteção da confiança pode ocorrer de duas diferentes formas, positiva ou negativa.

---

<sup>223</sup> Far-se-á análise mais detida sobre este ponto no tópico 4.4 que trata dos pressupostos da responsabilidade civil com base na confiança.

Resume-se a presente distinção da seguinte forma: Diz-se positiva a proteção da confiança quando se busca proteger as expectativas do sujeito, agindo no intuito de garantir que a confiança depositada seja cumprida. Por sua vez, entende-se como negativa aquela que garante ao sujeito o direito a uma indenização em caso de descumprimento da expectativa. Deveras esclarecedora é a explanação de Manuel Carneiro da Frada sobre o tema:

Obtém-se em todo o caso uma clarificadora distinção entre o que pode designar-se uma proteção positiva e uma proteção negativa da confiança. Se a primeira se preocupa em assegurar ao sujeito “positivamente” a sua expectativa, a segunda “nega” ao confiante o direito de ser colocado nessa situação, reconhecendo-lhe em vez disso um direito indemnizatório (contra outrem). No âmbito da protecção negativa das expectativas, a expressão “responsabilidade pela confiança” não significa deste modo, meramente, que alguém é chamado a suportar as consequências jurídicas da confiança alheia. Aquela locução tem também um conteúdo mais restrito: assinala o surgimento de um dever jurídico preciso, o de ressarcir um prejuízo.<sup>224</sup>

A depender do tipo de proteção buscada para a confiança, tem-se como consequencia formas diversas de solução de conflitos.<sup>225</sup>

Assim, a confiança aplicada à responsabilidade civil, apta a funcionar como prisma através do qual direciona a aplicação da responsabilidade civil a fim de resolver conflitos, exige uma relação entre sujeitos, tendo carácter bilateral e estrutura binária composta por atos temporalmente sequenciais. Apenas quando há ofensa a confiança entendida neste sentido é que se pode defender autonomamente uma responsabilidade civil pela confiança.

---

<sup>224</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.42.

<sup>225</sup> Basicamente a confiança como vetor de solução de conflitos, apresenta duas formas de solucionar casos de responsabilidade civil. Ou mantém a expectativa depositada, garantindo o comportamento da outra parte ou parte-se para uma indenização pela quebra da confiança. Essas formas de solução serão objeto de análise no tópico 4.2.

#### 4. TUTELA DA CONFIANÇA COMO VETOR DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Defender a confiança como vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil significa, inicialmente, enfrentar algumas concepções já arraigadas na doutrina, desconstruindo-se a ideia de que o referido instituto não tem o condão de, por si só, embasar soluções para problemas.

Leciona Menezes Cordeiro que “a confiança, tem por certo, um lugar na ordem moral, seja qual for a realidade que lhe queira abrigar. Mas pretender, em tal base, encontrar fórmulas concretas de compor litígios vai uma distância alongada.”<sup>226</sup>

Aparentemente, a confiança é descartada como instituto idôneo para resolver litígios em razão de sua amplitude, conseqüência direta do problema da panlocalização. A atividade de ligá-la às mais diversas normas é prejudicial para que ela possa ser um critério hábil na solução de conflitos. A sua “onipresença” parece ter sido o grande entrave para que doutrinadores admitissem sua utilização de maneira autônoma na responsabilidade civil. É preciso, contudo, lembrar que

A “panlocalização” da confiança é uma mera conseqüência geral que o fim da tutela das expectativas reveste para a ordem jurídica e da multiplicidade de normas que encontram nela a sua explicação teleológica. Mas nada obsta a que outras regras elejam a confiança em elemento constitutivo essencial de uma situação de responsabilidade.<sup>227</sup>

Assim, ao contrário do que defende Menezes Cordeiro, é possível sim encontrar formas concretas de compor litígios sobre a base da confiança. Para tanto, basta ter em mente que quando se faz referência à confiança como vetor de solução de conflitos, deve-se deixar de lado a sua concepção teleológica, ou mesmo sociológica (como elemento de redução de complexidade diluído em todo o sistema jurídico). Estas são inservíveis para o desiderato ora proposto. A confiança é apta a dirimir litígios apenas quando compreendida como uma relação particular entre sujeitos na qual há um investimento de confiança despertado pela conduta da outra parte que direciona o comportamento.

---

<sup>226</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1241-1242.

<sup>227</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.358.

Quando se fale de confiança, não se tem em mente a generalidade desse fenômeno, tal como a reflexão sociológica o revela; cura-se, antes, da eficácia demonstrada por situações concretas de confiança, quando o Direito, deixando a indiferença relativa à crença que suscite, passe a indagá-la e a associar-lhe efeitos.<sup>228</sup>

O que se quer afirmar é que o “dever poder confiar”, sob este viés, não se mostra instrumento útil na solução de conflitos, apenas o investimento concreto de confiança pode embasar uma responsabilização civil.

É interessante notar que, apesar da resistência da doutrina em admitir a confiança como elemento na solução de conflitos, já aponta institutos construídos sobre suas fundações, como é o caso do *venire contra factum proprium* e do *verwirkung*. Todavia, mesmo nestes casos, a confiança vem sempre ligada a alguma outra figura jurídica. É necessário perceber, contudo, que ela pode, autonomamente, servir para resolver conflitos, principalmente diante da crise paradigmática da responsabilidade civil.

Em verdade, o caminho ora proposto parece ser conseqüência natural da evolução da confiança dentro do Direito. Após o acúmulo de conhecimento incluindo-a como decorrência de outros institutos (uma espécie de soldado de reserva), o seu estudo passa por uma mudança na concepção, a qual prega a autonomia dogmática, apartando-a de quaisquer outros institutos. Pra, desta maneira, aplicá-la juridicamente. E parece ser este o caminho correto a se seguir.

Grande parte da evolução do estudo da confiança se deve à adoção do pós-positivismo que, ao estimular a entrada de conceitos morais no sistema jurídico, aproximando-o da ética, fez com que surgisse um campo fértil para seu amadurecimento.

Assim, diante da erosão dos critérios de responsabilização, as atenções se voltam para a confiança, fazendo com que esta surja como elemento apto a conduzir os vagões da responsabilidade civil nos trilhos incertos dos tempos de crise.

#### 4.1. A IMPORTANCIA DA CONFIANÇA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CENÁRIO DE CRISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A confiança, em razão da crise pela qual passa a responsabilidade civil contemporânea, mostra-se como importante elemento para dirimir litígios.

---

<sup>228</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1243.

É interessante notar que a proteção à confiança tem forte base moral e, em parte em razão disso, sempre esteve relegada a segundo plano quando se falava em obrigação de indenizar. Todavia, com a construção, e consequente adoção, da ideologia pós-positivista o cenário muda, passando a merecer mais atenção dos estudiosos.

O pós-positivismo, por procurar “empreender uma leitura moral da Constituição e das leis”<sup>229</sup>, aproxima o direito da ética, não se admitindo mais uma completa separação entre eles. Neste sentido Giselda Maria Novaes Hironaka chega a afirmar que “o pensamento jurídico sem ética é um pensamento irresponsável”<sup>230</sup>. Assim, o Direito absorve conceitos éticos e lhes dá uma roupagem jurídica. Nessa leva de absorção de ideais de ordem moral é que a confiança adentra efetivamente no Direito Civil brasileiro que, devido ao seu processo de constitucionalização, recepciona o valor de proteção à confiança da Constituição.

O Direito Civil, sendo então invadido por valores com forte carga moral, rende-se à proteção da confiança, haja vista não se poder negar sua base ética. Pode-se afirmar que “no domínio da proteção das expectativas a ética é sem dúvida uma realidade particularmente próxima, dada a compenetração daquelas com virtudes pessoais como veracidade e fiabilidade.”<sup>231</sup> Assim, a confiança, ou sua proteção, integra o Direito Civil na figura de um princípio ético-jurídico.

Não se quer, neste momento, reavivar do debate acerca da confiança no sistema jurídico, esta temática já foi devidamente analisada<sup>232</sup>. O que interessa destacar é a importância da confiança na responsabilidade civil contemporânea e de que forma ela pode ajudar a resolver conflitos em tempos de crise.

Como se pôde perceber, os critérios de constatação da responsabilidade civil (culpa, nexos de causalidade e dano) já não se mostram mais eficientes para resolver alguns dos problemas surgidos com a adoção do paradigma da dignidade humana.

Este, ao colocar a pessoa no centro do sistema, mudando o eixo da responsabilidade civil, que agora se volta para a proteção do ofendido e não mais para a punição do ofensor, traz situações que exigem uma nova abordagem dos critérios clássicos.

---

<sup>229</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.249.

<sup>230</sup> HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.98.

<sup>231</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.62.

<sup>232</sup> Ver tópico 3.3.

É exatamente nestas situações que a confiança sobreleva-se em importância para a responsabilidade civil. Ao se utilizar dela como vetor na solução de conflitos, colocando-a como fundamento da obrigação de indenizar, o sistema jurídico é capaz de dar uma resposta satisfatória a algumas dessas novas situações.

Em verdade, a aplicação da confiança nas demandas indenizatórias já vem sendo utilizada. O crescente interesse da doutrina e jurisprudência em figuras como *venire contra factum proprium*, *verwirkung*, responsabilidade pré-contratual, entre outras, é uma prova desse fato, haja vista que elas têm como fundamento a proteção à confiança.

Assim, parece, com o surgimento (ou ressurgimento em alguns casos) de tantas figuras baseadas na confiança para solucionar problemas de responsabilidade civil, que a confiança pode ser trazida para o centro da teoria da obrigação de reparar e, utilizando-a como fundamento, funcionar como um vetor de solução de conflitos.

O desenvolvimento da confiança no seio da responsabilidade civil é consequência direta da mudança paradigmática. Conforme já se demonstrou, a teoria da responsabilidade civil está regulada pelo paradigma da dignidade, voltando-se para a proteção do sujeito em todos os seus aspectos. A proteção à confiança é um reflexo disto, pois reconhece no outro um indivíduo consubstanciado em sua dignidade e, por isso, protege as suas convicções. Desprezar as expectativas de outrem fere sua dignidade, pois “coisifica-o”, haja vista que, ao desconsiderar a confiança despertada, torna-o mero receptor de efeitos jurídicos. Em última análise, ousa-se afirmar que desprezar expectativas é desprestigiar o ser humano em sua dignidade.

Ademais, o crescimento de importância da confiança caminha lado a lado com o movimento solidarista da responsabilidade civil. “A confiança, inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros.”<sup>233</sup>

Neste sentido segue também Cristiano Chaves ao afirmar que a proteção da confiança

Trata-se, em verdade, da efetivação da *solidariedade social* abraçada constitucionalmente, que se cristaliza através da tutela jurídica da confiança, impondo

---

<sup>233</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007, p.93.

um dever jurídico de não serem adotados comportamentos contrários aos interesses e expectativas despertadas em outrem.<sup>234</sup>

Vê-se, portanto, que a aproximação da confiança com a responsabilidade civil contemporânea é salutar, podendo funcionar como instrumento viável na solução de “novos” conflitos.

Neste ponto, oportuna é a lição de Luiz Edson Fachin, para quem “a revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais.”<sup>235</sup>

A confiança, então, preencheria um espaço onde os critérios clássicos se mostram insatisfatórios. Dando resposta a situações nas quais há o dano, mas não se trata de um delito ou de ofensa a alguma cláusula contratual. Pode-se dizer que a confiança resolveria conflitos nos casos de “quase-contrato”, já que abarca situações nas quais haverá uma aproximação entre os sujeitos, todavia, sem que exista um contrato, ou de “quase-delito”<sup>236</sup>, pois a conduta ensejadora de responsabilidade civil não é ilícita, não se trata, tecnicamente, de um delito, apenas passa a ser proibida em razão da confiança despertada.

Neste “vácuo jurídico” é que ela se mostra de suma importância, a fim de não deixar a vítima irressarcida. A responsabilidade pela confiança incidirá exatamente nestas situações, socorrendo aquele sujeito que foi vítima de condutas a princípio lícitas e não-vinculantes.<sup>237</sup>

Manuel Antonio Carneiro Da Frada, em um entendimento próximo da exposta, prega que a função da responsabilidade pela confiança seria “completar a doutrina do negócio

---

<sup>234</sup> FARIAS, Cristiano chaves de. **A tutela Jurídica da confiança aplicada ao direito de família**. Disponível em: [http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a\\_tutela\\_juridica\\_da\\_confianca\\_ao\\_direito\\_da\\_familia.pdf](http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a_tutela_juridica_da_confianca_ao_direito_da_familia.pdf). Acesso em: 19.05.2011.

<sup>235</sup> FACHIN, Luiz Edson. **O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial** in FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.115-116.

<sup>236</sup> Alerta-se que a concepção de “quase-delito” ora apresentada não se confunde com o instituto proveniente do Direito Romano consistente em ilícitos decorrentes de ato culposo. O sentido apresentado busca destacar que a responsabilidade pela confiança incide em atos que não são primariamente delituais.

