

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**GLENDA GONÇALVES GONDIM**

**RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO:  
DA LÓGICA REPARATÓRIA À LÓGICA INIBITÓRIA**

**CURITIBA**

**2015**

**GLENDAGONÇALVES GONDIM**

**RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO:  
DA LÓGICA REPARATÓRIA À LÓGICA INIBITÓRIA**

**Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Área de concentração em Direito das Relações Sociais. Linha de pesquisa Novos Paradigmas do Direito. Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior**

**CURITIBA**

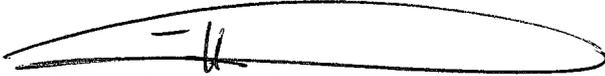
**2015**

## TERMO DE APROVAÇÃO

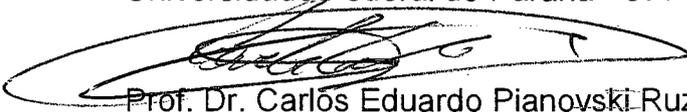
GLENDIA GONÇALVES GONDIM

### RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO: DA LÓGICA REPARATÓRIA À LÓGICA INIBITÓRIA

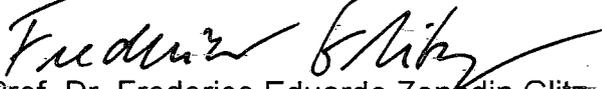
Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:  Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

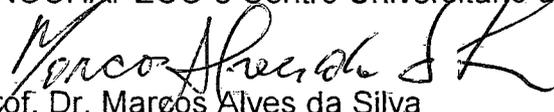
Universidade Federal do Paraná - UFPR

 Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Universidade Federal do Paraná - UFPR

 Prof. Dr. Frederico Eduardo Zenedin Glitz

UNOCHAPECÓ e Centro Universitário de Curitiba - Unicuritiba

 Prof. Dr. Marcos Alves da Silva

Centro Universitário de Curitiba - Unicuritiba

 Pablo Malheiros da Cunha Frota

Universidade Federal de Goiás

Curitiba, de                      de 2015

*Dedico este trabalho à Maria do Carmo Gonçalves Gondim, que não mediu esforços para ser a melhor mãe durante todo meu percurso acadêmico e cujo brilho e dedicação foram exaltados nos últimos quatro anos.*

## AGRADECIMENTOS

Durante o período do doutorado muitos sentimentos vieram à tona, não cruzei o caminho só e não encerro só, especialmente durante as angústias, frustrações e pressões finais, muitas foram as pessoas que de alguma maneira me auxiliaram e merecem os meus sinceros agradecimentos.

O meu eterno agradecimento para a minha família que sempre se dedicou e realizou tudo que estava ao seu alcance para que eu pudesse aqui estar. Ao meu pai, Otaviano Borges Gondim, que deixou o seu legado para permitir que eu pudesse seguir o caminho que bem desejasse. À minha mãe que consegue transmitir o seu carinho e o seu apoio na sua presença e na sua ausência, que consegue cuidar de todos e tudo ao mesmo tempo e permitir que cada um exerça a sua liberdade, sabendo ser amado. À minha irmã e meu cunhado, Viviane Gonçalves Gondim Mateus da Silva e José Francisco Gondim Mateus da Silva, que com todo o seu carinho permitem que eu esteja sempre próxima da família e me acolhem da melhor e calorosa forma possível, além de permitirem que eu possa desfrutar de uma das melhores coisas da vida que são os meus dois sobrinhos, Laura e Eduardo. À minha irmã de coração, Rose Ferracini, que sempre esteve pronta para me auxiliar em tudo.

Ao meu professor orientador, Eroulths Cortiano Junior, que sempre esteve presente para esclarecer as dúvidas e orientar o caminho, que com o seu brilhantismo de sempre consegue auxiliar a resolver os problemas e indicar os passos a serem seguidos.

Aos professores que durante a banca de qualificação, permitiram que pudesse ser adotado um melhor caminho e realizar uma pesquisa que pudesse ser então denominada de tese, o que espero ter alcançado. Assim, meus sinceros agradecimentos aos professores doutores Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Maria Cândida Pires Vieira do Amaral Kroetz e Frederico Eduardo Zenedin Glitz.

E como não deveria deixar de ser, os agradecimentos aos meus queridos amigos. Para aquelas que são mais que minhas amigas e que percorreram comigo não apenas os quatro anos do doutorado, mas um percurso de vida, Marina Hara, Flávia Machado e Andrea Gebert, obrigada por toda atenção e preocupação com o desenvolvimento do trabalho e o meu bem estar. Para as amigas que estão prontas para todo e qualquer cuidado, acadêmico e pessoal, Renata Carlos Steiner, Luciana

Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier, meus sinceros agradecimentos. Pelo companheirismo e todos os diálogos durante os quatro anos do doutorado, meu muito obrigado a Willian Soares Pugliese. Pelas conversas descontraídas e que trouxeram a leveza da vida, meu muito obrigado a Bruna Rosa, Consuelo Macedo, Juliana Furtado, Patrícia Mussi e Renata Borba.

Para aquele que sempre me incentivou e apoiou a continuidade acadêmica, meus sinceros agradecimentos a Jorge Carlos Marcelino Júnior. Para aqueles que entenderam a ausência e permaneceram no aguardo da presença, meus agradecimentos, nas pessoas de Guilian Toledo, Daniele Machado Toledo, Fernando Sobrinho, Karoline Costa e Giancarlo Pienaro Prado. Para aqueles que trouxeram amizade, carinho e um toque musical, meu muito obrigado ao Eddie Schramm e ao Tide Athayde.

Meus sinceros agradecimentos a todos os colegas que acompanharam o caminho e sempre trouxeram alguma palavra tão própria e adequada, que permitiram a continuidade do trajeto, meu obrigado nas pessoas de Angela Couto Machado Fonseca, Giovanna Milano e Anderson Santos. Meu muito obrigada para aquele que esteve sempre ao meu lado e disposto a sempre me auxiliar, meus sinceros agradecimentos ao meu amigo Fernando Garlet.

Ao final da tese, tive gratas surpresas. Agradeço a Priscila Sanches, quem sempre esteve presente e não mediu esforços para me auxiliar. E meu muito obrigado aquele que foi responsável e imprescindível para o início e o final do doutorado, que sempre me incentivou na vida acadêmica, meu muito obrigado para Maurício Timm do Valle.

E por fim, mas não menos importante, o meu muito obrigado para aqueles que de alguma maneira torceram por esta caminhada e, mesmo distante fisicamente, sempre estiveram próximos para qualquer chamado ou pedido que tivesse que ser atendido, meu obrigado aos meus amigos Claudia Machado, Jayme Gustavo Arana, Maíra Gavioli, Marcio Kabke Pinheiro e Pablo Malheiros da Cunha Frota.

## RESUMO

A presente tese teve como objetivo estruturar uma responsabilidade civil sem dano, capaz de atender as noções contemporâneas de cuidado dentro de uma estrutura hábil a proteger adequadamente a pessoa dentro do contexto atual de riscos. As premissas adotadas para a presente tese são, inicialmente, dirigidas a nomenclatura. Para este pensamento, estudou-se a teoria geral da responsabilidade civil, a fim de compreender suas fontes e o seu próprio conceito. Uma definição que não esteja atrelada simplesmente a noção de reparação. Assim, entendida que a responsabilidade civil é a resposta imputada a alguém referente ao descumprimento de um dever, cuja função é efetivamente proteger a pessoa e evitar a ocorrência de um dano, nota-se a impropriedade da estrutura criada dentro dos muros patrimonialistas que reduziram o seu conceito a reparação. Retirado o instituto desta noção reducionista, verificada a sua função precípua, passa-se a analisar como dar efetividade para evitar a ocorrência do dano. A partir das contemporâneas interpretações da sociedade do século XXI, que prezam uma nova ética do cuidado, percebe-se que há a necessidade também do Direito incorporar esta proteção e por isso, fala-se em dever de cuidado. Portanto, se a responsabilidade civil é o descumprimento de um dever prévio e há o dever de cuidado, é possível adotar este instituto para situações anteriores a ocorrência do dano. Para isso, conceitua-se o dano como a junção entre a ocorrência de uma lesão fática e uma lesão jurídica. Caso ocorra apenas uma destas lesões, seja ela apenas jurídica ou apenas fática, estar-se-á diante de uma circunstância sem dano. As consequências desta responsabilidade civil devem ser adotadas a partir da noção atual de que nem sempre o resultado da responsabilização será reparação, podendo ser adotadas medidas sem características patrimoniais para evitar o dano; e em caso de sua ocorrência, formas para cessar ou limitá-lo; cabendo a reparação apenas em situações específicas atreladas, usualmente, a efetiva ocorrência do dano; e quando desta ocorrência, com fundamento na teoria do dano social, a possibilidade de impor uma prevenção geral. Esta possibilidade de pensar uma ação prévia ao dano tem seus limites em razão dos próprios fundamentos da precaução e da prevenção. A precaução é adotada para os possíveis danos e cuja limitação será estabelecida pela matéria: ambiental ou saúde. A prevenção diz respeito a medidas adotadas quando da probabilidade da ocorrência de um dano, cuja limitação material será um provável dano grave, irreversível ou de difícil reparação. Com isso, tem-se a estrutura desta que se denominou como responsabilidade civil sem dano.

**Palavras chave:** Responsabilidade civil. Prevenção. Precaução. Dano. Reparar. Multa civil. Obrigação de fazer. Obrigação de não fazer. Lesão fática. Lesão jurídica. Patrimonialismo. Dano social.

## ABSTRACT

This thesis aims to structure a liability without damage, to meet the contemporary notions of care and developing a structure that can adequately protect the person in the current context. The premises to study its own concept. A setting that is not just tied the notion of repair. Thus understood that civil liability is the answer attributed to someone regarding the breach of a duty whose function is effectively protect the person and prevent the occurrence of damage, there is the inadequacy of the structure created within the patrimonial walls, which reduced his concept repair. Removed the institute this reductionist notion checked for primary function, is set to examine how to give effective to prevent the occurrence of damage. From contemporary interpretations of society of XXI century, who cherish a new ethic of care, one realizes that there is a need also the right to incorporate this protection and therefore there is talk of duty of care. So if the liability is the breach of a prior duty and there is a duty of care, it is possible to adopt this institute to situations prior to the occurrence of the damage. To do so, the damage is conceptualized as the junction between the occurrence of an injury and a legal phatic injury. In the event only one of these injuries will be standing before a condition without damage. The consequences of this liability should be taken from the current notion that not always the result of accountability will repair and can be adopted measures without equity features to prevent damage; and in case of its occurrence, ways to stop or limit it; fitting repair only legal injury situations or the actual occurrence of the damage; and when this occurrence, based on the theory of social harm, the possibility of imposing a general prevention. And this possibility of thinking a previous action to the damage has its limits due to the very foundations of precaution and prevention. The precaution is taken to the potential damage and which limitation will be established by matter: environmental or health. Prevention refers to measures taken when the probability of damage and adopted for cases that this damage is severe, irreversible or difficult to repair. With this, there is the structure of which was named as liability without damage.

**Keywords:** Civil liability. Prevention. Caution. Damage. Repair. Civil fine. Obligation to do. Obligation not to do. Factual injury. Legal injury. Patrimonialism. Social damage.

## RÉSUMÉ

Cette thèse vise à structurer une responsabilité sans dommage, pour répondre aux notions contemporaines de soins et développer une structure qui peut protéger adéquatement la personne dans le contexte actuel. Dans cette thèse, hypothèses différentes d'autres études qui ont tenté d'introduire le sujet et donc, des conclusions novatrices sont adoptées. Une des différents lieux est de comprendre que, même dans le visage de l'évolution de l'institut, y compris désignation, je peux penser de la responsabilité civile comme une vision novatrice, situé dans une perspective de penser l'ex ante, sur une structure prospective. Pour ce réflexion, nous avons étudié la théorie générale de la responsabilité, afin de comprendre ses sources et son propre concept. Un paramètre qui est non seulement lié la notion de réparation. Ainsi entendu que la responsabilité civile est la réponse attribué à quelqu'un au sujet de la violation d'une obligation dont la fonction est de protéger efficacement la personne et de prévenir l'apparition de dommages, il est l'inadéquation de la structure créée dans les murs patrimoniaux, ce qui a réduit son concept de réparation. Enlevé l'institut cette notion réductionniste contrôlée pour la fonction principale, est fixé à examiner comment donner efficace de prévenir la survenance du dommage. De interprétations contemporaines de la société du XXI siècle, qui chérissent une nouvelle éthique des soins, on se rend compte qu'il ya un besoin aussi le droit d'incorporer cette protection et donc on parle de devoir de diligence. Donc, si la responsabilité est le manquement à une obligation préalable et il est une obligation de diligence, il est possible d'adopter cet institut à des situations avant l'événement de dommages. Pour cela, le dommage est conceptualisé comme la jonction entre la survenance d'un dommage et d'un préjudice. Dans le cas où un seul de ces lésions seront debout devant une condition sans dommage. Les conséquences de cette responsabilité doivent être prises à partir de la notion actuelle que pas toujours le résultat de la responsabilisation à réparer et peut être adopté des mesures sans les fonctions de actions pour prévenir les dommages; et en cas de son apparition, les moyens d'arrêter ou de la limiter; réparation approprié seulement des situations de préjudice ou la survenance effective du dommage; et quand cet événement, basé sur la théorie de réparation, la possibilité d'imposer une prévention générale. Et cette possibilité de penser une action précédente pour le dommage a ses limites raison des fondements mêmes de précaution et de prévention. La précaution est prise pour les dommages potentiels et qui limitation sera établi par la matière: l'environnement ou la santé. Prévention, c'est les mesures prises lorsque la probabilité de dommages et adoptée pour les cas que ce dommage est sévère, irréversibles ou difficiles à réparer. Avec cela, il est la structure qui a été nommé à titre de passif sans dommage.

**Mots-clés :** Responsabilité civile. Prévention. Précaution. Dommages. Réparation. Amende civile. Obligation de faire. Obligation de ne pas faire. Lésion factuel. Préjudice juridique. Patrimonialisme. Dommages sociaux.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO .....  | 12        |
| <b>PARTE 1 - PREMISSAS PARA O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO</b>   |           |
| <b>1 EM BUSCA DE UMA CONCEITUAÇÃO.....</b>  | <b>19</b> |
| 1.1 A PRIMEIRA INDAGAÇÃO: A FONTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. O FATO JURÍDICO <i>LATO SENSU</i> E A RELAÇÃO JURÍDICA DELE DECORRENTE.....                                    | 23        |
| 1.2 AS CONSEQUÊNCIAS DO ILÍCITO E O LUGAR OCUPADO PELA RESPONSABILIDADE CIVIL.....  | 35        |
| 1.3 O DESCUMPRIMENTO DO DEVER COMO PONTO DE PARTIDA PARA COMPREENSÃO DO INSTITUTO.....  | 43        |
| <b>2 A ÉTICA DO CUIDADO E O SURGIMENTO DE UM DEVER JURÍDICO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA .....</b>  | <b>52</b> |
| 2.1 AS INCERTEZAS NA SOCIEDADE DO SÉCULO XXI E O CUIDADO .....  | 53        |
| 2.2 A OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA E UM DEVER JURÍDICO DO CUIDADO .....   | 67        |
| <b>3 POR QUE A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO RESPOSTA JURÍDICA?.....</b>  | <b>79</b> |
| <b>PARTE 2 - RESPONSABILIDADE CIVIL E A NECESSIDADE DE SUA RESSIGNIFICAÇÃO: PARA ONDE CAMINHA O INSTITUTO A PARTIR DA NECESSIDADE EM TUTELAR E PROTEGER A PESSOA HUMANA</b> |           |
| <b>4 A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE E AS SUAS ALTERAÇÕES ESSENCIAIS PARA PENSAR UMA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA.....</b>  | <b>96</b> |
| 4.1 A TEORIA DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A FIGURA DO DANO DENTRO DO INSTITUTO .....  | 101       |

|   |  |            |
|---|--|------------|
| 4.2   | O FENÔMENO DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO E OS NOVOS MECANISMOS COMO RESPOSTA JURÍDICA AO DANO.....       | 110        |
| 4.3   | O FENÔMENO DA COLETIVIZAÇÃO E O DANO SOCIAL .....  | 123        |
| <b>5</b>  | <b>OS PRIMEIROS PASSOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA.....</b>                           | <b>139</b> |
| 5.1   | RESPONSABILIDADE CIVIL: UM PROBLEMA DE NOMENCLATURA? ...   | 141        |
| 5.2   | AS FUNÇÕES DO INSTITUTO: DA REPARAÇÃO PARA A PREVENÇÃO ....  | 148        |
| 5.3   | UMA ANÁLISE DA DISSOCIAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE PENAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL .....         | 161        |
| <br>  |  |            |
| <b>PARTE 3 - POR UM NOVO MÉTODO: A CONSTRUÇÃO DE UMA LÓGICA INIBITÓRIA DESVINCULADA DA LÓGICA REPARATÓRIA</b> |  |            |
| <b>6</b>  | <b>A RESPONSABILIDADE CIVIL PROSPECTIVA DENTRO DA LÓGICA INIBITÓRIA.....</b>                       | <b>177</b> |
| 6.1   | POR QUE RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO? .....   | 180        |
| 6.2   | O PENSAR A AMEAÇA SEM A NECESSIDADE DE CONTROLAR AS INCERTEZAS: OS LIMITES DA APLICAÇÃO.....       | 194        |
| 6.3   | EXEMPLOS DE DEFINIÇÕES LEGAIS DA TUTELA PREVENTIVA .....   | 210        |
| <b>7</b>  | <b>AS CONSEQUÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO: AS MEDIDAS E SANÇÕES PREVENTIVAS .....</b> | <b>222</b> |
| 7.1   | AS MEDIDAS PARA EVITAR A OCORRÊNCIA DA LESÃO JURÍDICA OU DA LESÃO FÁTICA.....                      | 228        |
| 7.2   | A OCORRÊNCIA DO DANO: A PREVENÇÃO GERAL.....   | 241        |
| <b>8</b>  | <b>A ANÁLISE DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER: SE EU NÃO SEI, NÃO SOU RESPONSÁVEL? .....</b>             | <b>248</b> |
|   | <b>CONCLUSÃO .....</b>   | <b>268</b> |
|   | <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>279</b> |

## INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil é muito caro ao Direito privado contemporâneo e tem sofrido diversas e profundas alterações nos últimos tempos, desde a flexibilização de seus pressupostos, tentativa de criar novas formas de respostas para melhor satisfação do ofendido, bem como analisar os impactos dos danos sofridos e as soluções a serem propostas. As novas formulações e preocupações doutrinárias possuem como ponto comum proteger a vítima na forma mais ampla possível. Contudo, não basta ampliar os danos reparáveis, flexibilizar os pressupostos ou garantir de todas as formas a reparação (algumas das atuais mudanças sofridas pelo tema), quando reparar não consegue retornar ao *status quo* e, assim, a proteção da vítima é insuficiente.

A presente tese tem como objetivo pensar uma resposta que venha a proteger efetivamente a vítima, através de uma proposta preventiva, cujo objetivo é não deixar o dano ocorrer e por isso, a nomenclatura da responsabilidade civil sem dano.

Ao pensar este posicionamento *ex ante* a pergunta que vem à tona é se a prevenção ou a precaução seriam abrangidas pela responsabilidade civil, aqui tratada como instituto, no sentido de que instituto é o conjunto de normas jurídicas que fundamentam uma relação jurídica específica.

O objetivo é compreender o que é o instituto da responsabilidade civil em sua essência, bem como as noções do conceito de dano e porque é possível estruturar respostas antes que este ocorra, a partir do estudo da prevenção e a precaução, que foram estudados não como sinônimos. Ainda, é analisada a responsabilidade civil extranegocial, a qual decorre de um direito absoluto e não de obrigações previamente pactuadas ou negociadas (esta seria a denominada responsabilidade civil contratual ou responsabilidade negocial e não é o objeto da presente tese, não obstante alguns exemplos sejam adotados apenas para melhor compreensão de determinadas premissas e conclusões aqui adotadas).

Outrossim, a pretensão não é tratar a metodologia da análise econômica do Direito ou um mero estudo das figuras prospectivas como funções e por isso, poucos doutrinadores americanos foram utilizados para traçar as premissas da presente tese,

visto que a premissa destes normalmente pende para esta metodologia. Sem olvidar as diferenças entre as noções básicas dos sistemas de *common law* e *civil law*. Desta forma, as premissas que foram adotadas estão dentro do sistema de *civil law* e como a noção da prevenção é estudada há muito pela doutrina francesa, dentre os doutrinadores estrangeiros, houve uma opção para maior pesquisa destes. Neste ponto, vale ressaltar que não obstante a grande influência alemã para o nosso Direito civil, dentro das noções de responsabilidade civil há uma grande tendência e influência da doutrina francesa, tendo em vista que segue a estrutura elaborada dentro do Código napoleônico como uma forma de resposta patrimonialista para aquele que agiu culposamente e tenha ocasionado um dano.

A tese é definida como responsabilidade civil sem dano e no desenvolvimento do texto foi traçado o caminho para o qual tal definição (além de provocadora e que contém a característica por si própria de demonstrar uma forma diferente de pensar o instituto) é adequada para o que se pretende estudar e como deve ser estudada.

Por esta razão, o trabalho foi dividido em três partes.

Na primeira parte, o objetivo é compreender quais são as premissas básicas para o estudo da responsabilidade civil sem dano. Inicia-se pela teoria geral do instituto, a partir da análise das possíveis fontes e a posição ocupada dentro do direito civil. O estudo está atrelado à noção obrigacional, que apesar de sofrer críticas, especialmente, quando se trata desta noção prospectiva, optou-se por estudar a partir dele, que se trata de sua fonte primária, a fim de verificar quais são as características da responsabilidade civil contemporânea diante de tal perspectiva.

Diante desta escolha, foram estudadas as fontes obrigacionais para considerar a fonte da responsabilidade civil, o que permitiu compreender que o instituto é uma resposta a ser imputada a uma pessoa (física ou jurídica) quando do comportamento antijurídico. O antijurídico entendido em seu sentido amplo, compreendendo todo e qualquer comportamento (ação ou omissão) que seja contrário ao ordenamento jurídico. E dentro desta conceituação, a resposta não deverá ficar adstrita ao sentido reducionista relacionado à reparação. Desta forma, o estudo versa sobre uma tentativa de conceituação, não nos parâmetros de mero sinônimo de reparar, mas a partir da sua própria teoria geral.

Entendida como consequência ao comportamento antijurídico, passa-se a analisar os deveres existentes, especialmente se é possível pensar em um dever de

cuidado. Para tanto, são estudados os riscos da sociedade contemporânea, que se optou por denominar como sociedade do século XXI. Esta sociedade marcada pela continuidade da revolução industrial e cuja conceituação apresenta diversas contradições (sociedade pós moderna, reflexiva, pós-industrial, dentre outras). Verificados os riscos presentes (diversos dos riscos que fundamentaram a objetivação da responsabilidade civil, afastando o pressuposto da culpa para uma maior reparação da vítima) e a necessidade de uma postura jurídica frente a estes, denota-se a possibilidade de se falar em um dever jurídico do cuidado.

A partir desta premissa, deve existir uma resposta para o descumprimento também do dever de cuidado e não apenas do dever de não lesar. Com isso, o estudo passa a ser desenvolvido no sentido de se averiguar o porquê desta resposta ser pelo instituto da responsabilidade civil. Através do resgate (em diversos momentos) do método da constitucionalização do direito civil, o qual interpretará as relações privadas a partir de princípios constitucionais e impõe (como se regra fosse) uma nova leitura a partir da preocupação para com a pessoa. Com este novo pensar, evitar a ocorrência do dano se torna essencial para a eficaz proteção da vítima. Tal pensar tem sido objeto de pesquisa pelo direito processual, por isso, será analisada a razão pela qual deveria ser estudado um direito material sobre a prevenção e precaução.

Ademais, dentro deste próprio método da constitucionalização, tem-se uma nova abertura entre a dicotomia do Direito Público e o Direito Privado, pelo qual os institutos não estão mais presos dentro dos muros do Direito civil e podem ser adotados por outros ramos do direito. É o que ocorre com a responsabilidade civil, cujas bases são adotadas em outros ramos do direito, assim como sofre as influências destes. Para entender qual é a extensão atual deste instituto é preciso analisar a sua abrangência e como ele está formatado atualmente para receber esta noção prospectiva. Em razão da extensão do que a responsabilidade civil pode abarcar que foram utilizados exemplos que seriam considerados como de “outras áreas” (por uma visão categorizada do que pode ser considerado como Direito Civil), mas que partem do mesmo pressuposto que são as noções básicas e a teoria geral da responsabilidade civil.

Por todas estas alterações sofridas, será analisado também se a própria nomenclatura da responsabilidade civil, diante das suas novas funções, novas abrangências e flexibilização dos seus pressupostos, seria a mais adequada. Assim,

na segunda parte da tese, o estudo é sobre os primeiros passos da responsabilidade civil sem dano, dentro da atual estrutura existente após as alterações e mudanças realizadas nas últimas décadas.

A responsabilidade civil tem, e sempre teve, como pressuposto a prevenção, todavia, foi estruturada essencialmente nos pilares da modernidade, calcada em uma noção de que deveria haver racionalidade na conduta contrária ao direito, nas noções patrimonialistas da reparação e individualista do dano. Esta estrutura era suficiente para a compreensão de que lesado o patrimônio de alguém, aquele que racionalmente tenha assim agido seria responsável (também no viés patrimonialista).

O receio de ter que arcar patrimonialmente pelo dano, fazia com que se evitasse racionalmente a sua ocorrência. Mas, no próprio século XX, nota-se que a racionalidade de pensar o ato ou a sua consequência foi retirada, diante do fenômeno da objetivação da responsabilidade civil. À época do aumento dos danos ocasionados sem a relação racional da vontade, houve a criação da responsabilidade objetiva, a partir do pensamento de que o dano ocasionado (mesmo que sem a pretensão racional) deveria ser ressarcido. Assim, o ofensor (aquele que descumpriu um dever prévio) teria uma responsabilização, independente da sua racionalidade. E como tratar a prevenção intrínseca da responsabilidade civil, se não haveria mais este pensamento racional para ocasionar o dano?

No mesmo sentido, demonstrando que o pensamento do instituto como prevenção do dano através da reparação estaria inadequado é de se analisar o fenômeno da despatrimonialização, o qual está atrelado ao fato de que em muitos casos não é sequer quem cometeu o dano quem irá arcar com a reparação. Portanto, como falar em prevenção na sanção reparação?

Também, como falar em reparação, cuja definição é o retorno ao *status quo*, quando há um dano que não pode ser retirado do mundo dos fatos (será que é possível falar em algum dano que possa ser retirado efetivamente do mundo dos fatos?). Ainda que tenha ocorrido a pretensão de compensação, a irreparabilidade do dano que não atinge a esfera patrimonial da pessoa (física ou jurídica) traz o necessário pensamento de que há realmente uma falha na estrutura existente. Uma solução inicial, que ainda está em construção, mas é estudada na tese pela sua importância para com o tema, é a possibilidade de serem impostas consequências não patrimonializadas.

A despatrimonialização tratada na segunda parte desta tese bem demonstra a premissa de que responsabilidade civil e reparação são fundamentações distintas. A prevenção que se propõe não é simplesmente prevenir o dano pelo medo da punição que será sofrida através da reparação, mas pelo fomentar comportamentos diligentes para evitar a sua ocorrência.

Da mesma forma, a noção de que o dano não será apenas individual também fundamenta a necessidade de um novo olhar para este instituto. Trata-se do dano social apresentado por Antonio Junqueira de Azevedo e que diferentemente dos danos punitivos (próprios da análise econômica do direito que não é o objetivo da tese), possuem uma maior aceitação dentro da doutrina brasileira e justificam os primeiros passos de uma tutela efetivamente inibitória.

Estas três análises (racionalismo, patrimonialismo e individualismo) são essenciais para se verificar o caminho traçado para esta que é o objeto da tese, a responsabilidade civil sem dano.

Ainda na segunda parte, é estudado o que significa a responsabilidade civil contemporânea, diante de todas as mudanças e alterações constatadas, e porque haveria a sua adequação para o estudo de uma vertente prospectiva, com funções tão inovadoras e com um pensamento *ex ante* e não simplesmente *ex post*. Por fim, verificam-se as diferenças entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, para compreender que no próprio direito civil é possível pensar uma visão prospectiva, sem que isso adentre nas características únicas e próprias do direito penal.

Na terceira parte, a pretensão é verificar como estruturar esta lógica inibitória da responsabilidade civil. Isto porque, se a prevenção é o fim precípua do instituto, não se deve pensar que as suas regras como reparação ou punição são satisfatórias. Deve existir uma resposta anterior, uma resposta efetivamente prospectiva. Como se trata de uma visão anterior à ocorrência do dano, haverá ofensor e ofendido e não ofensor e vítima, eis que não houve o dano.

Verificado o que é a responsabilidade civil (título do trabalho) é preciso analisar o que é dano. Este estudo é versado a partir do que foi conceituado por Clóvis de Couto e Silva e Daphné Tapinos. Assim, haverá dois elementos no que se denomina de dano: um fático e outro jurídico. E quando se diz que não há dano, poderá ter ocorrido uma destas lesões, mas não ambas em conjunto capazes de configurar o dano em si.

A lesão fática é aquilo que ocorre sem lesar ou ofender um interesse juridicamente relevante, mas leva a crer que esta ofensa ou lesão é possível (precaução) ou provável (prevenção) de acontecer. Por sua vez, a lesão jurídica é quando ocorre uma lesão a um direito subjetivo, todavia, ausentes os requisitos fáticos da certeza, atualidade e subsistência do dano; por conseguinte, também, não será dano, pela conceituação aqui estudada.

Como se trata de uma responsabilidade prospectiva, uma das preocupações que existe, além de averiguar se cabe a este instituto esta resposta, é os limites desta resposta *ex ante*. Por isso, foram estudados limites para os casos de prevenção e os de precaução. A pretensão não é criar uma sociedade de controle ou controlar todos e quaisquer riscos, mas sim definir aqueles que devem ser juridicamente considerados e cuja consequência poderá ser impedida pelo ordenamento jurídico.

Entendido que há uma lesão fática ou jurídica e que deve ser obstada as suas consequências com o objetivo de impedir a ocorrência do dano, serão analisadas as formas de como efetivar esta proteção prévia. O conceito de sanção não será analisado meramente na sua figura negativa, bem como as formas de sanções estudadas não estarão restritas meramente ao caráter patrimonial. E as consequências serão diferentes para os casos de lesão fática ou lesão jurídica.

As consequências são estudadas em três momentos. O primeiro é a resposta para evitar totalmente a ocorrência do dano, mas em caso de já ter ocorrido, será analisada a segunda consequência para os casos de cessão ou limitação do dano; e por fim, o estudo versará sobre a resposta jurídica para quando da ocorrência do dano e se é possível realizar uma prevenção neste último momento.

Ainda na terceira parte são estudados os pressupostos, especialmente, com vistas a analisar a estrutura desta responsabilidade civil sem dano, especialmente, para rejeitar um possível pensamento de resgate da conduta culposa, o que poderia significar um retrocesso, além de ser estudado o pressuposto do nexo causal para as situações sem dano.

Destarte, através dos estudos acima mencionados, pretende-se estruturar esta responsabilidade civil sem dano, com as premissas aqui definidas e com o objetivo de responder aos anseios sociais desta sociedade denominada como sociedade do século XXI.

**PARTE 1**  
**PREMISSAS PARA O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO**

## 1 EM BUSCA DE UMA CONCEITUAÇÃO

Algumas premissas precisam ser esclarecidas para o desenvolvimento do presente trabalho que adota como título "responsabilidade civil sem dano". Utiliza-se "responsabilidade civil" por entender que se trata de uma expressão ampla, dentro da qual estão inseridos o "direito de danos" e o "direito das condutas lesivas"<sup>1</sup>, que permitem estruturar a lógica inibitória fundante para este estudo.

Para compreender o significado da "responsabilidade civil" não basta mencionar o polissêmico significado do vocábulo "responsabilidade". Não que tal afirmação não seja verdadeira, mas porque não é suficiente entender o significado do instituto<sup>2</sup> através do signo que lhe compõe. O Direito é linguagem, sendo que sua interpretação não está adstrita unicamente ao sentido dos seus signos. Por isso, entender o que significa o vocábulo responsabilidade ou escolher o seu significante dentro dos seus significados polissêmicos não significa a compreensão da responsabilidade civil<sup>3</sup> como instituto.

A expressão "responsabilidade civil" não decorre meramente dos significados de "ser responsável", "responsabilidade" e "responsabilização", por exemplo. Apesar de relacionados, o ser responsável é o agir dentro dos limites da própria razão<sup>4</sup>, sem

---

<sup>1</sup> Neste sentido é a obra de Daniel de Andrade Levy (**Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012).

<sup>2</sup> A responsabilidade civil é entendida como instituto, por se tratar de "[...] conjuntos de normas que disciplinam uma determinada relação jurídica." (AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.7).

<sup>3</sup> Efetivamente, não é suficiente meramente analisar o que significa este vocábulo, eis que "[...] o importante e decisivo não está em saber o que são as coisas em si, mas saber o que dizemos quando falamos delas, o que queremos dizer com, ou que significado têm, as expressões linguísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas. Isto por um lado; por outro lado, trata-se da linguagem a considerar não decerto a nível gramatical (a ter a ver com as formas e o uso concretamente expressivo de uma certa língua), mas a nível linguístico em sentido próprio (a ter a ver com a intencional significatividade e lógica da linguagem, enquanto um auto-ubsistente *quidmodo* significante, na sua estrutura, nas suas modalidades e nas suas possibilidades significativas). E se a linguagem é a esse nível o radical mediador e último transcendental da significação possível, então terá de pensar-se que a lógica-significatividade da linguagem identifica agora a racionalidade: se a 'análise da linguagem', como análise lógico – significante, é a última e radical forma de pensar, a racionalidade é analítico – linguística." (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p.89-90).

<sup>4</sup> "[...] se é que se pode dizer que obedeço ao imperativo categórico, isso significa que estou obedecendo à minha própria razão, e a lei que estabeleço para mim mesmo é válida para todas as criaturas racionais, todos os seres inteligíveis, não importa onde vivam. Pois se não quero

estar atrelado a definições jurídicas, enquanto a responsabilidade civil como instituto depende da interpretação do ordenamento jurídico<sup>5</sup>.

Este estudo não será remetido às fontes romanas, pois não é adequado pensar os institutos modernos (e atuais) como continuidade do direito romano<sup>6</sup>, bem como pela inadequação daqueles institutos para com a sociedade originada a partir da revolução industrial<sup>7</sup>. Assim, o recorte temporal para a compreensão deste instituto será o que se denomina como modernidade (e que será explicado a frente).

---

contradizer a mim mesmo, ajo de tal modo que a máxima de meu ato pode se tornar uma lei universal. Ou o legislador, o pecado ou o crime já não podem ser definidos como desobediência à lei de outra pessoa, mas ao contrário como a recusa a desempenhar o meu papel de legislador do mundo." (ARENDDT, Hannah. Algumas questões de filosofia moral. In: \_\_\_\_\_. **Responsabilidade e julgamento**. Edição de Jerome Kohn. Revisão técnica de Bethânia Assy e André Duarte. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p.133).

- <sup>5</sup> É importante ressaltar, desde já, que a noção de responsabilidade civil não decorre unicamente do Direito. Em verdade, "[...] a responsabilidade civil, como conceito ou noção, é uma criação coletiva de muitas formas distintas de saber. Desde que o formalismo jurídico perdeu sua força a partir de meados do século XX, a responsabilidade civil é uma criação que nem de longe pode ser tomada como exclusividade da teoria jurídica". (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.21).
- <sup>6</sup> Em verdade, o direito romano disponível é uma releitura. Uma análise dos modernos sobre institutos romanos existentes. Como salienta Ricardo Marcelo Fonseca "[...] quando se fala de algo bom no passado, pensa-se no direito romano e nos seus respectivos institutos jurídicos que tanto legaram ao nosso direito moderno (especialmente ao direito privado moderno). Geralmente, porém, pensa-se no direito romano como algo que contém em si mesmo um núcleo precioso, de juridicidade 'pura', e que poderia ser aplicada diretamente (ou após algumas poucas mediações) na nossa realidade moderna. Evidentemente que esse modo de observar o direito romano (muito difundido o Brasil) ignora o modo como ele foi filtrado e recepcionado pelo direito moderno, a ponto de muitas vezes transformá-lo e diluí-lo nesse mesmo direito moderno. Como diz Paolo Cappellini, não se deve olhar a relação do direito romano com o direito moderno somente em termos de uma forçada continuidade, mas sobretudo deve-se olhá-la nas censuras, nas rupturas e nas mudanças de rotas, pois, afinal os juristas europeus olhavam em direção à antiguidade, mas com olhos de 'modernos'." (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. 1.<sup>a</sup> reimp. Curitiba: Juruá, 2010. p.23).
- <sup>7</sup> Em verdade, pensar o Direito limitado as noções romanas há muito tornou-se insuficiente. Neste sentido, cita-se as palavras de Karl Larenz ao analisar a doutrina de Jhering na passagem de uma jurisprudência dos conceitos para uma jurisprudência pragmática. Afirma, o autor que: "[...] De facto, uma ciência do Direito que via o seu maior contributo na compreensão historicamente fiel das fontes jurídicas romanas ainda vistas como válidas para a actualidade e na sua inserção num sistema de conceitos logicamente inquestionável (e que, nesse aspecto, muito fizera de excelente) mal podia corresponder às exigências de uma prática do Direito que diuturnamente era colocada perante problemas a que aquelas fontes não conseguiam dar uma resposta satisfatória. É que não era apenas a mudança das relações económicas e sociais, na sociedade industrial agora em desenvolvimento que punham um sempre crescente número de novas questões à legislação e à prática jurídica; era o mundo de ideias políticas que tinha emergido da Revolução Francesa que tendia para um reconhecimento e uma consolidação no plano do Direito, embora, de início, mais do Direito Público e do Direito Criminal do que no campo do Direito Civil." (LARENZ, karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Tradução de José Lamego. Revisão de Ana de Freitas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p.51).

Por isso, para compreender a definição da "responsabilidade civil", parte-se, inicialmente, de uma análise jurídica, dentro dos pilares do Direito Civil moderno.<sup>8</sup> Desta noção, a responsabilidade civil assume um papel dentro da categoria das obrigações, compondo uma espécie dentro do gênero obrigacional.<sup>9</sup> Figura-se dentro do direito das obrigações, porque não pode ser entendida como mera sujeição, seja sujeição a uma sanção (comparada à sujeição do criminoso à pena) ou sujeição à execução (como se fosse meramente a sujeição patrimonial do devedor); mas, sim como imposição de uma conduta a ser adotada.<sup>10</sup>

Como instituto, não pode ser confundido com a noção de responsabilidade decorrente da bipartição da obrigação (Schuld e Haftung). Esta divisão é realizada para a compreensão da obrigação em dois ângulos, de um lado haverá o dever de determinado comportamento (débito ou Schuld), de outro lado, a sujeição patrimonial dos bens do devedor (responsabilidade ou Haftung).<sup>11</sup>

A divisão entre débito e responsabilidade tem como fundamentação a prestação que no primeiro caso é primária e no segundo, secundária, sendo que "A prestação primária corresponde ao débito; e a prestação secundária, a qual se relaciona com perdas e danos, constitui a responsabilidade"<sup>12</sup>. Esta responsabilidade

---

<sup>8</sup> Os pilares são considerados os fundamentos (ou estatutos) do Direito Civil. Há a divisão dos institutos de direito civil em quatro fundamentos: direito de crédito, direito das coisas, direito de família e direitos das sucessões (MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p.13) ou do estudo de seus estatutos fundamentais organizados em três pilares fundamentais: obrigações, propriedade e família que, para a constitucionalização e (re)personalização do Direito civil, são entendidos como: trânsito jurídico, titularidades e projeto parental. (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.26).

<sup>9</sup> Utiliza-se aqui a categoria jurídica das obrigações, porque mesmo sendo sua construção do direito civil moderno, a partir de interesses sociais que não são os mesmos que hoje devem ser considerados como primordiais, isso não significa que as categorias modernas devam ser simplesmente abandonadas. A noção obrigacional como fundamento para o estudo da responsabilidade civil ainda é útil e por isso, a sua importância em ser resgatado para uma análise preliminar do que é este instituto e porque ele é essencial para a prevenção de danos. Com ensina Luiz Edson Fachin: "[...] o tradicional se opõe ao contemporâneo, mas este não pode nem deve negligenciar o clássico." (*Ibid.*, p.4).

<sup>10</sup> JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. p.42-43.

<sup>11</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000. v.1. p.143.

<sup>12</sup> COUTO E SILVA, Clovis Verissimo. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p.83.

é meramente a sujeição patrimonial<sup>13</sup> e não efetivamente a responsabilidade civil como instituto.

Considerada como um gênero dentro da espécie obrigação, duas pessoas terão um vínculo jurídico<sup>14</sup> através do qual haverá um dever jurídico correspondente a um direito subjetivo.

Desta concepção, para entender o que é a responsabilidade civil e formular uma possível conceituação, surgem duas indagações principais. A primeira é no sentido do surgimento da relação jurídica obrigacional da responsabilidade civil<sup>15</sup>, englobando qual a relação jurídica do instituto e em se tratando de uma relação relativa que somente o sujeito titular do direito subjetivo é quem poderá exigir o cumprimento do dever jurídico<sup>16</sup>, se é possível exigir um determinado comportamento como absoluto. A segunda indagação é sobre o dever jurídico a embasar o instituto, para verificar a possibilidade de um dever de cuidado juridicamente considerado.

---

<sup>13</sup> A bipartição da obrigação é muito adotada para o estudo das obrigações naturais. "As obrigações naturais constituem o exemplo típico da relação de débito desprovida da relação de responsabilidade, visto o respectivo credor, que tem direito à prestação (reflectido na *soluti retentio*), não gozar da acção creditória. Na fiança, bem como no penhor ou na hipoteca constituídos por terceiro, ou recaindo sobre coisa que, embora pertencente ao devedor, seja adquirida mais tarde por terceiro, haveria igual dissociação entre o débito que incide sobre o devedor, e a responsabilidade, que recai ou viria a recair sobre terceiros." (VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000. v.1. p.146). O Código Civil português dispõe sobre a obrigação natural no artigo 402: "A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça" (PORTUGAL. Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código civil português**. Disponível em <[www.confap.pt/docs/codcivil.pdf](http://www.confap.pt/docs/codcivil.pdf)>. Acesso em: 27 dez. 2014). É a obrigação na qual "[...] há direito e, consequentemente, dever, mas não há a faculdade de exigir o adimplemento (proeise agere), nem, também, perdas e danos pelo não cumprimento. Há débito e não se manifesta a responsabilidade ou garantia." (COUTO E SILVA, *op. cit.*, p.84). O Código Civil Brasileiro exemplifica obrigações naturais, por exemplo, ao mencionar a dívida de jogo no artigo 814: "Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>14</sup> Este é o sentido da obrigação na sua definição mais ampla: "o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação." (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. p.68).

<sup>15</sup> O conceito de relação jurídica aqui utilizado diz respeito ao sentido restrito que significa a "[...] relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição." (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objeto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997. v.1. p.2).

<sup>16</sup> É a noção de uma relação jurídica relativa, própria das relações obrigacionais, na qual "O dever jurídico que incumbe ao devedor encontra-se na disponibilidade do credor, no duplo sentido de que só ele pode exigir ou não exigir o seu cumprimento e de que também só ele pode solicitar, na hipótese de inadimplemento, a intervenção do mecanismo coercitivo do Estado." (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. p.80-81).

Para responder a estas duas questões principais, bem como outras indagações que surgem para justificar uma possível conceituação, passa-se a analisar separadamente a fonte das obrigações, a relação jurídica como um direito relativo ou absoluto, bem como os deveres jurídicos que decorrem da relação jurídica responsabilidade civil.

### 1.1 A PRIMEIRA INDAGAÇÃO: A FONTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL. O FATO JURÍDICO *LATO SENSU* E A RELAÇÃO JURÍDICA DELE DECORRENTE

Partindo do pressuposto que a responsabilidade civil como instituto classifica-se como espécie do gênero obrigações, as fontes serão idênticas. Por isso, passa-se a estudar as fontes<sup>17</sup> obrigacionais.

No esboço do projeto de Código Civil de Teixeira de Freitas havia uma disposição sobre as fontes das obrigações no seguinte sentido: "Não há obrigação sem causa ou título, isto é, sem que tenha derivado de um dos fatos, ou de um dos lícitos ou ilícitos, das relações de família ou das relações civis [...]"<sup>18</sup>. Como nenhuma das codificações brasileira (Lei n.º 3.071/1916 e Lei n.º 10.406/2002) decorreu de tal projeto, a legislação brasileira não possui uma definição própria sobre as fontes, o que acarreta diferentes posições doutrinárias sobre o tema.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> A palavra fontes é adotada no sentido de "[...] todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.259).

<sup>18</sup> Código Civil. Esboço. Brasília: Ministério da Justiça, 1983. p.206 *apud* NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.2. p.23.

<sup>19</sup> Para o Direito Romano, através da leitura das Institutas de Justiniano (Livro 3.º, Título 13, § 2.º) as fontes das obrigações eram o contrato, o quase contrato, o delito e o quase delito. (Sobre o tema: LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005 e COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **Principes fondamentaux de la responsabilite civile en droit bresilien et compare**. Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII), 1988. (Versão datilografada).