<sup>237</sup> Diz-se que são a princípio lícitas porque a conduta que vem a ofender a confiança, se analisada isoladamente, coaduna-se com o Direito e não vinculantes por não decorrerem de nenhum vínculo legal ou contratual. Todavia, se analisadas de maneira mais abrangente, pode-se dizer que as condutas passam a ser ilícitas por ofenderem a confiança despertada, e vinculantes, pois o sujeito ao despertar expectativas em outrem, autovincula-se a este comportamento.

jurídico onde esta patenteie *lacunas de protecção*. Seria aí onde ela adquiriria uma função autônoma e identificativa.”<sup>238</sup>

Assim, sendo estas hipóteses para as quais a doutrina clássica da responsabilidade civil não apresenta solução, recorre-se à confiança. Anderson Schreiber parece partilhar da mesma visão ao afirmar que

Tal insuficiência do positivismo jurídico e das categorias dogmáticas tradicionais – insuficiência, em [ultima análise, do próprio] jusracionalismo positivista – dá ensejo a comportamentos cuja repercussão fático-social não é acompanhada por uma correspondente repercussão jurídica. E é exatamente sobre estes comportamentos, mantidos à margem das categorias vinculantes do direito positivo (notadamente, o ato jurídico e o negócio jurídico), que vem incidir o princípio da não-contradição, como meio de tutela da confiança.<sup>239</sup>

O que se percebe, portanto, é que a confiança é instrumento de concretização da dignidade humana no seio das obrigações reparatórias, pois amplia a proteção à vítima de ofensas. Insere-se sua proteção naquelas hipóteses que não são abrangidas pela responsabilidade civil contratual nem pela delitual, preenchendo esta lacuna.

Conclui-se, então, que, diante da crise pela qual passa a teoria da responsabilidade civil, repensar o papel desta dentro do Direito passa pela análise da confiança e da sua utilização como vetor de solução de conflitos.

Por fim, destaca-se que quando se afirma que a confiança funciona como vetor de solução de conflitos da responsabilidade civil contemporânea, significa defender que as obrigações de indenizar devem ser analisadas partindo-se da confiança, é ela que vai direcionar os pressupostos necessários para a imposição de reparações. Não se defende a imposição de obrigação reparatória com fulcro exclusivamente na confiança, dispensando-se os pressupostos clássicos (culpa, nexos de causalidade e dano). O que se propõe é olhá-los através da proteção da confiança, esta funcionaria exatamente como um vetor, direcionando a aplicação da teoria.

---

<sup>238</sup> DA FRADA, Manuel A. Carneiro. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra, 1994, p.250.

<sup>239</sup> SCHREIBER, Anderson. . **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.114-115.



#### 4.2. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA CONFIANÇA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste tópico busca-se identificar quando a confiança pode ser apta a solucionar conflitos e de que forma se pode aferir sua presença no seio da responsabilidade civil.

É preciso, desde já, afastar uma concepção normativa, não é viável eleger o critério normativo como forma de identificar a presença ou não da confiança na responsabilidade civil. Tal critério aproxima-se muito mais de uma responsabilidade por ofensa à boa fé, haja vista que a confiança, neste diapasão, funciona como reforço teleológico e não como verdadeiro fundamento.<sup>240</sup> Seu conceito normativo remete a um dever poder confiar, que deve ser afastado na busca da confiança como vetor de solução de conflitos.

Sua aferição apenas pode ocorrer de maneira casuística, fugindo da abstração/objetivação da confiança. Necessário se faz, portanto, a análise caso a caso da existência ou não de um investimento de confiança.

Surge, contudo, o problema da identificação de sua presença no caso concreto, de saber se em determinada situação há ou não confiança. O grande entrave neste ponto é conseguir visualizar a sua existência, haja vista tratar-se de instituto eminentemente subjetivo, interno ao sujeito.

É imperioso ressaltar que, enquanto não se exterioriza por meio de um comportamento, seja comissivo ou omissivo, a confiança não ganha relevância para o Direito. Assim, se o sujeito confiança não a manifesta, direcionando sua conduta de acordo com a expectativa despertada, não há que se falar em responsabilidade.<sup>241</sup> Portanto, perde força o argumento de que a confiança não pode auxiliar na resolução de litígios por ter caráter subjetivo.

Não se discorda que efetivamente tenha esta característica, todavia, ao se exigir um comportamento manifestando sua presença, permite-se a aferição de sua presença no caso concreto.

---

<sup>240</sup> Sobre a distinção da confiança como fundamento e como reforço teleológico remete-se o leitor para o tópico 3.4.3.

<sup>241</sup> A exigência de exteriorização da confiança por meio de um comportamento será melhor trabalhada no tópico 4.4, quando se discorrer acerca dos pressupostos da responsabilidade pela confiança.

Desta forma, a confiança exterioriza-se por meio de um comportamento do sujeito confiante, o que torna sua identificação uma tarefa, em alguns casos, árdua. Assim, quando não ficar evidente o investimento de confiança feito, a fim de solucionar o problema, é preciso fazer uso das regras de normalidade e experiência.

São elas que permitem ladear as dificuldades de identificação de um facto que é, na raiz, do foro interno, porque através delas se acede à experiência interior do sujeito e se procede à sua determinação. Nisto não vai – sublinhe-se de passagem – nenhuma dificuldade particular, condicionadora da viabilidade de uma dogmática da confiança: o Direito lida desde sempre com estados e conteúdos psíquicos ou anímicos dos sujeitos. Confere-lhes relevo variado, muito embora saiba que o acesso a tais realidades se dá por via indiciária e não através de prova imediata. Não se pode pois ver nesta circunstância nenhuma fraqueza privativa da teoria da confiança.<sup>242</sup>

Assim, as regras de normalidade e experiência são utilizadas para indicar o efetivo investimento de confiança, através delas surge o indício de sua presença. Contudo, é importante lembrar que, mesmo que as regras em questão apontem no sentido de se vislumbrar o surgimento de confiança, caso fique provado que em determinado caso concreto ela não veio efetivamente a acontecer, deve-se afastar a imposição de qualquer obrigação reparatória, haja vista que, como fora afirmado, a análise da responsabilidade pela confiança deve ser feita casuisticamente, analisando sempre o caso concreto.

Percebe-se, portanto, que os referidos critérios ajudam a indicar situações hábeis a despertar confiança, presumindo sua presença nesses casos. Uma presunção, vale lembrar, sempre *iuris tantum*, por caber prova em contrário para afastar o efetivo investimento de confiança.

Resta, por fim, analisar se seria possível utilizar-se de situações de confiança tipificadas, ou seja, disposições legais prevendo determinada situação como apta a despertar confiança, sem que tal expediente descaracterize a utilização da confiança como vetor de solução de conflitos.

A contrariedade, neste caso, reside no fato de que se há um dispositivo legal prevendo que determinada situação faz surgir automaticamente confiança, não se poderia falar em uma análise casuística desta, remetendo-a a um “dever poder confiar”, algo que se liga à boa-fé objetiva e não a uma responsabilidade pela confiança.

---

<sup>242</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.374-375.

Todavia, acredita-se sim ser possível a existência de situações de confiança tipificadas sem que com isso seja afastada a sua análise casuística. Prever situações legais de confiança não implica de modo algum em normatizar sua concepção.

É imperioso perceber que uma situação típica de confiança gera uma presunção legal e, neste sentido, não há óbice algum para sua utilização. Assim como as regras de normalidade e experiência presumem a existência da confiança, no mesmo sentido funcionariam os dispositivos legais, gerando uma presunção *iuris tantum*.

Desta forma, não basta a previsão legal para que haja a responsabilidade civil, mas exige-se a efetiva presença de um investimento de confiança, o dispositivo normativo é apenas um indício de sua presença.

Neste diapasão, alerta-se que, se a norma impuser uma presunção absoluta, escapar-se-á do âmbito da responsabilidade pela confiança, pois ao se desconsiderar sua efetiva presença esta passa a funcionar como um reforço teleológico e não mais como real fundamento.

Afirma-se, portanto, ser possível a presunção legal de situações de confiança, desde que se trate de uma presunção relativa, haja vista que a responsabilidade pela confiança exige, sempre, uma análise casuística a fim de aferir a presença efetiva de um investimento de confiança.

Por fim, conclui-se que a forma de aferição da confiança no caso concreto dar-se-á de maneira individualizada, utilizando-se de regras de normalidade e experiência ou de presunções legais a fim de indicar sua presença, tais regras geram uma presunção relativa que pode ser sempre afastada por prova em contrário, hipótese em que não se poderá falar em responsabilidade civil pela confiança.

#### 4.3. FORMAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Já se viu que a confiança pode funcionar como um vetor na solução de conflitos. É preciso, todavia, entender de que forma ela desempenha esse papel, haja vista que “a defesa da

confiança está longe de se esgotar na atribuição de um direito ao ressarcimento de danos, operando, na realidade, de diferentes modos.<sup>243</sup>

Um ponto de destaque da confiança, quando inserida na responsabilidade civil, servindo como direcionamento na sua aplicação, é que ela não se limita a resolver problemas apenas por conduto da imposição de uma indenização, vai mais além, e, em alguns casos, obriga o ofensor a se comportar conforme a conduta esperada por aquele que confiou.

Assim, basicamente, a responsabilidade pela confiança pode apresentar duas formas distintas de solução de conflitos. Pode-se dizer que

[...] são duas as modalidades fundamentais de <sancionamento> daquela autovinculação geradora da confiança legítima – ou seja, os efeitos da <responsabilidade pela confiança>. Estes podem consistir:

- a) ora em considerar relevante (ainda que como mero *facto*) e juridicamente exigível o conteúdo significativo da <autovinculação> extranegocial que engendrou a confiança;
- b) ora em obrigar o responsável a indemnizar os danos causados.

Na primeira hipótese, procura-se prevenir, evitar a produção de um dano. Na segunda hipótese, admite-se a constituição da obrigação de indemnizar a cargo daquele que, digamos, pôs o facto gerador da confiança.

Na primeira hipótese, tratando-se de actuar preventivamente, vai-se paralisar ou considerar inexigível o direito que o autor da conduta geradora da confiança pretende mais tarde exercer, ou vai-se sancionar juridicamente aquela autovinculação, tornando exigível a satisfação do compromisso contratualmente assumido, ao impedir-se o responsável de argüir a nulidade desse compromisso.

Na segunda hipótese, tratar-se-á, em regra, de ressarcir o interesse negativo ou de confiança, sem que todavia se exclua de todo a possibilidade de, em casos excepcionais, se impor ao responsável a obrigação de indemnizar o interesse positivo ou de cumprimento.<sup>244</sup>

De acordo com João Baptista Machado, então, pode-se dizer que existe uma tutela preventiva e uma tutela repressiva da confiança. A primeira fazendo com que a expectativa efetivamente se realize, evitando-se o dano, e a segunda garantindo uma indenização em caso de quebra de confiança.

Prefere-se, *data venia*, afirmar que o que existe, em verdade, é uma tutela positiva e negativa de responsabilidade pela confiança. Não parece correto defender uma distinção

<sup>243</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.41.

<sup>244</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.367-368.

baseada em tutela preventiva/repressiva, distinguindo-as em razão de haver ou não dano, pois a quebra da confiança, por si só, já gera um dano.

A confiança depositada, quando frustrada, automaticamente ocasiona dano, há uma irritação nas relações sociais, surge uma desconfiança no trânsito jurídico-social que não pode ser aceita. Ou seja, não corresponder a uma expectativa legitimamente depositada é sim uma conduta danosa, pode-se até dizer que não se trata de um dano indenizável, contudo, essencialmente, ainda caracteriza-se como dano. Assim, mesmo que se obrigue o ofensor a se comportar da maneira esperada, o dano já está presente, de outra forma não caberia uma ação de responsabilidade civil.

Ademais, é possível que mesmo já tendo ocorrido a ofensa, possa-se considerar relevante a confiança depositada, exigindo-se a sua realização no mundo dos fatos. Imagine o caso em que um sujeito desperta em outrem a expectativa de realizar determinada conduta e depois a descumpre, pode-se obrigar que este se comporte em conformidade com a confiança despertada, desfazendo-se o comportamento anterior. Perceba-se que nesta hipótese já houve dano, todavia, restabeleceu-se a expectativa frustrada. Haver dano não implica automaticamente em uma imposição de uma indenização.

Vê-se, então, que a classificação prevenção/repressão não se mostra a mais técnica. Utilizar-se-á, portanto, a distinção baseada nas formas de proteção da confiança<sup>245</sup>. Reitera-se, oportunamente, que a confiança pode ser protegida positiva ou negativamente, a depender do tipo de resposta apresentada quando de sua ofensa. Caso se busque garantir que a expectativa depositada venha a efetivamente se concretizar, a proteção é positiva. Todavia, se se tutelar a confiança prevendo uma indenização quando esta restar ofendida, é negativa.

Com base nisto pode-se falar em responsabilidade positiva pela confiança e responsabilidade negativa pela confiança.<sup>246</sup>

A responsabilidade civil positiva pela confiança tem como consequência a realização da expectativa, fazendo com que a realidade se coadune à confiança.

De notar que a intervenção da ordem jurídica em defesa da confiança pode bem consistir na adstrição de alguém a corresponder à situação de confiança de outrem,

---

<sup>245</sup> A diferença entre formas de proteção da confiança foi objeto de análise do tópico 3.4.5.

<sup>246</sup> Essa nomenclatura é a mesma utilizada por Manuel Carneiro Da Frada em sua obra Teoria da Confiança e Responsabilidade civil.

conformando a sua conduta por forma a realizar ou não defraudar as expectativas alheias. Um deve desse género ordena-se, atenta a sua finalidade, na responsabilidade positiva pela confiança.<sup>247</sup>

Tal forma de solução de conflitos aparenta ser a que melhor protege a confiança, mantendo-a incólume e fazendo com que a realidade fática se adéque a ela. Nesta hipótese, aquilo em que se acreditou é o que vai ocorrer, independentemente da vontade da outra parte. A responsabilidade positiva pela confiança vai incidir na autonomia da vontade do ofensor (ou potencial ofensor), limitando-a a ponto de não permitir qualquer manifestação que ofenda a confiança. Basicamente, este tipo de proteção fundamenta-se na máxima de que “os eventos que contrariem a confiança criada são-lhe inoponíveis”<sup>248</sup>

Um exemplo deste tipo de responsabilidade é a inoponibilidade do ato simulado a terceiros de boa-fé, ou seja, não se pode obstar a produção de efeitos de um negócio simulado contra o terceiro que acreditava em sua validade e dirigiu sua conduta com base nessa confiança. Assim, a solução apresentada é que, mesmo em face da nulidade do ato, em razão da confiança depositada, ele produzirá efeitos em favor do sujeito confiante.<sup>249</sup>

Outro caso de sancionamento positivo pela confiança toca a teoria da aparência, na qual se privilegia aquilo em que se acreditou em prol do que realmente é, ou seja, a confiança sobreleva-se em face da realidade, garantindo ao sujeito que confiou no ato aparente os efeitos equivalentes ao ato caso fosse real.<sup>250</sup>

É sempre preferível a aplicação da responsabilidade positiva, haja vista ser mais eficaz na proteção da confiança. Em verdade, esta é a única forma em que se pode tecnicamente falar em indenização por ofensa à confiança, lembrando que indenizar significa retornar ao *status quo ante*. Assim, apenas quando se faz com que a realidade volte a se coadunar com a confiança, é que ocorre uma verdadeira indenização por sua ofensa. Anderson Schreiber, neste sentido,

---

<sup>247</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.42

<sup>248</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.1249.

<sup>249</sup> Importante destacar que nesta hipótese não se defende que o contrato seja válido. O que ocorre é a extensão de efeitos análogos ao que o sujeito que confiou faria jus. A nulidade pela simulação ainda se impõe, todavia, o confiante será beneficiado com efeitos similares ao do ato se fosse válido.

<sup>250</sup> Por ora deixa-se apenas registrado o exposto, voltar-se-á oportunamente ao estudo da teoria da aparência e sua relação com a tutela da confiança no tópico 4.5.2

chega a afirmar que “a confiança, de fato, somente resta eficientemente tutelada na hipótese de se obstar o comportamento que se dirige à sua ruptura”.<sup>251</sup>

Nem sempre, contudo, é possível protegê-la positivamente, nestas hipóteses será preciso lançar mão da responsabilidade negativa pela confiança, a qual prevê uma reparação pela sua defraudação.

Assim, a responsabilidade negativa pela confiança tem como consequência a aplicação de uma obrigação de reparar. Como não é possível garantir o comportamento esperado, pune-se aquele que o frustrou, geralmente de forma pecuniária, em razão de ter ofendido a confiança legítima.

Pode-se citar como exemplo de proteção negativa da confiança os casos de responsabilidade pré-contratual, nos quais um dos sujeitos faz despesas acreditando na celebração do negócio. Não vindo a ser celebrado o contrato, desde que tenha a outra parte contribuído para o surgimento da confiança, costuma-se impor uma indenização para reparar as despesas.

Desta forma, conclui-se que a confiança, como vetor de solução de conflitos aplicada à responsabilidade civil, apresenta duas formas de “sancionamento”, uma positiva e outra negativa.

#### 4.4. A RESPONSABILIDADE PELA CONFIANÇA E SEUS PRESSUPOSTOS

Objetiva-se, neste momento, discorrer acerca das características da responsabilidade pela confiança, destacando seus pressupostos. Alerta-se, oportunamente, que o que se chama de responsabilidade pela confiança consiste em uma obrigação de indenizar com fulcro na proteção da confiança, funcionando esta como um vetor, a fim de direcionar a imposição de indenizações.

Para atingir desiderato proposto, conveniente relembrar o conceito de confiança ora defendido.

---

<sup>251</sup> SCHREIBER, Anderson. . **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.164.

Confiança é, em síntese, o ato de depositar expectativas e direcionar seu comportamento com base nestas, decorrente da conduta de outrem, que a desperta. Ou seja, necessária é a aproximação dos sujeitos, decorrendo de uma relação bilateral.

Desta forma, quando um sujeito, através de sua conduta, desperta expectativas em outro, ele se autovincula àquela e, caso modifique-a, causando danos ao sujeito que pautou seus atos na expectativa gerada, pode ser responsabilizado.

Essa mudança de comportamento do sujeito criador da confiança pode ser, até mesmo, equiparada a um ato ilícito. João Baptista Machado segue nesta linha ao afirmar que

Exactamente porque, por uma força de uma conduta anterior do responsável, existe uma espécie de <autovinculação>, uma particular relação de confiança, e a violação da *fides* constituirá fundamento suficiente da *ilicitude*: fundamento suficiente para considerar ilícita, ou para considerar não ilícita (ilegítima, incapaz de efeitos jurídicos) a conduta contrária à *fides*. A <ilicitude> não se traduz aqui na violação de um direito ou de uma norma destinada a proteger interesses de outrem – não se exige aqui este tipo de *ilicitude* – *porque* a relação de confiança ou a própria <autovinculação> do responsável torna justificável que os danos resultantes dessa confiança (engendrada pela <autovinculação>) vão onerar quem a criou. O que supõe uma *particular relação* instituída entre o lesante e o lesado. Daí o designar-se este tipo de responsabilidade por <responsabilidade pela confiança>.<sup>252</sup>

Uma característica interessante da responsabilidade pela confiança é que os atos isoladamente considerados, não são ilícitos, apenas se revestem dessa característica em razão da autovinculação do sujeito. Ao despertar a confiança ele assume a obrigação de não ofendê-la. Assim, percebe-se que a responsabilidade pela confiança somente pode ser visualizada analisando-se a relação como um todo, composta pelas duas condutas (prévia e posterior). É com base nisto que se diz que a proteção da confiança tem uma estrutura binária.

A tutela das expectativas depende sempre de que alguém tenha sido induzido a uma convicção, sobre a qual alicerça depois certas decisões. Requer-se, pois, por um lado, uma conduta que capta ou pelo menos ocasiona a confiança de outrem e, por outro, em seqüência temporal, a orientação de outrem – dos seus planos e opções de vida – por essa situação, através de uma “movimentação” ou mudança de posição (a que chamamos de investimento de confiança).<sup>253</sup>

É, portanto, composta por atos temporalmente subseqüentes, o primeiro gerador de confiança e o posterior que a ofende. Tais atos necessitam estar ligados por um pressuposto

<sup>252</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.378.

<sup>253</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.603.



base, qual seja, o investimento de confiança. Não basta a divergência de comportamento, é essencial que tenha havido um efetivo depósito de confiança.

Interessante notar que, sob este aspecto, a responsabilidade pela confiança se afasta da responsabilidade civil delitual, nesta há valoração de apenas uma conduta, analisa-se se em razão desta houve ofensa a um bem jurídico. Ao passo que, naquela, valoram-se duas condutas, pois caso assim não o faça, não será possível impor a obrigação de indenizar, já que a conduta posterior, analisada individualmente, não é ilícita, apenas pode ser caracterizada desta forma quando cotejada com a anterior. Assim, a análise deve ser sempre da relação como um todo.

Difere também da responsabilidade contratual, primeiramente pela óbvia razão da existência de um contrato, que não há na responsabilidade pela confiança. Ademais, por mais que não se negue a presença de uma confiança nas relações contratuais, ela não é fundamento da obrigação de indenizar, em verdade, torna-se irrelevante quando da celebração do contrato. Os sujeitos passam a estar vinculados pelos dispositivos contratuais, havendo ofensa a qualquer um deles impõe-se a reparação, não se questionando se há naquele caso um investimento de confiança. O que ocorre é que, por mais que exista uma relação de confiança entre os contratantes, após celebrado o contrato ela se torna irrelevante, pois, mesmo não estando ela presente, a indenização é devida, haja vista que a mera ofensa ao que foi contratualmente disposto caracteriza o ilícito.

Assim, p. ex., a autovinculação geradora das expectativas de facto que o direito tutela (*tutela da confiança*) tem para o direito uma mera relevância de facto; ao passo que a vinculação assumida por negócio jurídico válido é recebida, incorporada pelo direito como o valor de uma vinculação ou “norma”. Deste modo, embora o direito reconheça e tutele esta última vinculação, não é rigoroso dizer-se que, ao fazê-lo, o direito está a tutelar a confiança que o promissário tem na promessa que lhe foi feita – mas antes que o direito tutele o que é *de direito*.<sup>254</sup>

A responsabilidade pela confiança, então, não se caracteriza como delitual já que os atos isoladamente considerados são lícitos, apenas vindo a serem proibidos em razão da confiança despertada, tecnicamente não há um delito. Da mesma forma não é contratual haja vista que não existe um contrato, mas sim uma autovinculação decorrente do comportamento

---

<sup>254</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.358.

criador de expectativas. Ela, portanto, atua neste espaço deixado por estes tipos de responsabilidade, apto a resolver conflitos de “quase-delito” ou de “quase-contrato”.

Interessante notar que a fundamentação em uma estrutura binária, compondose de atos coordenados, ambos necessitando valoração para a aferição da necessidade de alguma sanção, é característica peculiar da responsabilidade pela confiança.

Assim, a partir da análise de sua estrutura, pode-se destacar os pressupostos da responsabilidade pela confiança. Seriam eles, portanto:

- 1) Uma situação de confiança, pela qual alguém confia no comportamento ou nas declarações de outrem;
- 2) Uma justificação dessa confiança, porquanto a imprudência ou a incúria do confiante tornam injustificada a sua protecção;
- 3) Um investimento de confiança, traduzido na necessidade de ter havido, por parte do confiante, o desenvolvimento de uma actividade cujo resultado ficaria comprometido se a confiança não fosse respeitada;
- 4) A possibilidade de imputar a confiança àquele contra quem actua a protecção da confiança.<sup>255</sup>

Quando presentes estes pressupostos, qualquer conduta que venha a ofender a confiança depositada gera, conseqüentemente, uma obrigação de indenizar. Necessário, portanto, neste momento, analisar cada um deles.

O primeiro, denominado aqui de situação de confiança, consubstancia-se em uma conduta apta a gerar expectativas. Interessante notar que este pressuposto decorre sempre de um comportamento de outrem. Assim, pode-se notar que fatos da natureza, por mais que sejam hábeis a induzir um investimento de confiança, não são capazes de dar ensejo a uma responsabilidade pela confiança.<sup>256</sup>

Em síntese, pode-se dizer, então, que a situação de confiança se traduz em circunstâncias fáticas, decorrentes de uma conduta de um sujeito, hábeis a despertar expectativas. Ilustrativamente, seria o campo fértil sobre o qual florescem as sementes da confiança.

O segundo pressuposto é a justificação da confiança, basicamente, apenas poder-se-á impor qualquer obrigação de indenizar se a confiança que a fundamenta for “justificada”, ou seja, se não decorrer de uma leviandade do sujeito, deve estar embasada em uma situação da qual seja plausível o despertar de uma expectativa.

---

<sup>255</sup> DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro. **Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?** Almedina: Coimbra, 1997, p.103-104

<sup>256</sup> Voltar-se-á a este ponto quando se falar dos limites da responsabilidade pela confiança.

Assim, nem toda a confiança é merecedora de protecção, apenas aquela que for justificada integrará a responsabilidade pela confiança, gerando alguma espécie de indenização. Não se admite, portanto, que de atos de completo descuido decorra uma obrigação de reparar. O comportamento do sujeito precisa efetivamente contribuir para o investimento de confiança, caso este venha a decorrer unilateralmente e não com base em um comportamento, caracterizar-se-á a confiança como sentimento, que é inservível para impor obrigação de reparar.

O investimento de confiança, terceiro pressuposto em análise, por sua vez, é o ato de depositar expectativas na conduta de outrem. Sem esse “ato de confiar” do sujeito ofendido, fica afastada qualquer reparação. Por mais que o substrato fático seja hábil a despertar confiança, sem um real investimento desta não há que se falar em responsabilidade civil. Este, inclusive, é um dos pontos cernes que distinguem a responsabilidade pela confiança daquela decorrente de deveres de comportamento.