Eram considerados como contratos "[...] os negócios jurídicos convencionais geradores de obrigações. Por sua vez, os quase-contratos consistem nos factos voluntários lícitos em que não existe propriamente um acordo de vontades; trata-se, pois, de uma categoria residual da anterior. Nos delitos incluem-se os factos ilícitos intencionais. Enquanto os quase-delitos abrangem os factos ilícitos meramente culposos, quer dizer, praticados com simples negligência ou imprudência."

Adota-se como premissa para este trabalho que a origem das obrigações é o fato jurídico<sup>20</sup>, definido como o acontecimento natural ou conduta humana sobre o qual incide uma norma jurídica. Abrange tanto o fato lícito quanto o ilícito<sup>21</sup>.

E dentro da noção de fatos jurídicos, podem ser fontes das obrigações tanto os fatos jurídicos *stricto sensu* (acontecimentos naturais que não tenham intervenção

(COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. p.198).

Para este trabalho, não serão estudadas as fontes em si, mas sim as obrigações como efeitos dos fatos jurídicos.

Marcos Bernardes de Mello explica que a concepção do fato jurídico não foi utilizada pelo direito romano provavelmente porque "O direito romano não conheceu, em plano doutrinário, a teoria do fato jurídico. Aliás, nem de fato jurídico, especificamente, cuidaram os jurisconsultos romanos, por isso que não há expressão latina própria para mencionar a espécie." (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.111).

E por isso, não poderia ter sido utilizada como fonte das obrigações romanas.

Essa classificação romana foi adotada pelo Código Civil Francês, que possui a sua importância pela influência as demais codificações ocidentais (Entendendo Código como sistematização em um único corpo de leis de determinado ramo do Direito). Neste sentido, explica Paulo Lobo: "O Código Civil francês repercutiu essa tradição, tendo permanecido intacta ao longo dos dois séculos de sua vigência, com influência na legislação de outros povos. Com efeito, o Título III do Livro III (Das diferentes maneiras de aquisição da propriedade) destina-se aos 'contratos ou obrigações convencionais em geral', enquanto o Título IV do mesmo Livro volta-se às obrigações 'que se forma sem convenção', a saber, os quase-contratos, os delitos (responsabilidade civil) e os quase-delitos. O art. 1.371 considera quase-contratos os 'fatos puramente voluntários do homem, que resultam em vínculo com terceiro por alguma razão, e às vezes em compromisso recíproco entre duas partes', incluindo-se o enriquecimento sem causa, o pagamento indevido e a gestão de negócios alheios. Enquadra-se como quase-delito (art. 1.383) a responsabilidade civil decorrente de danos causados por negligência ou imprudência, sem caráter intencional". (LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.43).

<sup>20</sup> Por isso, são utilizados como marcos teóricos Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello e Fernando Noronha, os quais defendem que a fonte das obrigações são os fatos jurídicos. Mas, não se trata de uma unanimidade. Com efeito, como bem salienta Paulo Lobo: "Na doutrina brasileira atual reina grande divergência sobre o que se entende por fontes das obrigações, que seriam: a) a vontade humana e a lei (Orozimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Álvaro Villaça Azevedo); b) a lei como fonte imediata e vontade humana e ilícito como fontes mediatas (Silvio Rodrigues, Sílvio de Salvo Venosa, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Carlos Roberto Gonçalves); c) os contratos, as declarações unilaterais de vontade, os atos ilícitos e criminais e a lei (Paulo Nader); d) o ordenamento jurídico (Arnaldo Rizzardo); e) os fatos jurídicos e a lei (Rubens Limongi França); f) os fatos jurídicos (Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello, Fernando Noronha). (*Ibid.*, p.38-39).

<sup>21</sup> A ilicitude é considerada como a contrariedade ao direito ou nas palavras de Nelson Rosenvald "O ilícito pode ser definido como um ato contrário a uma norma que disciplina um comando. Em outras palavras, uma ação em sentido lato, isto é, uma conduta ativa ou omissa, suscetível de deonticamente ser qualificada como obrigatória ou proibitiva. Esta ação ilícita se opõe a uma norma que prevê um comando, pois somente normas que proíbem ou obrigam definem ações ilícitas." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.31).

humana)<sup>22</sup> quanto os atos jurídicos (assim consideradas todas as condutas humanas relevantes para o Direito), incluindo os atos-fatos constantes na classificação de Pontes de Miranda<sup>23</sup>.

Dentro dos atos jurídicos, serão considerados os atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos e os atos ilícitos.<sup>24</sup> Desta classificação, destacam-se os atos ilícitos pela sua maior relevância para o estudo da responsabilidade civil.

Os atos ilícitos são os atos que são considerados contrários ao ordenamento jurídico, mas não deixam de ser jurídicos, eis que a própria ilicitude é definida pela norma.<sup>25</sup> A contrariedade ao Direito haverá em fatos jurídicos ilícitos<sup>26</sup>, ato-fato jurídico ilícito<sup>27</sup> e ato ilícito *lato sensu*<sup>28</sup>. Dentro do ato antijurídico em sentido amplo, há o ato

---

<sup>22</sup> Considerado o fato *stricto sensu* como o acontecimento natural no qual não houve interferência humana, mas que dele resulta uma obrigação ou uma consequência jurídica. A ausência da interferência humana é requisito para sua configuração, por isso não se pode considerar como fato da coisa ou do animal, pois "[...] é necessária a ausência, mesmo indireta, de atuação humana quanto ao evento, o que acontece, sempre, em situações provocadas por caso fortuito, ou força maior." (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.244).

<sup>23</sup> A noção de ato-fato é quando a vontade humana não será considerada, sendo relevante o fato decorrente e não a vontade emanada (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 4.ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo II. p.372-394). O ato-fato pode ser considerado como indenizativo (e, portanto, relevante para o presente estudo), quando a conduta humana não seja relevante para o direito, como quando se trata de responsabilidade sem culpa.

<sup>24</sup> Os três se identificam por conterem como suporte fático a vontade humana. A diferença básica está que no primeiro (ato jurídico *stricto sensu*) não há caráter negocial o que está presente no segundo. E o terceiro é contrário ao Direito. (MELLO, *op. cit.*, 2010).

<sup>25</sup> O ilícito é fato jurídico, porque o Direito não o exclui do ordenamento, mas assim o define. Conforme ensina Hans Kelsen: "[...] mostra-se que o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.127).

<sup>26</sup> O fato jurídico ilícito é o acontecimento natural que não tem intervenção humana, mas contraria uma norma jurídica. Por exemplo, quando a norma imputa responsabilidade a alguém pelo resultado da força maior ou caso fortuito, trata-se de um fato jurídico ilícito. (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p.193).

<sup>27</sup> O ato-fato jurídico pode ser lícito ou ilícito. São exemplos de situações decorrentes de ato-fato lícito o disposto nos artigos 929 e 930, ambos do CC, que dispõem:

"Artigo 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Artigo 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I)." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

jurídico *stricto sensu* definido pela contrariedade ao direito e conduta culposa<sup>29</sup> (ato ilícito em sentido estrito), bem com o ato antijurídico absoluto (quando a contrariedade é em face de um direito absoluto, independentemente de um vínculo prévio) ou o ato antijurídico relativo (quando a contrariedade é em face de uma pessoa determinada, em razão de uma obrigação relativa, ação relativa ou exceção relativa).

Como consequência da contrariedade ao direito tem-se a seguinte classificação: ilícito indenizativo, cadudificante e invalidante.<sup>30</sup> O indenizativo é aquele que além de contrariar o direito ocasiona um dano a outrem e dele decorre uma relação entre as partes, surgindo a obrigação de indenizar o dano ocasionado. Então, *da contrariedade ao direito, que poderá ser a violação de um direito absoluto ou relativo, as partes passam a estar vinculadas pela obrigação indenizatória.*

Pela classificação este não é o único resultado possível, porque, por exemplo, na contrariedade a um direito relativo, decorrente do descumprimento de uma norma de validade do negócio jurídico, o resultado não será a obrigação de indenizar, mas sim a nulidade do negócio. Destarte, o ato ilícito pode acarretar "[...] a desconstituição do negócio jurídico ou da relação jurídica, como nos casos de pretensão à resolução, resilição, denúncia"<sup>31</sup>, dentre outros.

Pela classificação acima, a responsabilidade civil surge de um fato ilícito *stricto sensu*, ato lícito em sentido amplo, ato-fato ilícito, além da possibilidade de ser

Será ato-fato jurídico ilícito, caracterizado quando a conduta é contrária ao direito, mas, a norma jurídica abstrai a vontade humana para dar efeitos ao fato jurídico decorrente. Seriam exemplos: "[...] Quando alguém faz mau uso de sua propriedade e causa dano a terceiro, há um ato-fato ilícito; não importa a vontade prejudicar, mas o simples fato do prejuízo (ou ameaça) à segurança, sossego e saúde dos vizinhos. O mesmo ocorre quando alguém toma posse de bem com violação da posse de outrem." (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.245).

<sup>28</sup> Esta é a classificação de Pontes de Miranda (*op. cit.*). A diferença deste para os demais é que nos anteriores a vontade não existia (fato *stricto sensu* ilícito) ou era desconsiderada (ato-fato ilícito), enquanto no ato ilícito a sua fundamentação é exatamente a conduta humana (ação ou omissão) voluntária.

<sup>29</sup> Pela definição legal, seria também requisito para o ato jurídico *stricto sensu* o dano. Todavia, tal requisito é retirado quando da análise atual do próprio dispositivo legal (artigo 186, do CC) e por isso, deixou de ser inserido na definição.

<sup>30</sup> Isto porque considera-se que "[...] a prática de ato ilícito conduz o agente a uma posição de obrigado a responder civilmente pelo dano que causar (ilícito indenizativo), a sofrer a caducidade de direitos (ilícito cadudificante) ou a ter invalidado o ato jurídico que praticar (ilícito invalidante)". (MELLO, *op. cit.*, p.255).

<sup>31</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.254.

decorrente de um ato lícito<sup>32</sup>, tendo em vista que como espécie do gênero obrigações "A incidência da lei sobre o suporte fático que se concretizou leva ao nascimento do fato jurídico, do qual promana a obrigação"<sup>33</sup>. Pode resultar de uma relação prévia (ato ilícito relativo) ou não (ato ilícito absoluto).

O legislador do Código Civil ao definir em título específico o ato ilícito dispôs do ato ilícito *stricto sensu*<sup>34</sup> e dos casos de exclusão da contrariedade ao direito<sup>35</sup>, apresentando como requisitos da ilicitude: a contrariedade ao direito, a culpa e o dano. Como se trata de apenas uma das espécies existentes, entende-se que o disposto no artigo 186, do Código Civil diz respeito ao ato ilícito *stricto sensu*, pois "[...] define uma espécie de ato ilícito, o ato ilícito *stricto sensu*, também chamado *delito* ou *ato ilícito absoluto*"<sup>36</sup>.

Por se tratar de um dos atos ilícitos existentes, os seus requisitos não são essencialmente os exigidos para a ilicitude em seu sentido amplo. E por isso, como o ato ilícito em seu sentido amplo é fonte da responsabilidade civil, "[...] não é o dano a fonte da obrigação, mas o fato jurídico que se constitui com a violação do dever de não causar dano"<sup>37</sup>.

Desta maneira, a resposta para a primeira pergunta começa a ser respondida, visto que não é requisito da responsabilidade civil o dano, mas sim um ato ilícito em sentido amplo (ato antijurídico).

---

<sup>32</sup> São, por exemplo, os atos que a norma retira a contrariedade ao direito. Artigo 188, do Código Civil: "Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>33</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.47.

<sup>34</sup> Mas, conforme já mencionado "A origem das obrigações por atos ilícitos nada tem com o ser ilícito penal, ou não no ser, o ato ilícito. Além, há atos-fatos ilícitos e fatos *stricto sensu* ilícitos que geram obrigações pelo ilícito. O ilícito abrange mais do que o ilícito dos atos ilícitos e, *a fortiori*, do que o ilícito dos atos ilícitos penais." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3.ed. 2.<sup>a</sup> reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Tomo XXII. p.53).

<sup>35</sup> Artigo 188, do Código Civil acima mencionado. (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>36</sup> MELLO, *op. cit.*, p.241.

<sup>37</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.45.

Verificada a fonte da responsabilidade civil, passa-se a analisar a relação jurídica do instituto. Em verdade, como pode decorrer do ilícito absoluto e o ilícito relativo<sup>38</sup>, é possível afirmar que o instituto prescinde de uma relação jurídica prévia. Trata-se, portanto, de uma relação jurídica de obrigação autônoma, decorrente de um ilícito geral (entendido como a contrariedade ao direito que todos devem respeitar), do qual não há a necessidade da existência de uma relação jurídica prévia.

O comportamento antijurídico decorre de um ato contrário a um direito absoluto<sup>39</sup> e precisa ser analisado quais são os direitos absolutos disciplinados, pois "[...] A obrigação é imediatamente subsequente ao dever, pois o titular tem direito e pode exigir sempre de todos os outros que não o violem"<sup>40</sup>. Não necessita de uma relação jurídica prévia, *surge a responsabilidade como consequência da antijuridicidade em seu sentido amplo e cuja consequência será uma obrigação (de abstenção ou de reparação, por exemplo), a imputação a quem será o responsável e deverá realizar tal obrigação é o que fundamenta o instituto. Portanto, do ato ilícito pode resultar uma obrigação autônoma ou independente, que surge pelo comportamento contrário ao direito em seu sentido amplo.*<sup>41</sup>

É preciso ter em mente que a ilicitude não se confunde com culpa. A conduta culposa tem como pressuposto a inexecução do dever que deveria ser observado, que é o seu critério objetivo, mas tem também o critério subjetivo, que é a imputação

---

<sup>38</sup> "Se não há relação jurídica entre o lesante e o lesado ou, se há, os sujeitos são totais, o ato é ilícito *stricto sensu*, de modo que o dever de indenizar não surge de relação jurídica relativa (negocial ou orienta de ato jurídico *stricto sensu*). [...] A responsabilidade por ato ilícito *stricto sensu* é pela ofensa ao direito como sujeito passivo total." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 4.ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo II. p.214).

<sup>39</sup> A noção de direito relativo seria um direito resultante de um vínculo jurídico preexistente, enquanto absoluto seria decorrente da lei e que todos deveriam respeitar. Nas palavras de José de Oliveira Ascensão: "[...] O direito do credor é um direito contra um sujeito, titulado pela relação entre ambos constituída. Por isso o credor funda o seu direito em *razões relativas* – razões pessoalmente dirigidas àquele sujeito. Mas há direitos que não assentam em relação nenhuma. Os seus titulares têm uma posição absoluta, porque é garantida pela ordem jurídica, independentemente de qualquer relação particular. Por isso, são válidos *erga omnes* – no sentido que podem ser feitos valer potencialmente contra qualquer um. A relação surge acessoriamente na vida destes direitos, mas não é constituída deles." (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral: relações e situações jurídicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v.3. p.88).

<sup>40</sup> LOBO, *op. cit.*, p.47.

<sup>41</sup> Esta independência "[...] na ordem geral, é suscetível de graus, e relativa, como tudo no mundo." (PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomo LIII. p.98).

deste descumprimento ao ofensor.<sup>42</sup> No caso da responsabilidade objetiva, a antijuridicidade também está presente, eis que criou um risco que não deveria ser criado. Por sua vez, a culpa é o ilícito em seu sentido estrito, quando se faz necessária analisar a conduta do descumprimento do dever e até mesmo do dano, como no caso do ordenamento jurídico brasileiro que dispõe sobre tal pressuposto como requisito do ilícito *stricto sensu*.<sup>43</sup>

Por isso, repita-se que é a contrariedade ao direito, a ilicitude em seu sentido amplo, que deve ser considerada como fonte da responsabilidade civil, que significará a obrigação de responder<sup>44</sup> pela antijuridicidade. Surge o dever e uma obrigação<sup>45</sup> (a responsabilidade civil), cuja resposta pelo seu descumprimento será uma obrigação vinculando as partes que agora serão ofensor (quem adotou a conduta ilícita em sentido amplo) e ofendido (que teve o seu direito ofendido). A resposta pode ser uma sanção<sup>46</sup>, no sentido amplo da palavra<sup>47</sup>. Destarte, a obrigação que decorre da

---

<sup>42</sup> Tradução livre de: "*La faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaître et observer.*" [...] "*Dans tout les domaines, la faute comporte deux éléments, l'un surtout objectif, le devoir violé, l'autre plutôt subjectif, l'imputabilité à l'agent.*" (SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Paris: LGDJ, 1939. t.1. p.5.)

<sup>43</sup> Artigo 186, do Código Civil (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>44</sup> THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.572, jul./set. 1999.

<sup>45</sup> "Se a lei impõe, no interesse geral, que alguém pratique, ou não pratique certos atos (e.g., não deixar na rua os cães, não alojar os empregados em lugar infecto), o dever e a obrigação nascem simultaneamente. Não é verdade, como se tem escrito, que, por falta de credor, não haja obrigação: há titulares do direito e há sujeitos passivos da relação jurídica, devedores, no sentido largo. A obrigação não se vê à parte, por ser nascida simultaneamente com o dever. A infração faz nascer a obrigação de indenizar, ou outra sanção, de jeito a poder-se caracterizar a obrigação pessoal de alguém, que, dentre, os devedores obrigados foi o infrator." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3.ed. 2.ª reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Tomo XXII. p.53).

<sup>46</sup> "Sanção é um vocábulo polissêmico, que extrapola o campo da ciência do direito, alcançando qualquer tipo de ordenamento normativo. Da psicologia à psicanálise, da sociologia à teoria da educação, da economia política à pedagogia, até o campo da teologia, literatura e arte." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.22).

<sup>47</sup> É preciso destacar que o objetivo não é pensar a sanção tão somente como a função do Direito definida por Kelsen. Em verdade a distinção kelseniana entre o Direito e a Moral é que o Direito seria uma "ordem estatuidora de sanções." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.29). Pois, seria a coação que distinguiria o Direito das demais ordens sociais (p.60). Para o autor, o exemplo de norma sem sanção seria a obrigação natural. Afirma KELSEN que: "A hipótese praticamente mais significativa na qual a jurisprudência tradicional presume a existência de uma norma destituída de sanção e que, no entanto, é constitutiva de um dever jurídico, é a hipótese chamada obrigação natural. Esta é caracterizada como um dever de prestação cujo cumprimento não pode ser exigido através de uma

responsabilidade civil tem uma vinculação entre as partes, mas não necessariamente a relação prévia. Por isso, não há a necessidade de existir um vínculo jurídico entre as partes, para que então exista responsabilidade civil.

Portanto, a relatividade da relação jurídica obrigacional da responsabilidade civil não diz respeito a sua origem, mas sim à vinculação entre as partes para a obrigação decorrente (indenização ou abstenção, por exemplo). Assim, a relação obrigacional<sup>48</sup>, vinculando apenas as partes da relação jurídica, *na qual há um sujeito de Direito titular de um direito subjetivo que corresponde a um dever jurídico a ser cumprido por outro sujeito de Direito, é a consequência da responsabilidade civil e não sua origem.*

Por tal conclusão, não é necessário excluir a responsabilidade civil como uma espécie do gênero obrigações, mesmo para tratar do tema da presente tese, uma responsabilidade sem dano, com caráter eminentemente preventivo.<sup>49</sup> Isto porque, a relatividade diz respeito à consequência e não ao fato que origina a responsabilidade civil. A partir deste raciocínio, significa dizer que diante do comportamento ilícito em seu sentido amplo, haverá a imputação a uma pessoa (física ou jurídica) para responder

---

ação intentada em um tribunal e cujo não-cumprimento não constitui pressuposto de uma execução civil." (*Ibid*, p.57). Todavia, há Direito sem sanção, tal como exemplo as normas jurídicas que dispõem sobre a capacidade civil (Exemplo: "Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil". Trata-se de dispositivo legal do Código civil que não apresenta sanção, mas não deixa de ser norma jurídica. A análise sobre a sanção e a consequência da responsabilidade civil será estudada na terceira parte desta tese, ao serem tratadas as possíveis formas de respostas para esta responsabilidade civil sem dano.

<sup>48</sup> A responsabilidade civil está inserida nas relações jurídicas obrigacionais. Uma relação jurídica obrigacional é "[...] a que se dá entre uma ou mais pessoas, sujeitos de direito ao crédito (credor ou credores), e uma ou mais pessoas, sujeitas ao débito correspondente de realizar determinada prestação (devedor ou devedores), em virtude de um fato jurídico lícito ou ilícito do qual promanou. A doutrina costuma identificar a relação jurídica obrigacional na exigibilidade da prestação, ou seja, é aquela em que uma parte tem o direito de exigir uma determinada prestação e a outra tem a obrigação de cumpri-la. Mas a exigibilidade é desdobramento ou efeito da relação de crédito e débito, quando o primeiro se converte em pretensão e o segundo em obrigação em sentido estrito." (LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.49).

<sup>49</sup> É inclusive por tal posicionamento que Thais Venturi afirma que a responsabilidade civil não pode ser considerada como obrigação, eis que a responsabilidade preventiva está relacionada com um dever e não uma obrigação, eis que esta é relativa às partes. Afirma a autora que: "[...] não parece correto afirmar que deriva ela da existência de uma obrigação, mas sim, de um dever imposto seja aos contratantes, seja a todos (eficácia *erga omnes*), no sentido de não violar direitos alheios e não causar danos a outrem." (VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p.239).

pela consequência juridicamente considerada) e neste momento, da resposta (do *respondere*<sup>50</sup>) haverá uma vinculação entre as partes, um direito relativo.

Também, pelo sentido contemporâneo do vínculo obrigacional, entender que a relação jurídica obrigacional é relativa e por isso, não se aplicaria ao instituto da responsabilidade civil não estaria adequado. Em verdade, pelo novo vértice analisado e proposto por Clóvis de Couto e Silva nem mesmo a relação obrigacional patrimonial está atrelada a noção estática de antes e, portanto, desvinculada a anterior noção de relatividade. A relação obrigacional considerada como um sistema de processos e considerada em sua totalidade.<sup>51</sup>

A noção de relatividade atribuída ao direito obrigacional decorre do entendimento de que o vínculo nasce de um fato jurídico vinculado à autonomia privada e conseqüentemente, somente, as partes negociantes é que tem conhecimento do que foi pactuado e por isso, apenas estas é que podem estar vinculadas e terem dever jurídico – direito subjetivo. Também, diante do caráter patrimonial da obrigação, somente poderá estar vinculado o patrimônio daquele que tenha conhecimento prévio da obrigação, que tenha então o conhecimento do dever jurídico a que está sujeito.

---

<sup>50</sup> Pela etimologia, a responsabilidade civil decorre do vocábulo *respondere* que significa responder. Ser responsável pelos seus atos. A resposta não será unicamente a obrigação de reparar, eis que o dano não é elemento único e imprescindível para o instituto.

A expressão *respondere* decorre do direito romano, não obstante conforme já mencionado, o objetivo não seja fazer uma análise contemporânea do direito romano, apenas etimológica.

Para Giselda Hironaka o apropriado seria a utilização do termo *spondere* e explica que "[...] Não existe, nesse vocabulário romano em torno de *respondere*, a idéia de culpa, porque *respondere* diz respeito a um momento preciso: o da formulação de um pronunciamento solene, seja na forma de uma promessa, seja na forma de uma consulta, de um referendo, de um parecer. Com respeito à culpa ou à falta, o termo aproximado é *spondere*, não *respondere*: a *sponsio* é uma garantia no caso de cumprimento de determinada condição, e simplesmente perde seu valor diante do não-cumprimento daquela, como no caso do compromisso de casamento. *Spondere* é comprometer, prometer, engajar, enlaçar. *Respondere*, quando muito, é a devolução, no mesmo ato, de uma promessa ou de uma dádiva equivalente. Tomando-se *respondere*, porém, como ação autônoma, ela mantém o sentido de ação provocada, mas não é o resultado mais de *re-spondere*, mas uma forma nova de *spondere*: agora, *respondere* significa não retribuir uma dádiva com outra, ou uma garantia com outra, mas significa retribuir uma questão com uma resposta. Somente na passagem para o mundo cristão é que *respondere* significará retribuir uma acusação com uma confissão." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.85-86).

<sup>51</sup> Uma relação obrigacional considerada em sentido amplo e em sentido estrito. "*Lato sensu*, abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários, dependentes e independentes), obrigações, exceções e, ainda, posições jurídicas. *Stricto sensu*, dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos." (COUTO E SILVA, Clóvis Verissimo. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p.19.)

Clóvis Couto e Silva define que a relação obrigacional não seria mais relativa ao discorrer sobre a obrigação como processo, eis que os deveres não seriam mais apenas aqueles pactuados, mas também, deveres decorrentes da boa-fé e por isso, não estariam adstritos à relação do que foi pactuado.<sup>52</sup>

O autor não é o único a defender uma flexibilização da relatividade do vínculo obrigacional, que pode ser definida como uma eficácia externa<sup>53</sup>, bem como o fato de que constituído o crédito obrigacional este seria oponível *erga omnes* como defende João de Matos Antunes Varela:

A obrigação é essencialmente o poder de exigir uma prestação que apenas recai sobre o devedor e, por isso, se considera um direito relativo. Mas a relatividade essencial do direito de crédito não obsta:

- a) a que a lei considere excepcionalmente oponíveis a terceiros algumas relações que, na sua essência, são autênticas relações obrigacionais.
- b) a que a relação de crédito, na sua titularidade, constitua um valor absoluto, como tal oponível a terceiros.<sup>54</sup>

Portanto, a relatividade não é absoluta dentro da noção do vínculo jurídico existente na relação obrigacional.

Também, para as relações obrigacionais, há quem defenda uma relação obrigacional autônoma, que independe de uma relação jurídica anterior, relações essas que abrangeriam "[...] a violação do dever negativo universal correspondente aos direitos absolutos (obrigações derivadas de factos ilícitos)"<sup>55</sup>. A noção da responsabilidade civil dissociada do dano estaria vinculada a estas obrigações

---

<sup>52</sup> Sobre o tema: COUTO E SILVA (*op. cit.*).

<sup>53</sup> Que seria a possibilidade das outras pessoas que não tenham celebrado ou pactuado a obrigação de serem submetidas ao dever de respeitarem o direito do credor.

É o que afirma Mário Júlio de Almeida Costa ao sustentar que "[...] a doutrina clássica não assenta necessariamente no dogma da exclusiva relatividade dos direitos de crédito, porquanto admite a possível responsabilidade de terceiros – o que significa, nessa medida, independentemente de se utilizar ou não a expressão, o reconhecimento da eficácia externa de tais direitos." (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. p.97-98).

O autor relaciona a eficácia externa à responsabilização negocial e entende que a eficácia interna ou externa estaria relacionada com a imputação do dano. E para a presente tese, tal imputação deve ser compreendida não com restrições a reparação, mas abrangendo a prevenção.

<sup>54</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000. v.1. p.172.

<sup>55</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. p.108.

autônomas. "É certo que tais obrigações não se apresentam inteiramente autónomas, pois decorrem da ofensa de um direito anterior. Trata-se, porém, de um vínculo genérico e não de um vínculo especial estabelecido entre os respectivos sujeitos"<sup>56</sup>.

A responsabilidade civil em verdade decorre "[...] da violação de deveres ou vínculos jurídicos gerais, isto é, de deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos [...]"<sup>57</sup>. Deste descumprimento surge um vínculo jurídico obrigacional relativo às partes que serão definidas como: ofensor e ofendido<sup>58</sup>, em razão do descumprimento de um dever genérico e absoluto que todos deveriam respeitar ou do descumprimento de um dever prévio pactuado entre as partes. Descumprimento este que é considerado como um ato ilícito *lato sensu* hábil a embasar a responsabilidade civil.

Estes são os sujeitos da obrigação que podem estar vinculados previamente (dever relativo) ou serem vinculados pela prestação obrigacional (dever absoluto prévio). A partir deste entendimento não haveria recusa em compreender a responsabilidade civil sem dano como dentro das obrigações.

O segundo elemento que pode ser considerado como possível óbice a permanecer a responsabilidade civil dentro do direito obrigacional é o caráter patrimonial da prestação obrigacional.

Se a prestação obrigacional for entendida como necessariamente de cunho patrimonialista, não se poderia tratar a responsabilidade civil sem dano, eis que o caráter patrimonial pode restar ausente.<sup>59</sup> Em verdade, apresentar a noção de patrimonialidade para o conceito de obrigação não é característica essencial e diferenciadora. Dentro da doutrina processualista civil, a obrigação material já não

---

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> *Ibid.*, p.540.

<sup>58</sup> Há outras formas de identificação das partes envolvidas na relação jurídica de responsabilidade civil, tais como lesante e lesado, ofensor e vítima, por exemplo. Mas, como no presente estudo a análise da responsabilidade civil não será somente quando da ocorrência do dano e o surgimento de uma obrigação de indenizar, utilizar-se-á ofensor e ofendido, que refletem a ofensa a um direito realizada por um indivíduo (ofendido) e o titular deste direito (ofensor).

<sup>59</sup> As sanções prospectivas estudadas na tese (na terceira parte) podem não ter caráter patrimonial e por isso, a preocupação com tal definição.

mais possui a sua característica patrimonial ou o inegável caráter relativo como formas de sua constituição.<sup>60</sup>

Pensar a obrigação como mera "[...] disciplina de relações entre sujeitos determinados e de efeitos quantificáveis"<sup>61</sup>, afastaria a responsabilidade civil preventiva. Todavia, pensando no direito obrigacional contemporâneo, não é meramente uma relação entre credor e devedor, visando o cumprimento da prestação obrigacional vinculativa. Outrossim, conforme será analisado na parte 2, a patrimonialidade da obrigação de indenizar está relativizada, o que confirma a possibilidade de inserir a responsabilidade civil sem dano no direito obrigacional. Destarte, diante da noção da fonte obrigacional e da responsabilidade civil, a sua fonte pode ser um ato ilícito no sentido amplo, decorrente de um direito absoluto (a responsabilidade civil objeto desta tese) ou de um direito prévio (a responsabilidade negocial, que não é o objeto principal desta tese); sendo desnecessária a vinculação prévia entre as partes, visto que a vinculação ocorre na resposta do ato ilícito e não na definição do ilícito em sentido amplo.

---

<sup>60</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.126.

<sup>61</sup> PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biossegurança – entre as insuficiências do instituto da responsabilidade civil e a institucionalização da irresponsabilidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.6. p.502.

## 1.2 AS CONSEQUÊNCIAS DO ILÍCITO E O LUGAR OCUPADO PELA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Direito dispõe respostas jurídicas definindo que determinados comportamentos não devem ser adotados, pois caso e quando ocorram serão impostas consequências jurídicas. Esta lógica fundamenta que as consequências previstas na norma jurídica revelam uma preocupação preventiva<sup>62</sup>, a fim de evitar a contrariedade ao Direito.

Ocorrendo a contrariedade ao Direito a resposta será a indenização, a caducidade ou a invalidade. Para a responsabilidade civil, a eficácia tem como pressuposto a contrariedade do direito como "[...] determinadora da entrada do suporte fático no mundo jurídico para a irradiação da sua eficácia responsabilizadora."<sup>63</sup>

Então seria a responsabilidade civil uma mera consequência jurídica? Ou simplesmente uma resposta sancionatória? Os vocábulos utilizados para resposta possuem significados diferentes e podem ter efeitos diversos em campos do Direito que não o Direito privado. Com efeito, Kelsen distingue dever, responsabilidade, indenização<sup>64</sup> e sanção<sup>65</sup>, demonstrando que cada vocábulo tem a sua própria interpretação e a partir de sua explicação denota-se que se responsabilidade (no sentido da palavra e não do instituto da responsabilidade civil) não é dever, não é indenização e nem sanção, "[...] a ordem jurídica pode constituir os indivíduos no dever de não

---

<sup>62</sup> Explica Hans Kelsen: "[...] A interpretação segundo a qual esse fim consiste em prevenir, pela intimidação, a ação ou omissão contra a qual a pena é dirigida, é uma interpretação que também é possível em face de ordenamentos jurídico-penais cujo aparecimento não foi determinado pela idéia de prevenção, mas o foi tão simplesmente pelo princípio de que se deve retribuir o mal com o mal." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.123).

<sup>63</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 4.ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo II. p.201.

<sup>64</sup> A indenização acontece quando há "[...] não somente a produção de um prejuízo mas também a não-indenização do prejuízo antijuridicamente causado é considerada pressuposto de uma sanção." (KELSEN, *op. cit.*, p.138).

<sup>65</sup> A sanção não é indenização, mas a execução civil desta. Com efeito, "[...] se um indivíduo causa a outrem um prejuízo e este prejuízo não é indenizado, deve ser dirigido contra o patrimônio de um outro indivíduo um ato coercitivo como sanção, quer dizer, deve retirar-se compulsoriamente a outro indivíduo um valor patrimonial e atribuí-lo ao indivíduo prejudicado, para ressarcimento do prejuízo." (*Ibid.*, p.138-139).

causarem prejuízos a outrem sem estatuir a obrigação ou o dever de indenizar os prejuízos causados com a infração daquele primeiro dever".<sup>66</sup>

Portanto, a responsabilidade por si só não impõe uma sanção, sendo a imposição de que não é possível causar prejuízos a outrem. Mas, não acarretaria indenização, acaso a lesão (o prejuízo) ocorresse em face de algo não tutelado pelo direito, ou seja, irrelevante juridicamente considerado. Ou seja, para que possa esperar que não sejam realizadas condutas contrárias ao ordenamento jurídico lesando bens por ele tutelado haverá indenização e não sendo realizado o adimplemento desta obrigação, ocorrerá a sanção, em seu sentido jurídico.

A sanção é a execução civil que tem lugar quando necessária a sua fixação compulsória pelo Judiciário (apreensão do patrimônio do indivíduo que descumpriu o dever de não causar dano – dever principal). Então a sanção não é a responsabilidade e nem a indenização, pois está relacionada com o descumprimento da obrigação de indenizar (dever subsidiário) e não com o descumprimento do dever de não causar dano a outrem (dever principal). Tanto que a sanção pode atingir o patrimônio daquele que não é o responsável pelo fato.<sup>67</sup>

Por isso, o ideal seria definir não como sanções, mas consequências jurídicas as formas ressarcitórias, restitutórias e reintegratórias previstas no Direito civil patrimonialista. Através destas consequências, o objetivo é retornar ao *status quo ante*, de forma diversa do que é determinado e definido pelo Direito penal. Para uma noção preventiva, a consequência deve ser analisada de forma diversa. Por isso, é utilizado o seu caráter funcional da consequência jurídica, como "[...] toda e qualquer medida estabelecida pelo ordenamento para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância"<sup>68</sup>, visto que não significará apenas a consequência negativa, mas sim a consequência que o ordenamento jurídico dispõe de forma ampla.

---

<sup>66</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.138.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p.138-140.

<sup>68</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.169.

Existiriam assim, consequências jurídicas preventivas, coercitivas e reparatórias.<sup>69</sup> Estas consequências podem ser definidas como sanções no sentido amplo da palavra e não tem o significado apenas de se tratar de punição ou fundamento para o Direito. Para Bobbio, a sanção não define a juridicidade de uma norma, mas sim a sua validade<sup>70</sup>, por sua vez, na noção Kelseniana, a sanção é essencial para o Direito e o medo da sanção é a medida preventiva do ordenamento jurídico em si,

[...] não existe qualquer diferença essencial entre pena e execução (civil), pois também esta pode – sendo, como é, sentida como um mal pelo indivíduo que atinge – ter um efeito preventivo, por forma tal que o fim de indenização se pode combinar, aqui, com o fim de prevenção.<sup>71</sup>

Em verdade, a sanção não pode ser considerada como elemento a definir a juridicidade, mas sim, em seu sentido amplo, como a resposta pelo seu descumprimento e por isso, a consequência jurídica.

A responsabilidade civil nasce de um fato jurídico, tendo como **uma das suas** previsões legais, mas não a única, o artigo 186 do Código Civil, dentro do qual são pressupostos: a contrariedade ao Direito, a culpa e o dano. Mas, quando se trata da responsabilidade objetiva (através da qual não é analisada a conduta e resulta de um ato-fato jurídico lícito ou ilícito), o primeiro elemento é retirado da noção do instituto, restando a contrariedade do direito e o dano.

O dano é requisito da obrigação de indenizar e não da responsabilidade civil em si, porque reparação<sup>72</sup> e responsabilidade civil não se confundem. Responsabilidade é

---

<sup>69</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montreal, 2009. p.20. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

<sup>70</sup> Afirmando que: "[...] o critério da juridicidade não é certamente a sanção, mas a pertinência ao sistema, ou a validade, no sentido já aclarado de referibilidade da norma a uma das fontes de produção normativa reconhecidas como legítimas. A sanção tem relação não com a validade, mas com a eficácia [...]" (BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4.ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2008. p.167).

<sup>71</sup> KELSEN, *op. cit.*, p.123.

<sup>72</sup> Adota-se o vocábulo reparar porque é mais abrangente que indenização. (FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.77, n.631, p.34, maio 1988).

o vocábulo relacionado com a atribuição e causalidade<sup>73</sup>, enquanto a reparação está relacionada com o dano. Pode haver a imputação de responsabilidade e não haver a reparação, como, por exemplo, quando uma pessoa ocasionar o dano a si mesmo e com isso a figura de ofensor e ofendido vão se confundir. Isso não exclui a responsabilidade pela lesão, excluirá a reparação, visto que ocorrerá uma confusão patrimonial do crédito da reparação e da obrigação correspondente.<sup>74</sup> Da mesma forma, as partes podem pactuar a exclusão de tal indenização<sup>75</sup> e em decorrência de eventual responsabilização, haverá a responsabilidade, mas não haverá reparação.

A responsabilidade tem o seu sentido com a ofensa e contrariedade ao Direito<sup>76</sup>, a resposta a este descumprimento, "[...] como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação"<sup>77</sup>. O conteúdo não é meramente reparação de dano. Ao contrário, o que se verifica pela noção patrimonialista que lhe foi atribuída, a obrigação de indenizar é apenas uma das possíveis consequências da responsabilidade civil. Assim, pensar o instituto como sinônimo de reparação não é o adequado.

---

<sup>73</sup> Neste sentido: "[...] El término 'responsabilidad' se refiere al sujeto al que se dirige la sanción prevista por una norma – es decir, al destinatario del consecuente de una norma primaria." (COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUMER, Jörg; SARLET, Ingo (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p.82).

<sup>74</sup> Este é o exemplo mencionado por José de Aguiar Dias, demonstrando que neste caso o que ocorre não é a falta de responsabilização, mas sim: "[...] O que se dá é o desinteresse na caracterização do dever de reparação consequente à responsabilidade." (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.27-28).

<sup>75</sup> Trata-se das cláusulas exonerativas ou limitadoras da indenização. Não são entendidas como cláusulas de irresponsabilidade pois não tem o condão de afastar a responsabilidade, mas sim a obrigação de indenizar que dela decorre. Não obstante a sua inaplicabilidade em determinados tipos de contratos (Sobre o tema ler: AMARAL JR., Alberto. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.26, p.9-17, 1998; AMARAL JR., Alberto. O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.759, p.67-75, 1999; SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.2, n.6, p.96-123, 2001).

<sup>76</sup> Afirma Pontes de Miranda que "Se o que está em causa é a ofensa aos direitos alheios, as funções de equilíbrio e de reparação foram entregues à responsabilidade pelo fato ilícito, pelo ato-fato ilícito e pelo ato ilícito, com toda a gama do fundamento de condenar, às obrigações por enriquecimento injustificado, ao princípio *Cuius commoda eius et incommoda* e outros semelhantes." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3.ed. 2.<sup>a</sup> reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Tomo XXII. p.51.)

<sup>77</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.11.

A reparação é o retornar ao *status quo*, pela restituição *in natura*, com a devolução do objeto lesado ou um valor pecuniário (indenização).<sup>78</sup>

Em verdade, o instituto diz respeito a ser responsável diante da violação de um dever jurídico<sup>79</sup>, assim, não haveria a necessidade da ocorrência do dano para a sua caracterização. Este dever não significa necessariamente a contrariedade do Direito, pode ser um dever pactuado entre as partes ou até mesmo um dever decorrente da relação entre quem ofendeu e a quem será imputada a responsabilidade.<sup>80</sup> Pela diferença de fonte é realizada a classificação em responsabilidade contratual (ou negocial) e responsabilidade extracontratual.<sup>81</sup>

Mas, por que a maioria dos conceitos de responsabilidade civil está relacionado com a noção de mera reparação, como se esta fosse a única consequência possível? Tal reducionismo decorre da noção sancionatória do Direito, analisando o instituto não exatamente pelo que ele é, mas pela sua consequência. E

---

<sup>78</sup> Também, porque a reparação pode ser *in natura* ou em pecúnia, sendo a expressão reparar a que abrange as duas possibilidades. "Na linguagem do direito brasileiro, reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente" (PONTES DE MIRANDA, *op cit.*, p.181).

<sup>79</sup> A noção de dever jurídico aqui utilizada "[...] consiste na necessidade de observância de determinada conduta, imposta pela ordem jurídica a uma ou a diversas pessoas para tutela de um interesse de outrem e cujo cumprimento se garante através de meios coercitivos adequados." (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. p.66).

<sup>80</sup> É por exemplo, o caso do pai para com os seus filhos menores (Artigo 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia), neste caso, a responsabilidade é objetiva, ou seja, não se analisa a conduta se tratando de um ato-fato jurídico para aquele a quem será imputada a responsabilidade (artigo 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos). (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil).

<sup>81</sup> Para alguns, esta distinção estaria ultrapassada. Todavia, para o estudo da presente tese retomam-se estas noções, especialmente, porque há uma diferença das fontes, visto que a responsabilidade contratual decorre do descumprimento de um dever relativo às partes, enquanto a responsabilidade extracontratual decorre do descumprimento de um dever absoluto que será o de não lesar ou de cuidado. A explicação sobre a inserção do dever de cuidado como um dever jurídico é tema deste primeiro capítulo.

Ademais, há importância nesta classificação para a proposta da responsabilidade civil sem dano, eis que em muitos casos da responsabilidade contratual, houve uma prévia negociação que pode impor inclusive atribuição patrimonial para a não ocorrência da lesão, o que será tratado no último capítulo.

Diante da importância do tema, ressalta-se que para Fernando Noronha, há a responsabilidade negocial decorrente do descumprimento do dever relativo e a responsabilidade civil seria a responsabilidade extracontratual. (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.430-431).

ainda, apenas uma consequência, que era a reparação do dano ocasionado, dentro de uma visão patrimonialista. Todavia, ser responsável e responder pela contrariedade ao Direito pode estar relacionado com uma ação futura.<sup>82</sup> Do descumprimento podem decorrer outras respostas jurídicas, como o impedimento da concretização do dano.

Diante da amplitude das consequências e a necessidade de ser analisada a responsabilidade civil pelo seu conteúdo, a noção que aqui se utiliza é de ser o instituto decorrente da conduta antijurídica, o que poderá acarretar a possibilidade de impor a reparação do dano quando concretizado (obrigação de indenizar) ou a possibilidade de impedir a sua ocorrência (obrigação de não fazer).

Portanto, a contrariedade ao Direito não poderia ter como consequência apenas as noções de indenização, caducidade e invalidade. É preciso entender que esta divisão foi assim realizada dentro de uma lógica patrimonialista e distante das necessidades sociais da contemporaneidade (a sociedade do século XXI, aqui denominada conforme premissa adotada e explicada no próximo capítulo). Não havia, portanto, a preocupação com a previsão de uma medida que protegesse a não ocorrência do dano. Mesmo assim, deve se ressaltado que Pontes de Miranda defende não uma medida preventiva a fim de evitar o dano, por si só, mas sim de evitar o ato ilícito.

Para o doutrinador, o Direito foi estruturado de forma a não apenas reagir contra o ilícito, mas também contra "[...] atos e estados dos quais resulta ser possível ou provável contrariedade ao direito"<sup>83</sup>. Assim, existiriam duas soluções para a resolução e responsabilização pela contrariedade objetiva e pela contrariedade transobjetiva do direito. E o Direito Civil teria previsões sobre a prevenção do Direito, sempre que entendesse que o perigo poderia ser evitado. Não se trata de reparação, como bem salienta o autor, eis que o suporte fático da norma é a prevenção. Prevenção à ocorrência do dano ou ao seu próprio agravamento.

O doutrinador é enfático ao afirmar que não se trata de reparação, podendo existir a prevenção pura, quando nenhum dano ocorreu ou a medida preventiva com

---

<sup>82</sup> THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.562, jul./set. 1999.

<sup>83</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 4.ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo II. p.361.

finalidade de impedir a continuidade do dano já ocorrido, bem como evitar que ele se repita. Mas, as pretensões seriam diferentes, pois "[...] a pretensão à segurança é da mesma classe que a pretensão negatória, sem se identificar com ela"<sup>84</sup>. A prevenção seria para o doutrinador a ação de abstenção cujo direito subjetivo protegido é o perigo ou o estado perigoso.

Para Pontes de Miranda, a reparação seria paralela a prevenção e independente de norma específica<sup>85</sup>, sendo que não há a necessidade de comprovação da conduta culposa, pois "A ação de abstenção não pressupõe culpa; pressupõe contrariedade a direito"<sup>86</sup>.