Imperioso destacar, ainda, que o investimento de confiança vai mais além, exigindo não apenas que se confie, mas que se direcione o comportamento com base na expectativa despertada. Pode-se, portanto, afirmar que

A exigência de um “investimento” de confiança como pressuposto da protecção das expectativas radica na consideração de que se alguém acalentou certa representação, mas não desenvolveu com base nela qualquer actividade, também não haverá nenhuma posição a salvaguardar e, assim, qualquer dano a ressarcir. Permitir a um sujeito defender sua convicção, apesar de ela se não ter traduzido em nenhuma actuação ou disposição concreta da sua parte, traria a tão inevitável como inaceitável consequência de se precipitar o Direito na tutela da pura subjectividade. O requisito do investimento contribui para o impedir.<sup>257</sup>

Assim, consubstancia-se em depositar confiança na conduta de outrem, direcionando seu comportamento de acordo de acordo com este investimento.

O último pressuposto é a possibilidade de imputar a confiança àquele contra quem atua a protecção da confiança. A ideia central aqui é saber se aquele que fere a confiança é capaz de se autovincular. Já que a responsabilidade pela confiança incide sobre uma coordenação de condutas, apenas quem, por seu comportamento, vinculou-se à protecção da expectativa despertada é que poderá sofrer a sanção cabível.

---

<sup>257</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.596.

Percebe-se, portanto, que a responsabilidade exige uma identidade de sujeitos. Não é possível imaginar uma imposição de obrigação de reparar àquele que não contribuiu para o surgimento da confiança. Somente quem, com sua conduta, desperta a expectativa é que poderá ser responsabilizado pela sua defraudação. Ou seja, a confiança deve poder ser imputada ao sujeito que a ofende.

Oportunamente, neste ponto é válido destacar a lição de Manuel Antonio Carneiro Da Frada, ao expor que

[...] seja por que título for, a imputação exigível para fazer alguém responder pela confiança tem de se ancorar *simultaneamente na criação da situação de confiança e na sua frustração*. Só esta perspectiva é conforme com a concepção da responsabilidade pela confiança que temos vindo a desenvolver e que implica, tanto a produção do *Tatbestand* de confiança que origina uma mudança de posição de quem a ele atende na conformação de sua estratégia de vida, como perturbação dessa intentada coordenação da conduta. De facto, não seria razoável vincular alguém ao ressarcimento de prejuízos causados pela confiança quando ele se limitou a destruir expectativas em cujo surgimento ou manutenção não foi responsável. O mesmo se o sujeito deu azo a uma convicção alheia mas em nenhum caso se pode considerar ter contribuído para a sua frustração. *Quer a criação da confiança, quer a sua frustração têm pois de ser imputáveis ao sujeito*. (Da Frada, p. 661-662)

Como a responsabilidade pela confiança é uma responsabilidade baseada em uma coordenação de condutas, é preciso que o mesmo sujeito que gera confiança venha a quebrá-la, até porque, sem esta identidade, não há que se falar em autovinculação.

Desta forma, o perfil da responsabilidade pela confiança é o de uma responsabilidade pela frustração da coordenação de condutas proporcionada pela confiança. Nela se co-implicam de igual modo dois “instantes” necessários para a afirmação da obrigação de indemnizar: o ocasionar de uma situação de confiança e a sua destruição, precipitando consigo a articulação de condutas iniciadas. Em ambos o sujeito responsável carece de estar envolvido. Não faz sentido responsabilizar alguém pela frustração de uma convicção quando ao seu surgimento é alheio ao sujeito. Também não se compreende uma obrigação de indemnizar quando se lhe não pode assacar qualquer interferência no seu desaparecimento. Há pois que estabelecer uma conexão de via dupla ao sujeito responsável.<sup>258</sup>

Apenas desta maneira poder-se-á responsabilizar o sujeito ofensor da confiança depositada.

Outro ponto que merece destaque é que apenas aqueles que podem se vincular é que serão responsabilizados, ou seja, os incapazes não respondem com base na confiança, bem

---

<sup>258</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.604.

como, não há que se falar em responsabilidade pela confiança decorrente de fatos da natureza. Este ponto será objeto de estudo mais detido quando forem analisados os limites da confiança.<sup>259</sup>

Imperioso destacar, como decorrência da análise dos pressupostos, duas relevantes conclusões. A primeira de que responsabilidade pela confiança não se confunde com responsabilidade por ofensa a deveres de comportamento. A segunda de que não é possível se impor obrigação de indenizar pela confiança em condutas puramente omissivas.

Debruça-se, agora, sobre a primeira conclusão apontada. Ao se tomar como base o estudo dos requisitos de cada um dos modelos de responsabilidade, facilmente se percebe que eles não se confundem. O ponto cerne que os distingue aponta para a existência (ou exigência) de dois pressupostos, quais sejam, o investimento de confiança e sua justificação. Enquanto fazem parte da estrutura da responsabilidade pela confiança, quando se trata de obrigação de reparar com base na violação de deveres de comportamentos, eles são irrelevantes. Podem até existir, mas não são o que fundamenta a indenização.

Iniciar-se-á pela justificação da confiança. Na responsabilidade pela confiança, conforme foi demonstrado, caso seu investimento decorra de imprudência da parte, afasta-se qualquer indenização. Diferente do que ocorre na ofensa a regras de conduta, nesta, os olhos se voltam somente para o ofensor, se este obedeceu ou não o comportamento tido como correto. É irrelevante a análise se a confiança é justificada ou se decorre de leviandade, pois como o comportamento está imposto pela boa-fé objetiva, sua justificação torna-se despicienda. Já que o ele se impõe como decorrência da cláusula geral.

O que se quer afirmar é que, na responsabilidade por infração a regras de comportamento, a confiança estaria “justificada” sempre, em razão da normatização de determinada conduta pelo Direito. Não há, portanto, que se averiguar a razoabilidade da confiança.

Conclui-se, assim, que, havendo negligência do ofendido ao depositar expectativas a responsabilidade pela confiança resta afastada, em face da sua não justificação. Ao passo que a obrigação de indenizar por ofensa a regras de conduta poderá ser aplicada, independentemente disto, já que a justificação da confiança não toca sua estrutura.

---

<sup>259</sup> Ver tópico 4.6.

A exigência de um investimento de confiança é outro aspecto de demonstra a separação entre os modelos em cotejo, pois, enquanto em um ele é essencial, no outro é irrelevante.

Apenas se pode falar de uma responsabilidade pela confiança se houve um efetivo investimento de confiança, depende sempre que alguém deposite expectativa em um determinado comportamento, pautando sua conduta com base nisto.

Já na responsabilidade por infração de deveres de conduta, não existe essa exigência, independentemente de existir depósito de confiança a obrigação indenizatória se impõe. Isto porque o desvio de conduta é hábil, por si só, a gerar uma reparação. Como o comportamento é tido como correto e, por isso, tem força normativa, a não adequação a ele caracteriza um ilícito, não sendo necessário analisar a presença de um investimento de confiança. Em verdade, ele pode até não existir, a outra parte pode ter agido com total desconfiança, e, ainda assim, havendo dano, há obrigação de indenizar.

O que se percebe, portanto, é que a responsabilidade pela confiança exige dois pressupostos que não fazem parte da estrutura da responsabilidade por violação de deveres de comportamento. Em suma, a diferença está na necessidade de uma efetiva presença de uma confiança justificada.

É imperioso lembrar aqui a diferenciação feita entre confiança e boa-fé, em razão da proximidade que estes têm com os modelos de responsabilidade ora em cotejo, para afirmar que, no intuito de sedimentar a discussão, o papel da confiança em cada um dos modelos é que vai dizer se é caso de responsabilidade pela confiança ou por infração de deveres de comportamento. Nesta a confiança aparece como um reforço teleológico, podendo ou não estar presente na cadeia de causalidade. Não é essencial a sua demonstração concreta, nem mesmo sua existência, para a imposição de indenização. Por mais que a confiança esteja na origem da criação deste modelo, sendo um dos bens que se busca proteger, após criado, ela funciona apenas teleologicamente, não figurando como pressuposto.

Ao passo que na responsabilidade pela confiança, a verificação de sua presença concreta faz parte do processo de análise da imposição de obrigação de reparar, quando não constatada, afasta qualquer indenização. A confiança, neste caso, funciona como verdadeiro fundamento da responsabilidade civil.

A segunda conclusão apontada é a impossibilidade da responsabilidade pela confiança decorrer de condutas omissivas. Uma omissão não é capaz de ocasionar um investimento de confiança, ou, pelo menos, não de forma justificada.

Não há responsabilidade pela confiança *apenas* derivada de omissões, porque o investimento se tem de referir a um comportamento anterior do sujeito idôneo à captação da confiança e, logo, a suscitar um investimento.<sup>260</sup>

Assim, sempre será necessária uma conduta comissiva de um sujeito que possa fundamentar o investimento de confiança. É interessante notar que a mera omissão em esclarecer uma informação de um contrato, por exemplo, criando na outra parte uma confiança acerca de certas características do contrato pode dar ensejo a uma responsabilidade por ofensa à boa-fé e não pela confiança, pois, neste caso, houve violação de uma regra de comportamento e não defraudação da confiança, já que o investimento da confiança deve decorrer de uma atitude positiva.

A tutela das expectativas depende sempre de que alguém tenha sido induzido a uma convicção, sob a qual alicerça depois certas decisões. Requer-se pois, por um lado, uma conduta que capta ou pelo menos ocasiona a confiança de outrem – dos seus planos e opções de vida – por essa situação, através de uma “movimentação” ou “mudança de posição” (a que chamamos investimento de confiança).<sup>261</sup>

Assim, a ausência de ação não é capaz de despertar expectativas que mereçam proteção, pois, como se demonstrou, não é qualquer confiança que é merecedora de tutela, apenas aquela que é justificada, não decorre de leviandade, para tanto, é preciso que ela tenha seu alicerce em uma situação de confiança, que decorre, necessariamente de um comportamento da outra parte.

Ressalta-se que é possível o comportamento que ofende a confiança ser omissivo, mas não o que dá ensejo ao seu surgimento. Lembra-se que a responsabilidade pela confiança estrutura-se sobre uma realidade binária, composta de atos subsequentemente coordenados, um que cria o investimento de confiança e outro que a defrauda. Assim, defende-se que aquele é que não pode ser omissivo, este sim. Em suma, a omissão não é capaz de gerar uma confiança legítima, mas pode sim ofendê-la.

Por fim, no tocante à responsabilidade pela confiança é preciso saber se esta se classifica como subjetiva ou objetiva.

---

<sup>260</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.596-597.

<sup>261</sup> *Ibidem*. p.603.

Consoante já se demonstrou, a confiança como vetor na solução de conflitos é uma decorrência da visão solidarista que se tem atualmente da responsabilidade civil. Entende-se que o objetivo do presente instituto não é punir o ofensor, mas proteger o ofendido em todos os seus aspectos. A atenção se volta, portanto, para a garantia de reparação daquele que foi lesado.

Essa mudança de eixo viabilizou uma ampliação das hipóteses de objetivação da obrigação de indenizar, em verdade, defende-se que a solidariedade é o fundamento da responsabilidade objetiva.

Desta forma, como a responsabilidade pela confiança é corolário do movimento solidarista que irriga a responsabilidade civil contemporânea, conseqüentemente, ela apresenta-se como sendo do tipo objetiva. Neste sentido é a lição de Manuel Carneiro Da Frada, segundo o qual “a responsabilidade pela confiança é portanto essencialmente uma responsabilidade *objectiva*, derivada da perturbação de uma relação de coordenação de comportamento que o próprio sujeito originou.”<sup>262</sup>

O que significa, todavia, dizer que a responsabilidade pela confiança é objetiva? Em que ponto entraria a desconsideração da culpa? Sua objetivação pode significar a normatização da confiança? Essas são questões que devem ser enfrentadas quando levantada tal afirmação.

Defende-se que a responsabilidade pela confiança é objetiva no sentido em que não se analisa a culpa daquele que, com sua conduta, despertou a confiança em outrem. É irrelevante saber se ele quis despertá-la ou se isto decorreu de negligência, imprudência ou imperícia. Exige-se como pressuposto, apenas, a situação de confiança, ou seja, o comportamento que dê ensejo a um investimento de confiança. Se o ato é hábil a despertar expectativas, não é preciso averiguar se o sujeito tinha essa intenção, tão pouco se foi fruto de negligência. O que é essencial é que o ato seja voluntário, mas isto não implica em análise de culpa, já que a voluntariedade liga-se à conduta.

---

<sup>262</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.657.



Neste mesmo sentido é a lição de João Baptista Machado ao afirmar que “não se exige, obviamente, que o responsável pela confiança tenha agido com culpa ao adoptar a conduta que criou a confiança.”<sup>263</sup>

O exame da situação de confiança é puramente objetivo, caso o comportamento seja hábil a despertar um investimento de confiança da outra parte, o agente responderá, desde que presente os demais pressupostos, por eventuais danos de resultem da quebra da confiança.

Como a responsabilidade pela confiança estrutura-se em uma realidade binária, é preciso, ainda, voltar os olhos para a conduta que defrauda a confiança. Esta também é analisada objetivamente.

É preciso lembrar que a obrigação de indenizar com base na confiança decorre da frustração da coordenação de condutas proporcionada por ela. Então, quando há uma cisão nessa coordenação de comportamentos, desde que presente o investimento de confiança, está caracterizada a responsabilidade. Não há espaço para qualquer análise de culpa no comportamento do sujeito criador/ofensor da confiança.

É imperioso destacar que esta concepção de modo algum significa a normatização da confiança. Esta continua a ser aferida de modo casuístico, sua ausência implica em irresponsabilidade. O caráter objetivo da responsabilidade recai sobre a conduta do criador/ofensor da confiança e não sobre a confiança em si.

Objetivar a confiança conduziria a um “poder dever confiar” e, conseqüentemente, a uma responsabilidade com fulcro na boa-fé. Por isso, deve, numa realidade de autonomia dogmática da confiança, ser afastada.

Percebe-se, portanto, que objetivar a responsabilidade civil pela confiança, não significa objetivar a confiança em si. Sempre será necessário analisar o efetivo investimento de confiança, não se podendo apenas remetê-la a uma situação na qual era provável sua presença. Ao passo que encarar a responsabilidade pela confiança de maneira objetiva limita-se a desconsiderar culpa na conduta do sujeito que a defrauda.

---

<sup>263</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.415.

Feitas a necessárias digressões sobre a responsabilidade pela confiança é interessante notar que a doutrina e a jurisprudência brasileira já vêm utilizando dela para resolver conflitos. Não se dá o nome de responsabilidade pela confiança, mas fazem uso de figuras jurídicas que têm uma clara base na proteção da confiança e estruturam-se sobre os mesmos pressupostos.

#### 4.5. ALGUNS EXEMPLOS DE RESPONSABILIDADE PELA CONFIANÇA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

O estudo da confiança pela doutrina brasileira é relativamente recente, em verdade, ainda nos dias de hoje, a grande maioria não reconhece a sua autonomia dogmática. Todavia, apesar disto, a sua utilização na solução de conflitos não é novidade.

No cenário de crise da responsabilidade civil, ao surgir um embate que não pode ser resolvido nos moldes da teoria clássica, não é incomum que se busque na proteção da confiança uma forma de dar uma resposta plausível para o litígio.

Tal expediente torna-se mais forte diante da solidarização da responsabilidade civil, pois, ao voltar atenção para os efeitos dos atos na sociedade e, principalmente, no outro, deve-se levar em consideração também suas crenças e convicções. Ou seja, a responsabilidade, atenta à tutela do ofendido em todos os seus aspectos, passa a estar cada vez mais ligada, à proteção da confiança despertada nele. Apenas desta forma há uma adequação da responsabilidade civil com o paradigma vigente.

Assim, é esperado que a confiança passe a estar cada vez mais presente no âmbito de estudo da responsabilidade civil, surgindo figuras destinadas à sua proteção. Neste sentido, três delas se destacam, quais sejam, a responsabilidade pré-contratual, a teoria da aparência e o *venire contra factum proprium*.<sup>264</sup>

Ressalva-se, oportunamente, que não se pretende discorrer profundamente sobre as características destas figuras, apenas demonstrar que são erigidas sobre as bases da confiança, na

---

<sup>264</sup> Alerta-se que este não é um rol taxativo, existem outras figuras também baseadas na proteção da confiança, contudo, em razão de sua maior importância e utilização no sistema jurídico brasileiro, foram escolhidas as presentes figuras, a fim de demonstrar a utilização da confiança na responsabilidade civil.

qual esta é o vetor que direciona o caminho para a solução dos conflitos. Em suma, defende-se que são elas hipóteses de responsabilidade pela confiança.

#### 4.5.1. Responsabilidade pré-contratual

A responsabilidade pré-contratual é comumente fundamentada na boa-fé objetiva, decorrendo da imposição de certos deveres de comportamento. Contudo, não parece ser esta a melhor concepção.

A ideia de que a responsabilidade contratual decorre da violação a um dever geral de “não interrupção injustificada das tratativas”<sup>265</sup> ou do “descumprimento dos deveres de lealdade”<sup>266</sup> parece, a primeira vista correta, todavia, em um estudo mais detido, propugna-se que a ofensa à um dever de comportamento decorrente da boa-fé não é seu real fundamento.

A fim de demonstrar a visão defendida, é preciso, inicialmente, saber o que se entende por responsabilidade pré-contratual. Segundo Fernando Noronha:

A responsabilidade pré-negocial (ou pré-contratual) consiste na obrigação de reparar os danos resultantes do fato de, nas negociações preliminares de um contrato, uma das partes criar na contraparte, com uma atuação desleal, a convicção de que o negócio se realizaria e seria válido.<sup>267</sup>

No mesmo sentido é a lição de Sergio Cavalieri Filho, ao discorrer que

Há nos contratos uma fase que tem sido chamada de *pré-contratual*, em que as partes iniciam os contatos, fazem propostas e contrapropostas – enfim, as tradicionais tratativas destinadas a reflexões e ponderações. Embora nesse momento ainda não tenha ocorrido o encontro de vontades, essas tratativas podem gerar certa vinculação, mormente quando despertam confiança, legítima expectativa, em uma das partes, levando-a a fazer despesas com orçamentos, prospectos, estudos, projetos etc.<sup>268</sup>

Percebe-se, como traço comum, que para poder obrigar o sujeito a indenizar na fase pré-contratual se faz necessário que o ofendido tenha confiado, seria, portanto, o investimento de confiança um de seus pressupostos, necessitando de sua presença concreta na relação intersubjetiva.

---

<sup>265</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 479.

<sup>266</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010, p.301.

<sup>267</sup> NORONHA, Fernando, Op cit. p.478.

<sup>268</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Op cit. p.300

Em verdade, exige-se não apenas o investimento de confiança, mas todos os pressupostos da responsabilidade pela confiança. É necessário, ainda, que a confiança seja justificada, que decorra de uma circunstância hábil a despertá-la e possa ser imputada ao agente.

Não é, portanto, a violação à norma de comportamento que gera reparação, mas a ofensa à confiança despertada, não existindo esta, por mais que a outra parte tenha agido com ausência de boa-fé, até mesmo com intenção de prejudicar, fica afastada a responsabilidade.

Imagine o seguinte caso. Dois sujeitos se aproximam com a intenção de contratar, após várias tratativas, um deles resolve, injustificadamente, não mais fazê-lo. Se o outro em nenhum momento confiou que o contrato viria efetivamente a ser celebrado, não se consegue visualizar qualquer forma de reparação. Primeiro porque, se não há confiança, o sujeito não irá fazer despesas acerca da contratação futura, haja vista que não acredita na sua concretização, não havendo razão para efetuar nenhuma espécie de dispêndio. Ou seja, não se consegue visualizar dano algum quando não há um investimento de confiança. O comportamento, mesmo que desleal, por si só, não enseja reparação.

O segundo motivo que ratifica a posição defendida é que, se mesmo não havendo confiança na celebração futura do contrato, a parte efetua gastos, estes não merecerão proteção. Nestas hipóteses, em que as despesas são feitas sem confiança, percebe-se que não foi a conduta da outra parte que a ensejou, ela derivam de motivo diverso, podendo decorrer de uma levandade ou até mesmo de má-fé. Sendo assim, não há que se falar em reparação alguma, pois não seria, portanto, plausível, responsabilizar alguém de um dano ao qual não deu origem, já que não decorreu de sua conduta.

Assim, não havendo confiança, não há responsabilização. A mera violação de uma regra de comportamento não é suficiente para tanto. Mesmo que a conduta seja desleal, se vier desacompanhada de um investimento de confiança, não é possível se vislumbrar nenhum dano, haja vista que este não virá nem mesmo a ocorrer e se houver, não decorrerá da conduta da outra parte, já que não foi esta que ensejou as despesas, não merecendo, portanto, tutela.

Desta forma, o fundamento da responsabilidade pré-contratual é a proteção da confiança. Luiz Edson Fachin, ao discorrer sobre a responsabilidade contratual, no mesmo sentido afirmar que “tais direitos e obrigações derivam da quebra da confiança no curso das

negociações preliminares.”<sup>269</sup> Conclui-se, portanto, que não havendo confiança no caso concreto, não é possível vislumbrar qualquer indenização. Por outro lado é possível impô-la mesmo quando não há ofensa a um dever de comportamento.

Muitas vezes a parte tem a real intenção de contratar, todavia, fica impossibilitado por alguma circunstância, que o faz desistir, mesmo que não tenha querido causar danos a outra parte, se aquela já teve gastos com o contrato, em decorrência da confiança despertada, haverá reparação. Seria o exemplo de sujeitos que moram em cidades diferentes, no qual A pretende adquirir um quadro de valor e pede B levar a peça para sua cidade, onde será celebrado o contrato. Contudo, no mesmo dia em que B chega na cidade, A descobre que seu filho se encontra com uma doença grave que exigirá vultoso gastos para o tratamento, fazendo com que ele desista de comprar o quadro. Aqui, mesmo não tendo agido de forma desleal, por ter sua conduta dado azo às despesas de B, deve A repará-lo.

Então, parece correto afirmar que não é a boa-fé objetiva o real fundamento da responsabilidade pré-contratual, mas sim a confiança.

É imperioso destacar, por fim que, em verdade, a grande maioria dos autores admite que a responsabilidade pré-contratual é consequência da quebra da confiança. Todavia, classificam-na como decorrente da boa-fé por entenderem que a proteção da confiança é um subprincípio da cláusula geral de proteção à boa-fé. Contudo, conforme foi demonstrado, este não é o posicionamento defendido no presente trabalho. Em uma proposta de entendimento da confiança como instituto autônomo, aparentemente não há dificuldade em perceber que a responsabilidade pré-contratual é espécie da responsabilidade pela confiança, haja vista decorrer de uma frustração da coordenação de condutas, apenas se podendo aplicar uma obrigação de indenizar quando cotejados dois comportamentos de forma subsequente e ligados por um investimento de confiança, característica própria das hipóteses deste tipo de responsabilidade.

---

<sup>269</sup> FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança comercial in FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.146.

#### 4.5.2. Teoria da aparência

A teoria da aparência é, segundo a concepção defendida no presente estudo, uma figura decorrente da utilização da confiança como vetor na solução de conflitos, voltada para a proteção das expectativas legitimamente despertadas na relação entre sujeitos.

Busca-se, em regra, com a aplicação desta teoria, uma proteção positiva da confiança, haja vista que coaduna a realidade à expectativa, estendendo ao que confiou os efeitos daquilo que é aparente como se real fosse.

Dotada de uma certa unanimidade dentro do universo da proteção da confiança, esta [a teoria da aparência] não opera através da imposição de uma obrigação de indemnizar, pois coloca antes o confiante na posição jurídica correspondente às expectativas que alimentou; a ordem jurídica confere a alguém uma posição que “em si” não existia, devido à ocorrência de uma situação que, segundo o seu figurino fenomenológico “exterior”, conduzia “a respectiva atribuição. A tutela da aparência “anula” deste modo a diferença entre o que parece e aquilo que tem existência efectiva como realidade jurídica. Na sua base encontra-se uma situação de aparência. Esta corresponde a um *Tatbestand* de confiança especialmente intenso, pela enérgica tutela de expectativas que a ordem jurídica a ele associa. Deste modo, seguindo a destrição precedentemente delineada, a proteção da aparência integra-se na custódia positiva da confiança.<sup>270</sup>

Juridicamente, portanto, pode-se dizer que, ao contrário do adágio popular, aquilo que parece, é, ou melhor, aquilo que parece, passa a ser. Em razão do estado de confiança existente em uma situação, esta que, apesar de não ser o que aparenta, convola-se para proteger o sujeito confiante, então, para ele, a aparência passa a ser realidade.

Importa destacar que, apesar da teoria da aparência voltar-se primariamente para uma proteção positiva da confiança, não se nega a possibilidade de ocorrer de forma negativa quando não for cabível estender os efeitos do ato aparente.

É interessante notar, pelo exposto, que a proteção à aparência apenas se torna relevante em razão do investimento de confiança existente. “A aparência, portanto, que importa é sempre aquela que advém de uma confiança legítima por parte do terceiro.”<sup>271</sup>

Assim, em que pese costumar-se afirmar que a teoria da aparência decorre da boa-fé, percebe-se que seu verdadeiro fundamento é a proteção da confiança, haja vista que uma

---

<sup>270</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.46

<sup>271</sup> KUMPEL, Vitor Frederico. **Teoria da aparência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007, p.54.

responsabilidade com base na boa-fé objetiva não exige um real investimento de confiança. Todavia, sem este pressuposto, a aparência não merece proteção e não produzirá efeitos. Portanto, esta teoria apenas ganha relevância jurídica ao proteger expectativas, caracterizando-se como uma figura decorrente da responsabilidade pela confiança.