Assim, o autor teria traçado uma "tutela inibitória" paralela à reparação, como uma reação em face ao ato que poderia ser contrário ao direito, com medidas unicamente preventivas, através da qual seria possível obrigar que alguém se abstivesse de realizar determinado ato contrário ao direito. Insta destacar desde já que a estrutura estudada pelo autor não estaria relacionada ao instituto da responsabilidade civil, mas sim paralela a ele.

Destarte, haveria uma resposta para a ocorrência do dano (indenização) e uma resposta para a não ocorrência da contrariedade ao direito (medida preventiva). Haveria uma lacuna quando (e se) ocorresse um fato contrário ao direito e dele não resultasse dano, mas houvesse a probabilidade ou possibilidade de ocorrer. Em verdade não. A lacuna é preenchida pelo próprio instituto da responsabilidade civil, quando se constata que a proteção não é meramente patrimonial ao dano, mas em face da própria contrariedade ao direito, havendo assim um dever de cuidado juridicamente considerado. E a violação deste dever seria considerada antijurídica em seu sentido amplo, cabendo à responsabilidade civil a função de dispor sobre a

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, p.364.

<sup>85</sup> É neste sentido que doutrina Pontes de Miranda ao mencionar que: "Se o direito é a sujeitos passivos totais (direito absoluto), há proibição a todos de inquietar, perturbar, turbar o titular dele: não se pode deixar de ver, à base da ação de abstenção, o direito subjetivo, a pretensão à prestação negativa. [...] Discute-se se, não havendo regra jurídica especial, cabe tal tutela jurídica preventiva. Se cabe, a todo delito (ato ilícito absoluto) corresponde, se o temor se estabelece, ação de abstenção. O ato ou estado criador do temor entra, segundo essa concepção, no mundo jurídico, é fato jurídico *stricto sensu*, de que se irradiam efeitos (direitos, pretensões, deveres, obrigações). Seria categoria paralela à ação de indenização, pois no seu suporte fático está o elemento necessário do ato culposo ocorrido e sua continuação ou repetição." (*Ibid.*, p.365-366).

<sup>86</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 4.ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo II. p.368.

resposta jurídica, cuja obrigação de indenizar não é a única, mas uma dentre as respostas obrigacionais.<sup>87</sup> Antes de estudar este dever, se efetivamente é possível considera-lo, analisar-se-á a relação jurídica da responsabilidade civil, com vistas a verificar se é possível decorrer uma relação obrigacional de um dever absoluto.

---

<sup>87</sup> Neste sentido, cita-se a conceituação apresentada por Plácido e Silva, sobre a responsabilidade civil: "Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção." (PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de Plácido. **Vocabulário jurídico**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.2. p.237).

### 1.3 O DESCUMPRIMENTO DO DEVER COMO PONTO DE PARTIDA PARA COMPREENSÃO DO INSTITUTO

Sendo o Direito linguagem, a compreensão do significado que será adotado é essencial para os caminhos a serem traçados.<sup>88</sup> Para a conceituação de um instituto, o sistema lógico<sup>89</sup> orienta que a definição seja a mais ampla possível. Também, para evitar que um conceito fechado exclua demasiados casos de responsabilizações, aqui se adota uma definição ampla, no sentido de que a responsabilidade, em sua acepção jurídica tem relação com uma contrariedade ao ordenamento jurídico, "[...] como a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação"<sup>90</sup>. Decorre de uma análise do comportamento previsto pelo ordenamento jurídico, por se diferenciar da responsabilidade moral e da responsabilidade penal pela reprovabilidade do resultado (social ou individual<sup>91</sup>).

É comum que as definições da responsabilidade civil estejam relacionadas com a noção de reparação do dano<sup>92</sup>, resultante de um ato contrário ao direito e que dele resulte uma ofensa, por isso haveria ofensor (aquele que contraria o direito) e o

---

<sup>88</sup> Nas palavras de Orlando Gomes: "[...] O Direito é eminentemente conceitual. Precisa das noções gerais. Sem elas, não seria possível entendê-lo. O que se quer é que essas abstrações sejam imbuídas de dados da realidade, para que não percam seu sentido funcional." (GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). **Revista Direito GV**, v.1, n.1, p.127, maio 2005).

<sup>89</sup> Nos dizeres de Karl Larenz: "[...] O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular." (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Tradução de José Lamego. Revisão de Ana de Freitas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p.21.)

<sup>90</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.11.

<sup>91</sup> Em verdade, várias são as distinções entre a responsabilidade e a responsabilidade penal, o que é objeto de análise no capítulo seguinte.

<sup>92</sup> Neste sentido: NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. Também, CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programas de responsabilidade civil**. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.

ofendido (aquele que sofre a ofensa). E o que irá se analisar é se efetivamente a responsabilidade civil tem uma noção tão restrita quanto a que lhe foi proposta.<sup>93</sup>

Nos termos que foram tratados no tópico anterior, a responsabilidade civil pode decorrer de um fato jurídico, bem como ser decorrente de um direito absoluto, sendo desnecessário, portanto, uma relação jurídica prévia, para que possa ocasionar a responsabilização. Portanto, a partir das noções anteriormente estudadas, não há que se falar que há necessidade da ocorrência do dano para que as partes fiquem vinculadas.<sup>94</sup> Em verdade, tal pensamento tem duas contrariedades ao que foi aqui estudado. O primeiro é em decorrência da noção de que a obrigação seria decorrente apenas e tão somente de contrato e delito, o que não é a premissa deste trabalho; segundo, porque a obrigação de reparar não decorre da ocorrência do dano em si, mas sim pelo descumprimento do dever de não ocasionar dano.

A partir do momento de que se entende que a responsabilidade civil tem como fonte o fato jurídico em seu sentido amplo, bem como a possibilidade do ato contrário ao direito em seu sentido amplo ser decorrente de direito absoluto e por isso, não haver a necessidade de uma relação prévia, a noção de que a responsabilidade civil decorre da ocorrência do dano não é adequada. Em verdade, o instituto é anterior ao dano.<sup>95</sup>

A estrutura está muito mais relacionada com a prevenção do que a reparação, a qual foi apropriada como se sinônimo fosse. A obrigação de indenizar surge para que

---

<sup>93</sup> Salienta-se que os conceitos formulados foram muitas vezes realizados dentro de noções que "[...] revelassem ostensiva subordinação à realidade subjacente, e, por outro lado, favoreciam o aproveitamento de conceitos que captavam a essência da experiência jurídica, sem deixar perceber a correspondência à função nova que passaram a desempenhar os institutos jurídicos assim definidos e formulados." (GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). **Revista Direito GV**, v.1, n.1, p.43, maio 2005).

<sup>94</sup> Este é o entendimento defendido por Clóvis de COUTO E SILVA, para quem a responsabilidade civil é uma obrigação que surge a partir do momento que houve a lesão (o dano). Para o autor, seria da lesão que decorreria a obrigação de reparar um prejuízo. A premissa de tal vinculação não é a mesma da que decorre o que foi adotado nesta tese. É porque para o Clóvis de Couto e Silva, assim como aqueles que defendem que a fonte obrigacional não é o fato jurídico, mas sim, as fontes romanas do contrato, quase contrato, do delito e quase delito, a responsabilidade civil decorreria da relação contratual prévia entre as partes (contrato) e do dano (delito). A primeira configurar-se-ia como sendo a responsabilidade contratual e a segunda como a extracontratual. (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **Principes fondamentaux de la responsabilite civile en droit bresilien et compare**. Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII), 1988. (Versão datilografada). p.18).

<sup>95</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.65.

aquele que venha a ocasionar o dano saiba que será condenado a uma obrigação de reparar.

O conteúdo, portanto, não é meramente reparação de dano. Ao contrário, o que se verifica pela noção patrimonialista que lhe foi atribuída, a obrigação de indenizar é apenas uma das possíveis consequências da responsabilidade civil. Assim, pensar o instituto como sinônimo de reparação não é o adequado, não foi neste sentido que foi desenvolvido. Em verdade, o *instituto diz respeito a ser responsável diante da violação de um dever jurídico*<sup>96</sup>, um comportamento que deveria ser adotado e não o sendo é considerado como contrário ao ordenamento jurídico, assim, não haveria a necessidade da ocorrência do dano para a sua caracterização. Mas, por que a noção de mera reparação? Tal reducionismo está relacionado com a consequência patrimonialista. Por isso, no presente trabalho, a noção que aqui se utiliza é da responsabilidade civil como uma obrigação de cumprir um dever de não ocasionar dano, o que poderá imputar de um lado a possibilidade de impor a reparação do dano quando concretizado e de outro lado a possibilidade de impedir a sua ocorrência.

Conforme tratado no primeiro tópico deste capítulo, a consequência jurídica da responsabilidade civil vincula as partes, podendo o ato ilícito ser decorrente de uma relação prévia (descumprimento relativo) ou de um direito absoluto, o que origina a classificação entre responsabilidade contratual ou responsabilidade extracontratual<sup>97</sup>, como espécies da responsabilidade civil em seu sentido amplo. Ambas tem como pressuposto o dano (reparação ou prevenção). Para a presente tese, a distinção entre ambas é importante, eis que a responsabilidade civil entendida como a imputação da obrigação a alguém em decorrência do descumprimento de um dever prévio, faz-se necessário analisar se é um dever geral (de não lesar ou de cuidado) ou de um dever relativo entre as partes.

---

<sup>96</sup> A noção de dever jurídico aqui utilizada "[...] consiste na necessidade de observância de determinada conduta, imposta pela ordem jurídica a uma ou a diversas pessoas para tutela de um interesse de outrem e cujo cumprimento se garante através de meios coercitivos adequados." (COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. p.66).

<sup>97</sup> Fernando Noronha, afirma que a responsabilidade negocial é a responsabilidade decorrente do descumprimento de obrigações negociadas e a expressão "responsabilidade civil" fica vinculada a obrigação decorrente dos deveres absolutos, incluindo o de não lesar. (NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, p.13, abr./jun. 2003)

Não obstante conforme tenha se verificado, os signos não refletem o significado da expressão "responsabilidade civil", é importante destacar que da etimologia da palavra "responsabilidade" retira-se a noção de *spondere* e *respondere*. Calcada na noção de *respondere* a pretensão não é apenas uma resposta ao passado, mas também ao futuro.<sup>98</sup>

Considerando o dever absoluto de não sofrer dano, que poderá ser oponível a todos (por ser absoluto), poderá decorrer um "[...] dever de abstenção ou a obrigação de não fazer, que a doutrina denomina obrigação passiva universal"<sup>99</sup>. O dever de não lesar trata-se de um dever jurídico, no sentido mais amplo de correspondência a um direito, configurando-se em "[...] a necessidade imposta pelo direito (objectivo) a uma pessoa de observar determinado comportamento"<sup>100</sup>, abrangendo os deveres de prestação dentro dos quais estão as obrigações.<sup>101</sup>

A separação entre o que é reparar e o que é responsabilidade civil é de grande importância para compreender o que é o instituto. Ser responsável não é somente reparar, responsabilidade civil não é sinônimo de reparação de dano.<sup>102</sup> Tanto é verdade que em casos de responsabilidade negocial, as partes podem pactuar a exclusão de tal indenização<sup>103</sup>, mas não deixa de existir a responsabilidade.

---

<sup>98</sup> "Retornar-se às origens etimológicas do termo 'responsável', a fim de mostrar que a ideia presente na raiz *spondere* (prometer) poderia ser concretizada não apenas com a reparação dos danos já causados, mas também com a antecipação daqueles que estão por vir. *Respondere* é apenas responder à promessa, mas a promessa deve ser feita não apenas à vítima, mas também às gerações futuras, prometendo a integridade da biosfera ou, em última instância, a própria sobrevivência humana." (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.162).

<sup>99</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.47.

<sup>100</sup> VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000. v.1. p.52.

<sup>101</sup> É o que afirma João de Matos Antunes Varela, ensinando que: "[...] O dever jurídico abrange não só as situações de vinculação de uma pessoa a uma conduta específica (como sucede nas obrigações), mas também as situações de vinculação de uma pessoa a um comportamento genérico (como sucede com os deveres gerais de abstenção, correspondentes aos direitos reais)". (*Ibid.*, p.54).

<sup>102</sup> O estudo da reparação e da responsabilidade civil foi realizado como se ambos os vocábulos fossem dependentes um do outro. Neste sentido, explica Giselda Hironaka que o signo responsabilidade "[...] é produto de um trabalho doutrinário de explicação do direito que fizesse frente às concepções não-jurídicas de responsabilidade e que demonstrasse a racionalidade propriamente contemporânea da obrigatoriedade da reparação." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.73).

<sup>103</sup> Trata-se das cláusulas exonerativas ou limitadoras da indenização. Não são entendidas como cláusulas de irresponsabilidade pois não tem o condão de afastar a responsabilidade, mas sim a

Também, pode, por exemplo, uma pessoa ocasionar o dano a si mesmo e com isso a figura de ofensor e ofendido vão se confundir em uma única pessoa. Isso não exclui a responsabilidade pela lesão, excluirá a reparação, visto que ocorrerá uma confusão patrimonial do crédito da reparação e da obrigação correspondente.<sup>104</sup>

Nestes dois exemplos, a responsabilidade civil como resposta ao ato ilícito em sentido amplo (seja pelo descumprimento do que foi pactuado ou negociado – responsabilidade negocial; seja pelo descumprimento de um dever absoluto de não ocasionar dano – responsabilidade extracontratual), resta configurada, mas não haverá reparação, a obrigação de indenizar foi excluída pela pactuação no primeiro caso ou não ocorrerá pela confusão patrimonial.

Giselda Hironaka discorre que a responsabilidade civil como instituto do direito civil moderno tem suas origens em uma construção doutrinária do século XIX, decorrente de uma ideia de culpa, mas cujo vocábulo não traz em si a noção de reparar um dano, mas sim de ser responsável por algo, em suas palavras:

[...] nas origens, a ideia de responsabilidade, ainda que apenas uma substantivização de um adjetivo – responsável – atribuível a um agente em certas condições, é uma criação que parte diretamente da ideia de culpa ou da ideia de dever, mas não envolve, necessariamente, a noção de compensação.<sup>105</sup>

*A responsabilidade civil é assim o imputar a alguém a consequência do ilícito em seu sentido amplo, o que tem sua fonte, portanto, em um ato contrário ao ordenamento jurídico.*

---

obrigação de indenizar que dela decorre. Não obstante a sua inaplicabilidade em determinados tipos de contratos (Sobre o tema ler: AMARAL JR., Alberto. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.26, p.9-17, 1998; AMARAL JR., Alberto. O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.759, p.67-75, 1999; SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.2, n.6, p.96-123, 2001. p.96-123).

<sup>104</sup> Este é o exemplo mencionado por José de Aguiar Dias, demonstrando que neste caso o que ocorre não é a falta de responsabilização, mas sim: "[...] O que se dá é o desinteresse na caracterização do dever de reparação consequente à responsabilidade." (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.27-28).

<sup>105</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.76.

Para a compreensão da responsabilidade civil outra distinção que é preciso ser analisada é o dano. Eis que o dano não é elemento essencial da responsabilidade, mas sim a contrariedade ao direito conforme verificado no tópico anterior, considerado como um ilícito em sentido amplo. Em sentido restrito, ilícito deve ser contrário ao direito (antijurídico) e reprovável pela conduta adotada<sup>106</sup>, mas a noção de dano não estaria nem mesmo na conceituação de ilícito em sentido estrito, foi assim inserida apenas quando da vinculação do ilícito para com a obrigação de indenizar.<sup>107</sup>

Diante disso, é possível compreender que haverá uma responsabilidade civil *stricto sensu* atrelada a reparação do dano e a responsabilidade civil *lato sensu* para proteger a esfera jurídica dos indivíduos. Esta responsabilidade civil decorre da própria noção do que deve ser disciplinado pelo Direito, objetivando a eliminação do dano<sup>108</sup>, pela noção da reparação ou pela sua prevenção. "[...] Luego, porque cualquiera que tema sufrir un daño puede obtener inmediatamente la supresión de su hecho constitutivo (ilicitud), antes incluso de su realización (a fin de impedirlo)"<sup>109</sup>.

A dúvida que vem a surgir é se a sanção – indenização é a forma de prevenção que cabe dentro da responsabilidade civil e assim, não haveria de se falar em outra consequência.

Destarte, é preciso compreender quais são os deveres descumpridos que podem ser considerados como contrários ao ordenamento jurídico, eis que o dever de não causar dano decorrentes dos brocardos *neminem laedere* e *alterum non laedere* já estão consagrados e descumpridos têm como consequência a obrigação de

---

<sup>106</sup> Nas palavras de Fernando Noronha: "[...] Não basta o ato ser proibido por lei, para ser ilícito. Ilícito, segundo o art. 186, é unicamente aquilo que é censurável, a conduta pela qual alguém pode ser reprovado. Na acepção restrita de ato ilícito, a antijuridicidade é elemento necessário, mas não suficiente. Os atos antijurídicos que não tenham na sua base uma vontade juridicamente relevante devem mesmo ser enquadrados dentro dos fatos jurídicos em sentido estrito". (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.366).

<sup>107</sup> O dano não ser elemento fundante para a configuração do ato ilícito. Discorre o autor que "O art. 159 do Código de 1916 referia a necessidade de ocorrência de um dano, mas evidentemente este não entra na noção de ato ilícito, como dito no texto. No entanto, nesse Código a referência era compreensível, porque o dispositivo, ao mesmo tempo que definia o ato ilícito, estatuiu a obrigação de reparar o dano que resultasse dele. Já no art. 186 do Código de 2002, que se limita a dar uma noção de ato ilícito, sem cuidar de suas consequências jurídicas, que passaram a ser estabelecidas noutro lugar (o art. 927, *caput*), a referência ao dano é injustificada." (*Ibid.*, p.365).

<sup>108</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. p.590.

<sup>109</sup> TOURNEAU, Philippe. **La responsabilidad civil**. Tradução de Javier Tamayo Jaramillo. 2.<sup>a</sup> reimp. Bogotá: Legis Editores, 2008. p.32.

indenizar. Poder-se-ia falar em um dever de não ocasionar dano a ser analisado previamente? Um dever de cuidado?

A responsabilidade civil verificada como a ilicitude em seu sentido amplo depende da definição ético-jurídica de quais comportamentos devem ser adotados. "Pode-se mesmo afirmar que, em regra, a sujeição às consequências desagradáveis do acto (responsabilidade no segundo sentido) decorre da possibilidade de imputação ético-jurídica do mesmo (responsabilidade no primeiro sentido)"<sup>110</sup>. Neste sentido que se tem as palavras de Giselda Hironaka ao afirmar que são as noções éticas, morais e de normalidade que irão definir os atos contrários ao direito.<sup>111</sup> E estas noções de normalidade, de "senso comum" não são estáticas

[...] o que acontece à faculdade humana de julgamento quando confrontada com ocorrências que significam o colapso de todos os padrões costumeiros e, assim, não possuem precedentes, no sentido em que não são previstas nas regras gerais, nem mesmo como exceções a essas regras? Uma resposta válida a essas questões teria de começar com uma análise da ainda muito misteriosa natureza do julgamento humano, daquilo que ele pode e não pode realizar. Pois, apenas se supomos que existe uma faculdade humana que nos capacita a julgar racionalmente, sem nos deixarmos arrebatados pela emoção ou pelo interesse próprio, e que ao mesmo tempo funciona espontaneamente, isto é, não é limitada por padrões e regras em que os casos particulares são simplesmente subsumidos, mas ao contrário, produz os seus princípios pela própria atividade de julgar, apenas nessa suposição podemos nos arriscar nesse terreno moral muito escorregadio, com alguma esperança de encontrar um apoio para os pés.<sup>112</sup>

Diante de novos riscos, novos comportamentos devem ser adotados e uma noção de justiça passa a ser considerada, o que está diretamente vinculado ao instituto da responsabilidade civil, pois o seu próprio vocábulo "responsabilidade" decorre do

---

<sup>110</sup> JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. p.35.

<sup>111</sup> Poderia ela ser definida por graus de moralidade, honestidade? Preocupação essa esboçada por Giselda Hironaka ao afirmar que: "[...] a idéia de moralidade, a idéia de normalidade e a idéia de honestidade são constantes na argumentação jurídica e no vocabulário jurídico, a despeito de serem concepções extremamente valorativas e subjetivas. Como conceber uma medida para o jurídico que não seja subjetiva nem valorativa e que permita ter a sua antítese considerada um ato ilícito?" (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.88).

<sup>112</sup> ARENDT, Hannah. Algumas questões de filosofia moral. In: \_\_\_\_\_. **Responsabilidade e julgamento**. Edição de Jerome Kohn. Revisão técnica de Bethânia Assy e André Duarte. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p.89.

senso de justiça de uma determinada época e uma determinada sociedade<sup>113</sup>, com o sentido "ético-coletivo de um povo"<sup>114</sup>. As transições fundamentam novas teorias<sup>115</sup> e a construção de novos modelos<sup>116</sup>.

Em seu texto sobre a "Responsabilização na sociedade civil", Klaus Günther discorre sobre a estrutura de um instituto de responsabilidade que venha a abranger diversos temas, tais como "problemas sociais, conflitos, riscos, perigos e danos de maneira que estejam atribuídos a pessoas singulares, a indivíduos, e não a estruturas e processos supra-individuais: à sociedade, à natureza ou ao destino"<sup>117</sup>. E assim, a sociedade civil seria composta por indivíduos responsáveis, tendo como consequência o fato de que cada indivíduo seria responsável por um todo. Para o autor, isso acarretaria o esvaziamento do conceito de responsabilidade.<sup>118</sup>

---

<sup>113</sup> Afirma Louis Bach referindo-se ao fundamento da responsabilidade jurídica: "*Et c'est pourquoi nous dirons que rechercher le fondement d'une responsabilité juridique, c'est à dire le fondement, soit de la responsabilité d'un sujet de droit dans un cas déterminé, soit, ce qui revient au même, de la règle qui statue cette responsabilité, c'est rechercher la raison qui la justifie, c'est-à-dire que permet d'affirmer que la réglementation établie en la matière par le législatuer et 'l'application' que font de celle-ci les tribunaux, sont conformes aux ideaux de justice que fait siens une société donnée à une époque déterminée de son existence [...]*".

Tradução livre: "E por isso que nós dizemos que buscar o fundamento de uma responsabilidade jurídica, quer dizer o seu conteúdo, seja pela responsabilidade de um sujeito de direito em um caso determinado ou pela regra que determina esta responsabilidade, é procurar a razão que a justifica, o que significa dizer que a regulamentação da matéria pelo legislador e a aplicação pelos tribunais são de acordo com as ideias de justiça que são feitas dentro de uma sociedade de acordo com determinada época." (BACH, Louis. *Fondement de la Responsabilité en Droit Français*. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n.1, v.75, p.20, janvier-mas 1977).

<sup>114</sup> GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. Tradução de Flávia Portela Püschel. Revisão técnica de Rúrion Soares Melo. In: PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Teoria da responsabilidade: no Estado Democrático de Direito**. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p.50.

<sup>115</sup> Como fundamenta Domenico de Masi "A fase que atravessamos atualmente caracteriza-se por uma grave crise dos modelos teóricos: isto é, difundiu-se a consciência de que as visões de mundo com as quais nos pautamos no passado são insuficientes para explicar o presente." (MASI, Domenico de. *A sociedade pós-industrial*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla et al. 3.ed. São Paulo: Editora Senac, 2000. p.27).

<sup>116</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.117.

<sup>117</sup> GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Tradução de Flavia Portella Püschel. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Responsabilização na sociedade civil: teoria da responsabilidade: no Estado Democrático de Direito**. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p.7-8.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p.13.

Então para Klaus Günther, quanto mais abrangente dispor a responsabilidade por danos (ou responsabilidade civil) menos estar-se-á tratando do instituto propriamente dito.

Mas, não se pode mencionar esvaziamento quando o seu próprio conceito não é somente patrimonialista e relacionado à reparação, mas sim uma de suas consequências. E por se tratar de um conceito que consegue abranger outras formas de deveres é que se considera que o instituto é extremamente maleável.

Pensar a responsabilidade civil apenas como obrigação de indenizar trouxe diversos problemas doutrinários. É uma noção que está relacionada ao dano, ao risco, eis que se trata do dever de não ocasionar dano, do dever de não ameaçar um bem juridicamente tutelado. Como salienta Maria Celina Bodin de Moraes "O fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva deve ser buscado na concepção solidarista"<sup>119</sup>.

E foi pela ausência desta conotação que a teoria objetiva teve tantas dificuldades em ser aplicada juridicamente. Conforme crítica realizada ante a ausência de conceitos firmes para os institutos do Direito, Orlando Gomes afirma que "No domínio da responsabilidade civil, a tortura dos juristas é angustiante. Poucos perceberam que as situações exigem novo modo de equacionar o problema"<sup>120</sup>. A partir de um conceito firme e que seja garantidor do que será definido como responsabilidade civil é possível compreender porque a responsabilidade civil é capaz de se identificar com tantas alterações ocorridas na sociedade, desde o afastamento da culpa até a novas respostas para um dever jurídico que não mais é identificado apenas como a resposta patrimonialista de reparação do dano.

*Como a responsabilidade civil é primeiro o que se considera como ato contrário ao direito e suas consequências, é preciso compreender quais são os deveres a serem imputados dentro deste instituto, isto é, quais são os comportamentos lícitos e o que pode ser considerado como contrário ao ordenamento jurídico.*

---

<sup>119</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 437.

<sup>120</sup> GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). **Revista Direito GV**, v.1, n.1, p.129, maio 2005.

## **2 A ÉTICA DO CUIDADO E O SURGIMENTO DE UM DEVER JURÍDICO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA**

Nas primeiras horas do dia 27 de janeiro de 2013, uma tragédia decorrente de um somatório de fatores (e cada um deles poderia ter sido evitado) ocorreu. O resultado foi a morte de 242 (duzentos e quarenta e dois) jovens e graves ferimentos em outros 116 (cento e dezesseis). Um acontecimento que comoveu a cidade de Santa Maria, no Estado do Rio Grande do Sul, com repercussão nacional e internacional.

A causa foi uma sequência de equívocos, desde a utilização de material inflamável dentro de um recinto fechado e com ventilação insuficiente, o não funcionamento de extintores, a existência de amianto na composição do material de proteção acústica, a necessidade dos presentes terem que efetuar o pagamento dos produtos consumidos antes de se retirarem do local, a ausência de visibilidade, dentre outros.

Diante do ocorrido e da verificação da possibilidade de evitar ou amenizar o número de mortes e feridos, as pessoas voltaram seus olhos para o que poderia ser realizado para minimizar o sofrimento dos familiares e os jovens sobreviventes. Não era difícil encontrar, depois da tragédia, locais sendo fechados por apresentarem riscos semelhantes ou até mesmo piores daqueles presentes no estabelecimento em questão.

O objetivo era adotar condutas que fossem capazes de evitar que a tragédia ocorrida em Santa Maria, Rio Grande do Sul, se repetisse em outra parte do país. É a ética do cuidado que tem dominado as condutas do século XXI e influenciado o Direito, a partir da proposta do "E se"? "E se" tivesse agido diligentemente o número de mortes seria outro? E "se" tivessem adotado o material adequado para a proteção acústica? E "se" os clientes não precisassem pagar o consumido antes de sair do local. E assim por diante.

Uma nova preocupação para evitar situações como a acima relatada ou até mesmo outras, diante dos riscos desta sociedade do século XXI, dominam o pensamento contemporâneo e, por conseguinte, o Direito. Um "e se" que permeia a vida cotidiana com riscos que não atingem somente a vida, mas podem abranger

desde lesões patrimoniais (como o fato de "e se" tivesse respeitado a sinalização de trânsito) ou extrapatrimoniais (e se não tivesse divulgado determinada notícia). É a preocupação com o cuidado, que permeia todo o Direito e repercute em todas as suas áreas.

## 2.1 AS INCERTEZAS NA SOCIEDADE DO SÉCULO XXI E O CUIDADO

O despertador do celular toca, o indivíduo desperta. Olha as notícias do dia no mesmo aparelho celular, acessa as redes sociais para verificar o que acontece com as pessoas com quem se conecta e se dirige ao trabalho. O mundo inteiro a um toque é próprio da nova ordem social, mesmo que não se saiba quais são os problemas que podem ser acarretados por isso, seja pela rápida divulgação de informações ou pela própria saúde em razão das ondas eletromagnéticas do aparelho, por exemplo. Despreocupado e ignorando os perigos que podem advir, esse cidadão "comum" continua o seu dia. No trabalho, as reuniões são realizadas com pessoas do mundo inteiro através de teleconferência, flexibilizando as noções de espaço e tempo de outrora.

As suas refeições são feitas com alimentos adquiridos não se sabe por quem, produzidos e preparados não se sabe como. Na ânsia de se alimentar rapidamente, o indivíduo come, sem pensar muito no gosto, nas calorias ou no próprio conteúdo da sua alimentação. Ao final do dia, o indivíduo se dirige ao aeroporto para viajar para um lugar longínquo, imaginando a hora que chegará ao destino e os seus novos compromissos que lá serão realizados.

A descrição deste dia pode não ser a mesma para todos os habitantes da terra (e com certeza dificilmente o será), mas é muito próxima e em alguma proporção daquilo que é possível realizar no momento. Trata-se do indivíduo e a da sociedade do século XXI (assim denominada nesta tese). Neste século XXI, no qual a comunicação, as noções de distância e de tempo são diferentes daqueles que estavam presentes nos séculos precedentes.

Por óbvio, que as alterações sociais não foram (e não são) realizadas simplesmente no badalar das horas, na contagem dos anos ou no alterar dos séculos.

Também, nem é possível dizer que de forma homogênea a humanidade passou por momentos idênticos ou sequer similares tendo, assim, indivíduos com anseios diferentes como o que se presenciou no ano de 1994<sup>121</sup> no Brasil, na África do Sul<sup>122</sup> e em Ruanda<sup>123</sup>. Os eventos não atingem todas as pessoas do mundo de uma forma massificada, normalmente (e mesmo na atualidade com a intensificação da divulgação da informação) são pontuais. Assim, não é possível dizer qual é a sociedade do século XX ou do século XXI mundialmente considerada ou mesmo em um território geograficamente definido<sup>124</sup>, considerando somente a alteração entre meses, anos ou décadas.

E o reconhecimento da diversidade é próprio desta nova sociedade, diversa da pretensão precedente que era classificar, delimitar e conceituar.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> Não obstante o ano de 1994 esteja cronologicamente inserido no século XX, para efeitos de análise e como mencionado, o século XXI não é estanque, mas sim um resultado dos acontecimentos que vem se desenvolvendo desde a segunda metade do século precedente e por isso, a importância de analisar também fatos da década de '90.

<sup>122</sup> A *apartheid* foi revogada como lei em 27 de abril de 1994. Tratava-se de uma lei segregacionista, que dispunha sobre várias restrições para a vida da população negra daquele país. A legislação durou 46 (quarenta e seis anos) – 1948 a 1994. Sobre o tema: WILSON, A. Richard. **The politics of truth and reconciliation in South Africa**: legitimizing the post-apartheid state. Cambridge: The press of the University of Cambridge, 2001.

<sup>123</sup> De abril a julho de 1994, a República de Ruanda foi abalada por um genocídio que resultou em 1.074.017 mortos (lista oficial). Sobre o tema: NOLLI, Elisa Cristina; ARMADA, Charles Alexandre Souza. A guerra civil em Ruanda e a atuação da ONU. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, v.4, n.1, p.699-708, 1.º trimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/ricc>. Acesso em: 17 ago. 2014.

<sup>124</sup> Mesmo o território definido geograficamente possui um caráter multidimensional. "Os territórios são formados no espaço geográfico a partir de diferentes relações sociais. O território é uma fração do espaço geográfico e ou de outros espaços materiais ou imateriais. Entretanto é importante lembrar que o território é um espaço geográfico, assim como a região e o lugar, e possui as qualidades *composicionais e completivas* dos espaços. A partir desse princípio, é essencial enfatizar que o território imaterial é também um espaço político, abstrato. Sua configuração como território refere-se às dimensões de poder e controle social que lhes são inerentes. Desde essa concepção, o território mesmo sendo uma fração do espaço também é multidimensional. Essas qualidades dos espaços evidenciam nas partes as mesmas características da totalidade. [...] Os territórios são, portanto, concretos e imateriais. O espaço geográfico de uma nação forma um território concreto, assim como um paradigma forma um território imaterial. [...] Do mesmo modo que alguns movimentos transforma espaços em territórios, também se territorializam e são desterritorializados e se reterritorializam e carregam consigo suas territorialidades, suas identidades territoriais constituindo uma pluriterritorialidade." (FERNANDES, Bernardo Mançano. Movimentos socioterritoriais e movimentos socioespaciais: contribuição teórica para uma leitura geográfica dos movimentos sociais. **Revista Nera**, São Paulo, v.8, n.6, p.27-28, 2002).

<sup>125</sup> LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p.11.

Para se referir a esta sociedade dinâmica, escolheu-se a denominação de sociedade do século XXI. Não porque seja correspondente, temporalmente considerada, ao século XXI definido pelo calendário ocidental e sim porque tem características que lhe são próprias e alteram a noção de mundo anteriormente conhecida. Também, o significado do vocábulo "risco" aqui utilizado não é o mesmo dos riscos decorrentes do industrialismo, mas, sim de um risco cujas consequências ainda sejam desconhecidas e que possam atingir não somente o indivíduo, mas ele e a própria coletividade.<sup>126</sup> Por isso, diz-se, uma sociedade no século XXI com novos riscos.

Em verdade, esta sociedade não inicia exatamente no século XXI do calendário gregoriano, há quem prefira escolher uma data específica e o que tem sido escolhido é o ano 1989<sup>127</sup>, quando da queda do muro de Berlim (considerado como o triunfo do capitalismo) e mesmo ano no qual foram realizadas conferências em importantes cidades da Europa (Paris, Londres e Amsterdã) sobre o planeta (consideradas preocupações contrárias à ideologia capitalista, mas que consideram os indivíduos holisticamente e passam a discutir temas globais). Portanto, um momento no qual as consequências das grandes guerras do século XX seriam, supostamente, superadas, trazendo a noção de um novo tempo.

É marcada pelo reflexo de diversos acontecimentos que em conjunto formaram a sociedade atual, flexibilizando as noções de tempo e espaço (tendo acesso a imagens, notícias e pessoas do mundo inteiro a um toque, que podem se comunicar independentemente da hora correspondente a localidade de cada uma delas), com indivíduos que temem a sua vulnerabilidade diante dos riscos a que está sujeita. Riscos que não são os mesmos de outrora, que vão desde uma guerra nuclear

---

<sup>126</sup> Carlos Alberto Gherzi ressalta os diferentes conceitos de risco que são variáveis de acordo com determinada época. Para o autor, *"El concepto de riesgo, tal como lo conocemos en el derecho, se construyó a partir de la máquina y el industrialismo, en relación con el daño a los trabajadores y peatones; luego en la modernidad el riesgo estaba ligado con las reacciones atómicas y hoy en la postmodernidad con la contaminación ambiental, etc., es claro entonces que la idea de riesgo, se relaciona en cada tiempo y espacio con las condiciones materialmente existentes; con su contexto y el valor preponderante de cada época."* (GHERZI, Carlos Alberto (Dir.); WEINGARTEN, Celia (Coord.). **Tratado de daños reparables**. Parte general. Tomo I. Buenos Aires: La ley, 2008. v.1. p.36).

<sup>127</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.112.

que pode aniquilar toda a coletividade<sup>128</sup> até a divulgação via internet de uma foto que poderá denegrir a imagem de um indivíduo.

A imprevisibilidade destes "novos riscos" se contrapõe ao sentimento de ordem e de controle sobre os resultados próprio do ser humano.<sup>129</sup> A ausência de consenso na sua definição e as críticas para cada nomenclatura criada não impedem que aquele que analisa a realidade identifique que o presente momento é diferente do anterior.

Mas, quando se pensa em fases é preciso cuidado, pois a história não pode ser dividida em períodos pontuais, como já se tentou realizar. Antes, ao pensar a história da humanidade como fases de desenvolvimento de um ser humano, tentou-se estabelecer recortes pontuais correspondentes a períodos cronológicos. Destas fases, retoma-se algumas das divisões realizadas, meramente para entendimento de criações de institutos e pensamentos que se formavam.

Através de um modelo eurocentrista, dentro de uma divisão estanque – dentre as várias existentes – houve um momento que foi denominado como modernidade. Moderno – porque se entendia contrário ao modelo anterior – era novo (uma "*ideia moderna da modernidade*"<sup>130</sup>) e se pensava que era contraposto a um "*passado arcaico e estável*"<sup>131</sup>. Na fase denominada como modernidade, ocorreu a formação de uma nova sociedade diferente do que existia antes<sup>132</sup>, rompendo com o modelo do

---

<sup>128</sup> "A possibilidade de guerra nuclear, calamidade ecológica, explosão populacional incontável, colapso do câmbio econômico global, e outras catástrofes globais potenciais, fornecem um horizonte inquietante de perigos para todos." (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.127).

<sup>129</sup> GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.176.

<sup>130</sup> KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Tradução de Ruy Jungman e Carlos Alberto Medeiros. 2.ed. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p.87.

<sup>131</sup> LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p.15.

<sup>132</sup> "Os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não tem precedentes. Tanto em sua extensionalidade [*sic*] quanto em sua intensionalidade [*sic*], as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudanças característicos dos períodos precedentes. Sobre o plano extensional [*sic*], elas serviram para estabelecer formas de interconexão social que cobrem o globo; em termos intensionais [*sic*], elas vieram a alterar algumas das mais íntimas e pessoais características de nossa existência cotidiana." (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.14).

medieval<sup>133</sup> e o antigo regime, significando um "[...] rompimento brutal com o passado e uma orientação decisiva para o futuro"<sup>134</sup>.

Para o Direito, esta divisão teria sua importância por resultar em um modelo decorrente da lei emanada por um novo Estado (o Estado moderno)<sup>135</sup>, diverso do modelo plural<sup>136</sup> do período anterior. Portanto, na modernidade, o Direito é um objeto importante e sobre o qual são lançados os olhares, com o objetivo de utilizá-lo como um "[...] precioso amálgama para a entidade política".<sup>137</sup>

Pelo racionalismo, o objetivo seria categorizar, conceituar, delimitar e classificar. Características muito caras aos modernos.

O projeto da modernidade calcado nas ideias iluministas contém o rompimento das criações artesanais para a industrialização, de uma nova forma de efetivação dos transportes e circulação de pessoas – mercadorias e do consumismo existente.<sup>138</sup> A sociedade atual (denominada na tese como sociedade do século XXI) é decorrente da "[...] continuidade dos processos de modernização autônoma"<sup>139</sup> que

---

<sup>133</sup> GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do estado entre medieval e idade moderna. Tradução de Arno Dal Ri Jr.. **Revista Sequência**, Florianópolis, v.28, n.55, p.20, dez. 2007.

<sup>134</sup> KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Tradução de Ruy Jungman e Carlos Alberto Medeiros. 2.ed. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p.97.

<sup>135</sup> "As codificações nacionais têm seu lugar na evolução geral do direito a partir da Idade Média: a autoridade universal do papa e do imperador agora era substituída pela soberania dos Estados nacionais que, grandes ou pequenos, consolidaram sua ordem jurídica em códigos nacionais." (CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.175).

<sup>136</sup> No medieval "[...] a descentralização territorial e a multiplicidade de centros de poder configuram em cada espaço social um amplo espectro de manifestações normativas concorrentes, composto de costumes locais, foros municipais, estatutos das corporações de ofício, ditames reais, Direito Canônico e Direito Romano." (WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.188). Diante dessa diversidade, ausente um poder centralizador, define-se o pluralismo jurídico, como "[...] a multiplicidade de práticas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas pro conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais ou culturais". (p.189).

<sup>137</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. **O novo Código Civil e a Constituição**. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.36.

<sup>138</sup> HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1992. p.32.

<sup>139</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony. Lash, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p.16.

ocorrera. O resultado desta continuidade não é fácil de ser definido. Naquela fase, que hoje se denomina (ou se critica) como modernidade ou industrial, percebia-se o fim da era rural, mas não sabia o que viria depois a substituí-la, tendo alguns a denominado como era pós-rural.<sup>140</sup> Tal dificuldade é própria dos momentos de transição, "[...] não conseguimos compreender que fator ou processo ocupará a posição determinante ocupada pela indústria por duzentos anos"<sup>141</sup>, mas é sabido que está sendo alterada, substituída.

Na contemporaneidade, inicia a era da desconstrução, da alteração de verdades adotadas como absolutas, rompendo mesmo com os propósitos revolucionários daquela que teria alterado o rumo da história, a Revolução Francesa. Afirma-se que sequer existiu a tão afamada modernidade<sup>142</sup> e quando considerada a sua existência, que ela foi rompida e substituída<sup>143</sup> por uma pós-modernidade, modernidade reflexiva ou segunda modernidade.

A modernidade (ou as demais denominações como sociedade industrial ou primeira modernidade) foi marcada pela fase industrial e por fenômenos como "capitalismo (Marx), la racionalización (Weber), la diferenciación funcional (Parsons, Luhmann)" <sup>144</sup>. Enquanto a fase que se opôs a ela (modernidade reflexiva, pós-industrial, pós-modernidade ou segunda modernidade) trata os desafios presentes para a humanidade atual, desafios esses que revelam os riscos do desconhecido.

---

<sup>140</sup> *Id.*

<sup>141</sup> MASI, Domenico de. A sociedade pós-industrial. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla *et al.* 3.ed. São Paulo: Editora Senac, 2000. p.30.

<sup>142</sup> É o que afirma Bruno Latour, em sua obra "Jamais fomos modernos" e em um dos trechos da obra relata que: "[...] Os acontecimentos de 1789 não foram revolucionários, assim como o mundo moderno não foi moderno." (LATOURE, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p.45).

<sup>143</sup> É que "Havia uma clara necessidade de ação para reconstruir as economias devastadas pela guerra na Europa, bem como para resolver todos os problemas de descontentamento político associados com formas capitalistas de crescimento urbano-industrial que germinavam. A queda das crenças iluministas unificadas e a emergência do perspectivismo deixavam aberta a possibilidade de dar à ação social a contribuição de alguma visão estética, de modo que as lutas entre as diferentes correntes do modernismo passaram a ter um interesse mais do que passageiro. [...]" (HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1992. p.38).

<sup>144</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001. p.15.

Arraigada nas classificações e definições modernas surge uma tentativa de rotular as mudanças ocorridas para então categorizá-las. Pos-modernidade, modernidade tardia, sociedade pós-industrial<sup>145</sup>, modernidade reflexiva<sup>146</sup> ou segunda modernidade<sup>147</sup> são algumas das expressões adotadas<sup>148</sup>. A existência de diversas nomenclaturas demonstra a heterogeneidade da nova fase, diversa da industrial, com novas ideias e propostas universais, diante da fragmentação existente entre as histórias e realidades mundiais. E é exatamente a fragmentação, a multiplicidade que marcam a nova era.

É a sociedade das crises, que se depara com dificuldades até mesmo para sua própria definição.<sup>149</sup> Independente da denominação adotada, ela rompe com o

---

<sup>145</sup> Domenico de Masi defensor da denominação de sociedade pós-industrial entende que a expressão "[...] não é com certeza impecável, mas por enquanto é o menos ruim, justamente por sua indefinição que não nos obriga a privilegiar algum fator, visto que ainda não temos condições de arriscar uma preferência neste sentido." (MASI, Domenico de. *A sociedade pós-industrial*. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla *et al.* 3.ed. São Paulo: Editora Senac, 2000. p.32).

<sup>146</sup> Aqui, apresenta-se o conceito de Ulrich Beck, para quem: "Modernidade reflexiva significa a possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. [...] Se, no fundo, a modernização simples (ortodoxa) significa primeiro a desincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, então a modernização reflexiva significa primeiro a desincorporação e, segundo, a reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade. [...] Este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva." (BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony. Lash, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p.12).

<sup>147</sup> Essa nomenclatura é defendida por Beck: "[...] *No se trata de 'posmodernidad', sino de una segunda modernidad, y la tarea a la que tenemos que enfrentarnos es la de reformar la sociología para que pueda proporcionar un nuevo marco para la reinvención de la sociedad y la política.*" (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001. p.3).

<sup>148</sup> Ulrich Beck apresenta as terminologias e as atribui aos seguintes autores: "[...] '*posmodernidad*' (Bauman, Lyotard, Harvey, Haraway), '*modernidad tardía*' (Giddens) '*era global*' (Albrow) o '*modernidad reflexiva*' (Beck, Giddens, Lash)." (*Ibid.*, p.1).

<sup>149</sup> "Talvez nunca se tenha falado tanto de 'crise' como desde que começaram a se difundir novas tecnologias que eliminam a fadiga física do homem, potencializam suas capacidades de memória, de cálculo e até de inteligência, socorrem sua saúde física, ampliam seus conhecimentos, abrem novos horizontes para a biogenética, a agricultura, os transportes, e permitem – aqui e agora – transformar o tempo do trabalho dos empregados em tempo livre a ser dedicado ao crescimento das pessoas e da coletividade.

Diante deste paradoxo somos obrigados a reconhecer que não é a realidade que está em crise e sim nosso modo de compreendê-la e de avaliá-la: como as categorias mentais assimiladas da época industrial não podem mais nos explicar o que está acontecendo, somos induzidos a desconfiar do que está acontecendo e a perceber o advento do futuro como crise do presente.

ideal de categorização da modernidade. As categorizações demonstraram a sua falha e impossibilidade de permanecerem nesta nova sociedade, na qual o todo é analisado. Não há como se dizer que é o mesmo pensamento de antes, no mínimo um reflexo das ideias modernas.