É imperioso notar que

a protecção (positiva) da confiança através da aparência não implica infracção de normas de conduta. Sobretudo, ela não é suscetível de conceber-se como responsabilidade pela violação de um dever de corresponder à confiança alheia. Este *apenas pode obviamente prejudicar quando estejam em causa expectativas acerca de um comportamento futuro de outrem*; por conseguinte, somente onde faça sentido uma estratégia de carácter *preventivo* com respeito à frustração da confiança (através da cominação de um dever desse tipo).<sup>272</sup>

Desta forma, apenas se visualiza uma responsabilização com base na aparência se houver efetivo investimento de confiança. Busca-se proteger a expectativa depositada na situação aparente, caracterizando-se, portanto, como figura decorrente da responsabilidade pela confiança.

#### 4.5.3. *Venire contra factum proprium*

O *venire contra factum proprium* talvez seja a figura, dentro do direito brasileiro, que melhor representa a responsabilidade pela confiança. A própria ideia de proibição de comportamento contraditório já traz insito em si o despertar de algum grau de expectativa.

Em que pese estar claro que o *venire* busca proteger uma expectativa despertada, não é pacífico, contudo, a concepção de que a proteção da confiança é o seu real fundamento. “A afirmação de que o *venire contra factum proprium* é aplicação da boa fé, ou, se se quiser, que o assumir de comportamentos contraditórios viola a regra da observância da boa fé, é comum na doutrina e na jurisprudência.”<sup>273</sup> Isto ocorre porque, para a maior parte da doutrina<sup>274</sup>, a confiança

<sup>272</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.429.

<sup>273</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.752.

<sup>274</sup> Cita-se, à guisa de exemplo: “a proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p.608). “A primeira repercussão pragmática da aplicação do princípio da

é princípio decorrente da boa-fé, assim, a proibição de comportamento contraditório estaria embasada nesta. Todavia, conforme foi demonstrado no presente trabalho, boa-fé e confiança não se confundem. É preciso, portanto, saber em que se fundamenta o instituto ora em tela.

Não parece estar correta a linha doutrinária que entende que o *venire* decorre da boa-fé, haja vista não se tratar de uma violação a uma norma de conduta. “É outra noção – a de confiança, por sua vez – que vai explicar o alcance do princípio que proíbe *venire contra factum proprium*, ou *venire contra factum proprium nulli conceditur*”.<sup>275</sup>

É imperioso notar que não se proíbe, verdadeiramente, a contrariedade de comportamento, esta apenas se torna relevante quando há um investimento de confiança. Não é a mera oposição de condutas que faz incidir qualquer obrigação indenizatória.

A contrariedade, por si só, é permitida pelo sistema jurídico, estando abarcada pela autonomia da vontade do sujeito. O fato de a conduta posterior ir de encontro à anterior, não dá ensejo a nenhuma responsabilização, haja vista não existir “uma proteção jurídica a coerência como um valor em si.”<sup>276</sup> O que faz com que o segundo comportamento não possa ser efetuado é exatamente a proteção à confiança despertada em outrem. A exigibilidade de coerência do comportamento apenas surge de maneira indireta, como forma de preservar a confiança despertada, não se caracterizando, assim, como fundamento, mas consequência. Percebe-se, portanto que

[...] a razão de ser material da relevância da contraditoriedade da actuação radica essencialmente na eficácia geradora de confiança do comportamento do sujeito. As expectativas suscitadas pelo seu agir anterior explicam que um comportamento posterior seu possa contradizê-la em termos de suscitar uma intervenção da ordem jurídica para tutelar a posição do confiante. Não é aquela oposição que em si mesma (na sua formalidade) o justifica – sublinhe-se -, mas a confiança depositada num determinado proceder futuro do agente tendo em conta uma conduta sua precedente.<sup>277</sup>

---

boa-fé objetiva reside na consagração da vedação do comportamento contraditório” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** – Contratos: teoria geral. Vol. IV. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2009, p.82). “Esta máxima expresa de forma tan inmediata La esencia de La obligación de comportarse de acuerdo com La buena Fe” (WIEACKER, Franz. **El principio general de La buena Fe**. Madrid: Civitas, 1977, p.60).

<sup>275</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.466.

<sup>276</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios**: da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.97.

<sup>277</sup> DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.411-413.



Desta forma, o *venire contra factum proprium* encontra sua razão de ser na proteção da confiança e não na obediência a uma conduta decorrente da boa-fé, caracterizando-se como uma forma de responsabilidade pela confiança. Menezes Cordeiro faz interessante digressão sobre o tema, defendendo que a remissão à confiança mostra-se salutar no entendimento e aplicação da proibição do comportamento contraditório:

Substituir uma referência amorfa à boa fé pela menção da confiança não é trocar uma fórmula vazia por outra similar. A confiança permite um critério de decisão: um comportamento não pode ser contraditado quando ele seja de molde a suscitar a confiança das pessoas. A confiança contorna, ainda, o problema dogmático, de solução intrincada, emergente da impossibilidade jurídica de vincular, permanentemente, as pessoas aos comportamentos uma vez assumidos. Não é disso que se trata, mas tão só de imputar aos autores respectivos as situações de confiança, que de livre vontade, tenham suscitado.<sup>278</sup>

Outra consequência de se adotar a confiança como fundamento é garantir autonomia para o instituto, afastando-o da doutrina do abuso de direito.

Uma parte da doutrina<sup>279</sup> entende que o *venire contra factum proprium* é uma espécie de abuso de direito por violação de boa-fé. Para os que propugnam que a confiança é subprincípio da boa-fé, este raciocínio tem embasamento. Todavia, em razão do posicionamento adotado neste estudo, apartando-se ambos os institutos e defendendo a autonomia dogmática da confiança, restaria ele equivocado.

O abuso de direito é fundado na boa-fé objetiva, caracterizando-se como o exercício de um direito em desconformidade com os seus objetivos e valores. Assim, o que se busca evitar é a conduta contrária à ética, utilizando-se de um direito de maneira formalmente correta, mas com finalidade diversa da pensada para ele. Claramente o exercício abusivo ofende normas de conduta decorrente da boa-fé.

Ao passo que o *venire*, como já se viu, apenas reflexivamente impede este tipo de comportamento, sendo alcançado através da proteção à confiança.

Por embasarem-se em institutos diversos, não há, portanto, que se confundir a proibição do comportamento contraditório, com o abuso de direito.

---

<sup>278</sup> CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p.756.

<sup>279</sup> Cita-se, à guisa de exemplo, Anderson Schreiber que afirma “O *venire contra factum proprium* inclui-se exatamente nesta categoria: um abuso do direito por violação à boa-fé” (**A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.119)

Por fim, destaca-se que responsabilidade pela confiança, quando aplicada nas hipóteses de *venire*, busca, como regra, uma proteção positiva, inviabilizando o comportamento lesivo e garantindo a concretização da expectativa. Neste sentido é também a lição de João Baptista Machado:

No domínio de casos em que é aplicável a proibição do *venire contra factum proprium* a “responsabilidade pela confiança” funciona em regra em termos preventivos, paralisando o exercício de um direito ou tornando ineficaz aquela conduta declarativa que, se não fosse contraditória com a conduta anterior do mesmo agente, produziria determinados efeitos jurídicos.<sup>280</sup>(Machado, p.370)

Assim, conclui-se ser o presente instituto uma espécie de responsabilidade pela confiança, ao qual se aplicam os pressupostos deste como base para sua aplicação.

#### 4.6. LIMITES DA TUTELA DA CONFIANÇA

Vimos que a tutela da confiança possui um caráter abrangente, permeando através das diversas relações sociais e jurídicas. Todavia, é necessário ter em mente que existem limites para a sua aplicação como vetor na solução de conflitos na responsabilidade civil. Determinados atos não têm o condão de despertar uma expectativa legítima, ou até possuem essa força, mas, por razões diversas, não podem ser merecedoras da proteção judicial.

O que se pretende demonstrar é que nem toda a confiança, mesmo que justificada, é capaz de dar ensejo a uma obrigação reparatória, ou seja, nem toda confiança merece tutela.

Isto quer dizer que, mesmo havendo uma situação hábil a gerar um investimento de confiança justificado, ainda assim, é possível se afastar uma proteção jurídica. Se não for possível imputar a confiança a quem a defrauda, não há reparação.

Basicamente, existem três situações que em que a confiança não merece tutela por meio da responsabilidade civil. São eles os fatos da natureza, os atos dos incapazes e as atividades ilícitas.

Iniciar-se-á a análise pelos fatos da natureza. Não há que se negar que estes são sim aptos a despertar expectativas no indivíduo, todavia, elas não são merecedoras de proteção.

---

<sup>280</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.370.

Assim, em que pese poderem vir a gerar confiança, não se pode extrair desses fatos qualquer obrigação de respeito à fidúcia, se eventualmente esta restar frustrada não cabe qualquer demanda reparatória.

Existe um exemplo real no Brasil que ilustra muito bem o que se defende, é o caso das chuvas em Belém. Sabe-se que neste Estado chove todos os dias por volta das 16:00 hs, as pessoas, em razão da reiteração, fazem programas e agendam compromissos com base neste evento da natureza. Todavia, se algum dia acontecer de não chover e isto causar dano a alguém, este indivíduo não teria como pleitear qualquer indenização, pois, apesar de ter confiado na ocorrência do evento, não é possível imputar a sua ofensa ao fato natural.

Percebe-se que, em razão da sua reiteração, as chuvas de Belém são uma situação hábil a despertar expectativas, contudo, claramente não se vislumbra a possibilidade de responsabilizar a natureza por não ter chovido em um determinado dia.

Assim, no caso dos fatos da natureza a confiança não merecerá proteção porque é impossível exigir a manutenção deste comportamento, ou seja, não se pode imputar a confiança àquele que a defraudou.

Existe ainda outro ponto relevante a ser destacado. Viu-se que a confiança é atestada no caso concreto através dos critérios de normalidade e plausibilidade. No que tange o critério da normalidade este pode até vir a ser configurado no caso concreto em razão de uma reiteração de determinado evento da natureza, como é o caso das chuvas em Belém. Contudo, em que pese ser normal o acontecimento deste evento, não é plausível se esperar dele qualquer tipo de respeito à sua conduta prévia, exigindo que perpetue o ato previamente ocorrido.

Assim, nota-se que no âmbito dos fatos da natureza não há como tutelar a confiança, haja vista a impossibilidade de imputação. “Só a vontade humana, expressa através de uma conduta (activa ou omissiva), poderá fazer com que um contingente processo causal possa ser imputado a alguém.”<sup>281</sup> Conclui-se, portanto, que, para merecer proteção, a confiança deve decorrer de uma conduta humana.

---

<sup>281</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.414.

A segunda hipótese não abarcada pela tutela da confiança são os atos dos incapazes. A confiança, quando despertada em razão do comportamento de quem é inapto para os atos da vida civil, não merece proteção.

Não quer dizer com isso que o ato de um incapaz não possa despertar expectativas, todavia, o investimento de confiança eventualmente feito com base nele é que não ensejará a incidência de uma responsabilização. Isso se dá porque

[...] a autovinculação através de uma conduta comunicativa (e subsequente responsabilização) pressupõe que o autor da conduta seja membro da parte inteira, membro adulto, dessa comunidade de interação e comunicação. Pois pressupõe que se considere ou deva considerar bem estabelecida ou amadurecida a “identidade” pessoal do agente cuja conduta comunicativa deve merecer crédito, pode e deve ser levada a sério, em termos de poder contar-se com uma *coerência* (“constância”) na sua conduta futura [...]

Daqui podemos concluir que o menor, mediante a sua conduta (ainda que se trate de simples actuação de facto), se não *autovincula*, se não vincula a ser coerente e a um *non venire contra factum proprium*. Se não pode autovincular-se, não pode “pôr” (estabelecer) um “facto de coniança”.<sup>282</sup> (Machado, p.354-355)

Percebe-se, portanto, que a confiança despertada em razão do comportamento de um incapaz não atrai proteção jurídica, haja vista não atender a dois dos pressupostos da responsabilidade pela confiança, que são a justificação de confiança e a possibilidade de imputá-la àquele que a defrauda.

O primeiro dos pressupostos apontados não será preenchido, pois, como o incapaz não pode autovincular-se, ou, pelo menos, sua autovinculação não tem relevância jurídica, não é plausível admitir que a parte possa direcionar seu comportamento com base na conduta daquele. Desta forma, eventual investimento de confiança não será justificado e, conseqüentemente, não merecerá proteção.

Ademais, exatamente porque o seu comportamento não gera autovinculação, não é cabível imputar a ele qualquer conduta ofensiva à expectativa despertada, não se podendo falar, portanto, em responsabilidade pela confiança decorrente de conduta de incapazes.