Tem-se uma nova mentalidade, um novo pensamento, com novas noções espaciais e temporais<sup>150</sup> substituídos por novas formas de interação. Um desenvolvimento científico que influencia diretamente a vida das pessoas<sup>151</sup>, transformando-as em dependentes das novas tecnologias e sujeitas aos danos que possam ser por elas causados.

Este novo pensamento rompe com a racionalidade da modernidade e por isso, tem-se a incerteza desde a sua definição até mesmo dos seus resultados e consequências. A previsibilidade dos resultados tão cara aos modernos não alcança o seu objetivo. As categorizações mostram-se falhas, pois é preciso obter o conhecimento de maneira holística.<sup>152</sup>

Na realidade, a sensação de crise é uma crise de modelos interpretativos, é uma resistência às mudanças causadas pelo fosso cultural, fazendo com que nossas atitudes e nossos comportamentos derivem de categorias sedimentadas no decorrer dos séculos rurais e industriais, profundamente arraigadas em nossa personalidade e dificilmente substituíveis a curto prazo." (MASI, Domenico de. A sociedade pós-industrial. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla *et al.* 3.ed. São Paulo: Editora Senac, 2000. p.28).

<sup>150</sup> "[...] O relógio e os horários das estradas de ferro constituíam os símbolos da era industrial. Expressavam o tempo em horas, minutos, segundos. O computador, símbolo da era da informação, pensa em nanossegundos, em milhares de microssegundos. Junto à nova tecnologia das comunicações, ele introduz um marco espaço-tempo radicalmente novo na sociedade moderna." (KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Tradução de Ruy Jungman e Carlos Alberto Medeiros. 2.ed. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p.23).

<sup>151</sup> "Nos últimos 150 anos, a humanidade conquistou um desenvolvimento científico e tecnológico inigualável, fenômeno não verificado no período de vários milênios. Seria impossível aos habitantes do planeta a partir do século XVIII imaginar que, no século XX, o homem desembarcaria na lua ou que haveria possibilidade de comunicação sonora e visual instantânea entre duas cidades situadas em continentes diferentes e separadas por milhares de quilômetros. Essa realidade alterou de forma substancial as relações humanas, especialmente no campo da responsabilidade civil, por causa múltiplos acontecimentos gerados pela ciência e pela tecnologia incorporadas no cotidiano das pessoas." (REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.6. p.47-48).

<sup>152</sup> Para compreender a necessidade de estudo fora das categorizações, Bruno Latour exemplifica da seguinte maneira: "Nossa vida intelectual é decididamente mal construída. A epistemologia, as ciências sociais, as ciências do texto, todas têm uma reputação, contato que permaneçam distintas. Caso os seres que você esteja seguindo atravessassem as três, ninguém mais compreende o que você diz." (LATOURE, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p.11).

A internet, por exemplo, como uma rede de dados e comunicação<sup>153</sup> permitiu desenvolver uma nova forma de comunicação, com diversas vantagens. Apresenta novos riscos para aquele que se utiliza dos seus recursos, desde a exposição indevida de sua vida privada, com repercussão mundial, até mesmo a possibilidade de outras pessoas conseguirem acessar os arquivos pessoais de um indivíduo e se utilizar de dados sigilosos contidos no seu computador.

Este é um dos exemplos dos diferentes riscos que estão sujeitos os indivíduos do século XXI. Um risco diferente daquele conhecido e discutido no século XIX. Não se trata do risco advindo das máquinas<sup>154</sup>, mas sim de situações cujas consequências são totalmente desconhecidas ou quando conhecidas são de tamanha relevância que podem atingir toda a humanidade. São os riscos que a partir da segunda metade do século XX, assolam a humanidade, pois se referem à possibilidade de destruição em massa. Alguns dos exemplos mencionados por Beck dizem respeito aos riscos decorrentes da energia nuclear, as produções químicas, biotecnológicas e o perigo de destruição ecológica.<sup>155</sup>

A análise de riscos existente e desenvolvida na era industrial não é adequada para os riscos desta nova fase (ainda que não conceituada como visto acima), eis que fundamentalmente diferentes. Para a modernidade, os riscos deveriam ser assegurados e assim o eram pela interação entre o antes e o depois. Beck exemplifica que quando há fogo, chamam-se os bombeiros e quando há um acidente, o seguro paga.<sup>156</sup> Todavia, os riscos contemporâneos não podem ser assegurados da mesma forma, eis que a sua avaliação é diferente, as suas consequências não podem ser

---

<sup>153</sup> Sobre o surgimento da internet ler: OLIVIER, Hance. **Business et Droit d' internet**. London: Best of Editions, 1996.

<sup>154</sup> Aqui está a se analisar um risco para além daquele decorrente da revolução industrial, iniciada no século XVIII, mas sim as suas consequências. Isto porque, "[...] sob o prisma de revolução industrial, o ser humano iniciou uma nova marcha na direção ascensional, libertando-se da força gravitacional, bem como desmitificando seus dogmas a respeito dos fenômenos naturais anteriormente desconhecidos, considerados anteriormente como 'manifestação dos deuses', segundo protagonizaram os gregos através das suas lendas. É facilmente perceptível que não se tratou apenas de uma revolução tecnológica, mas, acima de tudo, de uma nova forma de viver em sociedade e de conhecer a realidade física e psíquica do nosso mundo." (REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.6. p.45).

<sup>155</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001. p.82.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p.83.

sequer previstas adequadamente por "[...] experiências passadas"<sup>157</sup>, são inovadores cujos resultados são inesperados. O antes e o depois não serão aplicados, pois não é possível prever o que ocorrerá no depois.

As medidas adotadas, assim, têm efeitos apenas paliativos, pois ocorrerão fatos não previsíveis. Incalculáveis os danos e os riscos, são necessárias novas medidas e por isso, fala-se em uma nova postura.

A era do medo, das incertezas, traz insegurança o que justifica a ética do cuidado, que se trava na sociedade do século XXI e tem se revelado cada vez mais presente, inclusive influenciando (e como não deveria deixar de ser) o próprio Direito. Os riscos não têm mais pátria, "[...] viajam de um país ao outro, com uma rapidez nunca imaginada, carregando com eles as ameaças de dano e do medo"<sup>158</sup>. Por isso, as medidas preventivas passam a ser justificadas e aceitas. "*Vivimos en una era de riesgo que es global, individualista y más moral de lo que suponemos*"<sup>159</sup>.

Hans Jonas estuda uma nova ética para a responsabilidade da contemporaneidade que ele denomina como "civilização tecnológica". Para o autor, dois problemas são cruciais, a previsão do resultado que pode não ser possível e quando possível, verifica-se que o resultado é irreversível. Por isso, ele afirma que a posição a ser adotada é prévia, no sentido de antever o resultado com uma "[...] projeção causal sem precedentes na direção do futuro"<sup>160</sup>.

Trata-se de adotar uma posição diferente, eis que os conceitos e teorias criados pela modernidade não solucionam as necessidades atuais, "[...] em que os

---

<sup>157</sup> GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.194-195.

<sup>158</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.17.

<sup>159</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001. p.13.

<sup>160</sup> "[...] Sob o signo da tecnologia, no entanto, a ética tem a ver com ações (não mais de sujeitos isolados) que têm uma projeção causal sem precedentes na direção do futuro, acompanhadas por uma consciência prévia que, mesmo incompleta, vai muito além daquela outrora existente. Ajunte-se a isso a magnitude bruta dos impactos de longo prazo e também, com freqüência, a sua irreversibilidade. Tudo isso desloca a responsabilidade para o centro da ética, considerando-se aí os horizontes espaço-temporais que correspondam àqueles atos." (JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.22).

riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e proteção da sociedade industrial"<sup>161</sup>.

A necessidade de avaliar novas soluções (através de medidas públicas, políticas e acadêmicas<sup>162</sup>) acarreta uma nova noção ética relacionada com a noção de coletividade, porque "[...] Nenhuma ética anterior vira-se obrigada a considerar a condição global da vida humana e o futuro distante, inclusive a existência da espécie"<sup>163</sup>. Sem dúvidas, a lógica anterior (da modernidade) não é suficiente para os riscos atuais, não se trata somente de riscos advindos do fogo que é possível chamar os bombeiros, como a partir do exemplo de Beck<sup>164</sup>, mas sim da possibilidade de consequências ainda não presenciadas e cujos resultados nem mesmo são previsíveis.

O risco da contemporaneidade, portanto, é aquilo que não é possível prever, "[...] é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade"<sup>165</sup>. Não é possível pensar adequadamente o risco (impedindo que seja evitado) e as suas consequências, mas, quando muito, tão somente de postergá-lo. As soluções para o que pode ocorrer nem sempre estarão presentes nas experiências passadas.

Portanto, são indeterminações que se acrescem às indeterminações existentes anteriormente<sup>166</sup>, são as ameaças ecológicas, nucleares e químicas hábeis a produzir lesões a toda humanidade que trazem a preocupação acerca do controle e proteção,

---

<sup>161</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony. Lash, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p.15.

<sup>162</sup> BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001. p.115.

<sup>163</sup> JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.41.

<sup>164</sup> BECK, *op. cit.*, p.83.

<sup>165</sup> GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.197.

<sup>166</sup> Como afirma, Raffaele de Giorgi: "O problema do controle das indeterminações sempre preocupou as sociedades, que, de maneiras diversas, procuram soluções adequadas em seus respectivos níveis evolutivos. A adivinhação, por exemplo, era uma técnica que permitia tratar as indeterminações reconduzindo-as à escassez de informações possíveis; o tabu é também uma técnica que serve para evitar o dano que possa surgir das indeterminações, e funciona em virtude de um 'pensamento homeopático' em razão daquilo que se chama 'transposição com base na contigência'." (*Ibid.*, p.190).

que é um sentimento eminentemente da sociedade moderna, cujo paradoxo é responsabilizar o controle dos riscos para a sociedade que os produz.<sup>167</sup>

O ser humano busca uma ordem para ter um "mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso"<sup>168</sup>, em que possa ser possível dispor os acontecimentos em "[...] altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis"<sup>169</sup>.

Na contemporaneidade, a previsão não é possível e por isso, fala-se em era das incertezas<sup>170</sup> diante de inúmeros riscos que estão previstos em diversos campos

[...] na Internet, na Economia, nos alimentos, nos remédios, nos tratamentos de saúde, nas epidemias, em todos os produtos postos à venda, no terrorismo, nas ondas eletromagnéticas, na biotecnologia, nos serviços, na poluição, na segurança social do cidadão e muito mais.<sup>171</sup>

Em verdade, "Reconhecer a existência de um risco ou conjunto de risco é aceitar não só a possibilidade de que as coisas possam sair erradas, mas que esta possibilidade não pode ser eliminada"<sup>172</sup>. A previsão e a análise dos riscos contemporâneos são meros cálculos, vez que muitas vezes as consequências são inimagináveis. Por isso, Teresa Ancona Lopez afirma que se trata de mera verificação para cálculos de seguros.<sup>173</sup> Impondo, assim, uma nova ética que se denomina como a "ética do cuidado", para evitar que os riscos e suas consequências se concretizem.

---

<sup>167</sup> GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.194.

<sup>168</sup> BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama. Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica de Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p.15.

<sup>169</sup> *Id.*

<sup>170</sup> "Em suma, a noção de risco tem em seu conteúdo as ideias de probabilidade e incerteza. [...] É conceito com conteúdo variável, aberto, indeterminado, dependendo da situação concreta. Há riscos morais, sociais, políticos, econômicos, médicos, hospitalares, de desenvolvimento, do credor, do devedor, genéticos, etc. Mas é a incerteza o seu sentido nuclear. Ou seja, quando se fala em risco, fala-se em incerteza que pode ser maior ou menor, dependendo das situações [...]" (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.24).

<sup>171</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>172</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.112-113.

<sup>173</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.49.

A formação de uma sociedade assente no cuidado tem como pressuposto evitar que o dano ocorra, "[...] evitar mesmo aquilo que não necessariamente ocorreria, pelo simples fato de que talvez possa ocorrer"<sup>174</sup>. E com isso, tem-se uma sociedade movida pelo medo que possa ser devastada pelo desejo daquele que tenha em suas mãos poderes nucleares, que possa não chegar ao seu destino em uma viagem aérea, que possa morrer de fome daqui alguns anos diante da escassez de alimentos.<sup>175</sup> O que marca o século XXI é exatamente não ter os efeitos sobre o seu controle, mas, é sabido que os danos futuros dependem das decisões do presente.<sup>176</sup>

A segurança de todos é "um valor para qualquer sociedade"<sup>177</sup>, o que impõe uma responsabilidade pública e individual. O vocábulo responsabilidade, em seu sentido mais amplo, relacionado com o signo risco. Uma responsabilidade social sobre as consequências da tecnociência, distribuída para as indústrias e para a sociedade, através da necessidade de serem adotadas medidas políticas.

Para Beck, as medidas públicas a serem adotadas dizem respeito ao reconhecimento dos riscos e as condutas realizadas. Não se trataria de medidas preventivas, pois para o autor os riscos permitem verificar o que "[...] não deve ser feito, mas não o que se deve evitar"<sup>178</sup>.

Em verdade, o que move a atuação humana é o pensar na alteridade e no futuro, como afirma Hans Jonas: "Aja de modo que os efeitos da tua ação sejam

---

<sup>174</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.128.

<sup>175</sup> JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

<sup>176</sup> GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.220.

<sup>177</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.381.

<sup>178</sup> BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony. Lash, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p.20.

compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra"<sup>179</sup>. E a partir desta noção de cuidado, durante a segunda metade do século XX, diversos momentos revelaram uma preocupação mundial pelo próprio prosseguimento da humanidade. São exemplos, as conferências realizadas no final do século XX, como a II Conferência sobre o Mar do Norte, no ano de 1987, a ECO-92, realizada no Rio de Janeiro, dentre outras.

Não obstante o princípio da precaução, por exemplo, seja da década de 70<sup>180</sup>, é dentro da nova política (e pela divisão mencionada anteriormente, dentro do novo pensamento que deixa de ser moderno para uma nova categoria cuja definição é discutida) que passa a ser difundido e melhor estudado com vistas à cuidar, cuidar das pessoas em geral e de suas necessidades.

E é esse dever de cuidado ou "*obrigação de segurança*"<sup>181</sup> que deve permear o Direito do século XXI, eis que, contrariando o positivismo jurídico<sup>182</sup>, o Direito é influenciado pelas necessidades sociais e questões éticas envolvidas<sup>183</sup>. Na lógica da modernidade, "[...] a certeza afastava o risco, a segurança se embalava nos braços da

---

<sup>179</sup> JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.129.

<sup>180</sup> É o caso da noção de precaução dos danos, eis que "O princípio da precaução (vorsorgeprinzip) está presente no Direito alemão desde os anos 70, ao lado do princípio da cooperação e do princípio do poluidor-pagador." (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p.53).

<sup>181</sup> Neste sentido, verificar AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.381. O autor afirma que: "A obrigação de segurança (segurança de vida e de integridade física e psíquica), durante a segunda metade do século XX, era vista como resultante de uma cláusula contratual, explícita ou implícita. [...] Hoje, a obrigação de segurança é autônoma, está 'descontratualizada', de tal forma que, até mesmo sem contrato, qualquer pessoa que tenha algum poder físico sobre outra é responsável por sua segurança, tem o dever de cuidado [...]."

<sup>182</sup> Contrariando o positivismo jurídico do século XIX. Sobre o tema: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4.ed. Tradução de Antonio Manoel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.491-589.

<sup>183</sup> "O estudo do direito – e portanto também do direito tradicionalmente definido 'privado' – não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, de maneira a permitir a individualização do papel e do significado da juridicidade na unidade e na complexidade do fenômeno social. O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensível a qualquer modificação da realidade; entendida na sua mais ampla acepção." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.1).

previsibilidade, e o tempo seguia linear em direção à conservação do status quo"<sup>184</sup>. Fora da modernidade, não há certeza, não há segurança e quiçá tempo. Uma política preventiva deve ser implementada como uma nova forma de responsabilidade, uma responsabilidade que se preocupa com o outro, baseada na alteridade e solidariedade.<sup>185</sup>

A ética da alteridade "[...] é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos excluídos e se propõe a gerar uma prática pedagógica, capaz de emancipar os sujeitos oprimidos, injustiçados e expropriados"<sup>186</sup>. Pensar o outro indivíduo é instituir que o cuidado não deve ser disposto apenas para si, mas para todos.

O dever de cuidado é assim instituído e deve ser garantido pelo ordenamento jurídico, como o foi. E por isso, é não apenas um valor ético e moral, mas jurídico. O cuidado de não lesar.

## 2.2 A OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA E UM DEVER JURÍDICO DO CUIDADO

As alterações sociais refletem nas regulamentações do Direito. Surgem novas interpretações para os institutos e novas políticas com vistas à proteção maior do porvir. Dentre as alterações, aqui se ressalta o fato do cuidado permear a regulamentação jurídica de forma geral, em verdade, conforme afirma Carlos Alberto Gherzi, a preocupação em uma medida prospectiva é algo que vai além do Direito Privado, abrangendo especialmente um Direito Público, através de um direito

---

<sup>184</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.79.

<sup>185</sup> É o pensar o outro, em um sentido não apenas fático, mas também jurídico, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes: "[...] É o conceito dialético de 'reconhecimento' do outro". (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.112).

<sup>186</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.198.

administrativo, constitucional e penal<sup>187</sup> e em pouco tempo passa a dominar todas as áreas do Direito<sup>188</sup>.

Ao virar os olhos para evitar o que está por vir, não somente aplicando a sanção quando o problema ocorrer<sup>189</sup>, passam a ter notoriedade as noções de prevenção e precaução<sup>190</sup> que influenciam os institutos jurídicos desde a segunda metade do século XX.<sup>191</sup> A prevenção é entendida como o impedimento do dano que está por vir e a precaução, como o impedimento de algo que não é possível prever se há uma efetiva ameaça, mas poderá haver. Portanto, a prevenção é a proteção ao dano em potencial (provável) e a precaução é a proteção ao risco de dano (possível).

Ambas têm como ponto de partida a pessoa, que ao ocupar o centro da noção jurídica altera em pequenos passos o Direito ao seu redor, especialmente o Direito civil moderno calcado em noções essencialmente patrimonialistas. Este novo pensamento fundamentou dispositivos legais da Constituição Federal de 1988, que preceituou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático do Direito, no artigo 1.º.

Como objeto "O próprio direito encontra sua razão de existir na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica"<sup>192</sup>, para sua efetividade o respeito e proteção à pessoa deve ser primordial, a ponto do seu desrespeito ser considerado

---

<sup>187</sup> GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. 3.ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 2003. p.394.

<sup>188</sup> "Surgido como norma de proteção ambiental, logo o princípio da precaução estende a sua aplicação a um universo científico maior, englobando toda forma de risco decorrente do desenvolvimento tecnológico da sociedade, como a saúde alimentar (por exemplo, no caso da 'vaca louca') e o Direito Sanitário (caso do sangue contaminado, na França)." (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.131).

<sup>189</sup> Conforme mencionado no início deste capítulo, a prevenção jurídica está fundamentada no medo da sanção. Determinado comportamento não é realizado, visto que o indivíduo sabe que será punido. Ocorre que tal prevenção é insuficiente para a proteção da pessoa que se pretende implementar com o advento do Estado Democrático do Direito.

<sup>190</sup> Nas palavras de Teresa Ancona Lopez: "[...] O conceito jurídico de precaução vai carregar dentro dele toda a contribuição das ciências sociais e acrescentar assim os modos de atuação de seus protagonistas tendo por objetivo evitar o dano." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.100).

<sup>191</sup> O sentido da precaução estaria calcado em conceitos da década de 70, "[...] tanto no conceito alemão do *Vorsorgeprinzip* (de *Vorsorge*, que exprime a precaução), como no âmbito de discussões internacionais [...]." (LEVY, *op. cit.*, p.130).

<sup>192</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.41.

como "*um desvio no fundamento em toda ordem legal*"<sup>193</sup>. Isto porque, passa a ser um direito subjetivo e altera o centro do direito privado<sup>194</sup>, do ter para o ser.

Esta conclusão decorre do que se denomina como "constitucionalização do direito civil", definido por Luiz Edson Fachin, como um método e uma nova fundamentação.<sup>195</sup> Trata-se de uma criação doutrinária<sup>196</sup> para adaptar e quando necessário criar um Direito despatrimonializado e preocupado com o outro, diante do princípio da solidariedade. A constitucionalização do Direito altera os muros e o próprio conceito de Direito Civil se transformou, abrigando "[...] técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público"<sup>197</sup>.

A noção de dignidade da pessoa humana que influenciou o Direito civil como um todo não poder se um conceito indeterminado e deve ser interpretado através de critério objetivos, para que então não sirva para modelos abstratos. Antonio Junqueira de Azevedo sugere alguns critérios para a aplicação e interpretação deste princípio fundante do Direito atual, através dos seguintes pressupostos: a intangibilidade da vida humana; o respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana; e o respeito aos pressupostos<sup>198</sup> mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os

---

<sup>193</sup> *Ibid*, p.45.

<sup>194</sup> "A eclosão dessa nova categoria de direitos, ampliando o espectro dos direitos subjetivos privados clássicos, ilustra uma transformação decisiva do direito privado ao longo do século XX. O centro de gravidade dos direitos subjetivos estava na proteção da propriedade, com os códigos limitando-se a regular a atividade econômica do homem-proprietário. De fato, os códigos tutelavam os institutos da propriedade propriamente dita, do contrato e das sucessões, instrumentos de circulação da propriedade; mesmo quando regulavam a vida familiar, concentravam-se especialmente no regime de bens da relação matrimonial. Nesse sentido, é perfeitamente adequado qualificar o direito privado da primeira codificação como *patrimonialista*, em consonância com os fundamentos culturais, políticos e econômicos que ensejaram o surgimento dos primeiros códigos civis. [...] O direito privado foi o instrumento político-jurídico por excelência do projeto social da burguesia." (MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.71).

<sup>195</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.84-85.

<sup>196</sup> LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p.18.

<sup>197</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, v.65, p.23, 1993.

<sup>198</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.91, n.797, p.19-24, 2002.

homens. Para o segundo pressuposto (respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana), o autor enaltece como ponto principal a obrigação à segurança. Obrigação esta que "[...] existe independentemente de contrato – pode não haver contrato nem muito menos importa se o contrato é gratuito ou oneroso [...]. A obrigação de segurança existe sempre [...]"<sup>199</sup>.

Tais pressupostos que explicam objetivamente a proteção da pessoa pelo direito constitucional é também adotado no Direito Privado.<sup>200</sup> É o que se denomina como "eficácia horizontal dos direitos fundamentais" nas relações privadas, resultado do método da constitucionalização<sup>201</sup> e do rompimento da barreira entre o público e o privado, possibilitando pensar na aplicação das regras constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais também nas relações privadas<sup>202</sup>. Aplicação que não se limita a eficácia negativa dos preceitos normativos da Carta Magna, mas como fundamento do sistema normativo em si.<sup>203</sup>

Além da pessoa, cuja proteção restou prevista no artigo 1.º da Constituição Federal como fundamento do Estado Democrático de Direito, restaram disciplinadas a solidariedade como objetivo da República<sup>204</sup> e a segurança como direitos e garantias fundamentais<sup>205</sup>. Estes estão diretamente relacionados com o tema desta tese, pois disciplinam o comportamento modelo que não prejudique um terceiro, por pensar no outro (alteridade) e por objetivar um padrão de cuidado. O disciplinamento destas

---

<sup>199</sup> *Ibid.*, p.22.

<sup>200</sup> "[...] Com a exceção do direito penal, as demais áreas do direito relegaram os estudos e a *práxis* dos direitos fundamentais ao direito constitucional, demitindo-se de investigar as necessárias interseções e influências deles nas relações intersubjetivas de natureza privada." (MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.81).

<sup>201</sup> PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p 75-86, jul./set. 2007.

<sup>202</sup> Sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>203</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, v.65, p.28, 1993.

<sup>204</sup> "Art. 3.º "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;" (BRASIL. Constituição Federal).

<sup>205</sup> "Art. 5.º "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]"(BRASIL. Constituição Federal).

regras têm "como pano de fundo teorias ético-sociais aceitas em geral"<sup>206</sup>, para definir uma ampla proteção a todos, que será efetivamente consagrada com a tutela jurídica do dano e a ameaça de dano. O mesmo artigo 5.º, que em seu *caput* dispôs sobre a segurança como garantias e direitos fundamentais, preceitua em seu inciso XXXV<sup>207</sup> como interesse juridicamente relevante<sup>208</sup> a ameaça de dano.

Será considerada como ameaça de dano, a possibilidade de lesão a um bem juridicamente relevante.<sup>209</sup> Se os bens jurídicos não podem ser ameaçados, significa que deve se prezada a conduta que não ocasione danos, que não prejudique terceiros. É a consagração do *alterum non laedere* e do *neminem laedere*, os brocardos latinos que definem que não se pode lesar.

O disciplinamento da possibilidade de ser encaminhado ao Poder Judiciário uma demanda que visa a cessação da ameaça configura que há uma sanção jurídica para tal comportamento. E, assim, a partir do que se verificou acima, se há a sanção significa que tal comportamento não é admitido pelo Direito. Por consequência, há um dever de realizar uma conduta contrária.

Tal conclusão é obtida pelo mesmo raciocínio da lesão. A ocorrência da lesão pode ser submetida ao Judiciário, eis que não é admitido o comportamento lesivo pelo ordenamento pátrio, havendo o dever jurídico de não lesar. O que confirma que ao dispor sobre a ameaça, o preceito constitucional repudia a conduta que mesmo que não ocasione dano, mas ameace a sua ocorrência, havendo, assim, um dever cuidado.

---

<sup>206</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4.ed. Tradução de Antonio Manoel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.279.

<sup>207</sup> "Art. 5.º [...] XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (BRASIL. Constituição Federal).

<sup>208</sup> É da doutrina italiana que se extrai a melhor definição do dano, visto que os seus doutrinadores se ocuparam de forma mais rigorosa em definir e interpretar o que é o dano injusto ou "*ingiusto*", que significa a lesão que será considerada como um dano. Para esta doutrina, a relevância jurídica está relacionada com o direito subjetivo. (BUSNELLI, Francesco Donato. Perdita di una 'chance' e risarcimento del danno. **Il Foro Italiano**, Roma, v.88, p.50, 1965). Ao ser disciplinado por um ordenamento jurídico determinado direito subjetivo, a sua proteção se torna relevante para o direito e por isso, diz-se que há um interesse juridicamente protegido. (BIANCA, C. Massimo. Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi. **Rivista di Diritto Civile**, Milão, v.46, n.5, p.689, Primeira parte, 2000)

<sup>209</sup> Juridicamente relevante é aquilo que será considerado digno de tutela. (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p.409).

Dever esse considerado como dever jurídico, pois no entendimento de Kelsen será assim definido quando previsto em uma norma jurídica que relacione a conduta (dever) a um ato coercitivo<sup>210</sup>, ou seja, a norma define que uma conduta deve assim ser adotada, caso contrário, não o sendo (adotando uma conduta contrária) acarretará uma sanção. Da conduta contrária ao direito decorre a responsabilidade pelo ilícito que pode ser dirigida a quem contrariou a norma ou a outrem (desde que definida a sua relação jurídica pelo ordenamento jurídico).<sup>211</sup>

Prefere-se a utilização da nomenclatura de dever por dela decorrer a noção de um direito subjetivo, mais do que a noção de princípio sugerida por Teresa Ancona Lopez.<sup>212</sup>

A este dever de cuidado corresponde o direito subjetivo de não ser lesado e nem mesmo ameaçado. A proteção à ameaça de dano está inserida dentro dos direitos fundamentais da pessoa.<sup>213</sup> O direito subjetivo de não ser ameaçado é consagrado pelo artigo 5.º, XXXV, da CF e também pela proteção constitucional da pessoa (artigo 1.º, da CF) e a obrigação da segurança (artigo 5.º, *caput*, da CF). A proteção da solidariedade tem embasado proteções em face da ameaça a bens jurídicos que dizem respeito a toda uma sociedade, fundamentando a proteção jurídica do dever de cuidado.

O dever de cuidado está inserido no ordenamento jurídico como um todo. Exemplifica-se pela legislação ambiental de 1981 (Lei n.º 6.938) que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, dispondo regras de Direito Privado e Público, com vistas à proteção de um direito coletivo e que reflete noções de cuidado, adotando e impondo medidas preventivas, pensando holisticamente as ações humanas e

---

<sup>210</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.129.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p.131-139.

<sup>212</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>213</sup> Neste sentido, "A prevenção de danos é, portanto, um direito fundamental e, a exemplo do que sucede com os demais direitos dessa natureza, tem eficácia e efetividade nas relações de direito privado." (DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.494).

apresentando noções de precaução e prevenção para um Direito ainda patrimonialista e individualista.<sup>214</sup>

Da mesma forma, em momento posterior à Constituição Federal de 1988, que disciplinou expressamente este dever, tutelando a ameaça de direito como um interesse juridicamente relevante, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) dispõe sobre regras interdisciplinares e prevê expressamente a possibilidade de prevenção que tem a hipótese do *recall* como o seu maior exemplo.<sup>215</sup> Sem olvidar do próprio Código Civil de 2002, ao dispor sobre as proteções ao direito de personalidade preceitua a possibilidade de exigir que cesse a ameaça ou lesão<sup>216</sup>, demonstrando que albergou o princípio do dever de cuidado.

A precaução é exatamente este se preocupar prévio, antes da ocorrência. Este cuidado para que se evite a ocorrência da lesão e a ameaça de dano. "No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo"<sup>217</sup>. E foi neste sentido que, por exemplo, no ano de 2000, o Governo Francês suspendeu a comercialização de farinhas de carne ou de ossos, como forma de evitar riscos que sequer eram certos de ocorrer.<sup>218</sup>

São medidas adotadas com fundamento jurídico, eis que diante dos riscos e incertezas, todo o Direito tem se estruturado de uma maneira diferente com vistas a

---

<sup>214</sup> O direito ambiental é grande exemplo de estudar o cuidado como dever jurídico. Isto porque, neste direito o objetivo é a proteção ambiental, dentro da qual é notória a irreversibilidade de danos e por isso, a necessidade do pensar antes da ocorrência do ato.

<sup>215</sup> "Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;" (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990).

<sup>216</sup> "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.)

<sup>217</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p.55.

<sup>218</sup> Com efeito, "Há indícios de que o uso dessas farinhas provoque o surgimento de 'encefalopatia espongiforme bovina', chamada vulgarmente de 'doença da vaca louca'. A ingestão pelos seres humanos de carne oriunda de animal atacado por essa doença tem provocado o surgimento da moléstia chamada 'Creutzfeldt – Jakob'. Na incerteza científica, e mesmo tendo de fazer grandes despesas na apreensão das farinhas animais e sua posterior incineração, o Governo francês foi levado a proceder à interdição referida, na tentativa de evitar a propagação da moléstia e a generalização do pânico." (*Ibid.*, p.61).

adequar os institutos jurídicos a esta nova realidade.<sup>219</sup> A ordem desejada é a não ocorrência de riscos e especialmente, a não ocorrência de danos.

Por isso, objetiva-se um Direito estruturado para proteger o risco que há uma probabilidade de que irá se concretizar (portanto, não há certeza, mas também não é algo totalmente imprevisível, pois possui certo grau de previsibilidade<sup>220</sup>, por isso, risco de dano) e o risco provável (dano em potencial, ainda não há o dano, mas há probabilidade de ocorrer).

Urge a necessidade de serem criados institutos para a proteção inibitória do direito à pessoa, com vistas a cessar uma lesão que está ocorrendo, quanto impedir a sua ocorrência, pois, "[...] Um sistema jurídico assentado em uma Constituição que tem a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos não pode admitir a aniquilação do ser sob a promessa de compensação financeira"<sup>221</sup>.

A formação do Direito tem "como pano de fundo teorias ético-sociais aceitas em geral"<sup>222</sup> e considerando as noções jurídicas advindas do pós guerra<sup>223</sup> uma maior preocupação com o porvir é notória e não pode mais ser calcada apenas no bom

---

<sup>219</sup> Neste sentido: "Diante desse panorama, o Direito, em todas as suas dimensões (não há nesse aspecto uma separação entre direito público e privado), começa a criar instrumentos que venham amenizar a possibilidade de novos riscos que poderão levar a danos graves e irreversíveis." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.15).

<sup>220</sup> Para tal conceituação, utiliza-se a distinção apresentada por Teresa Ancona Lopez sobre o tema: "**Perigo** é tudo aquilo que ameaça ou compromete a segurança de uma pessoa ou uma coisa. É conhecido e real. Perigo é concreto. Às situações de perigo deve ser aplicado o princípio da prevenção. **Álea** é um acontecimento totalmente inevitável para o qual não há, geralmente, possibilidade de previsão. Os perigos que vêm daí são incalculáveis. [...] O **risco** é o perigo eventual mais ou menos previsível, diferentemente da álea (imprevisível) e do perigo (real). O risco é abstrato (*Ibid.*, p.24).

<sup>221</sup> MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.98-99.

<sup>222</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4.ed. Tradução de Antonio Manoel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.279.

<sup>223</sup> Utiliza-se a premissa de que a crise do Direito Civil codificado instaura-se com a segunda grande guerra mundial, quando "racismo, destruição e morte, assegurada por lei, consentiu que fossem ultrapassados limites até então intransitados, provocando, como reação, a necessidade de concreta efetivação dos direitos humanos, subjazendo, *ex novo*, a idéia de que o direito ou é humano ou não é direito." (MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.779, p.51, 2000). Todavia, esta crise não coincide com a primeira crise da responsabilidade civil, que será estudada mais adiante e cujo primeiro rompimento com as ideias da codificação são iniciados com a revolução industrial.

senso que haveria de vigorar para evitar as sanções jurídicas. Dentre estas noções éticas, a alteridade traz grande influência para novas figuras jurídicas<sup>224</sup>.

O pensar o outro e interpretar o Direito, a partir do princípio da solidariedade, fundamenta a pessoa como o papel principal do Direito Civil deixando em segundo plano o patrimônio, a (re)personalização do Direito, a proteção à pessoa, dos direitos do homem. Também, fundamenta a preocupação para com o porvir<sup>225</sup>, uma noção prospectiva jurídica, que para a responsabilidade civil não pode, simplesmente, aguardar a ocorrência do dano para então agir.

As noções da pessoa e do pensar o outro tem alterado o Direito Civil da era das codificações<sup>226</sup>, que vem sofrendo diversas alterações nos últimos tempos para tentar cada vez mais cumprir esta tarefa de proteção da pessoa. Luiz Edson Fachin afirma que um novo Direito Privado deve ser fundamentado desde os seus estatutos fundamentais e fundamentações estas que são buscadas a partir de um texto constitucional.<sup>227</sup>

---

<sup>224</sup> A alteridade no sentido de solidariedade constitucional, de pensar no outro, da qual decorre uma nova forma de pensar o Direito que venha a se preocupar com todos e considerar que todos são efetivamente iguais. "[...] Este sentimento, o senso de igual dignidade para todas as pessoas humanas, é novo, não existia no passado. [...] Se o Estado de Direito, iluminista e racional, se mostrou insuficiente para proteger a coletividade frente ao totalitarismo mais abjeto, tornou-se necessário abandonar a legalidade em sentido estrito, permissiva de arbitrariedades e ditaduras, em direção a terrenos um pouco mais seguros, nos quais os princípios da democracia, da liberdade e da solidariedade não possam jamais ser ignorados." (*Ibid.*, p.51-53).

<sup>225</sup> "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político." (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.24).

<sup>226</sup> Fenômeno ocorrido durante o século XVIII e que resultou na primeira codificação ocidental como sistematização racional em um único corpo de leis todo um ramo do Direito, conforme mencionado no Capítulo 1. Através do qual, a pretensão era ter um direito único e nacional, com durabilidade.

A noção de uma legislação única nacional era diferente das noções do medievo. "Durante séculos, o direito foi local ou regional (costumes e cartas), mas também cosmopolita e supranacional (o direito romano ensinado nas universidades, o direito canônico da Igreja)." (CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.2).

E quanto a durabilidade da codificação estava associada aos ideais burgueses de perdurar e ante o seu caráter geral e estruturante que imaginava dispor de uma normativa completa para todas as necessidades e relações burguesas que se fizessem necessárias. (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p.138).

<sup>227</sup> É o que se denomina como direito civil constitucional. Essa constitucionalização "que retirou o Direito Civil tradicional de uma sonolenta imobilidade, não se resume ao texto forma de 5 de outubro de 1988, mas passa pela dimensão substancial da Constituição e alcança uma visão prospectiva dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, num processo contínuo e

Para este novo Direito, movimentos já ocorreram que o influenciam. Foi ultrapassada a barreira entre o público o privado<sup>228</sup>, rompendo com a unidade e o predomínio do Direito Privado<sup>229</sup>. Ocorreu a descodificação, através da elaboração de leis especiais e "*descentralização do sistema de direito privado*"<sup>230</sup> no Código e a despatrimonialização do Direito<sup>231</sup>.

E, com grande destaque, houve a constitucionalização do Direito civil, aqui entendido como o método de interpretação deste Direito. A partir de uma Constituição que dispõe precipuamente da proteção da pessoa humana, é possível compreender formas de interpretar o novo Direito a ser realizado. E "Ao final desta caminhada, o Direito Civil, que é aqui reconhecido e cujas categorias fundantes manuseamos, não é o mesmo que fundou o sistema de Direito Civil clássico"<sup>232</sup>.

---

incessante de prestação de contas à realidade subjacente ao direito." (FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.13). Trata-se da constitucionalização preconizada por como o que propôs Pietro Perlingieri: "individualizar um sistema do direito civil harmonizado com os valores constitucionais e, antes de tudo, ao valor da pessoa humana; redefinir os fundamentos, as rationes e assim as extensões dos institutos, ressaltando-lhes seus perfis funcionais; adequar as técnicas e os conceitos tradicionais e sobretudo renovar funditus a argumentação jurídica, propondo uma teoria da interpretação respeitosa da legalidade constitucional." (PERLINGIERI, Pietro. A doutrina de direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p.8). "Como resultado da nova ordem constituída, enquanto o Código dá prevalência às situações patrimoniais, no novo sistema de direito civil, fundado pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas não-patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias." (MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.779, p.60, 2000).

<sup>228</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.57.

<sup>229</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4.ed. Tradução de Antonio Manoel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.628.

<sup>230</sup> RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.7.

<sup>231</sup> "Esta despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valoração qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça." (*Ibid.*, p.16).

<sup>232</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil: à luz do novo Código Civil brasileiro**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.220.

O objetivo não é criar padrões absolutos, mas sim maleáveis para atender as necessidades da sociedade<sup>233</sup>, ao contrário do Direito estático das codificações<sup>234</sup>. Uma conceituação atual deve estar próxima às necessidades das pessoas, mesmo que mantida a base anterior, as interpretações decorrentes de uma interpretação arcaica e que não mais corresponde à realidade deve ser adequada.<sup>235</sup> No caso da responsabilidade civil, ao partir do pressuposto de que é um instituto embasado na resposta ao comportamento antijurídico, manter a interpretação restrita para com a reparação é extremamente patrimonialista e não condiz com as necessidades atuais de proteção ampla da pessoa.

A proteção à pessoa tem duas vertentes: uma preventiva e outra reparatória. É da fundamentação de que a proteção da pessoa (tanto preventiva, quanto reparatória) diz respeito ao instituto da responsabilidade civil.<sup>236</sup> Para Teresa Ancona

---

<sup>233</sup> "É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado -, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado." (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.24).

<sup>234</sup> A era das codificações assim denominada como um momento jurídico, no qual o objetivo era romper com o medievo, criando um direito não mais regional e plural, mas sim único e com caráter de completude. Surgindo, assim, a ideia de codificação como uma sistematização de todas as normas necessárias e perenes, pois "[...] uma codificação bem-concedida aspira de tal maneira à permanência e a coerência lógica que tende a resistir à mudança e, conseqüentemente, a só perder seu significado normativo muito gradativamente." (CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.241).

<sup>235</sup> As interpretações que formaram conceitos dos institutos do direito civil, de forma geral, decorrem fundamentalmente "[...] do direito romano e reelaborados pela Pandectística, são, ainda hoje exaustivamente repetidos, embora tenham sido cunhados em contexto completamente diferente, talvez mesmo oposto, ao existente na atualidade." (, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.779, p.48, 2000)

<sup>236</sup> É por exemplo, o caso de Genevieve Viney ao afirmar que: "Enfim, convém sublinhar que a ação fundada sobre a violação de um direito da personalidade não conduz unicamente a uma reparação. Ela desemboca muitas vezes na condenação em suprimir ou em fazer cessar o atentado ao direito da personalidade, e se a privação de lucros é prescrita, com ou sem medida de cessação, tem muitas vezes caráter não só indenizatório, mas também punitivo.

Por isso, a responsabilidade civil, que foi e continua a ser instrumento eficaz para a proteção dos direitos de personalidade, apresenta nesse domínio, em particular, uma importância singular." (VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p.51).

Lopez, pensar a prevenção é uma transformação do instituto tal como "[...] àquela que levou à introdução da responsabilidade objetiva e coletiva em um sistema todo fundamentado na responsabilidade individual e na culpa"<sup>237</sup>.

O objetivo é inserir não apenas um comportamento ideal, dentro desta nova sociedade do século XX acima mencionada, mas desenvolver uma proteção jurídica que possa tutelar o resultado posterior da conduta e o risco deste resultado danoso vir a se concretizar. E com isso, a ameaça ao dano passa a ser protegida. É um novo paradigma<sup>238</sup> o pensar no antes, ao impor comportamentos e tutelar respostas jurídicas ao descumprimento deste comportamento esperado e disposto no ordenamento jurídico.<sup>239</sup>

---

<sup>237</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.17.

<sup>238</sup> Conforme mencionado anteriormente, as fases de transições fundamentam novas teorias. (MASI, Domenico de. A sociedade pós-industrial. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla *et al.* 3.ed. São Paulo: Editora Senac, 2000. p.27). E é neste sentido que Thomas Khun fundamenta a sua argumentação, de que as teorias existentes embasam paradigmas, mas em momentos de crise, são procurados novos paradigmas, os quais substituirão os primeiros. (KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009).

<sup>239</sup> Teresa Ancona Lopez realiza uma análise dos paradigmas que influenciaram a sociedade nos últimos séculos, a partir da teoria de François Ewald, apesar da autora entender que não tenham se alterados, mas convivam simultaneamente entre si, no seguinte sentido: "[...] o século XIX teve como paradigma a 'responsabilidade' (compensação das perdas). Na passagem para o século XX, esse paradigma da responsabilidade foi substituído pelo da solidariedade (Estado – Providência e garantia de indenização pela segurança, o que veio a desembocar na 'socialização do risco', como vimos). Supõe que agora pode ser que estejamos no momento de assistir ao nascimento de um novo paradigma, ou seja, da segurança que faz aparecer uma nova economia de direitos e deveres." (LOPEZ, *op. cit.*, p.113).

### 3 POR QUE A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO RESPOSTA JURÍDICA?

Pensado o dever de cuidado como um dever jurídico é preciso indagar por que a responsabilidade civil seria uma resposta jurídica para o descumprimento deste. A resposta a esta indagação permeia toda a tese, visto que é o seu fundamento. Abaixo são analisados quatro pontos principais para compreender a adoção deste instituto, a fim de tratar um tema tão caro ao século XXI que é o cuidado..

O **primeiro** deles é que há a necessidade de se pensar em uma resposta preventiva e não somente dentro de outras áreas do Direito, mas sim no Direito Civil.

Parte-se da noção de que o Direito está calcado em uma noção preventiva, pelo fato de que a norma jurídica dispõe uma sanção acaso determinado comportamento seja realizado. Nesta lógica sancionatória do Direito, o indivíduo não adotará determinado comportamento, com o objetivo de evitar a sanção preceituada<sup>240</sup> e por isso, haveria no Direito, em si, uma preocupação de evitar que os deveres jurídicos sejam descumpridos. Esta é a noção Kelseniana, para quem a sanção deve estar sempre presente no Direito e o medo da sanção é a medida preventiva do ordenamento jurídico em si,

[...] não existe qualquer diferença essencial entre pena e execução (civil), pois também esta pode – sendo, como é, sentida como um mal pelo indivíduo que atinge – ter um efeito preventivo, por forma tal que o fim de indenização se pode combinar, aqui, com o fim de prevenção.<sup>241</sup>

Pensando que a sanção é a retribuição do mal com o mal<sup>242</sup>, dentro da noção de responsabilidade civil, a sanção da norma funcionaria como uma prevenção do dano, ou seja, o dano não seria ocasionado para evitar uma possível condenação ao

---

<sup>240</sup> Esta é a definição de dever jurídico (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.129-130). Mas, a palavra alemã "Pflicht", traduzida como dever, "[...] está ligada na língua alemã – especialmente depois da Ética de Kant – a idéia de um valor moral absoluto." (p.131).

<sup>241</sup> *Ibid.*, p.123.

<sup>242</sup> Explica Hans Kelsen: "[...] A interpretação segundo a qual esse fim consiste em prevenir, pela intimidação, a ação ou omissão contra a qual a pena é dirigida, é uma interpretação que também é possível em face de ordenamentos jurídico-penais cujo aparecimento não foi determinado pela idéia de prevenção, mas o foi tão simplesmente pelo princípio de que se deve retribuir o mal com o mal." (*Id.*).

pagamento de indenização. Esta sanção-reparação teria a função de evitar que o ofensor (causador do dano) não realizasse a lesão e para o ofendido (que sofreu o dano) que esse pudesse retornar ao *status quo ante*.<sup>243</sup>

Todavia, esta noção sancionatória não cumpre função preventiva, ao menos, não satisfatoriamente. Por exemplo, o ofensor não precisa adotar condutas de cautela diante da possibilidade da securitização (fenômeno decorrente da coletivização tratado no próximo capítulo)<sup>244</sup> e o ofendido não retornará ao *status quo*, porque há danos que são irreparáveis<sup>245</sup>.

E então, pergunta-se, será que cabe ao instituto da responsabilidade civil em cumprir satisfatoriamente uma função preventiva?

Marton defende que a prevenção é o elemento primordial da responsabilidade civil<sup>246</sup> e a partir dele que o legislador francês, que influenciou a codificação brasileira sobre o instituto da responsabilidade civil<sup>247</sup>, se ocupou para disciplinar o instituto.

---

<sup>243</sup> O objetivo da reparação é "[...] apagar o prejuízo econômico causado." (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.436).

<sup>244</sup> Ao pensar a securitização, a conclusão é que "[...] Se qualquer um pode ser assegurado por danos que eventualmente venha a causar; se o peso do ressarcimento não recairá sobre o seu patrimônio, a responsabilidade não produz nenhuma eficácia de desestímulo." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.73).

<sup>245</sup> Neste sentido: "Diante desse panorama, o Direito, em todas as suas dimensões (não há nesse aspecto uma separação entre direito público e privado), começa a criar instrumentos que venham amenizar a possibilidade de novos riscos que poderão levar a danos graves e irreversíveis." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.15).

<sup>246</sup> Nas palavras do autor: "*En d'autres termes, c'est à l'idée de prévention que l'on doit forcément arriver en cherchant le fondement de la responsabilité civile.*" (MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Deuxième partie, n.105). Tradução livre: Em outros termos é a ideia da prevenção que embasa o fundamento da responsabilidade civil.

<sup>247</sup> Cumpre esclarecer que a influência do Código Civil Francês no instituto da responsabilidade civil não corresponde às influências que outras legislações estrangeiras, em especial o Código Civil alemão, exerceram sobre outros temas. Com efeito, "O Código Civil de 1916 se inspirou quanto à sua sistemática e a organização das matérias no texto do Código Civil alemão, que era o mais recente, tendo entrado em vigor no início do século XX. Dele e dos trabalhos de TEIXEIRA DE FREITAS aceitou a divisão em parte geral e especial e aboliu a distinção francesa entre delitos e quase delitos para tratar de ambos como sendo os atos ilícitos. Mas no seu espírito e no seu conteúdo, o Código de 1916 sofreu a influência tanto do Código Napoleão quanto da jurisprudência e da doutrina francesas. Assim, esclarece PONTES DE MIRANDA que dos artigos do nosso primeiro Código civil, 900 decorrem do direito tradicional português e da doutrina brasileira e 170 inspiraram-se no direito francês, enquanto tão-somente 70 seguem o modelo alemão". (WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro: EMERJ, v. 7, n. 26, 1998, p. 102)

Haveria uma prevenção geral, com o intuito de efetivamente prevenir a ocorrência da lesão e uma prevenção específica, consistente na reparação do dano ocasionado.<sup>248</sup>

A prevenção, portanto, sempre esteve dentro da responsabilidade civil. A questão é que o instituto foi desenvolvido dentro de uma lógica reparatória que seria, para os ideais patrimonialistas, suficiente a prevenir a ocorrência do dano. Justamente o que se critica dentro da presente tese (nas próximas páginas) e por isso, a necessidade de se pensar uma nova lógica. Mas, a nova lógica, não significa um novo instituto. Isto porque, o instituto da responsabilidade civil não está calcado em uma reparação, mas decorre do sentimento de prevenção. A reparação é a prevenção posterior<sup>249</sup>, uma sanção pelo fato de não ter sido prevenido o dano ocorrido e por isso, deverá o ofensor reparar. Dentro desta lógica preventiva, é que surge a reparação e não o contrário.

Uma prevenção geral é diferente da sanção – indenização e não pode estar à ela unicamente atrelada. Não se trata de prevenir o dano pelo medo da punição que será sofrida com a condenação ao pagamento de indenização, mas sim pelo fomentar que sejam adotados comportamentos diligentes para evitar o dano.<sup>250</sup>

A preocupação com a prevenção<sup>251</sup> permeia a sociedade e também a responsabilidade civil<sup>252</sup>, eis que não se necessita de novas formas de reparação, mas sim de meios de prevenir que os danos ocorram<sup>253</sup>.

---

<sup>248</sup> NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.88, n.761, p.41, mar. 1999.

<sup>249</sup> MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Deuxième partie, n.109.

<sup>250</sup> O medo da sanção é uma forma preventiva que estaria inserida na responsabilidade civil mesmo considerada como mera reparação. Entende-se que seria evitado o dano, porque o ofensor não desejaria ter que arcar com o dano. Então, o papel preventivo estaria fundamentado "[...] en primer lugar, por el hecho de que cada uno, al conocer si causa un daño, se esfuerza normalmente por actuar con prudência." (TOURNEAU, Philippe. **La responsabilidad civil**. Tradução de Javier Tamayo Jaramillo. 2.ª reimp. Bogotá: Legis Editores, 2008. p.32).

<sup>251</sup> "A primeira adoção expressa do princípio da precaução no âmbito internacional foi em 1987, na Segunda Conferência Internacional sobre a proteção do Mar do Norte: 'emissões de poluição potencialmente poluentes, deveriam ser reduzidas, mesmo quando não haja prova científica evidente do nexo causal entre as emissões e os efeitos'. O princípio da precaução significa então que 'as pessoas e o seu ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza sobre se uma dada acção os vai prejudicar. A partir deste momento, o princípio da precaução legitima a intervenção comunitária mesmo na ausência de dados científicos preciso comprovativos do nexo [...]'. (ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p.69).

Ainda, dentro das respostas do Direito, a responsabilidade civil é a que está mais próxima da proteção da pessoa humana, este é o **segundo** pensamento que deve ser adotado para pensar o instituto como resposta ao dever de cuidado.<sup>254</sup> Era, na noção patrimonialista da qual foi estruturada a função reparatória, a única proteção à pessoa que existia (quando muito), ao reparar o dano sofrido<sup>255</sup> e os demais institutos tutelavam precipuamente o patrimônio.

Por cuidar da pessoa e diante das diferentes necessidades que surgiram, é dentre os institutos um dos mais maleáveis, cuja dinamicidade é constatada pela forma como alterou a interpretação dos seus *standards* no momento que foi necessário adequar uma responsabilização sem a necessidade de analisar a conduta culposa<sup>256</sup> que lhe fundamentava, quando a sua preocupação precípua era a não

<sup>252</sup> Como assinala Teresa Ancona Lopez: "O princípio da precaução que começou no direito ambiental vem, muito rapidamente, se colocando em todos os ramos do direito, incluindo o direito civil. A teoria da responsabilidade civil não ignorou essa realidade e veio abraçar o princípio da prevenção, mais facilmente assimilável, pois os riscos são conhecidos e os perigos concretos, e também o princípio da precaução [...]" (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.16).

<sup>253</sup> "Sem dúvida, no momento atual, a sociedade busca muito mais por prevenção de acidente do que por indenizações. Os malefícios da sociedade moderna são de tal monta que o medo do pior domina os cidadãos. Há anseios de segurança em todos os setores sociais, apesar de sabermos que não existe segurança total, que o 'risco zero' é apenas uma expressão retórica. Mas a população exige isso. Cada acidente ou dano que acontece é cobrado como se os riscos tivessem sido mal gerenciados. O pior é que muitas vezes foi essa mesma a causa do desastre." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.77).

<sup>254</sup> Nas palavras de Clayton Reis: "O ser humano é o maior destinatário da proteção jurídica existente no plano da responsabilidade civil [...]" (REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.6. p.72).

<sup>255</sup> No direito civil codificado a forma de proteção humana seria a responsabilidade civil, um instituto relacionado a características patrimoniais para ressarcimento do dano. "Eventual proteção à pessoa humana no âmbito do direito privado só se encontrava (e mesmo aí apenas recentemente) na ideia da reparação do dano, através da responsabilização civil do agente causador de um evento danoso." (*Ibid.*, p.34).

<sup>256</sup> "[...] O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolui a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes." (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.31-32). No mesmo sentido, afirma Giselda Hironaka que "Se outros são os tempos, outro deve ser o olhar que sobre ele se descortina, desde que, a quem olha, não falte o espírito crítico comprometido com a realidade que o circunda e com os ideais que reclamam a mudança". (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.114.)

ocorrência do dano e definiu-se a existência de um dever genérico absoluto de não causar danos<sup>257</sup>.

A estrutura fundada na reparação teve uma nova perspectiva através do método da constitucionalização, eis que houve um aumento nos danos a serem ressarcidos e a "[...] perda de importância da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto"<sup>258</sup>. No segundo caso, mais atrelado a presente tese, a função moralizadora (a sanção como forma de prevenção) criada pela reparação patrimonialista fora substituída por uma noção solidária de não ocasionar o dano, cujo comportamento primordial é não lesar o outro. Tal alteração fundamenta uma noção preventiva diversa da reparação-sanção.

Como **terceiro ponto** é preciso analisar se já não há uma resposta jurídica para a prevenção dentro do Direito.

Dentro do Direito Privado e seus fundamentos, a preocupação com a prevenção não foi relegada, mas está disciplinada unicamente em uma tutela processual, o que foi ressaltado por Pontes de Miranda, que em seu Tratado de Direito Privado, apresenta ações de abstenção como formas de prevenção (dissociadas do risco contemporâneo). Para o doutrinador, o Direito teria sido estruturado de forma a não apenas reagir contra o ilícito, mas também contra "[...] atos e estados dos quais resulta ser possível ou provável contrariedade ao direito"<sup>259</sup>. Assim, existiriam duas soluções para a resolução e responsabilização pela contrariedade objetiva e pela contrariedade transobjetiva do direito.

E o Direito Civil teria previsões sobre a prevenção do Direito, sempre que entendesse que o perigo poderia ser evitado. Não se trata de reparação, como bem salienta o autor, eis que o suporte fático da norma é a prevenção. Prevenção à ocorrência do dano ou ao seu próprio agravamento.

---

<sup>257</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.225-226.

<sup>258</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 440.

<sup>259</sup> PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo II. p.410.

O doutrinador é enfático ao afirmar que não se trata de reparação mesmo quando "[...] foi preciso fazer-se alguma obra, ou serviço, para se reduzir o perigo, não é ainda de reparação do dano que se trata"<sup>260</sup>. A prevenção seria para o autor a ação de abstenção cujo direito subjetivo protegido é o perigo ou o estado perigoso.

Assim, o autor teria traçado, conforme mencionado anteriormente, uma "tutela inibitória" paralela à reparação, como uma reação em face ao ato que poderia ser contrário ao direito, com medidas unicamente preventivas, através da qual seria possível obrigar que alguém se abstinisse de realizar determinado ato contrário ao direito. Insta destacar desde já que a estrutura estudada pelo autor não estaria relacionada ao instituto da responsabilidade civil, mas sim paralelo a ele. Para quem, o instituto estaria relacionado apenas com a reparação pecuniária ou a restituição *in natura*, sendo que as ações de abstenção gerariam obrigações de fazer ou obrigações de não fazer. Mas, pensar a prevenção apenas neste sentido, repercute no problema da tutela inibitória processual que não se trata de solução única e plausível para o problema da prevenção.

É a tutela inibitória<sup>261</sup>, entendida como uma forma processual de permitir a prevenção da ocorrência do ilícito. Seria uma tutela atípica, com vistas ao futuro e não o passado<sup>262</sup>, dirigida em face do ilícito, aqui entendido *lato sensu*<sup>263</sup>, sem o elemento dano. Não se trata de uma mera cautelar para a ação reparatória, mas sim uma demanda autônoma e de cognição exauriente.<sup>264</sup>

---

<sup>260</sup> PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo II. p.412.

<sup>261</sup> O vocábulo tutela "[...] nada tem a ver com o fato de o resultado perseguido pelo autor ser obtido através de uma tutela que não é de cognição exauriente, mas de cognição sumária, como as tutelas antecipatória e cautelar. A tutela inibitória é requerida via ação inibitória, que constitui ação de cognição exauriente. Nada impede, contudo, que a tutela inibitória seja concedida antecipadamente, no curso da ação inibitória, como tutela antecipatória. Ao contrário, considerada a natureza da inibitória, é fácil perceber que em grande números de casos apenas a inibitória antecipada poderá corresponder ao que se espera da tutela preventiva." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.39).

<sup>262</sup> Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: "A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória". (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.36).

<sup>263</sup> Conforme tratado anteriormente neste capítulo.

<sup>264</sup> MARINONI, *op. cit.*, p.66.

Por isso, passa-se a explicar a tutela inibitória processual, cujo intuito não é esgotar o tema, mas apenas apresentar as diferenças do direito processual para o direito material, a fim de demonstrar a necessária tutela material preventiva.

Dentro do direito processual civil, a tutela cautelar tem como pressuposto o perigo de dano, enquanto a antecipação e tutela se ocupará do perigo de demora. A primeira situação é aquela que deverá evitar a ocorrência da lesão e por isso, a medida inibitória.<sup>265</sup> Processualmente, portanto, há uma tutela jurisdicional para evitar a ocorrência do dano, para salvaguardar a ameaça e impedir que a lesão venha a se concretizar.

Para justificar a ação inibitória, a doutrina processualista distinguiu o "ilícito de dano" e o "ilícito de perigo", ambos são ilícitos, ou seja, contrários ao direito, sendo que o primeiro ocasiona um dano (um fator exterior) e o segundo apresenta um perigo, o que para o presente trabalho é entendido como probabilidade ou possibilidade do dano. A proteção jurídica seria contra o ilícito, sendo considerado desnecessário a sua vinculação ao dano, ou até mesmo a comprovação de que ele virá a ocorrer.<sup>266</sup>

Esta tutela preventiva está calcada na previsão constitucional do direito de ação para afastar o dano ou a ameaça de lesão (artigo 5.º, XXXV, da CF) e em dispositivos legais que definem a prevenção de forma específica (como os direitos de personalidade, por exemplo), mas não há uma fundamentação de direito material geral, a dispor sobre a prevenção como reação ao ilícito *lato sensu*.

E seria preciso uma fundamentação no direito material para afirmar que a prevenção e a precaução estariam tuteladas? É suficiente uma tutela processual sem o seu correspondente em direito material? Para responder a estes questionamentos é preciso compreender a distinção entre o direito material e o direito processual.

---

<sup>265</sup> Sobre o tema: TESSER, André Luiz Bäuml. **Perigo de dano e perigo de demora**: observações para uma distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela urgente e alguns reflexos. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/29594/R%20-%20D%20-%20ANDRE%20LUIZ%20BAUML%20TESSER.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

<sup>266</sup> Mesmo que normalmente esteja o dano relacionado ao ilícito e torne mais fácil a comprovação da contrariedade ao direito, "[...] o que se quer deixar claro é que para a obtenção da tutela inibitória não é necessária a demonstração de um dano futuro, embora ele possa ser invocado, em determinados casos, até mesmo para se estabelecer com mais evidência a necessidade da inibitória". (MARINONI, *op. cit.*, p.47).

Partindo da premissa de que a "[...] ação é um dos direitos que podem fluir da lesão de um direito"<sup>267</sup>, relacionada diretamente com a obrigação (no sentido processual<sup>268</sup>) para a concretização da vontade da lei, deve existir tal pretensão materialmente vinculada<sup>269</sup>. O direito processual tem como objetivo a resolução de conflitos, cujos critérios são definidos pelo direito material.<sup>270</sup>

O Código Civil de 2002 não manteve o disposto na anterior codificação de que a todo direito corresponde uma ação<sup>271</sup>, entende-se que o disposto no revogado dispositivo legal e nos demais que lhe sucediam traziam impropriedades para os novos processualistas. O direito de ação não seria mera consequência do direito material, mas sim a "[...] 'conduta' que o direito material adotaria para ser realizado concretamente"<sup>272</sup>.

Deve haver o interesse juridicamente protegido (direito material), a pretensão (exigibilidade) e a ação (forma de satisfação da pretensão). Esta ação aqui mencionada é a ação material, enquanto a ação de direito processual é o instrumento que permite a

---

<sup>267</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Anotações de Enrico Tullio Liebman. Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 2009. p.57. O autor define a lesão a um direito "Quando ao direito a uma prestação deixa de corresponder o estado de fato, por não se haver satisfeito a prestação diz-se lesado o direito; e da lesão de um direito pode exsurgir um direito a uma nova prestação: daí que as vontades concretas de lei se distingam em originárias e derivadas." (p.54).

<sup>268</sup> A obrigação no sentido processual é "[...] todo direito a uma prestação, porquanto, como vimos, todo direito, absoluto ou relativo, se apresenta com obrigação no momento do processo." (*Ibid.*, p.63).

<sup>269</sup> Esta afirmação estaria mais vinculada a uma noção processual do século XIX, Cândido Rangel Dinamarco afirma que, na contemporaneidade, pode existir uma tutela processual única com a existência de um "[...] plano processual distinto do jurídico-material." (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p.214) e, com isso, diferentemente da ação entendida como resultado da lesão a um direito (nesta tese entendido como o descumprimento do dever prévio), os processualistas defendem que "[...] o direito de ação existirá ainda que o direito material não seja reconhecido" (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.32).

<sup>270</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p.40.

<sup>271</sup> É o que estava disposto no artigo 75, do Código Civil de 1916, revogado. O dispositivo legal tinha a seguinte disposição: "Art. 75. A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura." (BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916.)

<sup>272</sup> ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v.6). p.48.

concretização do direito material.<sup>273</sup> A ação processual está relacionada com a ação material, mas com ela não se confunde.<sup>274</sup>

É preciso que exista uma pretensão material para que então surja a ação a assegurar-lá. Existindo apenas a ação, nas palavras de Pontes de Miranda, ocorreu a amputação da pretensão.<sup>275</sup> Entre o direito subjetivo e a ação, estaria a pretensão, conceituada de uma forma reducionista como a faculdade de exigir, que "[...] De maneira nenhuma se deve identificar com a ação ou, *a fortiori*, com os remédios jurídicos processuais"<sup>276</sup>, por isso se diz que há a necessidade do direito material em proteger a ocorrência do dano, um direito subjetivo de proteção e não somente o direito processual.

Para a presente tese, a previsão da tutela processual não é suficiente para uma tutela material preventiva eficiente. É preciso uma prevenção dentro do direito material.<sup>277</sup>

E o direito material não se preocupa com a prevenção? Responder negativamente a esta questão é olvidar algumas proteções de pretensão que são apresentadas desde o Código Civil de 1916, mantidas no Código Civil de 2002. Todavia, a sua essência está relacionada ao patrimonialismo codificante.

---

<sup>273</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo I. p.21.

<sup>274</sup> ARENHART, *op. cit.*, p.54. Apesar de relacionadas, elas não se confundem. "[...] A ação de direito material é o agir, utilizado pelo titular do direito, para realiza-lo independentemente da colaboração a quem quer que seja. Já a ação processual representa o instrumento, posto à disposição dos sujeitos de direito pelo Estado, para – uma vez vedada a autotutela privada dos interesses – pleitear a guarda estatal de interesse por este reconhecido como relevante (direito subjetivo). A ação de direito material, dessa forma, realiza-se (ao menos em tese) independentemente do Estado, pelo simples agir de alguém no sentido de satisfação do interesse." (p.54).

<sup>275</sup> PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p.123.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p.105.

<sup>277</sup> Nas palavras de Thais Goveia Pascoaloto Venturi: "Apesar de a tutela inibitória ter sido desenvolvida e fundamentalmente tratada pela doutrina processual, isso não quer dizer que a proteção inibitória dos direitos nasça somente a partir da invocação da intervenção estatal por via do direito constitucional da ação processual. Muito ao contrário, a pretensão à tutela inibitória deve ser compreendida como inerente ao próprio direito subjetivo. A partir do momento em que o ordenamento passa a tutelar determinados direitos ou interesses, a prevenção contra sua violação nasce, a toda evidência, natural e conjuntamente. [...] Muito embora seja a legislação processual que estabeleça as técnicas preventivas para a atuação concreta da tutela inibitória, nem por isso, se pode afirmar que essa derive ou dependa exclusivamente do processo, sob pena de se incidir em inversão lógica." (VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p.281).

É exemplo da preocupação preventiva, a figura do interdito proibitório, que diz respeito ao "*justo receio de ser molestado*"<sup>278</sup>, que fundamentará a tutela possessória, impedindo que o fundado temor que ameace o direito de propriedade possa ser evitado. Não se aguardará a ocorrência ou concretização do receio, agindo preventivamente.<sup>279</sup>

Também, há a proteção preventiva dos direitos de personalidade<sup>280</sup>, o direito da criança e do adolescente<sup>281</sup>, bem como a legislação consumerista<sup>282</sup>, dentre outros. Mas, são pretensões pontuais e que não satisfazem uma devida e necessária prevenção geral.

Destarte, da análise destes três pontos, conclui-se que a responsabilidade civil tem como função primordial a prevenção, mas foi estruturada dentro de uma noção patrimonialista da reparação e agora deve ser estruturada dentro do seu objetivo inicial, para que não ocorra a lesão. Também, que a tutela processual não é suficiente para a compreensão de uma ampla e efetiva tutela material preventiva.

Finalizando, deve ser analisado um **quarto** ponto que ora se destaca para a compreensão da responsabilidade civil como resposta jurídica que é a sua conceituação e sua atual abrangência.

---

<sup>278</sup> É o que dispõe o artigo 1.210 do Código Civil: "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado."

<sup>279</sup> Trata-se de uma proteção ao proprietário que venha a ser ameaçado na sua posse. "A ameaça se configura quando houver um ato ofensivo à posse, sem que se configure intromissão no exercício do poder do domínio. A ameaça, ordinariamente, se configura por rumores ou pela possibilidade, pela potencialidade remota de perda da posse por atos concretos. Deve haver para tanto, um justo receio de ser molestado na posse. Para efetividade da ação de proibição, ao preceito mandamental de cessação da ameaça, cumula-se pena para hipótese de nova violação. O que o juiz confere ao postulante é uma segurança." (PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: RT, 2008. p.475-476).

<sup>280</sup> O *caput* do artigo 12, do Código Civil brasileiro: "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>281</sup> "Art. 70. É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente." (BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990).

<sup>282</sup> "Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: [...]VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;" [BRASIL. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor).

O fundamento da responsabilidade civil é imputar a outrem a consequência do descumprimento de um dever jurídico.<sup>283</sup> Considerando que a prevenção e a não ocorrência do dano é também um dever inserido dentro do ordenamento jurídico, a partir da análise da presente tese, é preciso pensar não apenas a ocorrência do dano em si, mas também a possibilidade de evita-lo. Por isso, abrange o instituto da responsabilidade civil tanto as obrigações relacionadas quando da ocorrência do dano, quanto da sua não ocorrência.

Em verdade e a partir das palavras de Alvino Lima

É preciso vencer o dano, o inimigo comum, fator de desperdício e de insegurança, lançando mão de todos os meios preventivos e reparatórios sugeridos pela experiência, sem dismantelar e desencorajar as atividades úteis. Para tal conseguir, não nos devemos encastelar dentro de princípios abstratos ou de preceitos envelhecidos para nossa época, só por amor à lógica dos homens, à vaidade das concepções ou à dos moralistas de gabinete.<sup>284</sup>

Por tal razão, tendo em vista a inserção do dever de cuidado como um dever previsto dentro do ordenamento jurídico brasileiro e considerando a fundamentação e conceituação do instituto da responsabilidade civil, a resposta jurídica para a prevenção é a responsabilidade civil. A proposta do instituto é a análise do dano pela sua não ocorrência (ameaça) e pela sua ocorrência (lesão), pois *a responsabilidade civil tem como fundamento a imputação da consequência do descumprimento de um dever jurídico*.

E se há o dever de reparar e de prevenir, deve ser pensado o instituto como forma de prevenção do dano. A noção de responsabilidade preventiva exsurge da noção de respeito de um dever jurídico por todos, algo próprio de uma relação jurídica de direito absoluto, na qual há a obrigação negativa ou passiva universal definida

---

<sup>283</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (org.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 440.

<sup>284</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Revisão de Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.334.

como "[...] o dever que impende sobre as restantes pessoas de não perturbarem o exercício de tais direitos"<sup>285</sup>.

Ademais, dentro desta noção do que é a responsabilidade civil, deve também ser estudada a sua atual abrangência, eis que as noções de prevenção que foram aderidas pelo Direito, em geral, são também matéria do instituto, que não mais está somente dentro dos muros do Direito Civil.

Para compreender a sua atual abrangência é preciso uma compreensão macro, inicialmente do Direito Privado para então o Direito Civil, como um ramo do Direito. A dicotomia entre Direito Público e Direito Privado adotada nos países de concepção jurídica romano-germânica (inicialmente para uma compreensão científica e, posteriormente, incorporada na legislação a partir da Revolução francesa<sup>286</sup>) foi flexibilizada quando da substituição do Estado liberal por um Estado Social.

O Estado Social caracterizado "[...] com o intuito de promover a justiça social e reduzir as desigualdades sociais "<sup>287</sup> intervém nas relações privadas. Esta foi a forma estatal preceituada pela Constituição Federal de 1988, bem como as demais constituições do pós guerra. Consequentemente, o método da constitucionalização também está embebido nas noções intervencionistas, o que flexibiliza a dicotomia entre Público e Privado, altera alguns dogmas<sup>288</sup> e relativiza os institutos, para permitir um maior diálogo entre aqueles que estavam tão distantes (o Público e o Privado)<sup>289</sup>.

---

<sup>285</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009. p.91.

<sup>286</sup> Sobre o tema: LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: COSTA, Judith Martins (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.94-98.

<sup>287</sup> LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.21.

<sup>288</sup> WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4.ed. Tradução de Antonio Manoel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.628-645.

<sup>289</sup> Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes: "O sustentáculo fundamental do liberalismo que, pressuposta a separação entre o Estado e a sociedade civil, relegava ao Estado a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que atuassem livremente, conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia. Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores. [...] De consequência, o processo de transformação econômica, social e jurídica, que se iniciou na 1.<sup>a</sup> Grande Guerra, já não encontrou o direito civil incólume, sendo certo, ao contrário, o forte impacto sentido em suas estruturas – contrato e propriedade privada – por obra daquelas mudanças conceituais havidas no seio da sociedade. De um lado, o florescimento da ideia moderna de Estado, assumindo funções antes deixadas à

Com a aceitação do método da constitucionalização, ocorre a absorção dos valores constitucionais e "[...] o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido."<sup>290</sup>, eis que a preocupação é essencialmente com a pessoa<sup>291</sup>.

As legislações que seguiram dispõem sobre temas que não podem ser separados ou categorizados como públicos ou privados.<sup>292</sup> São exemplos as leis que disciplinam o sujeito de direito do consumidor<sup>293</sup>, o sujeito de direito criança e adolescente<sup>294</sup> e o sujeito idoso<sup>295</sup>, dentro das quais estão previstas regra de Direito Público e Direito Privado, inclusive institutos que estavam exclusivamente disciplinados pelo Direito Civil, como por exemplo, contratos<sup>296</sup>, família<sup>297</sup> e propriedade<sup>298</sup>, respectivamente.

---

iniciativa privada. De outro, no que se refere ao antigo conteúdo do direito civil, a reviravolta da noção de direito subjetivo, de senhoria (poder) da vontade a interesse juridicamente protegido e, finalmente, às formulações dogmáticas nas quais resulta intuitiva a sua absorção pelo direito objetivo." (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, v.65, p.22-23, 1993).

<sup>290</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, v.65, p.26, 1993.

<sup>291</sup> Como bem salienta, Eroulths Cortiano Junior "[...] não se fala mais em proteção da pessoa humana pelo direito público e pelo direito privado, mas em proteção a pessoa humana pelo direito." (CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.38).

<sup>292</sup> A dicotomia entre o público e o privado, tão consagrada e desejada pelos burgueses, disciplinava uma "ordem" a permitir uma perfeita e segura classificação do que seria privado e o que seria público. Era possível compreender a diferença entre ambos e formavam esferas independentes. "As fontes eram autônomas e únicas: o direito público era tratado na Constituição, e o direito privado nos Códigos Civil e Comercial. As esferas de ambos continham pressupostos claros e princípios autônomos e tinham autossuficiência, de modo que não precisavam uma da outra". (LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.39).

<sup>293</sup> BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do consumidor.

<sup>294</sup> BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da criança e do adolescente.

<sup>295</sup> BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003. Estatuto do idoso.

<sup>296</sup> A relação consumerista é, regra geral, decorrente de uma prévia negociação (há possibilidade de reconhecimento de uma relação consumerista mesmo que não tenha sido realizada a contratação, como o que dispõe o artigo 29, do CDC, estendendo os efeitos do contrato para terceiros). Ademais, dispõe expressamente o Capítulo VI sobre a proteção contratual, dispondo indiscutivelmente sobre contratos. (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990).

<sup>297</sup> Por exemplo, o Capítulo III, que trata do "Direito à convivência familiar e comunitária" dispendo sobre a importância da família e sua formação. (BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente.)

<sup>298</sup> O estatuto do idoso dispõe regras sobre a moradia adequada (Capítulo IX), inclusive com a prioridade para aquisição em programas habitacionais. (BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003).

Também, o que dizer sobre uma legislação que conteria critérios apenas penais e contém subsídios para a responsabilidade civil como ocorre com a Lei Maria da Penha<sup>299</sup> que trata em seu artigo 5.º, sobre a lesão ao psicológico, danos morais e extrapatrimoniais<sup>300</sup>.

O Direito civil e seus institutos, portanto, não estão presos dentro da Codificação e podem ser encontrados em legislações que sejam multidisciplinares.<sup>301</sup> Em consequência, é possível localizar o instituto da responsabilidade civil não apenas decorrente do descumprimento de um contrato previsto na legislação codificadora<sup>302</sup>, mas também, dentro das regras de relação de trabalho e na legislação ambiental. Um dano ambiental será analisado pelo viés do direito material da responsabilidade civil, para a compreensão do responsável, da causalidade e das repercussões da lesão ocorrida<sup>303</sup>, juntamente com as regras deste ramo específico, "[...] mesclando-se um coquetel inovador e herético"<sup>304</sup>, que perpassa diversos ramos do Direito, contendo regras de direito constitucional, administrativo, civil<sup>305</sup>.

Suas definições estão no Direito civil, mas não somente a ele relegados. Dentro do Direito atual, o instituto da responsabilidade civil possui um significado que não está mais dentro das paredes do Direito Civil, sequer dentro dos muros do Direito Privado, estaria o instituto ultrapassando as regras do direito civil, os muros do Direito privado e desaguando em "[...] todas as áreas do direito— público e privado, contratual

---

<sup>299</sup> BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006.

<sup>300</sup> "Art. 5.º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial [...]" (BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006).

<sup>301</sup> Como, por exemplo, o sentido de propriedade, "[...] *puede haber muchas formas de propiedad, con diferentes regímenes jurídicos específicos: propiedad urbana, propiedad agraria, gran propiedad, pequena propiedad, propiedad horizontal, etc. Pero es posible agrupar todas estas propiedades en una institución a la que llamamos derecho de propiedad y cuyo diseño básico debe encontrarse no en cada una das leyes especiales sino en las normas generales del Código Civil.*" (GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidad y derecho**. Bogotá: Editorial Temis, 1993. p.59.)

<sup>302</sup> Sobre o tema: Fernando de Trazegnies Granda (*ibid.*, p.59-61).

<sup>303</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2.ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.49-50.

<sup>304</sup> LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.51.

<sup>305</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial...**, *op. cit.*, p.49.

e extracontratual, material e processual"<sup>306</sup>. Há uma responsabilidade jurídica, não mais restrita a noções do Direito Civil.

Por esta razão, de compreender o instituto da responsabilidade civil o fundamento primordial para a compreensão do dano (sua reparação ou prevenção) dentro da seara do Direito civil é que serão utilizados exemplos também de outras áreas, eis que mesmo sendo matéria, por exemplo, de Direito ambiental, em caso de dano, o primeiro passo a ser analisado é da responsabilidade civil e seus fundamentos civis, visto que contemporaneamente, o instituto é aplicado em "[...] âmbito contratual, aquiliana, público ou privado"<sup>307</sup>.

E dentro do próprio Direito civil há uma abrangência maior que não está mais restrita ao direito obrigacional. Um exemplo é a possibilidade de sua aplicação dentro da disciplina do Direito de Família que possui os seus fundamentos próprios.<sup>308</sup> Contudo, o posicionamento atual é de que mesmo havendo princípios e regulamentações próprios dentro do Direito de Família é possível aplicar regras do Direito obrigacional, no que diz respeito a responsabilidade civil, para indenizar danos sofridos decorrente da relação parental, por exemplo.

Este foi o posicionamento da Terceira Turma, no Recurso Especial n.º 1.159.242/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, que decidiu pela possibilidade

---

<sup>306</sup> EHRHARDT JR., Marcos. Responsabilidade civil ou Direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. In: RUSYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org.). **Direito civil constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p.308.

<sup>307</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2.ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.48.

<sup>308</sup> Dentro do direito de família, existiu rejeição, inicialmente, para a aplicação da responsabilidade civil, visto que se trataria de regras do direito obrigacional e o Direito de família conteria suas próprias regulamentações e princípios. Este era o posicionamento esposado para a rejeição da indenização em casos de abandono afetivo. Exemplificando, cita-se trecho do voto do Ministro Cesar Asfor Rocha, no sentido de rejeição de tal verba indenizatória, pois "[...] Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influências de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações familiares, sobretudo aquelas atinentes a pai e filho, mesmo aquelas referentes a patrimônio, a bens e responsabilidades materiais, a ressarcimento, a tudo quanto disser respeito a pecúnia, sejam disciplinadas pelos princípios próprios do Direito das Obrigações. Destarte, tudo quanto disser respeito às relações patrimoniais e aos efeitos patrimoniais das relações existentes entre parentes e entre os cônjuges só podem ser analisadas e apreciadas à luz do que está posto próprio Direito de Família." (Voto do Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n.º 757.411/MG**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 29/11/2005. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p.228).

de aplicar regras do Direito das Obrigações dentro do Direito de Família, condenando o pai pelos danos suportados pelo filho em decorrência do descumprimento do dever de cuidado.<sup>309</sup>

O referido julgado é importante e merece destaque neste trabalho pela amplitude da matéria de responsabilidade civil, que não se trata meramente do direito obrigacional patrimonialista, mas sim da obrigação que decorre do descumprimento de um dever.

Ser responsável é agir de forma diligente, respeitar todos os deveres que lhe são impostos e o descumprimento acarreta uma resposta jurídica denominada como responsabilidade civil, independentemente de ser um dos pilares do Direito Civil, ou mesmo quando não é direito civil, propriamente dito.

Pensar a responsabilidade civil como a resposta a ser imputada a outrem referente o descumprimento de um dever originário (que decorre de um fato jurídico em seu sentido amplo), faz surgir um direito subjetivo que permite exigir ou pretender um comportamento positivo ou negativo da outra parte<sup>310</sup>, cuja finalidade é proteger um interesse juridicamente relevante. Se tanto o dano quanto a ameaça de dano são juridicamente relevantes, tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, é possível estudar o instituto como resposta à prevenção da sociedade do século XXI.

E é ao estudo do instituto, suas alterações e transformações, que se passa a ocupar a seguir.

---

<sup>309</sup> Do voto da relatora, merece destaque a explicação sobre a fundamentação da aplicação da responsabilidade civil no descumprimento do dever de cuidado: "Amar não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. **Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever**" (negritos no original) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.159.242/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 24/04/2012. . Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 23/05/2014).

<sup>310</sup> Esta é a conceituação entendida a partir da definição de "[...] direito subjectivo como a faculdade ou o poder atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo (fazer) ou negativo (não fazer), ou de por um acto de sua vontade – com ou sem formalidades -, só de per si ou integrado depois por um acto da autoridade pública (decisão judicial) produzir determinados efeitos jurídicos que se impõem inevitavelmente a outra pessoa (adversário ou contraparte)." (ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objeto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997. v.1. p.3).

**PARTE 2**  
**RESPONSABILIDADE CIVIL E A NECESSIDADE DE SUA RESSIGNIFICAÇÃO:**  
**PARA ONDE CAMINHA O INSTITUTO A PARTIR DA NECESSIDADE EM**  
**TUTELAR E PROTEGER A PESSOA HUMANA**

#### 4 A CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE E AS SUAS ALTERAÇÕES ESSENCIAIS PARA PENSAR UMA RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

Analisada a lógica do cuidado, que permeia a sociedade do século XXI, bem como as alterações realizadas no instituto do Direito Civil, especialmente diante do método da constitucionalização, passa-se a estudar o instituto da responsabilidade civil. Para compreender para onde vamos é preciso saber o que temos do instituto atualmente. Aquela construção que acabou por se afastar da noção preventiva e se transformou em um modelo calcado na reparação, originado na época das codificações, sob as influências da tríplice: racionalismo<sup>311</sup>, patrimonialismo<sup>312</sup> e individualismo<sup>313</sup>, não é o que temos hoje. Então, o que temos hoje?

---

<sup>311</sup> Durante os séculos XVII e XVIII, a Europa Central foi embebida pelos movimentos do jusracionalismo e o iluminismo predominaram."[...] O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar de sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política." (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4.ed. Tradução de Antonio Manoel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p.353-354). O iluminismo fundamenta a criação de novas universidades, nas quais o jusracionalismo foi difundido, embasando um direito sistematizado e as codificações modernas. Destaca-se neste movimento da era das codificações, os sistema de Pufendorf que "[...] sobreviveu até hoje nos grandes códigos da Europa central, na medida em que estes se baseiam na sistematização da ciência do direito comum pelo jusracionalismo. Em particular a 'parte geral' de muitos dos novos códigos seria dificilmente pensável sem o trabalho prévio de Pufendorf. Alguns exemplos tirados da sua obra-prima favorecem portanto a compreensão da pré-história interna do actual sistema de direito privado." (*Ibid.*, p.350). A racionalidade fundamentou a completude do ordenamento jurídico (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996. p.54-55), através da sistematização Direito. Esta sistematização fundamenta o pressuposto da conduta culposa e voluntária da responsabilidade civil. "Em outras palavras: no Estado contemporâneo, que é resultante do século XVIII, o que é visto como sendo moralidade pública, tem força de lei. Inicia-se, por esse viés, uma nova ideologia do costume – que, como nunca, passa a ser utilizada como argumento de validade pública da interpretação jurídica particular – e da jurisprudência – que perde o sentido científico ou racional desenvolvido pelo pensamento moderno e se assume definitivamente como instituição estatal. A culpa, neste passo, é uma denominação para um dever moralmente concebível, dever moral este que se exterioriza como índice do dever estabelecido pelo próprio Estado". (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.37).

<sup>312</sup> A proteção ao patrimônio é reconhecidamente uma das marcas que a burguesia ao ascender ao poder pretendeu disciplinar. "O objectivo da classe ascendente, a partir da livre iniciativa apoiada na autonomia da vontade e na crença de uma ordem natural do desenvolvimento económico, é, com a tomada do Poder, o reconhecimento do seu poder económico numa sociedade essencialmente rural (propriedade fundiária), poder que se mede pela quantidade e qualidade dos bens possuídos; por isso, os juristas constroem a propriedade como o direito essencial do indivíduo, um direito de carácter absoluto e exclusivo que o Estado não deve violar, salvo os limites externos impostos por necessidades colectivas ou por razões de vizinhança". (FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema**

Para entendermos o presente e a estrutura do futuro precisamos olhar para a formação do instituto no passado. Este estudo não precisa versar desde as suas raízes romanas<sup>314</sup>, faz-se aqui um recorte temporal a partir da modernidade<sup>315</sup> e as suas funcionalidades. Justifica-se a modernidade, eis que foi a partir dela que o instituto passou a ser pensado como uma resposta reparatória, em razão da tríplice fundante (racionalismo, patrimonialismo e individualismo).

---

**de direito privado.** Lisboa: Caminho, 1989. (Coleção Universitária, 45). p.21.) O objetivo era definir e proteger a circulação de riquezas, razão pela qual foi disposto na codificação civil contratos, propriedade e família. Dentro desta racionalidade, era preciso dispor uma "[...] tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica" (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, v.65, p.22, 1993).

- <sup>313</sup> Em oposição ao holismo medieval. Este individualismo foi desenvolvido fora da noção social, dissociando o indivíduo de suas características antropológicas, através uma construção ideológica, para criar uma figura individualista fora do contexto sociológico que lhe é intrínseco, para ser inserido dentro do modo moderno de produção. Através deste indivíduo "construído" foi possível justificar a propriedade individual, os contratos que mesmo entre desiguais geravam obrigações perante as partes contratantes e o próprio mercado capitalista. Despidos de suas particularidades, são considerados iguais. São definidos como indivíduos jurídicos, sujeitos de Direito. (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruita prohibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p.107-135). "O individualismo está por toda parte no mundo moderno. Responsável por isso é a filosofia do conhecimento, herdada do nominalismo e largamente difundida, assim como a metafísica – a da substância individual. O primeiro objeto de conhecimento é o indivíduo, ponto de partida de toda doutrina – seja quando Descartes extrai seu sistema da evidência subjetiva de sua própria existência, seja quando Hobbes, Locke ou Espinosa reconstruem o universo social a partir do homem do 'estado de natureza', previamente separado e isolado pela análise. Forma atenuada e sem dúvida um tanto bastarda dessa mesma tendência, a escola moderna do direito natural procede a todas as suas construções raciocinando sobre a 'natureza do homem' individual (já Montaigne descobria no seu próprio eu a 'forma inteira da humana condição'), o que a opõe da maneira mais radical à doutrina dita do direito natural clássico – que procedia a partir da natureza cósmica dos grupos sociais, das polis –, e a leva a conclusões totalmente diferentes." (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Organização de Stéphane Rials. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.176/177).
- <sup>314</sup> Para o presente estudo, entende-se a responsabilidade civil contemporânea com suas origens na modernidade, não obstante muitos juristas relatem as suas origens desde o início da civilização, mas como instituto jurídico é uma criação contemporânea, que "[...] Aparece pela primeira vez no final do século XVIII, dentro das inovações jurídicas produzidas pelo direito revolucionário francês, e teve sua primeira formulação expressa já no novo sistema jurídico francês codificado, fonte de inspiração para todos os movimentos de codificação jurídica a partir do início do século XIX." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.28).
- <sup>315</sup> "Em relação ao mundo romano e ao mundo cristão, a modernidade trará uma série de inovações no que diz respeito, inclusive, à concepção do direito. [...] Ora, não por acaso surgiu, então, uma nova forma de lidar com os institutos jurídicos, concebendo-os ainda como instrumentos para a prática jurídica, mas desta vez também como produto de um pensamento rigorosamente científico ou racional." (*Ibid.*, p.60).

A modernidade entendida como o rompimento das ideias do medieval<sup>316</sup> foi marcada pela formação dos Estados modernos<sup>317</sup>, o iluminismo e sua racionalidade, o renascimento e a proteção ao ser humano<sup>318</sup>, o início da revolução industrial com a alteração das noções rurais para uma sociedade de máquinas, as criações das cidades, dentre outros movimentos que influenciaram o surgimento do homem moderno, com objetivos inovadores e diversos daqueles que seus antecessores haviam lhe deixado<sup>319</sup>. "A modernidade nos legou o Estado, o Direito e as instituições"<sup>320</sup>.

Dentro de um Direito individual e patrimonialista (que tinha como base quatro personagens: o marido, o proprietário, o contratante e o testador<sup>321</sup>) foi desenvolvida a responsabilidade civil com uma perspectiva individual, protegendo a vítima (única) do ofensor (individualmente considerado), em razão da conduta culposa (só poderia responder pela contrariedade do direito aquele que tivesse agido de forma voluntária e por isso, atribuída a culpa) deste que ocasionou uma lesão ao patrimônio daquele e por isso, é imposta como consequência a indenização (entendida como uma recomposição patrimonial).

Construída e estruturada de acordo com "[...] problemas sociais, conflitos, riscos, perigos e danos de maneira que estejam atribuídos a pessoas singulares, a indivíduos, e não a estruturas e processos supra individuais: à sociedade, à natureza

---

<sup>316</sup> GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do estado entre medieval e idade moderna. Tradução de Arno Dal Ri Jr.. **Revista Sequência**, Florianópolis, v.28, n.55, p.20, dez. 2007.

<sup>317</sup> A criação da figura do "príncipe", como figura soberana do Estado embasa a possibilidade de um Direito calcado na lei. "A idealização do Príncipe provoca a necessária idealização da sua vontade soberana e, conseqüentemente, a cristalização normativa da lei. Aquela que é simplesmente a voz do poder recebe um lugar seguro no mais secreto sacrário da consciência laica. Delineia-se já uma escrupulosa mística da lei." (GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2.ed. rev. e atual. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p.97).

<sup>318</sup> Com fulcro no renascimento, a releitura dos escritos romanos iniciados na baixa idade Média fundamentou o pensamento jurídico racional fundado na lei e dando os primeiros passos do ordenamento jurídico moderno. (GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidad y derecho**. Bogotá: Editorial Temis, 1993. p.19-20).