A última hipótese se refere às atividades ilícitas. Viu-se que a tutela da confiança age como instrumento de regulação social, embasando as atividades perpetradas no seio da

---

<sup>282</sup> MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in MACHADO, João Baptista. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991, p.354-355.

sociedade e quando é quebrada, através da teoria da responsabilidade civil, garante-se a devida reparação.

A tutela da confiança busca proteger as expectativas despertadas por meio de atividades sociais lícitas. Ou seja, a situação de confiança não pode ser contrária ao direito, tem que estar inserida e aceita sócio-juridicamente para que a expectativa despertada possa merecer proteção. Apenas aqueles comportamentos aceitos e estimulados pela sociedade e pelo Direito é que podem despertar uma confiança merecedora de tutela.

Não se está afirmando que um ato contrário à norma, ilícito, portanto, não gere obrigação de indenizar, a hipótese aqui é diversa.

O que se quer demonstrar é que as situações ilícitas não são capazes de ensejar uma responsabilidade pela confiança. Seriam elas aquelas atividades perpetradas à margem dos comportamentos aceitos pela sociedade, decorrente das relações interpessoais de indivíduos que já se encontram em situação ilícita e que, por estarem “fora” da sociedade, não podem gerar confiança, haja vista que esta regula apenas os atos aceitos no âmbito social.

A fim de ilustrar o ora exposto, exemplifica-se: imagine o caso de dois amigos que resolvem assaltar uma casa e furtar uma televisão. Após a empreitada decidem deixar o produto do crime na casa de um deles, este, aproveitando a ausência do amigo, vende a televisão e fica com todo o lucro do assalto só para si.

No presente caso, por mais que exista confiança, esta se traduz apenas em um sentimento, não tendo relevância jurídica.

É preciso notar que, a partir do momento que uma expectativa é criada em torno de determinada situação, quando o Direito protege esta expectativa, ele faz com que a sociedade veja-a como correta ou esperada, reconhecendo a licitude dela. Portanto, aquelas atividades que são rechaçadas pela sociedade, por óbvio, não gozam de respaldo social, em verdade, nem mesmo são aceitas. Logicamente, uma relação ocorrida no seio deste tipo de atividade não pode gerar uma confiança merecedora de proteção.

É imperioso deixar claro que quando se afirma que as atividades ilícitas não geram responsabilidade civil está-se referindo a esses casos em que o sujeito atua fora da sociedade, seus atos, portanto, não estão cobertos pela tutela da confiança. Esta situação difere

por completo daquela em que o indivíduo está atuando conforme as normas sociais e em decorrência de um ato ilícito de outrem vem a ser prejudicado. Neste caso, claramente existe responsabilidade civil.

Conclui-se, portanto, que não é toda a confiança depositada que merece proteção, existindo situações, como os fatos da natureza, atos de incapazes e relações ilícitas, que se encontram excluídas de sua tutela.

#### 4.7. A CONFIANÇA E O EXERCÍCIO DE DIREITOS PRESCRITOS (APLICANDO A CONFIANÇA COMO UM VETOR NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA)

Em que pese a importância das figuras jurídicas analisadas é preciso ter em mente que a responsabilidade pela confiança é mais abrangente, não se limitando a elas. A confiança como vetor na solução de conflitos pode ser aplicada no surgimento de novos litígios, oferecendo resposta satisfatória para casos intrincados.

Neste diapasão, busca-se demonstrar que, diante de um cenário de conflito, a confiança pode ser utilizada para embasar o exercício de direitos prescritos.

Não há que se discutir que a confiança pode impedir o exercício de direitos, negando ao sujeito a possibilidade de realizar uma conduta, em tese, lícita. Aquele que despertou a confiança em outrem não pode posteriormente defraudá-la, mesmo que este segundo comportamento consubstancie-se em um direito seu.

Um grande exemplo desta força limitadora da confiança é a figura do *verwirkung*. Esta busca impedir o exercício de um direito em razão do seu retardamento desleal.

Trata-se a *verwirkung* de uma paralisação ao exercício de um direito derivada da inatividade do seu titular durante um razoável lapso temporal, de modo a caracterizar um atraso desleal, que tenha criado em outrem a crença na inexistência do direito ou a legítima expectativa de que este direito não mais seria exercido.<sup>283</sup>

Assim, percebe-se que ela objetiva proteger a confiança legitimamente despertada, tutelando aquele que acreditou que determinado direito não seria exercido, podendo, portanto se

---

<sup>260</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios:** da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.69-70.

opor a ele e impedir o seu exercício. Ou seja, em razão da confiança depositada que um comportamento não seria exercido, ele passa a efetivamente não poder ser, restando claro o papel que a proteção da confiança tem de limitar o exercício de direitos.

É imperioso destacar que, tecnicamente, a proteção da confiança, por meio da *verwirkung*, não afeta o direito em si, não o extingue, apenas impede o seu exercício, atingindo, portanto, a pretensão. Neste sentido a ela se aproxima bastante da prescrição, funcionando como uma espécie de “prescrição de fato”<sup>284</sup>. Todavia, em que pese a semelhança, claramente ambos os institutos não se confundem, haja vista terem fundamento diverso, enquanto a prescrição está embasada na segurança jurídica, a *verwirkung* encontra seu fundamento na proteção da confiança.<sup>285</sup>

O que é interessante notar da análise do instituto é o fato de se poder impedir o exercício de direitos não prescritos tendo por base a proteção da confiança. Será então que o contrário também não seria possível, ou seja, com base também na proteção da confiança, admitir-se o exercício de direitos já prescritos?

Posiciona-se afirmativamente ao questionamento acima. Desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade pela confiança, admite-se a possibilidade daquele que confiou poder se valer de um direito já atingido pelo lapso prescricional. Ou seja, “um comportamento contraditório lesivo do devedor poderá produzir a dilação da pretensão de exercício para além do prazo prescricional legalmente definido.”<sup>286</sup>

A ideia central é que se determinado sujeito cria em outro a expectativa de que este poderá exercer seu direito mesmo após o decurso do lapso prescricional, responderá com base nesta confiança despertada, garantindo ao confiante a realização dele ou, quando impossível, a uma reparação equivalente.

---

<sup>284</sup> A referida comparação é feita por Francisco José Ferreira Muniz no artigo **O princípio geral da boa-fé como regra de comportamento contratual**, publicado na obra **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998, p.45-46, no qual afirma que “O exercício da pretensão vem, assim, paralisado pela *verwirkung*, por ser considerado desleal e abusivo, muito embora não haja transcorrido o prazo legal da prescrição, o que significa aplicar-lhe na realidade uma espécie de prescrição de fato.”

<sup>285</sup> Válido ressaltar que a maioria da doutrina entende ser a boa-fé o verdadeiro fundamento da *verwirkung*, todavia não parece ter razão. Haja vista que a *verwirkung* é uma espécie de *venire contra factum proprium* remete-se o leitor para o tópico 4.5.3, pois defende-se ser a confiança verdadeiro fundamento da *verwirkung* pelas mesmas razões lá apontadas.

<sup>286</sup> SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios**: da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: JusPodivm, 2008, p.114.

O que é imperioso notar, desde já, é que a prescrição é uma instrumentalização do princípio da segurança jurídica e, como tal, não pode ser absoluta, haja vista que todo princípio jurídico admite flexibilização por meio da atividade de ponderação. Desta forma, quando em conflito com o princípio da confiança, é possível que, dependendo da situação, a este deve ser dado maior peso, afastando a incidência daquele e, conseqüentemente, a aplicação do prazo legal. “É que, em alguns casos concretos, o valor *segurança* (que inspira os prazos legais) há de ceder em prol do valor *confiança*.”<sup>287</sup> E quando este for mais relevante, a consequência é o elastecimento da prescrição, garantindo-se o exercício do direito mesmo após o prazo prescricional.

Tanto não são absolutos os prazos prescricionais que o próprio Código Civil, eventualmente, os elastece, e o faz por meio das hipóteses de impedimento, suspensão e interrupção da prescrição. Basta apenas saber se é possível que essa flexibilização ocorra fora dos casos previstos em lei.

A fim de demonstrar que sim, vai-se analisar o art. 197 do CC/02, que prevê as causas que impedem ou suspendem a prescrição. Dispõe o referido artigo:

Art. 197. Não corre a prescrição:

I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;

II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;

III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Fora toda discussão acerca das características do impedimento e da suspensão, o que se nota é uma semelhança entre as três hipóteses. Em todas elas há uma relação de confiança entre os sujeitos. Carlos Roberto Gonçalves, partilhando do mesmo entendimento, afirma: “O motivo, nos três casos, é a confiança, a amizade, os laços de afeição que existem entre as partes.”<sup>288</sup> Ou seja, o fundamento para a não incidência da prescrição nas hipóteses legais é, entre outros, a proteção da confiança existente.

Em outra oportunidade, manifestou-se sobre o tema, afirmando que

---

<sup>287</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil:** teoria geral. 8 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p.614

<sup>288</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Parte Geral. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.524.



o legislador, reconhecendo que o princípio da segurança não é absoluto e que existem valores que podem, em determinadas circunstâncias, se sobrepor a ele, acaba por flexibilizar o prazo prescricional, pregando que o mesmo não correrá em face de situações específicas.<sup>289</sup>

Alerta-se, desde já, que não se quer afirmar que seriam estes casos de responsabilidade pela confiança, longe disso, pois, como claramente se percebe, não é a confiança fundamento da norma, funcionando como mero reforço teleológico. Todavia, abre-se margem para a confiança, aí sim funcionando como fundamento, poder dar ensejo à “ampliação da prescrição.”<sup>290</sup>

Desta forma, não sendo a segurança jurídica um princípio absoluto, poderá ser afastada quando diante da proteção da confiança, admitindo-se que, se um direito deixar de ser exercido em razão de um investimento de confiança decorrente da conduta de outrem, ele não será atingido pelos efeitos da prescrição.

A responsabilidade pela confiança, em verdade, não impede a contagem do prazo legal, a prescrição ocorrerá, entretanto, seus efeitos não poderão atingir o sujeito confiante.

Imagine-se o exemplo em que A e B são amigos, tendo este emprestado o carro àquele. A, dirigindo em alta velocidade, capota o carro, causando perda total do veículo e vindo a sofrer sérias lesões que demandarão longo tratamento, exigindo, inclusive a realização de diversas cirurgias. A desperta em B, através de sua conduta, a confiança de que irá reparar os danos tão logo termine o tratamento, já que, em razão dos vultosos gastos com a saúde, não tem condições de arcar com o montante suficiente para reparar os danos causados. Todavia, quando o tratamento termina, o que apenas ocorre após o lapso prescricional, A se nega a indenizar B.

No caso ora descrito não parece justo que B não possa responsabilizar A pelos danos sofridos, seria subverter os objetivos do direito e privilegiar aquele que agiu de má-fé.

Utilizando-se, todavia, a confiança como vetor na solução de conflitos na responsabilidade civil, é possível dar uma resposta satisfatória ao problema. Ao aplicar a responsabilidade pela confiança ao caso, admite-se que A possa exercer sua pretensão, haja vista não estar o seu direito obstado pela prescrição.

---

<sup>289</sup> ANDRADE JUNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A confiança e o exercício de direitos prescritos. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma. Vol. 44. P. 107-133. Outubro/Dezembro de 2010.

<sup>290</sup> Tecnicamente, a confiança, como fundamento para a admissão do exercício de direitos prescritos, não amplia o lapso prescricional. A prescrição ocorrerá normalmente de acordo com os prazos legais, todavia, os seus efeitos não atingirão aquele que, por ter confiado, não exerceu determinado direito.

O que se percebe é que a proteção da confiança não fica engessada pelos prazos legais, estando presentes os pressupostos da responsabilidade pela confiança, há de se impor uma reparação em prol do confiante.

A vítima apenas não exerceu seu direito em razão da conduta do ofensor, pois confiou que poderia fazê-lo posteriormente. Este, então, ao despertar essa confiança, vincula-se a ela, ficando impedido de defraudá-la. Obriga-se, portanto, que o ofensor se comporte de acordo com a expectativa, fazendo com que, conseqüentemente, a pretensão possa ser exercida.

É necessário, ainda, perceber que, mesmo em outro viés, é possível defender o exercício de direitos prescritos com base na confiança.

Perceba-se que o comportamento que defrauda a expectativa legítima, em regra, enseja dano. Ao se ofender a confiança, a conduta do ofensor causaria um dano ao sujeito-confiante, surgindo para este uma pretensão. Assim, por decorrer da frustrada da confiança, contar-se-ia o lapso temporal a partir deste marco. Ou seja, o início da contagem ocorreria da conduta que ofendeu a confiança. No exemplo citado a prescrição começaria a contar do momento em que A se negou a reparar os danos decorrentes do abaloamento do carro.

Quando o ofensor inviabiliza o exercício da pretensão, despertando no outro a crença de sua possível utilização *a posteriori*, esta conduta caracteriza um dano.