<sup>319</sup> Um sujeito que representava a "[...] tentativa de isolar do mundo e sobre o mundo um indivíduo que encontrou a força (ou assim ao menos presume) de se libertar de antigas prisões; sujeito pre-suntuoso, intencionado a encontrar somente no interior de si mesmo o modelo interpretador da realidade cósmica e social." (GROSSI, Paolo. Da sociedade..., *op. cit.*, p.22-23) E por este sujeito inicia-se o individualismo "[...] com o desenho de um sujeito interiormente renovado, que é, finalmente, construtor de um mundo social à sua medida." (p.24).

<sup>320</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.21.

<sup>321</sup> FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do Código Civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v.76, p.131, 2000.

ou ao destino"<sup>322</sup>, não é preciso muito esforço para notar que um instituto assim considerado não consegue proteger adequadamente a pessoa. Em especial, quando estamos diante de uma sociedade que se preocupa com o futuro e que se angustia diante da fragilidade e ineficiência dos institutos codificados.<sup>323</sup>

Na tentativa de tentar se adequar as necessidades sociais, algumas alterações foram realizadas a partir do final do século XIX e perpassaram pelo século XX. Para compreender o resultado que será estudado, não se pretende pontuar todas as alterações sofridas que resultaram no sistema atual<sup>324</sup>, mas, apenas algumas que refletem diretamente na noção de prevenção que ora se constrói dentro deste instituto que não é estático,<sup>325</sup> mas maleável para poder se adequar ao que se propõe que é a proteção da pessoa.<sup>326</sup>

---

<sup>322</sup> GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Tradução de Flavia Portella Püschel. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Responsabilização na sociedade civil: teoria da responsabilidade: no Estado Democrático de Direito**. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p.7-8.

<sup>323</sup> Nos termos do que foi tratado no capítulo anterior, as novas tecnologias fizeram surgir uma nova sociedade e esta nova sociedade tem preocupações com as gerações futuras, tentando adequar os comportamentos e por conseguinte, até o próprio Direito para melhor resposta diante destes novos anseios. Ao se deparar com um Direito ainda estático, o sentimento de angústia é ressaltado. "O sentimento de angústia aprofunda-se diante do descompasso existente entre a velocidade do progresso tecnológico e a lentidão com a qual amadurece a capacidade de organizar, social e juridicamente, os processos que acompanham esse progresso. A todo momento, de fato, percebe-se a obsolescência das soluções jurídicas para fazer frente a novo dado técnico ou a uma nova situação conflituosa." (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.437).

<sup>324</sup> Como afirma Eugênio Facchini Neto: "Difícilmente haverá no direito civil matéria mais vasta, mais confusa e de mais difícil sistematização do que a da responsabilidade civil." (FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.174).

<sup>325</sup> Alvino Lima coaduna sobre tal posicionamento, em seu livro (fruto da tese de cátedra defendida em 1938 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), já afirmava que: "A crença antiga e divulgada de que a teoria das obrigações e do contrato constitui a ilha inacessível à evolução, tendendo à perenidade, à uniformidade e à universalidade, em virtude de seu caráter científico e lógico, não resiste hoje à mais simples análise." (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Revisão de Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.13).

<sup>326</sup> Afirma-se que a responsabilidade civil é o instituto que teria sofrido maiores alterações nos últimos tempos, ou nas palavras de Fernando Noronha, "nos últimos cem anos". E o autor continua: "Tal desenvolvimento trouxe a necessidade de repensar muitas concepções, que eram tidas por inabaláveis, a começar por aquela, tão bem sintetizada no aforismo atribuído a Von Jhering, de quem não podia haver responsabilidade sem culpa." (NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, v.64, p.12-13, 1993).

Dentre as mudanças, será analisada a objetivação através do afastamento com a conduta racional, que possibilitou uma responsabilização sem culpa, com vistas a reparar o dano e dentre suas consequências destaca-se o novo olhar para a vítima e não mais para o ofensor, dentro de uma responsabilidade dissociada de conceitos éticos da culpa (relacionada a conceitos éticos como a solidariedade). A partir desta noção, se o dano passa a ser o ponto principal, a preocupação com as garantias para a sua efetiva reparação é o que é pensado em um segundo momento, ocorrendo o rompimento com o patrimonialismo e possibilitando formas alternativas de reparação, que não sejam apenas a forma pecuniária ou a restituição *in natura*. E por fim, a noção da coletivização, de um lado para garantir a reparação com a diluição do valor dentro de uma coletividade e de outro lado a noção do dano social, que diz respeito a lesão que venha a atingir mais de um indivíduo.

Todas as alterações que sofreu nos últimos tempos é que colocam este instituto em uma posição de destaque para a doutrina<sup>327</sup> e jurisprudência<sup>328</sup>, inclusive para pensar se as alterações ocorridas até o momento não são suficientes como deverá ser a sua estrutura para o futuro no século XXI<sup>329</sup>, com a construção de um novo modelo<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> A importância doutrinária é ressaltada por Louis Josserand: "Ao tempo em que eu era estudante, o meu professor de direito civil tratava da responsabilidade numa só e única lição, como dum assunto inteiramente secundário; e os repertórios de jurisprudência eram então bem pobres em decisões referentes aos delitos ou aos quase-delitos civis. Atualmente, dez ou doze lições são apenas suficientes para o professor dar aos seus alunos uma idéia do assunto em si; e, quanto às nossas coleções de jurisprudência, regurgitam, em todo o país, de julgamentos e de arestos proferidos em processos de responsabilidade; há mesmo várias revistas especializadas na matéria. Na verdade, a responsabilidade se tem elevado ao primeiro plano da atualidade judiciária e doutrinária: é a grande sentinela do direito civil mundial: é a primeira entre todas." (JOSSERAND, Louis. *Evolução da responsabilidade civil*. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.86, n.454, p.548, 1941).

<sup>328</sup> Hoje, nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, os julgamentos perante os Tribunais brasileiros sobre a matéria de responsabilidade civil ultrapassam 50% (cinquenta por cento) dos recursos. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programas de responsabilidade civil**. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003. p.21).

<sup>329</sup> É o que afirma Geneviève Viney: "[...] Há, pois, muitas razões para se pensar que as transformações que o afetarão ao longo do século XXI serão ainda mais radicais que as sofridas no decorrer do século XX. Ele deverá sobretudo resolver o tremendo problema apresentado por atentados ao ambiente quando eles afetam a própria natureza (fauna, flora, atmosfera) sem atingir, especialmente, uma ou várias pessoas particulares, fenômeno chamado de 'prejuízo ecológico puro'. Ele deverá igualmente perfazer as evoluções já bem avançadas, como as que tocam à indenização do dano corporal, ou as somente esboçadas, como as relativas a danos seriais e às grandes catástrofes. Deverá diversificar suas funções integrando os imperativos de dissuasão e de prevenção que foram um tanto negligenciados até o presente. Em poucas palavras, será preciso que 'vista uma nova pele'." (VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da

#### 4.1 A TEORIA DA OBJETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A FIGURA DO DANO DENTRO DO INSTITUTO

A responsabilidade civil da codificação, influenciada pelo racionalismo dos iluministas, tinha como fundamento principal a conduta racional e voluntária a embasar a atribuição de responsabilização pela consequência do dano sofrido por outrem. O pressuposto da culpa era tão importante que a afirmação da época era de que não haveria responsabilidade civil sem culpa.<sup>331</sup> E da ideia milenar de que não há responsabilidade sem culpa<sup>332</sup> gerou a responsabilidade civil subjetiva.

Era necessária a ocorrência da conduta culposa, partindo da premissa que a deliberação é uma análise dos cenários de possibilidades e suas consequências<sup>333</sup> da

legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p.55-56).

<sup>330</sup> Corroborando tal afirmação, tem-se "Os princípios constitucionais da solidariedade e da justiça distributiva se impõem à responsabilidade civil, revelando a insuficiência dos modelos construídos sob a lógica dos séculos XVIII e XIX, fazendo com que ao jurídico sejam apresentados novos desafios atinentes ao atendimento de casos de danos cada vez mais distintos – o que se agrava ainda mais com o fenômeno da massificação dos danos." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. O "caso das pílulas de farinha" como exemplo da construção jurisprudencial de um "direito de danos" e da violação da liberdade positiva como "dano à pessoa". Comentários ao acórdão no REsp 1.096.325/SP (rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 03.02.2009. In: TEPEDINO, Ana Frazão e Gustavo (Coord.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.292-293). No mesmo sentido, "O sistema expõe a sua crise, incorpora transformações, busca adequar-se às novas realidades, às novas descobertas, aos novos desafios de um mundo completamente distinto do mundo de apenas três ou quatro décadas antes. O sistema expõe a sua entranha e revela-se maior do que a moldura a que esteve subsumido até aqui. Reclama revisão de princípios e de conceitos; reclama sua própria reorganização; reclama um novo matiz menos preconceituoso, menos matemático, mas muito mais humanizado." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.2-3)

<sup>331</sup> Aqui cita-se a doutrina francesa, responsável pela estruturação do instituto dentro das bases que hoje conhecemos (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.60-65). Sobre a necessidade da culpa, ressalta-se que "*Chez DOMAT, la faute apparaît non seulement comme un critère de la responsabilité civile, mais aussi comme une véritable condition de son existence. Dès lors, il était possible d'énoncer le principe selon lequel il n'y a pas de responsabilité sans faute.*" Tradução livre: "Na doutrina de DOMAT, aparece a culpa não somente como um critério de responsabilidade civil, mas também como uma verdadeira condição de sua existência. Por isso, foi possível afirmar o princípio de que não há responsabilidade sem culpa." (JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7.ed. Paris: Dalloz, 2007. p.9).

<sup>332</sup> JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.86, n.454, p.551, 1941.

<sup>333</sup> MUÑOZ, Alberto Alonso. **Liberdade e causalidade**: ação, responsabilidade e metafísica em Aristóteles. São Paulo: Discurso Editorial, 2002. p.167.

qual resultará uma escolha (definida através da análise dos possíveis resultados<sup>334</sup>) a conduta só será considerada para a responsabilização quando tenha ocorrido tal deliberação, concluindo-se que "[...] capaz de deliberar e prever consequências, era responsável"<sup>335</sup>.

Giselda Hironaka discorre que a responsabilidade civil como instituto do direito civil moderno tem suas origens em uma construção doutrinária do século XIX, decorrente de uma ideia de culpa, mas cujo vocábulo não traz em si a noção de reparar um dano, mas sim de ser responsável por algo.<sup>336</sup>

Com isso, o pressuposto da culpa possuía um valor moral<sup>337</sup> e por tal razão, limitava a responsabilização aos atos culposos<sup>338</sup>. Havia uma proteção jurídica e uma proteção moral.<sup>339</sup>

A lógica racional da culpa analisada a partir de "[...] elementos psicológicos ou anímicos, típicos de uma avaliação moral e subjetiva de conduta individual"<sup>340</sup>, definia a necessária comprovação dos elementos subjetivos do ofensor, relacionado com a vontade em cometer um ato antijurídico e a vontade de ocasionar o dano. Na prática, a dificuldade em sua comprovação era tamanha que passou a ser denominada como "filtros da reparação"<sup>341</sup>.

---

<sup>334</sup> O que pode ser adotado se assumido que "[...] Ora, toda escolha ou decisão, no sentido aristotélico, vem após um processo de cálculo em que se ponderam as consequências de agir desta ou daquela maneira." (*Ibid.*, p.161).

<sup>335</sup> *Ibid.*, p.178.

<sup>336</sup> Com efeito, é o que afirma Giselda Hironaka: "[...] nas origens, a ideia de responsabilidade, ainda que apenas uma substantivação de um adjetivo – responsável – atribuível a um agente em certas condições, é uma criação que parte diretamente da ideia de culpa ou da ideia de dever, mas não envolve, necessariamente, a noção de compensação." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.76).

<sup>337</sup> JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7.ed. Paris: Dalloz, 2007. p.7.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p.9.

<sup>339</sup> STARCK, Boris. **Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947. p.6.

<sup>340</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.14.

<sup>341</sup> Esta denominação é utilizada por Anderson Schreiber (*Ibid.*). O autor justifica a construção inicialmente calcada na culpa e porque durante tanto tempo a dificuldade em comprovação do pressuposto era próprio do sistema moderna. Com efeito, afirma o autor que: "De início, a dificuldade de demonstração da culpa atendida, em boa medida, ao interesse liberal que rejeitava a limitação da autonomia privada, salvo nas hipóteses de uso flagrantemente inaceitável da liberdade individual." (p.17).

Esta noção fundada na culpa teve que ser flexibilizada para uma nova realidade que surgiu da revolução industrial. As transformações desta era industrial que se opôs à rural não foram estanques, em verdade a sociedade massificada originada daquele momento histórico necessitava cada vez mais de máquinas<sup>342</sup>, um maquinário que ocasionou danos nunca antes vistos e até hoje são vivenciadas as suas consequências.<sup>343</sup>

À época, riscos diferentes do que eram presenciados até então (e diferentes do que são atualmente vistos) passaram a estar presentes no cotidiano do indivíduo. As máquinas criadas pelo homem não possuíam conduta racional ou voluntária e mesmo assim, eram capazes de ocasionar danos. Uma lesão essencialmente fortuita, que não decorre diretamente de uma conduta humana, mas sim de um risco que fora originado pela ação humana.<sup>344</sup>

Com isso, era preciso desenvolver um instituto que se aproximasse das necessidades da sociedade, os doutrinadores de responsabilidade civil adentraram o grande dilema da época (assim definido por Marton), porque restavam duas opções, a primeira seria desenvolver uma nova noção de responsabilidade civil que atendesse as vítimas dos novos danos e para isso não poderia estar relacionada com o pressuposto da culpa, a segunda era manter o pressuposto, o que não atenderia as necessidades sociais da época.<sup>345</sup>

---

<sup>342</sup> "A revolução industrial era um imperativo de sobrevivência em face da crescente multiplicação demográfica e consumerista, que vinha ocorrendo nos grandes centros urbanos. Para tanto, era necessário incrementar de forma crescente a produção de alimentos e de bens utilizados no consumo pela sociedade. [...] Portanto, ao lado do grande benefício que a revolução industrial propiciou ao homem, libertando-o dos trabalhos físicos, estabeleceu-se uma profunda relação de dependência com os equipamentos colocados ao seu serviço." (REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.6. p.43).

<sup>343</sup> Conforme verificado no capítulo antecedente, a denominação de segunda modernidade ou modernidade reflexiva, por exemplo, para a atual sociedade é resultado do pensamento que entende que o que hoje se vive é mera consequência do que ocorreu a partir da Revolução industrial, quando houve a alteração de uma sociedade rural para uma sociedade industrial.

<sup>344</sup> JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7.ed. Paris: Dalloz, 2007. p.10.

<sup>345</sup> Esse era o grande dilema dos doutrinadores da época, como bem afirma Marton:

*"Ainsi la théorie du droit se trouve dans le dilemme que voici: ou bien, elle tient à conserver le sens original de la notion de faute, et dans ce cas, elle devra mettre en péril les intérêts de la défense de la société, - ou bien, pour sauvegarder ces intérêts, elle admet des considérations de l'appréciation objective, et, par cela, elle fausse, en même temps, le sens de la notion de faute."* Tradução livre: "Assim, a teoria do direito se encontra em um dilema: ou mantém o significado original da culpa e neste caso, colocará em risco os interesses da sociedade ou para proteger tais interesses, admite

Era notório que a teoria da responsabilidade civil da qual era imprescindível o elemento culpa não seria suficiente para essa realidade<sup>346</sup> e demonstrando a sua maleabilidade para se adequar aos interesses sociais, optou-se por desenvolver a teoria da objetivação, a partir da qual foi construída uma ideia de responsabilização "fora da camisa-de-força imposta pela culpa subjetiva"<sup>347</sup>.

Mas, como desenvolver uma responsabilidade sem a noção ética da culpa, quando a fundamentação da imputação da consequência pelo agir contrário ao Direito era exatamente o não realizar um comportamento ideal? Foi preciso pensar o instituto com a possibilidade de ser afastado o pressuposto culpa, para que então evitasse o dano ocasionado. E restou alterado o ponto central, porque as noções éticas não são analisadas pelo viés do ofensor (se ele adotou ou não um comportamento ideal), mas sim para a vítima (como ela poderá ser reparada), "[...] no sentido de se materializar a responsabilidade, numa demonstração eloquente e real de que o Direito é, antes de tudo, uma ciência nascida e feita para disciplinar a própria vida"<sup>348</sup>.

Para esta transformação e desvinculação de um pressuposto tão enraizado na sociedade, para um desenvolvimento mais protetivo para a vítima, com vistas a permitir o equilíbrio patrimonial<sup>349</sup> (este momento está em desenvolvimento o primeiro rompimento e por isso, ainda são consideradas as influências das noções patrimonialistas

as considerações objetivas e, com isso, ela se afasta das noções da culpa." (MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire.** Paris: Recueil Sirey, 1937. Première partie, n.44).

<sup>346</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco.** Revisão de Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.16.

<sup>347</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica: a tutela antecipatória na ação de reparação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito & medicina: aspectos jurídicos da medicina.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.214.

<sup>348</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.49.

<sup>349</sup> Neste sentido, tem-se a lição de René Savatier: "[...] *Une civilisation avancée, et qui craint la decadence, tend instinctivement à assurer autant que possible son équilibre; et la réparation des prejudices causes est une manière de le rétablir. C'est également une manière d'assurer, pour chaque member de la Société, la sécurité vers laquelle il aspire d'autant plus que la vie moderne [...]. Enfin, c'est à une idée de pitié, bien conforme au développement du droit moderne, que correspond encore la réparation, de plus en plus complete accordée à une victime généralement innocente.*" Tradução livre: "Uma civilização avançada, e que teme a decadência, tende instintivamente a assegurar tanto quanto possível seu equilíbrio; e a reparação dos danos é uma maneira de restabelecer. É igualmente uma maneira de assegurar, para cada membro da sociedade, a segurança que se aspira mais que a vida moderna. Enfim, é uma ideia de compaixão, de acordo com o desenvolvimento do direito moderno, que corresponde também à reparação, cada vez mais de acordo com uma vítima geralmente inocente." (SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français.** Paris: LGDJ, 1939. t.1. p.1).

do Direito Civil moderno), inicialmente, passou-se a analisar duas supostas espécies de culpa. Existiria uma culpa *in concreto* (através da análise da conduta culposa) e uma culpa *in abstracto*, não considerando as circunstâncias internas para a ocorrência do ato, mas sim as circunstâncias externas.<sup>350</sup> A teoria da culpa *in abstracto* foi repudiada inicialmente, por entender-se que para se falar em culpa deve ser analisada se a conduta estaria dentro da razoabilidade, por exemplo, dentro do "*age um pater familias*"<sup>351</sup>. Assim, falando-se em culpa, deveria haver a voluntariedade (seja ela no sentido de ocasionar a lesão ou quando da sua ocorrência sem a intenção).<sup>352</sup>

As teorias desenvolvidas que demonstram o apego ao pressuposto da culpa revelam uma resistência doutrinária para admitir uma responsabilidade dissociada da ideia de culpa. Demonstra a dificuldade em pensar o instituto sem as conotações morais de que o indivíduo (ofensor) deve pensar sobre os riscos que criou e os danos que pode causar aos demais integrantes da sociedade<sup>353</sup>, visto que se ocasionasse (ou ocasionar) dano será punido, através do pagamento da reparação em favor da vítima.

Tais teorias (como a culpa *in concreto* e *in abstracto*) poderiam ser aplicadas apenas nos casos de condutas humanas, mas quando se tratavam de danos ocasionados por máquinas, quando os fatos são "*com freqüência 'anônimos' e não decorriam de específicos atos individuais*"<sup>354</sup>, não havia (e não há) como se falar em voluntariedade, por isso era insuficiente a alteração proposta, razão pela qual se desenvolveu uma responsabilidade objetiva, na qual não se relacionaria e nem se discutiria a conduta culposa.

---

<sup>350</sup> LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Revisão de Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.62.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p.65.

<sup>352</sup> Neste sentido, cita-se a doutrina de Alvino Lima ao afirmar que: "A voluntariedade é, pois, e sempre, condição do ato; voluntariedade quanto às consequências obtidas, no primeiro caso; voluntariedade quanto ao ato em si mesmo, causador do dano, previsto ou previsível, no segundo caso." (*Ibid.*, p.67).

<sup>353</sup> STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947. p.29.

<sup>354</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **O direito & o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.878.

Foi Raymond Saleilles quem elaborou a teoria objetiva da responsabilidade civil<sup>355</sup>, de forma que estivesse desvinculada do rigor da voluntariedade, essencial até então para a reparação. Ao retirar a culpa, nas duas últimas décadas do século XIX, o dano passou a ocupar a posição central do instituto<sup>356</sup>, afastando o pressuposto da culpa e a análise da conduta do ofensor para os casos de aplicação da nova teoria que se desenvolvia. Uma responsabilidade objetiva que surgiu para substituir a ideia de culpa, com vistas à reparação integral dos danos sofridos pelo ofendido em relação aos danos ocorridos após a revolução industrial.<sup>357</sup>

Foram dois julgamentos proferidos pela Corte de Cassação Francesa que embasaram o fato de que efetivamente, a culpa havia perdido espaço e estava sendo substituída por uma nova noção de responsabilidade civil. O primeiro julgamento diz respeito ao caso "*Teffaine*" de 1896<sup>358</sup>, no qual foi criada e sustentada a ideia de que o

---

<sup>355</sup> "[...] O movimento iniciado por Saleilles, como vimos, encontrou na obra de Josserand o seu mais ardente e possante defensor, e a despeito das críticas que lhe foram dirigidas, [...], aquela teoria encontrou a sua consagração não só em dispositivos do direito comum, mas também na legislação especial." (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Revisão de Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.119).

<sup>356</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.75.

<sup>357</sup> A formulação de uma responsabilidade sem culpa decorre do "[...] O entrechoque, entretanto, cada vez mais crescente de interesses, aumentando as lesões de direitos em virtude da densidade progressiva das populações e da diversidade múltipla das atividades na exploração do solo e das riquezas; a multiplicação indefinida das causas produtoras do dano, advindas das invenções criadoras de perigos que se avolumam, ameaçando a segurança pessoal de cada um de nós; a necessidade imperiosa de se proteger a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano sofrido, em face da lutar díspar entre as empresas poderosas e as vítimas desprovidas de recursos; as dificuldades, dia a dia maiores, de se provar a causa dos acidentes produtores de danos e dela se deduzir a culpa, à vista dos fenômenos ainda não bem conhecidos na sua essência, como a eletricidade, a radioatividade e outros, não podiam deixar de influenciar o espírito e na consciência do jurista." (LIMA, *op. cit.*, p.114-115).

<sup>358</sup> Trata-se de um julgado pela Corte de Cassação Francesa, em 16 de junho de 1896 que aplicou a alínea 1 do artigo 1.384 do Código Civil francês ("Art. 1.384. Toda pessoa é responsável não somente pelo dano que causou por ato seu próprio, mas ainda por aquele que foi causado por ato de pessoa pela qual devia responder, ou por coisas que estão sob a sua guarda". (FRANÇA. **Código Napoleão**. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1962. p.203) como forma de responsabilizar diretamente aquele que detém a guarda de coisas que venham a ocasionar danos. No caso, em 04 de junho de 1891, o senhor Teffaine foi gravemente ferido em razão da explosão do tudo de uma máquina e, em razão dos ferimentos, o acidente lhe ocasionou a morte. A viúva em nome próprio e representando os seus filhos propôs demanda de indenização para condenar os proprietários da máquina. Os proprietários alegaram que a explosão era decorrente de defeito de fabricação e por isso, a responsabilidade seria do fabricante. Todavia, a corte de cassação entendeu que há uma responsabilidade daquele que tem coisas sob sua guarda que independe da análise de culpa. Por isso, mesmo que a causa não tenha sido da guarda dos proprietários, haveria a responsabilidade. Foi o reconhecimento pela primeira vez da responsabilidade pelo fato das coisas. (FRANÇA. Cour de cassation, Chambre civile, 16 juin 1896.

proprietário da coisa é responsável pelo que dela decorra. A primeira decisão teve interpretações diferenciadas, sobre a culpa.<sup>359</sup> A segunda decisão comumente denominada como "*l'arrêt Jand'Heur*"<sup>360</sup> coloca uma pá de cal nas discussões, revelando que efetivamente é possível existir uma responsabilidade civil sem culpa.

O surgimento e consagração de uma responsabilidade sem culpa fundamentam uma dualidade no ordenamento jurídico referente a duas responsabilidades: subjetiva e objetiva. Ambas caminham juntas, a responsabilidade subjetiva é adotada quando necessita da comprovação da conduta culposa e a responsabilidade objetiva, quando não há a necessidade de comprovação de conduta culposa.

E as presunções de culpa estão sendo cada vez mais abandonadas e substituídas pela objetivação, um afastamento fundamentado na proteção da vítima do que efetivamente em razão de uma não verificação da conduta culposa.<sup>361</sup>

Um exemplo deste fato é o direito civil brasileiro em situações de responsabilidade por fato de terceiro. Inicialmente, pela Súmula 341 do STF: "*É presumida a culpa do patrão, amo ou comitente pelo ato culposo do empregado, serviçal ou preposto*", devendo, por isso, ser comprovada a responsabilidade daquele que ocasionou o dano (através do pressuposto da culpa) e posteriormente, o patrão

---

Disponível em: <<http://www.oboulo.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/commentaire-d-arret/cour-cassation-chambre-civile-16-juin-1896-responsabilite-fait-choses-101975.html>>. Acesso em: 23 de março de 2015).

<sup>359</sup> "Os partidários da teoria do risco, como SALEILLES e JOSSERAND, viram nessa decisão de 1896 um avanço significativo e sintomático em prol da teoria do risco, mas, por outra parte, os partidários da teoria da culpa, como os irmãos MAZEAUD, não demonstraram tanto beneplácito a favor da sentença, continuando a ver, nela, os indícios da presença da culpa." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.136-167).

<sup>360</sup> Neste julgamento proferido pela Corte de Cassação francesa, em 13 de fevereiro de 1930, condenou o proprietário de um caminhão pelos danos ocasionados a uma pessoa, em razão do acidente de trânsito. Na análise pela Corte, não obstante estivesse o caminhão sendo conduzido por uma pessoa (o que poderia afastar a responsabilidade do proprietário, visto que haveria uma ação humana de terceiro), o proprietário da coisa continua sendo responsável, visto que a ele cabe a guarda do objeto. Também, no caso em questão, o motorista estava a caminho da empresa proprietária da coisa, quando ocorreu o atropelamento. É uma responsabilidade que não se analisa a culpa do proprietário, mas ele é presumido responsável por tudo que acontecer com a coisa. (FRANÇA. Cour de cassation, Chambre réunies, 13 de fevereiro de 1930. Disponível em: <<http://mafr.fr/en/article/cour-de-cassation-chambres-reunies>>. Acesso em: 23 de março de 2015).

<sup>361</sup> É o que afirma Daniel de Andrade Levy " [...] Parece que a necessidade de se distanciar da vingança como seu fundamento, e a tentativa de blindar-se contra a forte influência da moral cristã, levou a disciplina a trancar-se exclusivamente em torno da vítima, sem dar qualquer brecha ao exame subjetivo do ofensor." (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.34).

seria responsabilizado. A presunção de culpa poderia ser elidida caso não tivesse agido com *culpa in eligendo* ou *culpa in vigilando*, por exemplo. Contudo, o Código Civil de 2002, em seu artigo 933, traz a previsão expressa de que haverá responsabilidade independentemente de culpa, ou seja, havendo a responsabilização do seu preposto, o patrão será responsável, mesmo que prove que tenha tomado todos os cuidados necessários na contratação. Destarte, não haveria que se discutir a *culpa in eligendo* ou a *culpa in vigilando*, conforme anteriormente ocorria.

O afastamento ao elemento culpa facilita a reparação da vítima, que não necessita dos esforços – às vezes hercúleos – para comprovar a conduta culposa do ofensor. Dificuldade esta que era (e ainda é em certos casos) tamanha que a culpa é denominada por Anderson Schreiber como "*filtro da reparação*", eis que serviria como forma de impedimento da obtenção do valor reparatório pelo ofendido.<sup>362</sup>

Por isso, há cada vez mais um aumento da responsabilização objetiva, cujo ápice do Direito Privado é verificado no Código de Defesa do Consumidor. O Código Civil de 2002, apesar de dispor sobre a responsabilidade subjetiva em sua cláusula geral<sup>363</sup> do artigo 927, traz a noção de risco no parágrafo único do aludido dispositivo legal (também através de uma cláusula geral).

A cláusula geral de risco prevista no parágrafo único do artigo 927, do Código Civil<sup>364</sup> seria uma comprovação de que o legislador optou, efetivamente, por não adotar a responsabilidade subjetiva, excluindo o elemento culpa do ordenamento. Por se tratar de uma cláusula geral, um dos pontos principais é verificar que o legislador, contrariando as regras anteriores, preferiu dispor não de caráter tipificado os casos de

---

<sup>362</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>363</sup> Cláusula geral é o enunciado legal que "ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desdenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, bem como a constante formulação de novas normas." (MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000. p.286) Tratam-se do meio "legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standars*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo." (p.274).

<sup>364</sup> Artigo 927. [...] Parágrafo único. "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

responsabilidade objetiva, deixando a possibilidade de interpretação. Em regra, antes da nova codificação, a responsabilidade objetiva era determinada e definida em lei.

É importante salientar que a tendência a uma objetivação da responsabilidade civil não é caminho único seguido pela doutrina.<sup>365</sup> E mesmo para quem defenda a responsabilização objetiva, a culpa não foi totalmente excluída do ordenamento jurídico. O que ocorre é uma nova roupagem, não tanto com características morais ou psicológicas, mas sim com o objetivo de reparar a vítima.

Ao pensar a responsabilidade objetiva, dentre as consequência surgidas, para a presente tese destaca-se a importância ocupada pelo dano e a própria nomenclatura do instituto, porque se alterou a pergunta crucial da responsabilização '*de quem é o responsável*' para '*quem sofreu uma lesão*' ocorrendo os fenômenos da objetivação, coletivização e ampliação dos danos indenizáveis.<sup>366</sup>

A possibilidade de pensar uma responsabilidade sem culpa fundamenta uma nova noção de que a ilicitude não é da conduta em si, mas sim da contrariedade ao dever de não ocasionar dano (ou o agora defendido de não ameaçar). Dentro desta nova realidade, é possível pensar inclusive na "[...] existência de um dano injusto, por isso indenizável, decorrente de conduta lícita"<sup>367</sup>.

Este que passa a ser o pressuposto principal do instituto deve ser estudado, especialmente para o entendimento da responsabilidade preventiva, como a proteção da pessoa, tanto para a prevenção, quanto para a reparação da vítima.

---

<sup>365</sup> "Seria tolice acreditar, todavia, que a responsabilidade civil caminha segundo uma tendência evolutiva única. Ao mesmo tempo em que a prática jurisprudencial e a atuação legislativa vêm retirando da culpa parte de sua importância secular, um número não inexpressivo de autores se insurge em prol do que já foi denominado '*une contre-offensive de la culpabilité*'. Tal ofensiva parte, sobretudo, daqueles que, preocupados com o excessivo afastamento da concepção ética da responsabilidade civil, vêm propor a recuperação do seu caráter sancionatório ou punitivo, em prol de um efeito dissuasivo sobre as condutas culposas." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.49).

<sup>366</sup> RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil: os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.10, n.36, p.81, 1986.

<sup>367</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.2.

## 4.2 O FENÔMENO DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO E OS NOVOS MECANISMOS COMO RESPOSTA JURÍDICA AO DANO

O segundo fenômeno ocorrido durante o século XX e de grande repercussão é o que diz respeito a tentativa de desvinculação do patrimonialismo. Assim como o anterior, tem grande reflexo no estudo da responsabilidade civil sem dano. Afastar das noções patrimonialistas reflete a justificativa de que uma responsabilidade preventiva pode estar inserida dentro do direito obrigacional, visto que a própria obrigação de indenizar foi atribuída de forma diversa. Além da possibilidade de propor dentro desta noção um resgate para a intenção precípua do instituto que é a prevenção.<sup>368</sup>

Explica-se.

Dentro das influências patrimonialistas da modernidade, especialmente, após a ascensão da burguesia ao poder e o seu reflexo codificador, também a responsabilidade civil foi influenciada e estruturada dentro de uma noção de reparação patrimonial, o que influenciou as codificações, inclusive o Código Civil brasileiro (tanto a legislação de 1916, quanto a legislação de 2002), que disciplinaram a noção responsabilidade – sanção do Código napoleônico.<sup>369</sup>

Conforme estudado no primeiro capítulo, dentro do instituto da responsabilidade civil, a sua concepção nem sempre foi o patrimônio, mas lhe foi atribuída tal pecha de preocupação somente com a reparação - e pior - da lesão patrimonial, a partir dos interesses burgueses. E assim, permaneceu durante anos, até que se passa a pensar, inicialmente, em uma lesão a um interesse não patrimonial, para depois caminhar a uma efetiva despatrimonialização, quando reparar não significa mais recompor o patrimônio, seja pela indenização ou compensação.

É possível pensar em respostas que não estejam relacionadas tão somente ao patrimônio a partir da (re)personalização do Direito civil, ocorrido com a constitucionalização do Direito que passa a pensar a pessoa, o ser e não mais o ter. Para a responsabilidade civil, o efeito foi a alteração da lógica reparatória, desde a

---

<sup>368</sup> MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Deuxième partie, n. 105

<sup>369</sup> GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. **Revista do Direito do consumidor**, São Paulo, v.13, n.50, p.225, abr./jun. 2004.

possibilidade de reparação de danos cujo interesse não seja patrimonial, até uma nova forma de reparação que também não seja estritamente patrimonialista.

Pensar danos que não tenham cunho patrimonial não significa, a rigor, despatrimonialização da responsabilidade civil. Isto porque, mesmo que haja a proteção jurídica a determinado interesse que não tenha cunho patrimonial, enquanto a resposta ao descumprimento do dever de não causar danos for patrimonializada, através da reparação (compensação)<sup>370</sup>, o resultado final ainda estará relacionado a atribuição patrimonial. É preciso ressaltar que, mesmo não sendo a consequência final e desejada para esta tese, a proteção jurídica de um interesse jurídico que não tenha relação com patrimônio é o primeiro passo que fez germinar a efetiva despatrimonialização do instituto.<sup>371</sup>

Este primeiro passo é a proteção dos interesses que não estão vinculados ao patrimônio e por isso, denominados como extrapatrimoniais.<sup>372</sup> A partir da Constituição

---

<sup>370</sup> Na presente tese, adota-se a expressão reparação como abrangente da forma de indenização e compensação. (FRANÇA, Rubens Limongi. *Reparação do dano moral*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.77, n.631, p.34, maio 1988). E a indenização tem o sentido de "[...] apagar o dano, o que só se consegue fazer através da reposição do patrimônio na situação em que estava antes, enquanto compensar é dar algo que contrabalance o mal causado, mas sem poder apagar este." (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.437). Isto porque, "Na linguagem do direito brasileiro, reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, é somente prestar o equivalente." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3 ed. São Paulo: RT, 1983. Tomo.22. p.181).

<sup>371</sup> É o primeiro passo, porque somente depois do seu reconhecimento é que se pensou em trazer uma nova forma de reparação. Ao reconhecer a proteção das lesões não patrimoniais "[...] o ordenamento jurídico continua oferecendo, como única resposta, o seu remédio tradicional, de conteúdo estritamente patrimonial, qual seja, a deflagração do dever de indenizar." ("[...] traz insegurança aos resultados dos processos judiciais". (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.193).

<sup>372</sup> Menciona-se danos extrapatrimoniais, eis que esses estão fora do patrimônio da vítima. Isto porque, "o dano moral pode ser gerado por ofensa a bens não-patrimoniais ou patrimoniais, visto que alguns direitos de personalidade representam bens patrimoniais intangíveis, tais como o nome e a honra de uma pessoa. De modo simétrico, a lesão a bens não –patrimoniais, tais como a integridade física, podem ocasionar indenização por dano material. Portanto, não se deve utilizar a expressão dano material como um sinônimo para dano patrimonial, nem a expressão dano moral como sinônima de dano não-patrimonial." (MAGGI, Bruno Oliveira. Nova proposta de classificação do dano no direito civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.8, n.32, p.35, 2007). A denominação como extrapatrimoniais é aqui utilizada por se entender que seria a mais adequada a mencionar e se referir aos danos que não tenham características patrimoniais, abrangendo o dano moral que tem relação às lesões à honra e a moral. Mas, Antonio Lindbergh Montenegro entende que a adequada denominação seria dano imaterial por indicar a lesão que não é material e "fazer compreender em sua órbita, tanto aqueles danos que o direito tradicional qualifica como danos morais indiretos (com reflexos no patrimônio), quanto os danos puramente morais (sem reflexos no

Federal de 1988 tornou-se indiscutível a proteção a estes bens e conseqüentemente, a possibilidade de sua reparação quando e se lesados.<sup>373</sup> Destarte, não restam dúvidas acerca da possibilidade de reparação deste dano que não está relacionado a interesses patrimoniais do sujeito, restando apenas a análise acerca da sua relevância para o direito.

Isto porque, o sistema brasileiro não conceitua danos, pois adota o sistema misto para definição do que é dano<sup>374</sup>, ou seja, há danos que estão legalmente previstos e há danos que necessitam da hermenêutica jurídica para que sejam assim considerados, pois decorrem da cláusula geral de não causar dano (*alterum non laedere*) e diante da atual concepção jurídica, poderão ser decorrentes de lesão contrárias ao patrimônio ou extrapatrimoniais.

Diante do sistema misto brasileiro, especialmente em virtude da cláusula geral existente<sup>375</sup>, há a possibilidade de serem adequados e definidos como danos merecedores de tutela situações que não estavam previstas anteriormente<sup>376</sup>.

patrimônio)." (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**: pessoais e materiais. 7.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.21).

<sup>373</sup> Artigo 5.º, inciso V, "É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo além da indenização por dano material, moral e à imagem". Também, no mesmo dispositivo da Carta Magna, em seu inciso X, tem-se que: "São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (BRASIL. Constituição Federal).

<sup>374</sup> Fala-se em sistema misto a partir da classificação apresentada por Miguel Federico Lorenzo, através da qual os danos são classificados em três sistemas. O primeiro sistema tipifica o que será considerado como dano, sendo para a contemporaneidade um sistema insuficiente, por não permitir uma margem de interpretação capaz de adequar a legislação à realidade, o que é imprescindível. O segundo está baseado em uma cláusula geral sobre o tema, impondo a interpretação para a definição do que será considerado como lesão reparável ou não, é o exemplo do sistema francês. E no terceiro modelo, mencionado como sendo o sistema brasileiro, o dano é definido através de um método eclético entre os dois anteriores, ou seja, há uma cláusula geral que permite a interpretação para adequar a legislação à realidade, mas ao mesmo tempo, também há alguns danos previstos expressamente na legislação. (LORENZO, Miguel Federico de. **El daño injusto en la responsabilidad civil**: alterum non laedere. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p.31-68).

<sup>375</sup> Como defende Anderson Schreiber. "[...] Em todo o mundo restou demonstrada a falência do modelo regulamentar inspirado na pretensão de completude das codificações oitocentistas, diante da multiplicação desconcertante de novas situações e expectativas que caracterizam as sociedades atuais. [...]". "[...] Tudo isso impõe, como conseqüência necessária, a rejeição de concepções que pretendam selecionar os interesses merecedores de tutela com base em uma prévia especificação legislativa, seja sob a forma de direito subjetivo absoluto, seja por meio de qualquer categoria inflexível [...]". "Em outras palavras, se um novo interesse passa a ser merecedor de tutela em abstrato, passa-se a reconhecer não somente uma nova modalidade de dano, nascido da violação àquele interesse, mas também uma nova excludente de ilicitude, consubstanciada na realização daquele interesse por meio de uma conduta, ainda que eventualmente lesiva. Vale dizer: a admissão judicial de um novo interesse tutelado procedida em abstrato, embora amplie o campo de

Para os italianos (cuja doutrina tem influenciado na definição dos danos) será definido o dano a ser reparado pela noção de dano *ingiusto*, interpretada como sendo a lesão contrária a um interesse juridicamente relevante.<sup>377</sup> E essa interpretação deve ser realizada sempre que não houver a delimitação dos danos reparáveis, eis que devem assim ser interpretado como aquilo que o Direito entende como relevante. E é pela relevância que, por exemplo, não se repara o mero incomodo.<sup>378</sup>

Com a constitucionalização do Direito civil, ao tutelar a proteção à dignidade da pessoa humana, a gama de interesses a serem protegidos pelo direito aumenta consideravelmente e

[...] verifica-se, em todo mundo, e de modo ainda mais marcante, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis.<sup>379</sup>

Além de pensar nos novos danos que passam a ser reparados diante da concepção de que merecem proteção o patrimônio e a pessoa, podendo ser ressarcida as lesões extrapatrimoniais<sup>380</sup>, é preciso mencionar também a necessidade de repensar a própria reparação.

---

tutela das situações jurídicas, expandindo a área do dano ressarcível, produz idêntica ampliação no que toca às excludentes de ilicitude, convertendo-se, neste sentido, em limite à proteção que se pretendia expandir." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.121-140).

<sup>376</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4.ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.21.

<sup>377</sup> BIANCA, C. Massimo. Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi. **Rivista di Diritto Civile**, Milão, v.46, n.5, p.689, Primeira parte, 2000.

<sup>378</sup> Neste sentido, tem-se a doutrina de Antonio Jeová dos Santos: "Existe, para todos uma obrigação genérica de não prejudicar, exposto no princípio do *alterum non laedere*. De forma correlata e como se fosse o outro lado da moeda, existe um direito, também genérico, de ser ressarcido, que assiste a toda pessoa que invoque e prove que foi afetada em seus sentimentos.

Esse princípio sofre mitigação quando se trata de ressarcimento de dano moral. Simples desconforto não justifica indenização." (SANTOS, Antonio Jeová dos. **Dano moral indenizável**. São Paulo: Lejus, 1997. p.34).

<sup>379</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.85.

<sup>380</sup> Movimento esse que ocasionou o aumento de danos. "Fala-se hoje em dano à vida sexual, dano por nascimento indesejado, dano à identidade pessoal, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas, dano de brincadeiras cruéis e assim por diante."

Reparar como forma de retornar ao *status quo* tem dois fundamentos principais. O primeiro que é a forma específica (ou *in natura*), através da qual é realizada a restituição da coisa lesada e o segundo, que é o pagamento em dinheiro, através da quantia equivalente ao prejuízo sofrido, a nossa codificação teria optado pelas duas formas.<sup>381</sup> A reparação *in natura* é a possibilidade de reintegração jurídica quando, por exemplo, o ordenamento prevê a eliminação do dano ou seus efeitos jurídicos, através da anulabilidade, rescisão ou resolução, o que pode ser aplicado para danos decorrentes da responsabilidade negocial<sup>382</sup>, também, pela simples substituição da coisa "com outra pertencente ao mesmo gênero"<sup>383</sup> ou até mesmo a publicação de uma decisão judicial<sup>384</sup>. Por sua vez, a reparação pecuniária é realizada através do cálculo do prejuízo sofrido (o que patrimonialmente é realizado pela teoria da diferença<sup>385</sup>) e o seu equivalente em moeda corrente.

As duas formas foram criadas para a reparação de um dano patrimonial, eis que para esse é possível realizar o reequilíbrio material que era proposto pela responsabilidade civil patrimonializada estruturada na modernidade. A reparação pecuniária tornou-se mais usual em razão da sua praticidade, eis que a conversão do valor em moeda corrente pode ser utilizada para diversas formas de lesões.<sup>386</sup>

---

(SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.22, p.60, 2000).

<sup>381</sup> É o que se extrai do disposto no artigo 947, do Código Civil brasileiro: "Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente"

<sup>382</sup> Assim, denominada por Fernando Noronha e que diz respeito à resposta do descumprimento de um dever relativo às partes, abrangendo tanto as obrigações contratuais, quanto as obrigações negociais decorrentes de "[...] negócios jurídicos unilaterais, como a promessa pública de recompensa, a garantia convencional oferecida por fabricantes ao consumidor final e a subscrição de títulos de crédito." (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1, p.430)

<sup>383</sup> DE CUPIS, Adriano. **El daño: teoría general de la responsabilidad civil**. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1975. p.813.

<sup>384</sup> JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7.ed. Paris: Dalloz, 2007. p.137.

<sup>385</sup> A teoria da diferença é aplicada para analisar os danos materiais. Através de tal teoria, o dano é considerado meramente um fenômeno físico. "De fato, o dano é antes de tudo um fenômeno físico e, como tal, costuma ser empiricamente expresso pela seguinte fórmula aritmética:  $P1 - P2 = D$ , na qual P1 expressa o patrimônio no momento anterior, P2 corresponde ao patrimônio no momento posterior e D é equivalente ao dano. E, se é D, deve ser R (reparado), desde que imputável a um agente." (SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.4).

<sup>386</sup> "O ressarcimento do dano mediante o pagamento de certa soma em dinheiro, ou seja, pelo equivalente (*id quod interest*) tornou-se a de maior praticabilidade nos meios judiciais. Tal preferência, inobstante o seu caráter subsidiário, decorre, em primeiro lugar, da circunstância de

Quando da caracterização do dano como de natureza extrapatrimonial, a reparação pelo ressarcimento em equivalente pecuniário ganhou maior evidência<sup>387</sup>, porque não há possibilidade de restituir o bem lesado *in natura*. Também, não há que se falar em retornar ao *status quo*<sup>388</sup> pela indenização, por isso, utiliza-se a noção de compensação. E reparar patrimonialmente algo que não tem cunho patrimonial acarreta um problema de origem<sup>389</sup> e de valoração<sup>390</sup>.

Para atribuir valor a algo que não contém valor econômico por sua essência, são utilizados alguns parâmetros doutrinários<sup>391</sup> tais como a gravidade do dano, o

ser a moeda, economicamente falando, o denominador comum de todos os valores. Relembre-se, de outro lado, que predomina o princípio da inadmissibilidade do ressarcimento em natura, quando ela parecer ao juiz excessivamente onerosa para o devedor. Ao demais, qualquer condenação quase sempre redundará em uma prestação pecuniária, pela incoercibilidade das prestações ainda que não sejam de *facere* ou de *non facere*." (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**: pessoais e materiais. 7.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.208-209).

<sup>387</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p.436-437.

<sup>388</sup> "[...] Como voltar para trás numa difamação? O mal já foi feito e não haverá dinheiro que apague socialmente a lembrança dos atos desonrosos imputados à vítima. O mesmo se diga sobre a morte de entes queridos ou dos aleijões. Como de forma precisa, observa Trimarchi, 'uma vez que o dano se verificou, não há nada que se possa fazer pra que isso seja como se não tivesse acontecido. O dano não se cancela mais da sociedade: com o ressarcimento ele não é anulado, mas simplesmente transferido de quem o sofreu imediatamente para quem deve ressarcir-lo' (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.73-74).

<sup>389</sup> Nas palavras de Eduardo Bonasi Benucci: "*Todo sistema de determinación de valores humanos, por elaborado y perfeccionado que sea, adolecerá siempre del vicio de origen constituído por la imposibilidad de valorar exatadamente bienes insustituibles y no reducibles a dinero, sino es en vía totalmente indirecta [...].*" (BENUCCI, Eduardo Bonasi. **La responsabilidade civil**. Tradução de Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1958. p.100)

<sup>390</sup> É o que afirma Maria Celina Bodin de Moraes (**Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4.ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.37): "No âmbito da problemática da reparação dos danos morais, muito mais relevante, porém, parece ser o fato de que os magistrados não costumam motivar com precisão como alcançaram o valor indenizatório. Utilizando, na maioria dos casos, apenas os argumentos genéricos da 'razoabilidade' e do 'bom senso', e quase sempre com base apenas na intuição, a determinação do valor devido – composto pela quantia compensatória somada à atribuída à título de punição – não está vinculada a qualquer relação de causa e efeito, de coordenação com os fatos provados no processo, deixando sem detalhamento o percurso que levou o julgador a atribuir aquela quantia, em lugar de outra qualquer. O resultado é a notória disparidade, lamentável consequência das arbitrariedades que surgem em lugar dos arbitramentos determinados pelo legislador."

<sup>391</sup> É importante ressaltar que os critérios para arbitramento do dano moral são variáveis sendo que alguns são considerados como de maior frequência e por isso aqui citados. Como bem salienta Maria Celina Bodin de Moraes (*Ibid.*, p.275): "Os critérios adotados na compensação do dano moral no Brasil variam muito, mas nota-se que são presenças frequentes nas decisões judiciais o critério da extensão do prejuízo, o critério do grau de culpa e o critério relativo à situação econômico-financeira, tanto do ofensor quanto da vítima".

grau de culpa do ofensor, a capacidade econômica do ofensor e do ofendido<sup>392</sup>. Estes parâmetros fundamentam o que será analisado como uma função punitiva da responsabilidade civil e neste momento, as novas respostas para a compensação a fim de satisfazer melhor o ofendido.

É que não obstante a existência dos critérios acima mencionados, a insuficiência da reparação através de valores patrimoniais de um bem que não tem essa característica é notória e não foi resolvida pela compensação.<sup>393</sup> Com efeito, a compensação tem suprido a necessidade de proteção da lesão a um bem jurídico tão caro aos contemporâneos, que diz respeito as ofensas extrapatrimoniais e relacionadas à dignidade da pessoa humana, todavia, os critérios para sua fixação não afastam as críticas<sup>394</sup>, especialmente, porque ao final fica ao arbítrio do

---

<sup>392</sup> Este critério é objeto de severas críticas, pois como afirma Anderson Schreiber "[...] A utilização do critério da situação econômica da vítima ao inverso – para conceder maior indenização aos menos favorecidos economicamente – pode parecer, à primeira vista, uma idéia sedutora, mas cria a intolerável injustiça de lançar sobre o indivíduo responsável pela indenização o ônus de uma justiça distributiva ainda não alcançada pelo poder público ou pela sociedade civil como um todo. Além disto, fazendo a indenização superar a extensão efetiva do dano estar-se-ia aí sim dano margem ao enriquecimento sem causa e convertendo a responsabilidade em punição." (SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.12, p.12, 2002).

<sup>393</sup> "[...] As infundáveis dificuldades em torno da quantificação da indenização por dano moral revelaram a inevitável insuficiência do valor monetário como meio de pacificação dos conflitos decorrentes de lesões a interesses extrapatrimoniais, e fizeram a doutrina e a jurisprudência de toda parte despertarem para a necessidade de desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação". ("[...] traz insegurança aos resultados dos processos judiciais." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.194)

<sup>394</sup> Os critérios apresentados, apesar de objetivos, não são tão eficazes. Em verdade, como bem denota Luís Ricardo Fernandes de Carvalho: "[...] Cada indivíduo sente o fato gerador do dano de uma determinada maneira e intensidade. Por isso, não teve sucesso a doutrina que procurou fixar critério objetivo para sua mensuração. Na análise da quantificação da indenização por danos morais, deve-se ter em mente a realidade social e cultural da localidade onde o dano ocorreu, bem como o âmbito de abrangência e incidência da indenização por danos morais vigente em nosso ordenamento jurídico." (CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.17, p.155, jan./mar. 2004). Ademais, dentre os critérios, a análise da condição econômica da vítima fundamenta um desrespeito ao princípio da isonomia, visto que "[...] conceder maior indenização aos menos favorecidos economicamente – pode parecer, à primeira vista, uma idéia sedutora, mas cria a intolerável injustiça de lançar sobre o indivíduo responsável pela indenização o ônus de uma justiça distributiva ainda não alcançada pelo poder público ou pela sociedade civil como um todo. Além disto, fazendo a indenização superar a extensão efetiva do dano estar-se-ia aí sim dano margem ao enriquecimento sem causa e convertendo a responsabilidade em punição" (SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.12, p.12, 2002).

magistrado a sua fixação<sup>395</sup>. O que se propõe não é a exclusão deste tipo de dano como merecedor de tutela, mas sim que sua reparação seja realizada respeitando o dano e a própria vítima. Por isso, tem-se caminhado para outras formas de reparação.

Dentre uma das possíveis soluções para atender os anseios da sociedade contemporânea tem-se a despatrimonialização da reparação do dano. Tal medida além de solucionar as críticas acima apontadas acerca de reparar materialmente uma lesão que não possui estas características, as dificuldades no arbitramento, também pode evitar o receio das demandas frívolas ou que tenham como único objetivo o enriquecimento da vítima.<sup>396</sup> É que, diante da atribuição de um valor que pode ser eventualmente superior ao efetivo dano ocorrido há uma preocupação para com o que se denomina como "indústria do dano moral"<sup>397</sup>. E uma das possíveis soluções é exatamente a reparação não pecuniária dos danos extrapatrimoniais.

Uma das medidas que já vem sendo utilizada pelos tribunais é a retratação pública<sup>398</sup>, com fundamento na própria Constituição Federal, que dispôs sobre a

---

<sup>395</sup> E neste sentido, não há como olvidar que "[...] entregar-se ao puro arbítrio do julgador a estimativa do dano moral significa deixar ao sabor das magnitudes ou mesquinhas, de que nem todos estão imunes, matéria das mais delicadas do direito". (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos: pessoais e materiais**. 7.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.126). Deixar ao magistrado a resposta final do arbitramento "[...] traz insegurança aos resultados dos processos judiciais". (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil...**, *op. cit.*, p.191).

<sup>396</sup> Conforme afirma, Anderson Schreiber: "O temor de que a imensa amplitude dos interesses não-patrimoniais seja utilizada de maneira frívola para obter indenizações pelos acontecimentos mais banais da vida social – como, de fato, já se vislumbra em certos ordenamentos estrangeiros – deriva do fato evidente de que estendemos a função de um instituto historicamente patrimonial, como é a responsabilidade civil, para abranger também a tutela de interesses não-patrimoniais. E o fizemos sem qualquer modificação substancial na estrutura deste instituto. Assim, a consequência de uma lesão a interesse não-patrimonial resulta da parte do ordenamento jurídico em uma resposta estritamente patrimonial: o dever de indenizar, dando margem aos perigos da inversão axiológica antes mencionada." (SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.22, p.64, 2000).

<sup>397</sup> Para Anderson Schreiber, esta preocupação é prematura no direito brasileiro, por entender que: "[...] o resultado das ações é antes frustrante que efetivamente enriquecedor. Há, por certo, casos pontuais de reconhecimento de danos, por assim dizer, imaginários, ou de atribuição de indenizações exageradamente elevadas, mas nem estas duas hipóteses se combinam com frequência, nem o percentual destes julgados em relação à grande massa de condenações pode ser considerado alarmante." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.192)

<sup>398</sup> Como bem ressalta Anderson Schreiber: "[...] A retratação pública tem se mostrado extremamente eficaz na reparação de lesões morais de caráter intelectual (não físico) e em seus efeitos de desestímulo (*deterrence*) à conduta praticada. Assim, em casos de perseguição em ambiente de trabalho (o chamado *mobbing* ou assédio moral), cortes trabalhistas vêm condenando o empregador a afixar nos corredores da empresa ou indústria pedidos públicos de desculpas, cujo potencial reparar é, muitas vezes, mais intenso que o da entrega de certa soma de dinheiro no

possibilidade do direito de respostas (artigo 5.º, V, da CF/88)<sup>399</sup>. Frisa-se que este direito de resposta constitucionalmente previsto é utilizado inclusive para garantir o direito que estava anteriormente disposto na Lei de imprensa (Lei n.º 5.250/67)<sup>400</sup>, revogada em sua totalidade pelo Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130<sup>401</sup>.

A retratação (ou desagravo) tem sido utilizada pelos Tribunais, tal como ocorreu na ação indenizatória cuja lide versava sobre a divulgação de uma foto por empresa de telefonia sem a devida autorização do autor.<sup>402</sup> No caso, uma foto da

---

ambiente 'secreto' das cortes judiciais. Tudo sem a necessidade de se atribuir à vítima somas pecuniárias punitivas (*punitive damages*) para cujo recebimento ela não possui qualquer título lógico ou jurídico, e que tanto estimulam ações indenizatórias de caráter mercenário." (SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.728).

<sup>399</sup> "Art. 5.º [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem." (BRASIL. Constituição Federal).

<sup>400</sup> Para conhecimento, citam-se alguns dos dispositivos que tratavam do direito de resposta na revogada lei: "Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que fôr acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou, errôneo, tem direito a resposta ou retificação.[...]"

"Art. 30. O direito de resposta consiste: I - na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais; II - na transmissão da resposta ou retificação escrita do ofendido, na mesma emissora e no mesmo programa e horário em que foi divulgada a transmissão que lhe deu causa; ou III - a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, pela agência de notícias, a todos os meios de informação e divulgação a que foi transmitida a notícia que lhe deu causa."

"Art. 75. A publicação da sentença cível ou criminal, transitada em julgado, na íntegra, será decretada pela autoridade competente, a pedido da parte prejudicada, em jornal, periódico ou através de órgão de radiodifusão de real circulação, ou expressão, às expensas da parte vencida ou condenada. (BRASIL. Lei n.º 5.250, de 09 de fevereiro de 1967).

<sup>401</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n.º 130**. Por maioria de votos julgou procedente a ação. Vencidos, em parte, os votos do Ministro Joaquim Barbosa, da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Gilmar Mendes. Vencido integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 06 de novembro de 2009. Publicada em 26 de fevereiro de 2010.

<sup>402</sup> O acórdão restou assim ementado: "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. OBRA FOTOGRAFICA. FOTOGRAFIA EM CARTÕES TELEFÔNICOS SEM A PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO ARTISTA. DEVER DA PARTE RÉ DE INDENIZAR O AUTOR POR PREJUÍZOS DE NATUREZA MORAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTE TRIBUNAL. AUSÊNCIA DE DANO MATERIAL INDENIZÁVEL. As obras fotográficas e as produzidas por processo análogo ao da fotografia são consideradas obras intelectuais, estando protegidas pela Lei dos Direitos Autorais. Inteligência do artigo 7.º, inciso VII, da Lei n.º 9.610/98. Assim, na espécie, a utilização de fotografia do autor em cartões telefônicos confeccionados pela empresa ré, e distribuídos por todo o Estado do Rio Grande do Sul, sem a prévia autorização do demandante, enseja a reparação de dano moral.

paisagem da cidade de São Borja, Rio Grande do Sul, foi utilizada pela empresa de telefonia na confecção de seus cartões telefônicos e no cartão estava atribuída a autoria equivocada. A empresa de telefonia alegou que a indicação da autoria equivocada teria sido de responsabilidade do Município de São Borja, com quem havia celebrado o "Termo de Cessão de Direitos de Uso e Imagem" para utilização da fotografia em questão.

Restou comprovado que o ato ilícito (a utilização da fotografia indevidamente) foi realizado tanto pelo Município São Borja quanto pela empresa de telefonia, ambos foram responsabilizados ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 50.0000,00 (cinquenta mil reais), além da obrigação de fazer, devendo publicar na imprensa do Município e do Estado a real autoria da foto. A condenação à publicação foi feita com base no artigo 71, § 1.º da Lei n.º 9.610/1998 que determina que "A fotografia, quando utilizada por terceiros, indicará de forma legível o nome do seu autor".

A atribuição da forma não pecuniária da reparação ocorreu, porque esta não seria suficiente para reparar adequadamente a vítima, que por isso, pleiteou também a retratação, razão pela qual acertado o posicionamento do Tribunal, ao dispor acerca da obrigação de fazer imposta, com vistas a dar publicidade ao nome de quem efetivamente é o autor da fotografia.

No mesmo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, destaca-se a determinação de uma nota de desagravo, em razão da matéria publicada por um jornal de grande circulação levando a crer que determinado servidor público teria

---

DENUNCIÇÃO DA LIDE. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO RÉU. A responsabilidade do Município réu decorre da celebração de Termo de Cessão de Direitos de Uso e de Imagem realizado com a empresa ré, sem a devida autorização do autor da fotografia objeto de discussão na presente demanda. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO DO VALOR FIXADO PELO JUÍZO A QUO. SENTENÇA MODIFICADA. Na fixação da reparação do dano moral, inexistindo critérios objetivos para seu arbitramento, incumbe ao Julgador a tarefa de delimitar a quantia que venha a compensar aquele prejuízo de natureza moral. Assim, na hipótese dos autos, aplicando-se critérios de aferição subjetiva e juízo de equidade, aliando-se as particularidades do caso concreto, a majoração do montante indenizatório é medida que se impõe. PEDIDO DE PUBLICAÇÃO DE DESAGRAVO PÚBLICO. VIABILIDADE. Deve ser mantida a determinação do Juízo a quo para publicação, na imprensa do Município e do Estado, da verdadeira autoria da obra fotográfica pertence ao demandante. JUROS MORATÓRIOS. Modificação da sentença quanto ao termo inicial da incidência dos juros moratórios no percentual de 12% ao ano. APELAÇÃO DA RÉ BRASIL TELECOM PARCIALMENTE PROVIDA, APELO DO MUNICÍPIO RÉU DESPROVIDO E RECURSO ADESIVO DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDO." (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70024753964**. Relator: Glênio José Wasserstein Hekman. Julgamento: 22/04/2009. Órgão Julgador: Vigésima Câmara Cível Publicação Diário da Justiça do dia 19/06/2009).

vazado informações sigilosas de figura política de determinado partido (PT) para pessoas integrantes de outro partido político (PSDB). No caso em comento, a nota de desagravo foi fundamentada no preceito constitucional que contém a prerrogativa do direito de resposta.<sup>403</sup>

Em ambos os casos, as decisões proferidas contém formas diferentes da reparação do dano sofrido, mas concomitantes com as indenizações pecuniárias. Mesmo não sendo um total rompimento com o patrimonialismo é uma forma diferente de reparar o dano, o que demonstra que cada vez mais há a tentativa de se aproximar da necessidade e os verdadeiros anseios sociais. Como se trata de caminhos que estão sendo traçados, portanto, ainda em fase de transição é preciso destacar que em certos casos há o seu indeferimento diante da dificuldade em compreender que a definição judicial é para a melhor proteção da vítima.

Assim, há uma nova tendência a permitir que o pedido indenizatório resulte não apenas em condenação a obrigação de indenizar, mas também a situações de

---

<sup>403</sup> "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA LIGANDO O AUTOR A SUPOSTO VAZAMENTO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS EM RAZÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO, NA CONDIÇÃO DE AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. AFRONTA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. Na situação em exame, a forma como a notícia foi veiculada extrapola o limite do animus narrandi ou do animus criticandi, enveredando para a ofensa ou animus caluniandi, considerando que as matérias publicadas acusam veementemente o autor de ter "vazado" dados sigilosos obtidos em função do exercício de seu cargo, o que configuraria, em tese, o tipo penal de violação de sigilo funcional. Ora, conquanto fosse verídico que o autor foi um dos auditores que fiscalizou as contas do PSDB; que ele era filiado ao Partido dos Trabalhadores e foi vereador pelo mesmo partido no município de Santo Ângelo, RS, na eleição de 2004; que dados sigilosos da fiscalização do PSDB efetivamente foram tornados públicos e divulgados pelo jornal Folha de São Paulo, ainda no mês de fevereiro de 2008; que o autor perdeu uma mala com equipamentos eletrônicos e documentos na rodoviária de Porto Alegre; não havia qualquer prova ou indício de prova que levasse a crer que o demandante teria, de fato, levado a público as informações que detinha em razão de seu ofício. Tratou-se, assim, de conclusões prematuras e ofensivas, ultrapassando o dever de informar. Mesmo que o recorrido tivesse se limitado a transcrever o que fora publicado na Revista Época, o que não ocorreu, cometeu ato ilícito ao propagar o fato ofensivo inclusive pela internet. No caso concreto, demonstrada a conduta ilícita que merece reparação. O nexo causal e o prejuízo em decorrência do agir do demandado, por sua vez, são evidentes, pois a conduta causou afronta direta aos direitos da personalidade do autor. Dano moral que resulta do próprio fato. Indenização reconhecida e fixada diante das peculiaridades do caso concreto e dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da natureza jurídica da indenização. PEDIDO DE RETRATAÇÃO PÚBLICA/DESAGRAVO. A retratação, na espécie, visa a reintegrar a verdade dos fatos e serve como desagravo público à imagem do autor, tendo fundamento no artigo 5.º, inciso V, da CF, o qual prevê a prerrogativa do direito de resposta, instituto similar à retratação. APELAÇÃO PROVIDA. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70047812862**. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 24/04/2013. Publicação: Diário da Justiça do dia 26/04/2013). (grifei)

obrigações de fazer, por exemplo, revelando uma preocupação efetiva com a vítima e a desvinculação com o patrimonialismo,

[...] como desestímulo à conduta praticada, às expensas da parte vencida ou condenada, por certo, torna mais efetiva a reparação civil, despatrimonializando a condenação que no mais das vezes, quando aplicada isoladamente a reposta pecuniária, não satisfaz plenamente os anseios da vítima, não compensando, integralmente, o desvalor moral. Daí ser cabível, ainda que não se encontra expressamente previsto, a veiculação de pedido de desculpa por falha do serviço prestado e pela consequente interrupção do fornecimento de energia elétrica é também meio válido para composição judicial da lide.<sup>404</sup>

Este é o trecho do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao condenar a empresa de fornecimento de energia elétrica a imprimir na fatura mensal de cobranças pelos serviços por ela prestados a menção do número do processo, do valor da reparação por dano moral e os dados da sentença, a fim de que esta obrigação de fazer funcionasse como um pedido de retratação pública, pelos danos suportados pela autora. O reflexo e a satisfação para a ofendida seriam maiores do que o valor reparatório a ser recebido.<sup>405</sup>

---

<sup>404</sup> Este acórdão tem tanta importância paradigmática que é citado pelo doutrinador Anderson Schreiber (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.198). Abaixo transcreve trecho da ementa proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (**Apelação Cível n.º 22.993/2009**. Relator: Des. Madonado de Carvalho. Julgamento: 09/06/2009. Órgão Julgador: 1.ª Câmara Direito Privado. Publicação: Diário da Justiça do dia 19/06/2009.). No acórdão extrai-se: "Plausível e justo, pois, que a retratação se dê de modo a trazer a parte ofendida a reparação integral do dano moral, através de declaração a ser emitida pelo ofensor onde conste, além do reconhecimento público e formal da falha do serviço, o pedido de desculpas pelo dano que a consumidora autora foi injustamente causado. Considerando-se, porém, que, se por um lado, a publicação em jornal de grande circulação resultaria na divulgação de uma retratação meramente formal para um público leitor que, provavelmente, nunca manteve relacionamento social com a autora, a publicação dessa mesma retratação na própria fatura de cobrança dos serviços prestados, por outro, se mostra mais adequado e melhor atende o propósito da reparação integral do dano. Por conseguinte, o texto a ser impresso na próxima fatura mensal de cobrança pelos serviços prestados pela ré deverá fazer expressa referência, além do número do processo e da decisão deste Tribunal de Justiça, que houve cobrança indevida, com a consequente reparação civil por dano moral."

<sup>405</sup> Entende-se que seria mais satisfatório, pois, como bem salienta Anderson Schreiber, "[...] Não raro, na celeridade do cotidiano das cortes e juizados, os magistrados acabam lidando com os abusos sofridos pela vítima com excessivo pragmatismo. O preposto oferece uma quantia, o consumidor é estimulado a aceita-la para encerrar o litígio, e tudo acaba se passando como um novo ato de comércio, em que o ofensor, sem expressar qualquer arrependimento, 'paga' pelo dano causado ao autor da demanda. Tal metodologia só faz crescer na vítima o sentimento de desamparo e descrença com o Poder Judiciário." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.198).

Para que a resposta da responsabilidade civil seja não uma obrigação de reparar, mas sim uma obrigação de fazer como nos casos acima citados, é preciso que a parte faça o pedido neste sentido. Em verdade, quando se trata deste tipo de dano, ninguém melhor que a parte para definir a reparação e sua extensão.<sup>406</sup> É preciso ressaltar que o deferimento desta medida ainda não é unânime.<sup>407</sup> Mas, a partir dele é possível compreender o que embasa a responsabilidade civil sem dano, que *a resposta a ser imputada pela responsabilidade civil não tem a característica única da obrigação de reparar*. Isto porque, ao impor uma obrigação que não a de indenizar, tem-se uma possibilidade de que a responsabilidade civil não seja apenas a imputação da consequência do ato contrário ao ordenamento jurídico através da obrigação reparatória, o que é essencial para a responsabilidade preventiva.

Não se trata de mera reparação *in natura*, pois não se está realizando a restituição da coisa. É a disposição de novos mecanismos, comportamentos ou obrigações que *podem ser adotadas para aquele que causou um dano ou que poderá ocasionar um dano* (seja ele em potencial ou mero risco).

Se a reparação está se desvinculando do patrimônio, reinventando formas para melhor proteger a pessoa, estes mecanismos podem ser utilizados também na prevenção a ser aqui estruturada, para que possa ser capaz de impedir um dano. Dano esse que não é mais pontual dentro de uma cronologia, podendo se desenvolver no decorrer dos anos<sup>408</sup>, demonstrando a fragilidade da estrutura construída e por isso a urgência de ser reinventada a responsabilidade civil.

---

<sup>406</sup> SANTOS, Antonio Jeová dos. **Dano moral indenizável**. 4.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.495.

<sup>407</sup> Com efeito, a tendência aqui demonstrada através dos julgados acima proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, bem como do Estado do Rio de Janeiro não se trata de posicionamento unânime perante os Tribunais pátrios. E nos próprios tribunais mencionados, a adoção é tímida. "[...] A maior parte das cortes, todavia, se recusa a aplicar a retratação pública fora do âmbito de relações regidas pela Lei de Imprensa. São, por isso mesmo, corajosas as decisões que rompem o dogma da patrimonialidade da reparação, aplicando o remédio também a relações que não envolvam a entidade jornalística, como fez recentemente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao impor o dever de retratação pública para decidir litígio referente à interceptação e revista violenta da bolsa de uma cliente em saída de estabelecimento comercial." (SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.22, p.65, 2000).

<sup>408</sup> Como exemplos dos danos que se prolongam no tempo tem-se "[...] o dano decorrente da contaminação dos solos, ou bem de danos causados ao logo de vários anos por uma atividade constante que, mesmo lícita, pode engendrar um prejuízo no futuro. Cite-se a contaminação de hemofílicos pelo vírus HIV, na França, só identificada mais de 10 anos depois da efetiva transmissão, uma vez que desconheciam as vias de contágio. Entre nós, foi reconhecida a poluição sonora como dano

### 4.3 O FENÔMENO DA COLETIVIZAÇÃO E O DANO SOCIAL

O Direito construído na modernidade tinha como sujeito um indivíduo<sup>409</sup> juridicamente criado, despido de suas particularidades para ser considerado igual a todos<sup>410</sup>. Para este sujeito foi possível criar direitos individuais<sup>411</sup>, dispor a propriedade individual<sup>412</sup>, os contratos, a forma de produção capitalista. Para obter a proteção jurídica civilista, o sujeito deveria estar inserido na formatação burguesa codificadora: o marido, o proprietário, o contratante e o testador.<sup>413</sup> Foi individualizado para inclusive poder ser responsabilizado pelos seus atos.<sup>414</sup>

Considerar o indivíduo de forma única e em separado<sup>415</sup>, como um átomo, tornou maior o muro invisível entre o "indivíduo" e o "conjunto de indivíduos"<sup>416</sup>.

totalmente intangível, lesão a 'um direito ao silêncio, uma das manifestações jurídicas mais atuais da pós-modernidade'." (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.15).

<sup>409</sup> Enquanto o indivíduo possui características próprias que são ressaltadas quando é considerado de forma singular (ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Organização de Michael Schröter. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e notas de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p.134), o objetivo jurídico era padronizar e por isso, menciona-se o indivíduo juridicamente considerado. (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Org.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC (Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania), 1999. p.309).

<sup>410</sup> CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta proibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p.107-118.

<sup>411</sup> SOUZA FILHO, *op. cit.*, p.309.

<sup>412</sup> O direito de propriedade individualizado foi construído de forma que a propriedade pudesse ser "[...] patrimoniada, isto é, de ser um bem, uma coisa que pudesse ser usada, fruída, gozada. Portanto, esta propriedade é material, concreta. Isto significa que o direito individual é, ele também, físico, concreto." (*Id.*).

<sup>413</sup> FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do Código Civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v.76, p.131, 2000.

<sup>414</sup> SOUZA FILHO, *op. cit.*, p.310.

<sup>415</sup> A distinção entre o indivíduo e o coletivo como se fossem coisas efetivamente separadas ocorre no século XVII, "[...] possivelmente, primeiro entre os puritanos ingleses" (ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Organização de Michael Schröter. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e notas de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p.134).

<sup>416</sup> Como se fossem as estátuas pensantes da parábola. Sabem que há um conjunto delas, mas não se vêem, não se percebem e não conseguem interagir. Esta parábola diz que "[...] À margem de um largo rio, ou talvez na encosta íngreme de uma montanha elevada, encontra-se uma fileira de estátuas. Elas não conseguem movimentar seus membros. Mas têm olhos e podem enxergar. Talvez ouvidos, também, capazes de ouvir. E sabem pensar. São dotadas de 'entendimento'. Podemos presumir que não vejam uma às outras, embora saibam perfeitamente que existem outras.

Quando ao revés, o indivíduo e seus problemas refletem no seu conjunto e vice-versa, seus conceitos não devem ser compreendidos em separado.<sup>417</sup> A noção do sujeito de direito individualmente considerado é apenas uma abstração metafísica<sup>418</sup> e esta ideia começa a ser desconstruída pela responsabilidade civil, por duas vertentes.

A **primeira** vertente é para garantir a proteção da vítima através do recebimento do valor da reparação. A pretensão é diluir a obrigação de reparar entre uma coletividade. Assim, ocorre uma coletivização pela solidarização dos riscos.<sup>419</sup> São os seguros.

Diante do aumento dos danos a serem ressarcidos e da preocupação com a vítima, foi preciso pensar como dar efetividade a reparação a ser recebida por aquele que foi lesado, ainda que o lesante fosse insolvente.<sup>420</sup> Uma forma de garantir a obtenção da reparação é através da coletivização, ou seja, uma coletividade terá o dever de reparar o dano realizado por um responsável, permitindo que o valor recaia sobre um patrimônio solvente<sup>421</sup> e conseqüentemente, a vítima tenha a certeza de ser reparada do dano sofrido. Surge a necessidade de diluir entre a coletividade o ônus da

Cada uma está isolada. Cada estátua em isolamento percebe que há algo acontecendo do outro lado do rio ou do vale. Cada uma tem ideias do que está acontecendo e medita sobre até que ponto essas ideias correspondem ao que está sucedendo. Algumas acham que essas ideias simplesmente espelham as ocorrências do lado oposto. Outras pensam que uma grande contribuição vem de seu próprio entendimento; no final, é impossível saber o que está acontecendo por lá. Cada estátua forma sua própria opinião. Tudo o que ela sabe provém de sua própria experiência. Ela sempre foi tal como é agora. Não se modifica. Enxerga. Observa. Já algo acontecendo do outro lado. Ela pensa nisso. Mas continua em aberto a questão de se o que ela pensa corresponde ao que lá está sucedendo. Ela não tem meios de se convencer. É imóvel. E está só. O abismo é profundo demais. O golfo é intransponível." (ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Organização de Michael Schröter. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e notas de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p.96-97).

<sup>417</sup> *Ibid.*, p.18.

<sup>418</sup> HESPANHA, Antonio M. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1999. p.201.

<sup>419</sup> SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Paris: LGDJ, 1939. t.1. p.2.

<sup>420</sup> A noção da objetivização estudada pelo direito francês tem a fundamentação da insolvabilidade do ofensor para justificar a securitização. Através dos seguros, haveria a garantia de que a vítima não ficaria sem a reparação. Sobre o tema: LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation. **Revue trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.86, n.1, p.1-19, 1987.

<sup>421</sup> VINEY, Geneviève. Le déclin de la responsabilité individuelle. In: CARVAL, Suzanne (Org.). **La construction de la responsabilité civile: controverses doctrinales**. Paris, 2001. p.334.

indenização<sup>422</sup> e, em consequência, advém a ideia do seguro de responsabilidade civil.<sup>423</sup>

Os seguros permitem que o dano sofrido seja efetivamente reparado e garantem que mesmo que o responsável não tenha patrimônio suficiente, a vítima receberá a indenização suficiente para recomposição do dano (na medida do possível). Portanto, é uma forma de garantir o pagamento das reparações, a partir do momento em que se verificam mais danos a serem reparados e pretende-se a reparação integral da vítima.

É a forma de maior objetivação da responsabilidade por danos, eis que não há a necessidade de se analisar o ofensor e sua conduta, para a imputação da obrigação de reparar ou o seu próprio cumprimento.<sup>424</sup> *Como a responsabilidade civil é a imputação da obrigação decorrente do descumprimento de um dever prévio, a obrigação de reparar seria atribuída para outra pessoa que não aquele que tenha descumprido diretamente o dever primário.*

A solidarização está calcada na repartição dos riscos e na própria readequação do instituto da responsabilidade civil com vistas à vítima e sua reparação integral, cujos efeitos têm sido verificados na esfera privada e ampliados para a esfera pública.<sup>425</sup> A utilização de sistemas de securitização, partilhando entre uma

---

<sup>422</sup> "Cette 'objectivation' de la responsabilité n'eût cependant pas suffi à atteindre le but d'indemnisation qu'elle se fixait, car les patrimoines individuels se montrent bien trop étroits pour garantir effectivement la réparation de tous les dommages dont chacun peut être déclaré responsable indépendamment de sa faute. Il devenait nécessaire d'assurer une 'collectivisation' de la responsabilité afin de diluer la charge de l'indemnisation et de la rendre plus supportable". Tradução livre: "A objetivação da responsabilidade não atende suficientemente as indenizações que ela fixa, porque os patrimônios individuais, daqueles que podem ser declarados responsáveis independentemente da sua culpa, se mostram muito aquém da possibilidade de garantir efetivamente a reparação de todos os danos. Por isso, necessário assegurar uma coletivização da responsabilidade, para diluir a carga de indenização e torná-la mais suportável." (JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7.ed. Paris: Dalloz, 2007. p.13).

<sup>423</sup> "[...] O seguro de responsabilidade passa a garantir melhor a reparação do dano sofrido pelo lesado, ao mesmo tempo que alivia o ônus incidente sobre o responsável: este fica transferido para a coletividade das pessoas que exercem uma mesma atividade, geradora do mesmo risco, e que são quem paga os prêmios relativos ao seguro respectivo." (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.543).

<sup>424</sup> SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Paris: LGDJ, 1939. t.1. p.3.

<sup>425</sup> "[...] A questão residirá, afinal, como vimos, na constatação da insuficiência e inadequação das (tradicionais) regras da responsabilidade para enfrentar uma realidade nova, apelando-se, por isso, para que o Estado tome a seu cargo os custos pelos riscos do progresso, numa tarefa de solidariedade humana que a um autêntico Estado-de Direito-Social compete garantir."

coletividade os riscos existentes é uma forma de "*tutela igualitária na sociedade pós-moderna*"<sup>426</sup>, o que revela um solidarismo individualista, pois não há a aceitação da alteridade, tentando efetivamente proteger o outro.

Os seguros facilitam a reparação, mas não estão relacionados com a não ocorrência dos danos, o que efetivamente protegeria a vítima, eis que a reparação por muitas vezes é insuficiente ou inadequado (não há como efetivamente retornar ao *status quo* quando, por exemplo, se trata de um dano morte).

O sistema da securitização embasado na distribuição social dos riscos de acidentes pode ter como resultado a não prevenção ou adoção de pouco cuidado sem a precaução necessária<sup>427</sup>, o que não é e nem deve ser o objetivo do indivíduo cômico<sup>428</sup>. Desta forma, a distribuição social dos riscos, quando ocorrer, deve ser realizada em consonância com objetivos preventivos "[...] com os objetivos de adoção de nível eficiente de precaução, de nível eficiente de atividade e de nível eficiente de informação"<sup>429</sup>.

Um passo para considerar uma ampla securitização é a seguridade social através da qual, a própria sociedade deverá arcar com os danos que tenham sido

---

(MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003. p.62).

<sup>426</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.23.

<sup>427</sup> "Sem dúvida, o seguro é o oposto da prevenção. Teríamos que ter um sistema que privilegiasse os princípios da precaução e da prevenção e, no caso de essas medidas falharem, vindo a causar danos, aí sim o seguro iria socorrer as vítimas. É preciso ressaltar que a socialização dos riscos não acaba com os riscos, ao contrário, pode tornar os responsáveis por eles menos cuidadosos." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.55).

<sup>428</sup> Como exemplo, tem-se uma análise de Eugenio Battesini que ao analisar empiricamente o custo benefício em acidentes automobilístico, pondera: "Considerando, outra vez, o exemplo que relaciona a ocorrência de acidentes automobilísticos decorrentes de falhas mecânicas à realização de manutenção preventiva de veículos, verifica-se que distintos resultados poderão advir se os proprietários de veículos contratarem seguro de acidentes ou se os danos forem custeados por sistema de seguridade social, eis que a garantia da reparação dos danos com acidentes pode induzir os proprietários de veículos, por hipótese, à adoção de nível de precaução baixo, realização de revisões com frequência inferior à frequência especificada pelos fabricantes no manual de manutenção preventiva de veículos, situação que determina o aumento dos custos sociais com acidentes." (BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p.115).

<sup>429</sup> BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011. p.115.

provocados por um indivíduo.<sup>430</sup> Para quem a defende, seriam criados fundos de reparação, a fim de permitir que em caso da ocorrência do dano a efetiva reparação, adotando-se a noção de Fundos.<sup>431</sup> Estes fundos seriam sustentados por seguros obrigatórios<sup>432</sup>, com a finalidade de que todos os danos possam ser reparados. Não obstante, no Código Civil brasileiro tenha a disposição legal sobre os seguros obrigatórios<sup>433</sup>, a securitização social não corresponde à realidade brasileira<sup>434</sup>.

---

<sup>430</sup> NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.88, n.761, p.39, mar. 1999.

<sup>431</sup> A situação dos fundos não é o caso do Brasil. São experiências de outros países que tem adotado os fundos como resposta a uma maior garantia reparatória. Assim, "[...] Alguns países (França, Itália) por isso adotaram a institucionalização dos 'Fundos de Garantia', através dos quais todos os danos são ressarcidos, principalmente aqueles que se originam dos riscos residuais, que, mesmo depois de todo o gerenciamento, inclusive com a aplicação da prevenção e da precaução, sempre existirão: voar é seguro, mas sempre cairá um avião." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.16). Na Nova Zelândia existiu a transferência da responsabilidade pelo pagamento das indenizações para o Estado. O modelo instaurado em 1967 foi sofrendo diversas alterações até hoje para tentar abranger o máximo possível de danos a serem reparados. Mas, independente das suas vantagens, "[...] a ideia de um sistema que elimina a Responsabilidade Civil em sua função reparatória, e a transfere para o Estado, pode revelar-se como um extremo da tendência que observamos hoje de colocar a vítima à frente do ofensor. Ao mesmo tempo, veja-se que se trata de um sistema que, para funcionar, depende de uma série de medidas para que a transferência do dever de indenizar não se torne fator de diminuição dos níveis de prevenção dos agentes. Um trabalho de reeducação, somado a outras formas, de ônus, como a assunção inicial de parte da indenização pelo empregador, tornam-se indispensáveis. Enfim, ressaltamos que não é a nossa meta transferir para o Estado todo o processo indenizatório. Acreditamos que esse deve ser apenas um dos instrumentos de um Direito dos Danos, que se desenvolverá também pelos seguros e pelos fundos públicos. [...]" (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas**. Atlas: São Paulo, 2012. p.206-207).

<sup>432</sup> "Esta repartição social de riscos e danos confere assim ao seguro de responsabilidade importância extraordinária, a ponto de se ter tornado obrigatório para certos domínios de actividade." (MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003. p.60).

<sup>433</sup> "Art. 788. Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado. Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, sem promover a citação deste para integrar o contraditório." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>434</sup> Ademais, "Ora, se o sistema de coletivização ou socialização for absoluto, quer dizer, do tipo que indenizará sem arguir qualquer pesquisa efetiva da responsabilidade, a rigor nem mesmo será de responsabilidade que se estará tratando, mas, talvez, de um outro sistema paralelo de reparação de prejuízos, um sistema de segurança social tão generalizado que se revela infinitamente mais eficaz, mas que se distancia completamente daquilo que se caracteriza e materializa, há tantos séculos, como responsabilidade civil." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.147).

Da mesma forma, que também não é comum no Brasil o *risk management* (administração dos riscos), apesar de previsto no artigo 787, do Código Civil.<sup>435</sup> Por este sistema, seria possível negociar os danos eventualmente ocasionados a terceiros, protegendo o segurado "[...] não do prejuízo que sofre, mas do prejuízo que causa"<sup>436</sup>.

As duas formas de securitização visam o recebimento do valor da reparação pelo ofendido e protegem o patrimônio do ofensor. Por isso, o receio de que seja utilizado como "[...] uma carta de alforria para o segurado que deseja adotar posturas inconsequentes"<sup>437</sup>. Por ser contrário ao que pretende com a presente tese, considerando que "[...] o seguro é o oposto da prevenção"<sup>438</sup>, passa-se a análise da segunda consequência da coletivização, destacada nesta tese, que diz respeito ao dano social.

A **segunda** vertente da coletivização para a responsabilidade não seria pelo viés da reparação, mas sim do interesse juridicamente protegido, através da análise de um dano social.

A preocupação para com interesses não individualmente considerados inicia-se através do resgate do coletivo, para pensar além da formatação do sujeito de Direito individual. São considerados interesses de vários indivíduos que unidos formariam um interesse único que será vinculado a um titular, o sujeito de Direito coletivo. Ele reflete um conjunto de direitos individuais<sup>439</sup>, que "excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público"<sup>440</sup>.

A flexibilização do individualismo é iniciada (e está longe de terminar), quando do reflexo das lutas de grupos sociais, dos sujeitos que não estavam protegidos ou

---

<sup>435</sup> "Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>436</sup> SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.752.

<sup>437</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.187.

<sup>438</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.63.

<sup>439</sup> SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Org.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC (Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania), 1999. p.311.

<sup>440</sup> MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p.4.

inseridos no Direito civil do final do século XIX, por não se encaixarem na figura do homem proprietário.<sup>441</sup> Através dos movimentos sociais, camponeses, indígenas, mulheres, negros e minorias étnicas são considerados como uma pluralidade de sujeitos e passam a caracterizar uma noção diferente de sujeito.<sup>442</sup> Afirma Antonio Carlos Wolkmer que "[...] Os movimentos sociais são, hoje, os sujeitos de uma nova cidadania, revelando-se autênticas fontes de uma nova legitimidade"<sup>443</sup>.

A coletivização através da instituição de novos direitos e novos sujeitos é o movimento que está em maior transição até o momento, com vistas a tutelar os direitos de vários indivíduos de forma coletiva e não individualizada. Um dos grandes problemas é a dificuldade para interpretar normas jurídicas que tratam o coletivo dentro de um direito construído em bases essencialmente individualistas<sup>444</sup> e que pouco consegue se afastar para uma efetiva proteção jurídica coletiva<sup>445</sup>.

---

<sup>441</sup> O sujeito proprietário figura dentro do Direito Privado patrimonialista como figura central. (FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.15).

<sup>442</sup> A estrutura jurídica individualista não é hábil a promover a defesa dos direitos coletivos, por isso, deve haver uma alteração da estrutura para "[...] promover, julgar e compor os direitos sociais do século XXI." (SOUZA FILHO, *op. cit.*, p.334).

<sup>443</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.196.

<sup>444</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.86.

<sup>445</sup> Como exemplo, cita-se o veto parcial ocorrido em face do Projeto do Código de Processo civil, aprovado como a lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015, que no momento se encontra em *vacatio legis*. O artigo vetado que ora se destaca era o artigo 333 do projeto que pretendia dispor sobre a conversão de uma demanda individual em coletiva. O referido dispositivo legal tinha a seguinte redação:

"Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1.º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5.º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2.º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3.º Não se admite a conversão, ainda, se: I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III - o juiz não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4.º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5.º Havendo aditamento ou emenda da petição

Para o instituto da responsabilidade civil, em uma sociedade, considerada como sociedade de massa que sufoca a noção individualista do século XIX<sup>446</sup>, em paralelo com a noção jurídica de proteção de conflitos sociais e coletivos<sup>447</sup>, novos direitos são protegidos e se são tutelados o seu desrespeito significa lesão ou ameaça de lesão. Assim, o ordenamento jurídico passa a conter bens individuais e bens coletivos, pois a tutela dos direitos "[...] deixou uma órbita individual, a fim de alcançar um aspecto coletivo"<sup>448</sup>. Refletiu na admissão da legitimidade de demanda de tais direitos pela jurisprudência, conforme o seguinte acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça: "De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em a permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia"<sup>449</sup>.

A justiça distributiva e a solidariedade social impõem a construção de um novo modelo<sup>450</sup>, baseado em coletivização dos danos, arcando toda uma coletividade com

---

inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6.º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7.º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo." § 8.º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9.º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado." (BRASIL. Projeto de lei do Senado n.º 166, de 2010 [n.º 8.046-A, de 2010, da Câmara dos Deputados). A razão do veto foi: "Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB." (Mensagem de veto).

<sup>446</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e legitimação para agir**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.81.

<sup>447</sup> Como afirma Marcos Ehrhardt Jr. "[...] Se no modelo liberal se costumava individualizar o lucro e socializar o prejuízo, hoje o que se busca é a diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas." (EHRHARDT JR., Marcos. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.52, p.107, out./dez. 2012).

<sup>448</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.11.

<sup>449</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS n.º 5.187/DF**. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 24/09/1997. Órgão Julgador: 1.ª Seção. Publicação: Diário da Justiça da União do dia 29/06/1998.

<sup>450</sup> "[...] princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social." (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo Código Civil brasileiro. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.17).

um dano sofrido por um único indivíduo, bem como a verificação de que se um indivíduo venha a sofrer um dano, que tal lesão atinge indiretamente os demais e medidas devem ser adotadas para evitar que diretamente estes sejam atingidos. Assim, há uma responsabilidade civil que tem a preocupação comum de reparação do dano e uma preocupação de não lesar uma coletividade. Ou seja, tanto pelo vértice da reparação e o seu responsável, como pelo vértice da própria vítima, há uma coletivização da responsabilidade civil.

O pensar o sujeito de direito coletivo diferentemente do individual que consagrou os institutos do Direito Privado moderno, permitindo a proteção dos direitos coletivos, é anterior a proteção legislativa, conforme ensina Clóvis de Couto e Silva, pois foram as decisões proferidas pelos tribunais que iniciaram a discussão acerca do dano coletivo<sup>451</sup>, protegendo interesses de uma coletividade.