Desta forma, mesmo que o direito original tenha tido sua pretensão neutralizada pela prescrição, quando o sujeito defrauda a confiança surge um novo dano e, conseqüentemente, uma nova pretensão, dando azo ao exercício daquele direito. É como se renovasse a contagem do prazo, funcionando de maneira análoga à interrupção da prescrição, embora por um fundamento diverso e com pressupostos distintos.

Neste sentido, quando se diz que a confiança pode embasar o exercício de direitos prescritos, isto se dá porque a ofensa a ela dá ensejo a um novo dano, sendo este um reflexo do direito não exercido. Desta forma, a fim de repará-lo, faz-se necessário admitir que o sujeito confiante possa realizá-lo ou que faça jus a uma reparação.

Assim, seja pela concepção de que os efeitos da prescrição não se estendem àquele que confiou ou porque a defraudação dá ensejo a um novo prazo prescricional, percebe-se

ser possível o exercício de direitos já atingidos pela prescrição com fundamento na proteção da confiança.

## 5. CONCLUSÕES

Não há que se negar, que, em decorrência das transformações ocorridas no sistema jurídico brasileiro, a tutela da confiança vem ganhando mais atenção dos estudiosos do Direito.

Reconhecer que, em atenção ao princípio da dignidade humana, o ser humano merece proteção em todos os seus aspectos, significa também admitir que suas crenças merecem ser resguardadas. As expectativas do sujeito compõem sua dignidade e, em razão disso, têm relevância jurídica, não podendo ser ofendidas.

O princípio da proteção da confiança, então, ganha destaque nesta realidade como forma de promover a dignidade da pessoa. Desta maneira, não parece mais correto relegar a tutela da confiança a um papel subsidiário, secundário, dentro do sistema jurídico.

É preciso encará-la como figura jurídica autônoma, apartada de quaisquer outras. O estudo da confiança por meio da boa-fé objetiva foi um passo importante na construção dogmática do instituto. Todavia, defende-se que é hora de ir mais além, retirá-lo da sombra da boa-fé (também da segurança jurídica) para, assim, conhecendo suas reais características e limites, utilizá-lo diretamente na solução de conflitos.

É neste viés que a confiança deve ser aplicada à responsabilidade civil, direcionando a resposta apresentada pela teoria das obrigações de indenizar dentro do cenário de crise paradigmática pela qual passa o instituto.

Assim, dentro do âmbito do Direito Civil e, especificamente da teoria da responsabilidade civil, proteger a confiança dos sujeitos significa impor sanção a todo aquele que a ofenda obrigando-o a indenizar aquele que teve suas crenças frustradas.

Desta forma, buscou-se nortear o estudo apresentado pela ideia central de que a confiança, apartada de quaisquer outras figuras jurídicas, pode funcionar como vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil contemporânea. A presente abordagem levou a algumas conclusões, às quais passa, neste momento, a pontuar:

1 – A teoria da responsabilidade civil passa por um momento de crise. Erigida sobre bases patrimonialistas, não se apresenta perfeitamente coadunada com o paradigma da dignidade humana que hoje fundamenta o sistema jurídico como um todo. Tal descompasso ocasiona, como consequência, uma releitura dos seus pressupostos clássicos que acabem, muitas vezes, sendo flexibilizados, ou, até mesmo, desconsiderados, a fim de garantir a reparação da vítima.

2 – Diante deste cenário, como corolário da solidarização da responsabilidade civil, a tutela da confiança surge como instrumento hábil a resolver conflitos para os quais a teoria clássica mostra dificuldades, direcionando sua aplicação nestas hipóteses.

3 – A confiança é elemento estruturante da sociedade, sobre a qual se alicerçam relações intersubjetivas. Por ser o Direito também um fato social, a confiança é, portanto, um elemento deste, entrando no sistema jurídico na forma de um princípio ético-jurídico.

4 – Propugna-se por uma construção dogmática da confiança apartada de outras figuras jurídicas, entendendo-a como instituto próprio e independente de outros. Não decorre da boa-fé ou da segurança jurídica, nestes a proteção da confiança funciona como um reforço teleológico, não se exigindo um real investimento de confiança. Ao passo que sem um “depositar de expectativas” não há que se falar em proteção da confiança.

5 – A proteção da confiança caracteriza-se por estruturar-se em uma realidade binária, composta por atos temporalmente subseqüentes. Decorre, portanto, de uma situação na qual um sujeito, ao confiar, direciona seu comportamento em determinado sentido, em razão da conduta de outrem que despertou a expectativa, vinculando-o ao comportamento prévio que deu ensejo ao investimento de confiança.

6 – Aplicada à responsabilidade civil a confiança atua em situações a princípio lícitas e não vinculantes, preenchendo um espaço não abarcado pela responsabilidade civil delitual ou pela contratual, resolvendo conflitos decorrentes de relações de “quase-delito” e/ou “quase-contrato”.

7 – Afere-se a confiança através de critérios de normalidade e experiência, analisando casuisticamente a situação que se apresenta, a fim de identificar a presença efetiva de um investimento de confiança. Ressalta-se que os referidos critérios funcionam como um indício,

cabendo sempre prova em contrário. Não pode caracterizar uma presunção absoluta, sob pena de restar afastada a responsabilidade pela confiança.

8 – A confiança, quando aplicada à responsabilidade civil não se limita a impor uma reparação pecuniária quando ocorre um dano, indo mais além. Ao funcionar como vetor na solução de conflitos pode dar ensejo a duas formas diferentes de sancionamento, dividindo-se em responsabilidade positiva pela confiança e responsabilidade negativa pela confiança. Naquela busca-se garantir que a expectativa despertada venha a concretizar-se faticamente, adequando realidade à confiança. Nesta, ao contrário, o intuito é indenizar o ofendido pela defraudação, compensando o dano, em regra, pecuniariamente.

9 – A responsabilidade pela confiança possui quatro pressupostos, quais sejam: uma situação de confiança, um investimento de confiança, uma justificação de confiança e a possibilidade de imputar confiança àquele contra quem atua a sua proteção. Da análise destas, chega-se a duas conclusões básicas. Responsabilidade pela confiança e por infração de normas de comportamento não se confundem, haja vista naquela ser a confiança fundamento da imposição de obrigação de reparar, ao passo que nesta funciona como reforço teleológico. Percebe-se também, que a responsabilidade pela confiança não pode decorrer de atos meramente omissivos, pois é sempre necessário que o despertar de expectativas decorra do comportamento positivo daquele que vem a defraudar a confiança.

10 – A responsabilidade pela confiança é objetiva, não se analisando a culpa do ofensor, seja na situação de confiança ou no ato defraudatório. Esta análise objetiva não implica, de modo algum, em normatização da confiança, haja vista recair sobre a conduta do sujeito e não sobre a confiança em si, a qual continua a ser essencial para a imposição de qualquer obrigação de indenizar.

11 – O sistema jurídico brasileiro já utiliza da confiança como vetor de solução de conflitos, apesar de não reconhecer a sua autonomia dogmática. As figuras da responsabilidade pré-contratual, da teoria da aparência e do *venire contra factum proprium*, são exemplos de sua aplicação. Ressalta-se que, apesar da grande maioria da doutrina afirmar que essas figuras são decorrentes da boa-fé, em verdade, o fundamento delas está na confiança. Aparentemente, aponta-se a boa-fé como gênese por classificarem a confiança como subprincípio daquela, todavia, ao se defender a autonomia dogmática da confiança, apartando-a de outros institutos,

parece correto apontá-la como real fundamento das figuras jurídicas em tela, haja vista que sem este elemento, elas não subsistem.

12 – Nem toda a confiança é merecedora de tutela, algumas hipóteses não merecem proteção jurídica. Desta forma, mesmo havendo um investimento de confiança justificado, os fatos da natureza, os atos de incapazes e as situações ilícitas não são hábeis a atrair a proteção do sistema jurídico, não podendo a confiança existente nestes casos funcionar como vetor de solução de conflitos.

13 - A tutela da confiança, funcionando como vetor de solução de conflitos, pode (e deve) ser utilizada de maneira abrangente na responsabilidade civil contemporânea, não se limitando a figuras jurídicas pontuais. Exemplifica-se tal forma de aplicação quando funciona como fundamento para admitir o exercício de direitos prescritos. Com fulcro na confiança é possível permitir que o sujeito que confiou venha a realizar um direito já atingido pelo prazo prescricional, não ficando sua pretensão neutralizada.

Por tudo o que foi estudado, pode-se perceber que a confiança como vetor de solução de conflitos na responsabilidade civil funciona como instrumento capaz de, em atenção à ampliação de proteção do indivíduo imposta pelo paradigma da dignidade humana, garantir a reparação em situações às quais a teoria clássica encontra dificuldades. Sua aplicação nas obrigações de indenizar é uma forma de coadunar a responsabilidade civil ao novo paradigma.

A confiança sempre esteve presente no ser humano, é inerente a qualquer pessoa, todos pautam seus comportamentos em algum investimento de confiança. Desta forma, nada mais natural do que inseri-la no ambiente jurídico. Portanto, reconhecendo-se que as expectativas compõem a dignidade de cada um, é salutar trazê-la para o centro de algumas discussões jurídicas, valorizando, assim, o próprio ser humano. Desconsiderar as crenças e expectativas dos indivíduos é instrumentalizá-los para um fim, algo inadmissível numa realidade de valorização existencial.

Defende-se, então, que a confiança pode e deve ser utilizada para resolver conflitos, assumindo um papel de contribuição na pacificação social. Em uma sociedade tão desacreditada, confiar ainda parece ser a escolha correta.

Insta perceber que aquele que confia mostra ainda ter fé nas pessoas e na sociedade como um todo. Esse comportamento positivo é salutar e algo que não se deve perder. Assim, proteger a confiança é uma forma de manter acesa no homem a esperança por uma sociedade mais justa. Confiai, portanto!



## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. **Princípio da confiança no direito penal: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALTHEIM, Roberto. **Direito de Danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE JUNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A confiança e o exercício de direitos prescritos. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 44, p. 107-133. Out/Dez de 2010.

ATIYAH, Patrick. **The Damages Lottery**. Oxford: Hart publishing, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica no direito tributário: entre permanência, mudança e realização**. São Paulo: USP, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. São Paulo: Manole, 2007.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5ª edição. Brasil: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Programa de responsabilidade Civil**. 9ª edição. Brasil: Malheiros, 2010.

CORDEIRO, António Manuel de Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. **Contrato e deveres de protecção**. Coimbra, 1994

\_\_\_\_\_. **Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?** Almedina: Coimbra, 1997.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. XI edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil Brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A tutela Jurídica da confiança aplicada ao direito de família**.

Disponível em:

[http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a\\_tutela\\_juridica\\_da\\_confianca\\_ao\\_direito\\_da\\_familia.pdf](http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/a_tutela_juridica_da_confianca_ao_direito_da_familia.pdf). Acesso em: 19/05/2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novos rumos da responsabilidade civil: Teoria do resultado mais grave (thin skull rule)**. Disponível em: <http://www.sinpojud.org.br/destaques.php?id=1698>. Acesso em: 12/06/2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol II. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume III. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume IV. Tomo I. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. Volume I. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro**. Volume I: Parte Geral. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- KUMPEL, Vitor Frederico. **Teoria da aparência no Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 9ª edição. São Paulo: Método, 2005.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/507/constitucionalizacao-do-direito-civil>>. Acesso em 20/06/2011.
- LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 5ª edição. Volume 5. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.
- LOPES, Serpa. **Curso de direito civil**. 4ª edição. Volume 5. São Paulo: Freitas Bastos, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACHADO, João Baptista. **Tutela da confiança e "Venire contra factum proprium"** in \_\_\_\_\_. **Obra Dispersa**. Vol I. Scientia Iuridica: Braga. 1991.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: RT, 2004.
- MARTINS, Raphael Manhães. **O princípio da confiança legítima e o enunciado n. 362 da IV Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/956/1129>. Acesso em: 08/09/2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. **Notas iniciais à leitura do novo Código Civil**. In: ALVIM, Arruda; ALVIM Thereza (coordenadores). **Comentários ao Código Civil Brasileiro: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005
- MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e confiança legítima in ÁVILA, Humberto (org.). Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Brasil: Malheiros, 2005.

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da inconfidência**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2005.

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

\_\_\_\_\_. Constituição e direito civil: tendências. In: \_\_\_\_\_. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: \_\_\_\_\_. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: \_\_\_\_\_. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

MUNIZ, Francisco Ferreira. **Textos de Direito Civil**. Curitiba: Juruá, 1998.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil**. Disponível em: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533/14089>. Acesso em: 07/03/2011.

\_\_\_\_\_. **Direito das Obrigações**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEYREFITTE, Alain. **A sociedade de confiança**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Volume IV. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **A proibição do comportamento contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. **A teoria dos atos próprios:** da proibição de *venire contra factum proprium*. Salvador: JusPodivm, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 5ª Edição. São Paulo: RT, 2001

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do novo Código Civil, In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito civil:** Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil:** Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. A evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil.** 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

WIEACKER, Franz. **El principio general de La buena Fe.** Madrid: Civitas, 1977.