Do dano patrimonial e moral como lesões individualizadas são tutelados os danos coletivos. Se a coletividade deve ser estudada como o conjunto de indivíduos<sup>452</sup>, o dano coletivo ocorrerá quando o direito de vários indivíduos for lesado<sup>453</sup>. Não

---

<sup>451</sup> O autor traz a informação sobre o sistema americano e cita o caso do "Texas Gulph Sulphur" como exemplo de sujeito de direito coletivo em responsabilidade civil. Neste caso, a discussão versava sobre o mercado de capitais e "[...] determinou-se aos *insiders* depositarem em favor dos prejudicados os benefícios ilícitos obtidos em razão de conhecimento de fatos, que determinaram uma alta significativa no preço das ações. Como os *insiders* tinham comprado ações por bom preço, de acionistas que ignoravam os fatos mencionados, e, conseqüentemente a alta da bolsa, foram eles obrigados a devolver os lucros." (COUTO E SILVA, Clóvis de. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis de Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.223).

<sup>452</sup> Neste sentido: ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Organização de Michael Schröter. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e notas de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

<sup>453</sup> Sobre os danos morais coletivos, é importante destacar a análise de Anderson Schrebier sobre o acórdão proferido no Recurso Especial n.º 598.281: "[...] No Brasil, acórdão recente do Superior Tribunal de Justiça considerou, por maioria, impossível cogitar de dano moral coletivo, pleiteado em nome de comunidade afetada por lesão ao meio ambiente, argumentando que 'não parece ser compatível com o dano moral a ideia de transindividualidade (da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. A decisão é criticável em sua associação do dano moral com a dor e o sofrimento, mas o julgamento, longe de revelar oposição à tutela dos interesses supraindividuais, demonstra uma crescente sensibilidade do Poder Judiciário para a distinção entre os interesses puramente individuais e aqueles que transcendem o indivíduo. De um lado, a negativa de reparabilidade ao 'dano moral coletivo' não implica a impossibilidade de dano moral decorrente da lesão a um interesse transindividual. De outro, a própria discussão em torno do tema revela, antes, que os interesses difusos e coletivos, até pouco tempo combatidos apenas por medidas de direito público em sentido estrito (multas administrativas etc.), ingressam, firmemente, no campo da responsabilidade civil e passam a exigir novos posicionamentos das

obstante os óbices existentes em razão da legislação e da construção doutrinária essencialmente individualista, os danos coletivos tem sido reparados pelos tribunais que timidamente está a aceitá-lo.<sup>454</sup>

Todos estão sujeitos a danos diferentes daqueles imaginados quando da formação do instituto, seja pelas atuais noções jurídicas decorrentes dos princípios decorrentes da constitucionalização do direito civil, seja pelas próprias necessidades sociais dos novos riscos e por isso, há sim a necessidade da proteção jurídica coletiva. Um dano que possa atingir não apenas um indivíduo, mas outros que estão inseridos dentro da coletividade, o que ficou denominado como **dano social**. Identificado como o dano que afeta um conjunto de indivíduos e não apenas um.<sup>455</sup>

Há danos que atingem toda uma coletividade diretamente e que podem ser pleiteados através das tutelas coletivas descritas acima, que visam desatolar o Judiciário com as mesmas demandas e evitar decisões divergentes e há, por outro lado, o dano social.

Usualmente, para o estudo deste dano é adotado como marco teórico o parecer elaborado por Antonio Junqueira de Azevedo<sup>456</sup> que apresentou a existência desta lesão como aquela que "[...] atinge a toda a sociedade, num rebaixamento

cortes de todo o mundo, em oposição à dogmática tradicionalmente individualista do instituto." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.88-89).

<sup>454</sup> Entendendo pelo cabimento dos danos extrapatrimoniais coletivos é paradigmática a decisão proferida pelo e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal que reconheceu a figura do sujeito coletivo e condenou a empresa ao pagamento de danos punitivos no valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais). Do referido acórdão extrai-se o seguinte trecho da sua ementa: "A controvérsia sobre a existência do dano moral coletivo tanto no âmbito da jurisprudência do eg. STJ como na doutrina, debate-se na intransponível idéia de que somente diante da dor psíquica teremos lesão moral. Daí a atribuição de compensação moral apenas aos sujeitos de direito com aptidão para sentir dor. Para ultrapassar essa barreira, a doutrina sugere que seja afastada a limitação da existência de dano moral apenas quando houver dor psíquica, mas sempre que houve lesão extrapatrimonial, que é o que ocorre quando violados direitos metaindividuais, como por exemplo, meio ambiente, saúde pública, efeitos de propaganda abusiva, lesão a patrimônio histórico-cultural, etc. Em conclusão, há lesão à coletividade, por conseguinte dano moral coletivo a ser indenizado" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível n.º 2004.011102028-0**. Relator: Vera Andrighi. Julgamento: 14/03/2007. Órgão Julgador: 4.<sup>a</sup> Turma Cível. Publicação: DJE 24/07/2007).

<sup>455</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, v.22, n.24, p.160, 2012. (Homenagem à Professora Marília Muricy Machado Pinto).

<sup>456</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.377-384.

imediatamente do nível de vida da população"<sup>457</sup>. Este dano social, a rigor, pode ser pleiteado em uma única demanda processual, com vistas a evitar uma maior sobrecarga dos Tribunais.<sup>458</sup> Embasa a punição e caráter dissuasório, quando da reparação a ser fixada em uma demanda individual.

Decorrente do mesmo fato haverá uma lesão individual e uma lesão considerada como social, por afetar a qualidade de vida da sociedade em geral.<sup>459</sup> É analisado para além do processo individualista *inter partes*. Sua justificativa está dentro da interpretação da responsabilidade civil constitucionalizada, que "[...] nem pública, nem privada, a Responsabilidade Civil pós-moderna é social"<sup>460</sup>. E por isso, *é possível pensar na reparação de danos que tenham lesado toda uma coletividade ou na prevenção de danos que possam ser ocasionados contra esta mesma coletividade*.

O dano social não é o dano individual, que tenha atingido uma pessoa individualizada, seja no seu patrimônio, seja nos seus bens imateriais. Atinge pessoas indeterminadas ou indetermináveis, por isso definido como difusos<sup>461</sup>, em verdade, ele

---

<sup>457</sup> *Ibid.*, p.380

<sup>458</sup> A possibilidade de ser pleiteada em uma única demanda a análise de um dano coletivo é importante para a própria funcionabilidade dos Tribunais. "Com efeito, a multiplicidade de vítimas traz o risco de provocar um entupimento dos tribunais se cada um deles agir separadamente. Além disso, as ações individuais revelam-se por demais onerosas para alguns e ameaçam desembocar em decisões contraditórias. Por isso, um procedimento coletivo torna-se necessário." (VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p.53).

<sup>459</sup> Como exemplo de dano social o autor apresenta o seguinte caso: "[...] Se, por exemplo, uma empresa de transporte aéreo atrasa sistematicamente os seus vôos, não basta, na ação individual de um consumidor, a indenização pelos danos patrimoniais e morais da vítima. É evidente que essa empresa – ou outra que a imite – está diminuindo as expectativas de bem-estar de toda a população. É muito diferente o passageiro sair de casa confiante quanto ao cumprimento dos horários de seus compromissos ou, nas mesmas condições, sair na angústia do imprevisível." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.381).

<sup>460</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas**. Atlas: São Paulo, 2012. p.179.

<sup>461</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.440. Na noção do sujeito de direito coletivo, três são as possibilidades da proteção deste interesse. Uma delas é o interesse difuso, que diz respeito a pessoas indeterminadas ou indetermináveis. As pessoas não estão relacionadas juridicamente entre si e estão ligadas por uma situação de fato. A outra definição é a que diz respeito a interesses coletivos, que tem como titular pessoas determináveis ou determinadas. Entre estas pessoas há uma relação jurídica que os une formando um grupo, ou uma classe, ou até mesmo uma categoria de pessoas. A terceira definição é a de interesses individuais homogêneos. Os titulares são

é o reflexo do que ocorreu para a sociedade ou nas palavras do magistrado que aplicou este dano em face de uma empresa de telefonia é

O dano, então, repetitivo, constante e destrutivo, não alcança mais apenas a vítima do caso concreto. Espraia-se por todo o corpo social. Alcança os segurados de uma cidade, de um Estado, do País inteiro. Torna-se difuso; as vítimas, indeterminadas, podendo compreender um dos contratantes do plano de saúde.

A tesouraria dessas corporações privadas cresce, na medida em que abunda o sofrimento dos pacientes. O lucro sobe, a dignidade humana desce, numa relação inversamente proporcional e desleal. O dano, individual, torna-se social.<sup>462</sup>

Diversos são os exemplos de danos sociais<sup>463</sup> e a fundamentação da sua reparação é extraída da noção de desestímulo, o qual é "[...] tanto para o agente quanto para outros que fiquem tentados a repetir o mesmo ato lesivo"<sup>464</sup>. Há uma tendência doutrinária e jurisprudencial para aceitar o dano social como lesão reparável, fundamentado nos ditames constitucionais da solidariedade e da cláusula

---

determináveis, estão relacionados por uma situação fática que prejudicou todos ao mesmo tempo, em prejuízos divisíveis. Esta definição e classificação em três possibilidades de discussão de interesses coletivos foi o que embasou o artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor que definiu cada um destes interesses e serve como forma de melhor esclarecimento da distinção entre eles, nos termos preceituados pelo dispositivo legal: "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum." (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990).

<sup>462</sup> Não obstante tal definição conste de sentença de 1.º grau, vale transcrever pela sua grande fundamentação e por se tratar de decisão paradigmática. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo n.º 0005261-74.2013.8.26.0297 (029.72.0130.005261)**. Relator: Juiz Fernando Antonio de Lima. Sentença proferida em 10 de outubro de 2013).

<sup>463</sup> Afirma Flavio Tartuce que: "Os exemplos podem ser pitorescos: o pedestre que joga papel no chão, o passageiro que atende o celular no avião, a loja do aeroporto que exagera no preço em dias de *apagão aéreo*, a pessoa que fuma próximo ao posto de combustíveis, a empresa que diminui a fórmula no medicamento, o pai que solta o balão com o seu filho. Mas os danos podem ser consideráveis: a metrópole que fica inundada em dias de chuva; o avião que tem problema de comunicação, o que causa um acidente aéreo de grandes proporções; os passageiros já atormentados que não têm o que comer (eis que a empresa aérea não paga o lanche); o posto de combustíveis que explode; os pacientes que vêm a falecer; a casa atingida pelo balão que pega fogo." (TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.440).

<sup>464</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.380.

geral da tutela da pessoa humana.<sup>465</sup> Sem olvidar, o enunciado da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal de 2012 que definiu que a expressão dano abrange também os danos sociais.<sup>466</sup>

Mesmo que reconhecida a possibilidade de reparar o dano que atinge uma coletividade, outro óbice a ser analisado e vencido é da legitimidade para o recebimento do valor da reparação. Antonio Junqueira de Azevedo entende que o valor pode ser destinado para a pessoa que foi parte do processo, por ter o trabalho da demanda.<sup>467</sup> Carlos Roberto Gonçalves afirma que deve a verba para a reparação do dano social ser destinada a um fundo relacionado com as características do dano sofrido, podendo ser, portanto, consumidor, ambiental ou trabalhista, bem como a possibilidade de sua destinação para instituições de caridade.<sup>468</sup>

A interpretação dos fundos é uma extensão do parágrafo único, do artigo 883, do Código Civil, que ao tratar do pagamento indevido dispõe sobre a possibilidade de ser revertido para um estabelecimento local de beneficência.<sup>469</sup> Para Flávio Tartuce, reverter o valor para uma instituição de caridade seria a melhor solução para o problema, pois os prejuízos atingiram uma coletividade e desta forma, o valor estaria

---

<sup>465</sup> TARTUCE, Flavio Murilo Silva. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.439

<sup>466</sup> "Enunciado 456. A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas." (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord. cient.). **V Jornada de Direito Civil**. Enunciado 456. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.66. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2015)

<sup>467</sup> "[...] O autor, vítima, que move a ação, age também como um 'promotor público privado' e, por isso, merece a recompensa. Embora esse ponto não seja facilmente aceito no quadro da mentalidade jurídica brasileiro, parece-nos que é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade. Trata-se de incentivo para um aperfeiçoamento geral". (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.383).

<sup>468</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4. p.563.

<sup>469</sup> "Artigo 883. [...]"

Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz."

sendo revertido coletivamente, mesmo que de maneira indireta.<sup>470</sup> Antonio Junqueira de Azevedo defensor da possibilidade de recebimento diretamente pela vítima, diz que a atribuição do valor da reparação do danos sociais para um fundo teria cabimento e fundamentação quando a demanda processual for proposta por órgãos sociais ou o Ministério Público.<sup>471</sup>

As decisões judiciais quando acolhem a reparação do dano social caminham para a destinação dos valores para fundos ou instituições de caridade. Neste sentido, citam-se dois julgamentos proferidos no Estado de São Paulo, um pela 4.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado e o outro por magistrado de 1.<sup>o</sup> grau, que não obstante se tratar de sentença é uma decisão que contem fundamentações jurídicas para justificar a sua utilização como exemplo na presente tese.

No primeiro caso, um segurado por plano de saúde teve o tratamento emergencial negado, o que ocasionou a necessidade de procura do Judiciário. No voto proferido, o relator entendeu que "[...] não há como remediar a desafiadora atitude da seguradora, que, a despeito de minguadas indenizações individuais, continua a praticar os mesmos e reconhecidos ilícitos"<sup>472</sup>. Ante a argumentação apresentada, o plano de saúde foi condenado ao pagamento de dano social no valor de dano social R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) revertido para o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.<sup>473</sup>

No segundo caso que ora se apresenta, trata-se da análise de uma sentença de 59 (cinquenta e nove) laudas, na qual o magistrado fundamentou a aplicação do dano social. A sentença foi proferida em uma demanda proposta perante o Juizado

---

<sup>470</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.440.

<sup>471</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.383.

<sup>472</sup> Voto proferido pelo relator. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível n.º 0027158- 41.2010.8.26.0564**. Relator: Teixeira Leite. Julgamento: 18/07/2013. Órgão Julgador: 4.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado. Publicação: 19/07/2013.

<sup>473</sup> Segue o trecho da ementa que diz respeito ao dano social: "DANO SOCIAL. Caracterização. Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo." (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível n.º 0027158- 41.2010.8.26.0564**. Relator: Teixeira Leite. Julgamento: 18/07/2013. Órgão Julgador: 4.<sup>a</sup> Câmara de Direito Privado. Publicação: 19/07/2013).

Especial Cível de Jales, Estado de São Paulo, no qual a consumidora reclamava que ocorria a interrupção proposital das chamadas pela empresa de telefonia.<sup>474</sup> A empresa ré foi condenada ao pagamento de indenização por danos individuais suportados pela consumidora e danos sociais sofridos pela sociedade em geral.

O magistrado entendeu pela aplicação do dano social, em virtude de diversos processos judiciais individuais que eram propostos em face de grandes empresas e demonstravam que "[...] A população sem força, o Judiciário sem força com as velhas teorias que não servem mais para se saborear o prato delicioso da justiça"<sup>475</sup>. E a lesão cometida pela ré não atingia apenas aquela consumidora, mas diversos consumidores que contratavam (e contratam) com a empresa e assim, sujeitos ao mesmo dano. O magistrado condenou a ré ao pagamento de indenização individual em R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e por dano social ao valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) destinados para a Santa Casa de Jales/SP (R\$ 3.500.000,00) e ao Hospital do Câncer de Jales/SP (R\$ 1.500.000,00).<sup>476</sup>

A destinação dos valores para fundos ou instituições de caridade é uma solução para evitar a alegação de enriquecimento ilícito<sup>477</sup> e com isso, estaria vencido o último óbice para a sua análise que é da legitimidade para o recebimento do valor reparatório.

É o dano social que embasa a estrutura de uma nova responsabilidade diferente da mera lógica reparatória que predominou até o final do século XX no Direito civil. A noção do dano social é particularmente importante para a compreensão da

---

<sup>474</sup> Da sentença proferida extrai-se a informação de que a autora havia contratado o plano "Infinity Pré" com a ré, através do qual realizaria ligações cobertas pelo plano no valor de 0,25 (vinte e cinco centavos) por chamada, independentemente da duração. Quando as chamadas eram realizadas, ocorria a interrupção proposital, conseqüentemente, fazia com que a consumidora realizasse nova ligação. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo n.º 0005261-74.2013.8.26.0297 (029.72.0130.005261)**). Relator: Juiz Fernando Antonio de Lima. Sentença proferida em 10 de outubro de 2013.).

<sup>475</sup> Trecho da sentença. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo n.º 0005261-74.2013.8.26.0297 (029.72.0130.005261)**). Relator: Juiz Fernando Antonio de Lima. Sentença proferida em 10 de outubro de 2013).

<sup>476</sup> Trecho da sentença. (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo n.º 0005261-74.2013.8.26.0297 (029.72.0130.005261)**). Relator: Juiz Fernando Antonio de Lima. Sentença proferida em 10 de outubro de 2013).

<sup>477</sup> Em caso de enriquecimento ilícito, a lei determina a restituição do valor recebido indevidamente, nos termos do artigo 884, do Código Civil que dispõe: "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

função preventiva, seja pela sua proximidade com a teoria do desestímulo e características punitivas, seja pela preocupação do dano e seus reflexos dentro de uma coletividade. Por consequência, é tema relevante e por isso, aqui tratado para a noção de uma responsabilidade por danos fundada em uma lógica inibitória que tenha a reparação como função secundária.

## 5 OS PRIMEIROS PASSOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL PREVENTIVA

Das mudanças ocorridas no instituto, aquelas que foram selecionadas para mencionar-se nesta tese o foram porque justificam a noção da "responsabilidade civil sem dano". Pensar a objetivação através do afastamento da conduta culposa, a possibilidade de reparar um dano com uma obrigação de fazer diante da despatrimonialização e a proteção do indivíduo não apenas individualmente considerado resultam no que se denomina de crise da responsabilidade civil. Crise porque se está diante de uma nova estruturação do instituto, esgotando-se o seu conteúdo e adequando às novas realidades e necessidades sociais.

Em verdade, o que se analisa aqui é uma crise desde a sua nomenclatura até as suas funções e as formas de ser aplicado.<sup>478</sup>

O instituto da forma como foi legislado não tem a relação com a paz e justiça que deveria ter<sup>479</sup>, seguindo a formatação patrimonialista, o instituto foi legislado com vistas a reparar o dano lesado.

A responsabilidade do século XXI precisa atuar com o "[...] inevitável aumento da capacidade que uma sociedade possui de causar danos"<sup>480</sup>. Com novos riscos que devem ser entendidos de maneira diversa daqueles do século XIX que embasaram a teoria do risco, por serem essencialmente diferentes; são os riscos nucleares, ambientais, sociais são agregados outros novos danos, "[...] como a gradativa facilitação na captação e difusão da imagem alheia, na invasão da privacidade, na

---

<sup>478</sup> Como bem afirma Giselda Hironaka: "Por que crise? Porque, como apontam os autores dedicados ao tema da responsabilidade, não é apenas o conceito de responsabilidade aquiliana que se encontra desgastado, contemporaneamente, mas também a ideia de justificação do dever de indenizar com base exclusivamente na ambiência do direito." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.69).

<sup>479</sup> *Ibid.*, p.70.

<sup>480</sup> "[...] A continuada evolução tecnológica produz, como contrapartida, o inevitável aumento da capacidade que uma sociedade possui de causar danos." (SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sívio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.719).

utilização indevida de dados pessoais [...]”<sup>481</sup>. É o momento da expansão da responsabilidade civil.<sup>482</sup>

As alterações realizadas e algumas que foram mencionadas nesta tese ainda estão relacionadas com a estrutura anterior da responsabilidade civil, ou seja, a estrutura desenvolvida no século XIX e que não são uma resposta satisfatória para os anseios sociais, em virtude de permanecerem muito próximas das noções reparatórias como única resposta. Mas, tendo o cuidado como bem jurídico, merecedor de tutela específica, o seu descumprimento precisa de uma outra resposta. As transformações permitem repensar a reparação ou todas as formas de como reparar, para desenvolver uma responsabilidade civil tendo como ponto principal o dano, mas não na visão do passado e sim em uma tutela prospectiva, para evitar a sua ocorrência. Este instituto que “[...] muito pouco guarda de similitude com a responsabilidade que foi conhecida e desenvolvida nos dois séculos anteriores”<sup>483</sup> ainda não encerrou as suas transformações. O seu caminho continua sendo percorrido. Afirma Eroulths Cortiano Junior, “todo o direito – é valorativo; determinada comunidade, em determinado momento histórico, elege certos valores que pretende dignos de proteção”<sup>484</sup>.

Pensar fora dos muros da reparação é o que deve impulsionar o estudo da responsabilidade civil, pois cada vez mais se torna notório que a reparação é insuficiente para proteger a vítima, por não ser possível retornar ao *status quo*, nem mesmo em danos patrimoniais e quiçá em danos extrapatrimoniais. Se a impossibilidade de retornar ao *status quo* era contada através do conto da fofoca que

---

<sup>481</sup> SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p.719.

<sup>482</sup> Para lidar com o presente momento, não há que se falar em limitar o instituto, mas sim como salienta Anderson Schreiber “[...] reconhecer que a expansão da responsabilidade civil é em larga medida, o efeito da saudável marcha protetiva empreendida pelo direito contemporâneo. Cumpre, todavia, prever – não limites, mas – novos mecanismos para lidar, de modo mais adequado, com esta ampliação das fronteiras do instituto e, sobretudo, com as novas funções que sua aplicação prática se propõe a desempenhar.” (*Ibid.*, p.727).

<sup>483</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.149.

<sup>484</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.32.

comparava a palavra dita com as penas de ganso contidas em um travesseiro e que foram espalhadas por uma cidade, impedindo que fossem recolhidas<sup>485</sup>, na atualidade a impossibilidade de reparar (no sentido mais amplo da palavra) torna-se cada vez mais difícil e muitas vezes impossível, visto que o acesso pode ser realizado por pessoas do mundo inteiro em segundos.

Por isso, afirma-se que cada vez torna-se necessário pensar no *ex ante* e não apenas no *ex post*. Realizar a proteção da pessoa de forma a não atuar meramente como um equilíbrio patrimonial, mas sim como efetiva proteção a não ocorrência de danos. E nesta lógica, estará a prevenção.

As alterações do instituto da responsabilidade civil permitem pensar em medidas a evitar ou diminuir os danos produzidos. Construir um instituto que proteja a vítima, uma tendência que irá culminar na preocupação da prevenção. Um prevenir construído e que a cada dia busca o seu espaço sufocando a reparação.

## 5.1 RESPONSABILIDADE CIVIL: UM PROBLEMA DE NOMENCLATURA?

Todas as alterações acima pontuadas tem grande relevância para o presente estudo, eis que relacionadas com a responsabilidade civil sem dano. Em síntese, na objetivação é o afastamento da figura do ofensor para o ofendido, enquanto na despatrimonialização é a possibilidade de impor uma obrigação que não pecuniária e por fim, na coletivização, a possibilidade de proteção da ocorrência de lesão em face de vários indivíduos.

Fundada em uma responsabilidade civil que pode ser com culpa e sem culpa; cujo dano pode ser referente ao patrimônio ou bens extrapatrimoniais que tenham

---

<sup>485</sup> No conto, havia uma aldeia na qual um dos indivíduos gostava de espalhar fofocas da vida dos demais. Certa vez, descoberta a fofoca que havia sido espalhada, o sacerdote da aldeia determinou que o cidadão subisse na torre da igreja, que era o ponto mais alto da cidade e levasse consigo um travesseiro de penas de ganso. Ao chegar ao local, ele deveria abrir a fronha e deixar que as penas se espalhassem pela cidade. Feito isso, o cidadão retornou e o sacerdote solicitou então que ele recolhesse todas as penas que foram espalhadas e colocasse de volta ao travesseiro. Percebendo que a tarefa seria impossível de ser realizada, o indivíduo reclamou e afirmou que era impossível recolher todas as penas de ganso que foram espalhadas, eis que o vento as levou para lugares distantes e que não saberia onde procurá-las. E essa era a conclusão, assim como as fofocas, as penas de ganso não poderiam ser recuperadas.

sido lesados; cujo resultado pode ser considerado como individual ou de proteção da sociedade em geral; pelos fenômenos da constitucionalização, cabe indagar, sobrou algo da responsabilidade civil e se algo sobrou depois de todas as transformações, o que sobrou? O que é a responsabilidade civil contemporânea?

Fernando Noronha afirma que a responsabilidade civil é aquela que diz respeito apenas ao caráter extranegocial, quando se trata do descumprimento de um dever geral, pois no caso do dever prévio ser negocial, a correta denominação seria responsabilidade negocial.<sup>486</sup> Portanto, independente de culpa, o autor apresenta uma noção diversa a alterar a nomenclatura do instituto. Para a presente tese, não obstante a pretensão seja o estudo da responsabilidade civil decorrente do descumprimento do dever absoluto, considera-se que a nomenclatura abrange as duas formas de deveres (absoluto ou relativo). E o objeto da tese é a responsabilidade civil extranegocial, ou seja, decorrente do dever absoluto.

Com o afastamento da culpa e a possibilidade de se pensar uma responsabilização mesmo que não tenha ocorrido qualquer conduta culposa, o "encontrar o responsável" não é mais o foco do instituto e, por isso, o questionamento se a nomenclatura estaria adequada.<sup>487</sup> Denotou-se a importância do dano e que a sua reparação era crucial, mais que a própria noção de encontrar o responsável. Estaria aí o fundamento para iniciar o pensamento de que o instituto não deveria ser mais a responsabilidade civil.

Na década de 60, José de Aguiar Dias afirmava que responsabilidade civil seria o nome que abrangeria o gênero "reparação de danos", englobando assim, a responsabilidade civil com culpa e a objetivação. É que se falar em responsabilidade civil para reparar um dano, o qual a pessoa que fará a reparação não foi responsável (seja pela ausência de análise da conduta culposa, seja pela atribuição por responsabilidade por fato de terceiro) soaria contraditório e por isso, José de Aguiar Dias, afirmava que quando se tratasse da indenização, estar-se-ia diante desta que

---

<sup>486</sup> NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, p.13, abr./jun. 2003.

<sup>487</sup> Sugestão que não é recente, conforme se verifica da obra de Géza Marton (**Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Première partie, n.47).

definiu como "reparação dos danos"<sup>488</sup>. Para o autor, portanto, a responsabilidade civil abrangeria a preocupação para com o dano.

Mas, não estava vencida a preocupação da nomenclatura. Com as demais alterações como a despatrimonialização e a coletivização, por exemplo, que ampliaram os danos reparáveis, a preocupação para com a nomenclatura retorna para conceber uma noção de proteção à pessoa. Com a definição e com o próprio instituto, pois estaria o instituto adequado para recepcionar todas as mudanças? Em resposta, foi apresentado o "Direito de Danos".

A fundamentação para esta nova configuração é de que a análise do comportamento contrário ao ordenamento jurídico é realizada não mais para fundamentar quem agiu contrariamente, mas sim a sua consequência, se algum bem jurídico do ofendido foi lesado (e para a presente tese é ameaçado). Por isso, o dano é ponto principal e deve ser assim tutelado.

O objetivo em dispor sobre a nomenclatura é pensar um instituto que tenha como preocupação o dano e esteja estruturado em características que não sejam somente da anterior responsabilidade civil. Esta é a proposta do que se apresenta como "Direito de danos", um instituto que "[...] reuniria todas as regras atinentes ao processo de indenização da vítima e cujo fundamento metodológico seria a sua tutela prioritária"<sup>489</sup>. Consagrado pela noção de reparação dos danos<sup>490</sup>, mesmo que de forma mais ampla e com exclusão de óbices que poderiam ser denominados como "filtros da reparação"<sup>491</sup>.

---

<sup>488</sup> "[...] Filosoficamente, não é possível conceber responsabilidade sem culpa. [...] na verdade, já não é de responsabilidade civil que se trata, se bem que haja em conservar o *nomen juris*, imposto pois pela semântica: o problema transbordou desses limites. Trata-se, com efeito, de reparação do dano." (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.24).. Mais a frente, afirma que estariam "[...] todos os casos sob o gênero reparação do dano, e seu nome, agrade ou não, é hoje responsabilidade civil." (p.29).

<sup>489</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.224.

<sup>490</sup> GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. **Revista do Direito do consumidor**, São Paulo, v.13, n.50, p.225, abr./jun. 2004.

<sup>491</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Não teria o exclusivo objetivo de substituir a nomenclatura da responsabilidade civil<sup>492</sup>, apenas para exteriorizar que a preocupação é o dano. O objetivo é uma nova proposta, uma nova estrutura.

Mesmo sendo no sentido de uma nova proposta, o objetivo do "Direito de Danos" ou da "responsabilidade por danos" é formular uma estrutura que seja adequada para as reparações, dentro da noção de socialização dos riscos, criação de fundos públicos e seguros privados.<sup>493</sup> E a prevenção?

Pode ser inserida na noção do "Direito de Danos"<sup>494</sup>. Todavia, pensar a prevenção e a precaução necessita um resgate do pensamento do comportamento contrário ao ordenamento jurídico. Explica-se.

Se a fundamentação da ampliação dos danos era exatamente o pensar o resultado do comportamento, para a prevenção, não houve resultado e o que importa é o comportamento contrário, o descumprimento do dever. Não se está a falar em retorno do pressuposto da culpa, eis que conforme mencionado anteriormente, o ilícito não se confunde com a culpa. A ilicitude aqui é considerada como a contrariedade ao direito e a culpa é a espécie do ilícito, o ilícito *stricto sensu* que significa uma das espécies de ilicitude.<sup>495</sup>

Isto significa que se para ter o dano como o ponto principal alterava-se o olhar não para o comportamento antijurídico, mas sim o resultado, para a prevenção é preciso virar o olhar para o comportamento, eis que é necessária a ocorrência de um dever de segurança que tenha sido descumprido. O descumprimento não precisa ser ocasionado por conduta culposa (voluntária e racional), mas sim contrário ao Direito.

---

<sup>492</sup> Não obstante no Brasil, a utilização da nomenclatura de "Direito de Danos" seja assim utilizada como um sinônimo da responsabilidade civil. (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos**: imputação e nexos de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014. p.224).

<sup>493</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.225-226.

<sup>494</sup> A nova concepção fundamentaria: "[...] c) fomentar os princípios da precaução e da prevenção diante da crescente socialização dos riscos e do incremento das situações de dano, que ensejam uma noção de responsabilidade plural, solidária e difusa – haja vista a (re)personalização do direito civil; d) concretizar a responsabilidade sem danos, pois a possibilidade de sua verificação em potencial já acionaria o dever de reparar por parte daquele que possa vir a causa-lo" (BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.43, p.105-106, jul./set. 2010).

<sup>495</sup> O tema foi tratado no capítulo anterior.

Para o "Direito de Danos" pensar a conduta do ofensor seria um retrocesso, diante do grande avanço da responsabilidade objetiva, que teria deixado para trás toda a necessidade de se olhar e estudar a conduta que ocasiona o dano. E é por tal razão, que nesta tese caberá ao "Direito de Danos" tratar o resultado do comportamento pela reparação.

A par disso, tal nomenclatura não está adequada para a presente tese, visto que o objeto desta tese é exatamente deixar a função reparatória como forma secundária de analisar o dano e, por isso, não haveria justificativa para adotar tal definição. Também, porque pensar em responsabilidade civil apenas como reparação do dano significa um reducionismo do instituto que foi criado não apenas para encontrar um responsável, mas evitar que danos ocorressem (o sentido da prevenção intrínseco do Direito) e se ocorressem fossem reparados. Não há que se falar apenas em reparação de danos.

Por isso, adota-se a cisão proposta por Daniel Levy no sentido de que há dentro da responsabilidade civil uma preocupação para com a ampla reparação do dano que é o "Direito de Danos", dentro do qual há uma reestruturação do nexa causal e um pensar formas de garantir o recebimento da reparação pela vítima e de outro lado, o "Direito das condutas lesivas".

Dentro desta segunda parte da responsabilidade civil o objetivo não é o resultado, mas sim o comportamento antijurídico. Com isso, é possível estrutura a prevenção.

Este pensar o comportamento antijurídico não seria a rigor um retorno da culpa, eis que, repita-se, ilícito e culpa não são sinônimos. Todavia, esta conclusão não é a defendida por Daniel Levy, para quem há sim um retorno do pressuposto da culpa <sup>496</sup>, justificado para o desenvolvimento da prevenção e inclusive da função punitiva.

---

<sup>496</sup> Fundamenta Daniel de Andrade Levy: "A construção de um Direito das condutas lesivas pressupõe, então, que a culpa retome um papel de destaque como fator de análise da conduta do agente ofensor. Esse será o seu diferencial, haja vista que a sua modalidade objetiva será totalmente absorvida pelos mecanismos indenitários. Tanto que Patrice Jourdain, ao comentar o incrível sucesso desses instrumentos extrajudiciais, encerra com a seguinte pergunta: 'Ultrapassada no terreno indenitário, a responsabilidade civil poderá sobreviver?' Somente sobreviverá se for possível empregá-la na regulação das condutas lesivas. Mesmo em 1949, Ripert nos lembrava que 'a evolução do direito civil jamais tendeu a eliminar a busca pela intenção. Muito pelo contrário, esse direito se aperfeiçoa a medida em que pode levar em conta a boa-fé dos sujeitos de direitos" (LEVY,

Para esta tese, não há retorno da culpa, há sim a consagração dos dois sistemas dentro do instituto da responsabilidade civil o "Direito de danos" e o "Direito das condutas lesivas", ambos autônomos para dispor da "[...] reparação eficiente e prevenção de condutas, sem que um venha prejudicar o outro"<sup>497</sup>.

Na análise das condutas lesivas, há como pressuposto não o olhar o dano, até porque pode não existir o dano, mas sim a conduta do ofensor, seja ela ilícita ou de risco.<sup>498</sup> No caso do risco, há uma assunção dos riscos que podem vir a ocorrer. Aquele que tem conhecimento acerca do dano que pode ser ocasionado e ainda assim assume realizar a conduta, age dentro da noção de "condutas lesivas". A decisão em continuar é o que atribui a possibilidade de imputação do possível ou provável dano.

A decisão em favor do enfrentamento dos riscos é de cada um, posto que diz respeito à opção de fazer alguma coisa quando é incerto o que acontecerá, mas decidir-se por fazer é, certamente, o primordial aceno à busca da administração do risco, bem como o primeiro passo para a assunção da responsabilidade emergente, em ordem direta, pelos prejuízos que dessa decisão possam decorrer.<sup>499</sup>

Mas, por que adota-se aqui a expressão "responsabilidade civil sem dano"? A denominação da responsabilidade civil é alvo de críticas<sup>500</sup>, se há duas formas de verifica-la e a pretensão aqui é pensar a prevenção e precaução não seria mais

---

Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.222-223).

<sup>497</sup> *Ibid.*, p.224.

<sup>498</sup> MARIN, Rubens Leonardo. Dos sentidos da responsabilidade no Código Civil de 2002 e sua correlação aos tipos. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). **Direito civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006. p.436.

<sup>499</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.188.

<sup>500</sup> Diversos são os doutrinadores que defendem a impropriedade da terminologia de "responsabilidade civil", aqui se destaca a doutrina de Rodrigo Xavier Leonardo ("Nesse sentido, a própria expressão 'responsabilidade civil' tem significado limitado, vez que nem sempre a imputação do dever de indenizar recai sobre o responsável pelo dano. Melhor referir-se a essa disciplina, hoje, como um direito de danos.") (LEONARDO, Rodrigo Xavier Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil: teoria geral. São Paulo: RT, 2010. p.396-397).

adequado então tratar ou de "Direito de danos" de forma ampla ou pela cisão proposta por Daniel Levy como "Direito das condutas lesivas"?

A opção por manter a nomenclatura é porque, nas mesmas definições anteriores que José de Aguiar Dias defendeu, este instituto pode dispor não só da reparação, mas também da noção da culpa; desta maneira, poderá dispor sobre as amplas formas de reparação e prevenção. Então, ele abrange as duas formas também de danos e de condutas. O próprio autor que propõe esta decisão também menciona que ambas estão dentro do instituto "responsabilidade civil"<sup>501</sup>.

Ademais, a proposta desta tese é a de que a responsabilidade civil tem como pressuposto a não ocorrência do dano, imputando uma resposta para aquele que age contrariamente ao direito, através do descumprimento de um determinado dever (absoluto ou relativo) e as respostas serão imputadas de acordo com a ocorrência ou não da consequência. Como a proposta inicial é o não resultado dano, podem ser imputadas respostas para evitar que ele venha a ocorrer, dentro da análise do comportamento contrário ao Direito. Caso venha a resultar o dano, será analisado se é preciso uma medida para evitar que ele continue a ocorrer, no sentido de cessar a lesão, dentro desta concepção será analisada as duas vertentes de comportamento e da consequência dano. Por fim, em caso de ocorrência de dano, que não tem caráter de continuidade, a resposta jurídica deverá ser adotada dentro da noção de reparar.

Diante da proposta que ora se apresenta, o adequado é definir como "responsabilidade civil", *pois este é o instituto que efetivamente tem como pressuposto a prevenção*<sup>502</sup> e *que funciona como resposta ao comportamento contrário ao ordenamento jurídico*<sup>503</sup>, *dentre as respostas pode ser uma obrigação de indenizar, obrigação de fazer ou não fazer*<sup>504</sup>.

---

<sup>501</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.224

<sup>502</sup> MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Deuxième partie, n. 109.

<sup>503</sup> THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.572, jul./set. 1999.

<sup>504</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.193.

Dentro desta proposta tem-se a análise das novas funções,<sup>505</sup> o que se passa a analisar.

## 5.2 AS FUNÇÕES DO INSTITUTO: DA REPARAÇÃO PARA A PREVENÇÃO

Dentro das noções patrimonialistas, a resposta jurídica era a reparação. Uma forma de retornar ao *status quo*, para retirar o dano da vítima através da entrega de um objeto análogo (restituição *in natura*) ou através de valores pecuniários (reparação: indenização ou compensação). Esta era a forma de efetivar o objetivo preventivo da responsabilidade, punindo pela reparação, aquele que ocasionou um dano. A reparação era ao mesmo tempo a prevenção da ocorrência da lesão e a reparação quando da sua ocorrência.

Reparar é então a fundamentação do instituto e com ele passa a se confundir. Até que o valor da reparação foi incorporado no lucro das empresas ou a ser pago por terceiros na securitização. Com isso, evitar a ocorrência do dano não é problema e nem mesmo essencial, pois se este ocorrer haverá previsão do seu valor ou a obrigação de um terceiro para com este valor.

Ao se verificar que é necessário pensar uma responsabilidade civil que tenha efetivamente a função de não lesar, reparar não é mais suficiente e deve ser analisado apenas para quando não há outra maneira de evitar a lesão. É por isso que se passa a reavaliar as funções do instituto. Para a presente tese, entende-se que são três as funções contemporâneas: reparatória, sancionatória (ou punitiva) e preventiva. As últimas duas são criticadas, em especial, porque se aproximariam do Direito penal, visto que este teria a função de punir e prevenir, cabendo ao Direito Civil apenas o caráter pecuniário da reparação.<sup>506</sup> Independente da crítica existente e que será estudada adiante, as três funções estão hoje em conjunto e se apresentam para um fim único que é a preocupação para com a pessoa. Neste momento, serão estudadas

---

<sup>505</sup> "[...] 'Responsabilizar' já significou punir, reprimir, culpar; com o advento da teoria do risco, 'responsabilizar' se converteu em perdas e danos. Agora, some-se à finalidade compensatória a ideia de responsabilidade como prevenção de danos." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.91).

<sup>506</sup> Sobre o tema da responsabilidade civil adentrando o direito penal será objeto de estudo a seguir.

as funções existentes e quanto a crítica, que diz respeito à efetividade destas, será analisada a seguir.

A primeira função que será analisada é a reparação. A lógica da reparação é a seguinte: se a vítima teve um prejuízo material decorrente, por exemplo, de um acidente de trânsito, o ofensor (responsável pelo acidente) arcará com o valor correspondente ao conserto do automóvel (danos emergentes) e eventuais valores que tenha deixado de receber (lucros cessantes). Com tais valores o patrimônio da vítima deverá ser idêntico ao que seria sem a ocorrência do dano. Por isso, para a liquidação do dano material utiliza-se a denominada teoria da diferença<sup>507</sup>, através da qual será analisado quanto a vítima possuía antes da ocorrência do fato danoso (A) e quanto era o seu patrimônio após a sua ocorrência (B) e a diferença entre (A) e (B) é o resultado (C) que equivalerá ao valor da indenização.

A ineficácia da utópica pretensão de retornar ao *status quo* através da reparação é cada vez mais evidente. Mesmo em situações que tenha sido atingido apenas o patrimônio, dificilmente o cálculo matemático reparará todos os prejuízos ocorridos e também os futuros. No exemplo acima, uma possível constatação de que o dano não é efetivamente retirado do mundo dos fatos é que a futura comercialização do automóvel pode restar prejudicada, caso um possível comprador recuse o bem por já ter sido objeto de conserto, o que não é incomum.

Pior. Se deste acidente ocorreu o evento morte da vítima, nenhum valor a ser recebido como reparação terá como ressuscita-la, ou seja, como falar em retornar ao *status quo*? A lógica reparatória destes danos não será retirar o evento danoso da vida da vítima e por isso se fala em compensação. A compensação é pecuniariamente tentar contrabalancear a lesão sofrida, mas sabidamente não tem a pretensão de apagar ou retirar da vida da vítima.<sup>508</sup> Assim, o ofensor será condenado ao pagamento de um valor pecuniário para tentar fazer com que o ofendido receba a quantia e isso lhe diminua ou compense a dor sofrida.

A compensação do dano extrapatrimonial revela uma "[...] satisfação pecuniária em primeira linha contra o ofensor, mas secundariamente, de modo preventivo,

---

<sup>507</sup> Sobre o tema: SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>508</sup> NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.437.

também sobre o público<sup>509</sup>. Para as lesões que tem caráter imaterial, atingindo bens que não tenham cunho patrimonialista, retornar ao *status quo* não será possível. Aqui bem cabe novamente mencionar o conto que comparava a fofoca às penas de ganso<sup>510</sup> contidas em um travesseiro e que eram espalhadas em uma aldeia, ainda que fosse realizado o maior esforço para recolher todas, não seria possível retoma-las.

Sabedora de que não será possível retirar o dano extrapatrimonial do mundo dos fatos, a compensação resgata<sup>511</sup> as demais funções da responsabilidade civil<sup>512</sup>. Para construir o pensamento de que a pretensão do instituto é mais do que somente reparar, englobando também "[...] censurar o comportamento do lesante; minimizar riscos de futuros danos e, principalmente, assegurar a prevalência da pessoa humana sobre o mercado [...]"<sup>513</sup>, outras funções passam a ser estudadas<sup>514</sup>.

Entender que a reparação é uma sanção ao ofensor é um posicionamento um tanto quanto ingênuo. Isto porque, em razão da necessidade de assegurar a reparação integral pela vítima, o fenômeno da securitização impõe que o valor sequer seja pago pelo ofensor. Sem olvidar também que o valor da reparação (ou do próprio seguro) normalmente já é inserido no custo do produto a ser comercializado, ou seja,

---

<sup>509</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p.444.

<sup>510</sup> O conto foi mencionado acima e tem o condão de explicitar a impossibilidade de se retirar do mundo dos fatos determinados acontecimentos. Por isso, a insuficiência da reparação.

<sup>511</sup> Diz-se que resgata, porque na presente tese se defende que a efetiva prevenção é a função da responsabilidade civil desde a sua formação, sendo que foi estruturada para reparar, em razão das noções patrimonialistas que dominavam à época.

<sup>512</sup> Para Giselda Hironaka, o instituto sequer conseguiu ser formado como uma ideia geral de compensação de danos, por estar atrelado a noções de propriedade da tradição burguesa. (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.23-24).

<sup>513</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.18.

<sup>514</sup> Pela diferença entre a indenização e a compensação, pode ser afirmado que haveria na função reparatória a função de indenizar e a função de compensar. Nas palavras de Thais Venturi: "O restabelecimento do equilíbrio por meio da função indenizatória tem caráter nitidamente patrimonial, pois apenas os bens materiais são suscetíveis de serem recompostos ao seu estado originário, isto é, ao estado anterior ao dano, ainda que por via de parâmetros de equivalência entre o dano e a reparação. [...] Diferentemente, a função compensatória busca o reequilíbrio social não pela reposição do bem violado ao seu estado anterior; mas, sim, por alguma satisfação que possa contrabalançar o mal causado, muito embora este não possa ser apagado." (VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p.70-71).

em se tratando de responsabilidade civil decorrente de atividade econômica é possível que o ofensor não tenha qualquer ônus com o *quantum* indenizatório a ser desembolsado.<sup>515</sup>

Para o presente estudo são consideradas três funções: reparatória, punitiva e preventiva.<sup>516</sup> A função punitiva teria como objetivo punir aquele que ocasionou o dano, através da condenação por um valor reparatório superior ao correspondente ao dano. Por sua vez, a função preventiva seria dispor de meios para impedir a ocorrência do dano.<sup>517</sup>

Consagradas as demais funções da responsabilidade civil (punitiva e preventiva) estas foram estudadas relacionadas com a reparação. Dentro de uma lógica reparatória, a análise das funções dissuasória e preventiva está relacionada com uma forma patrimonialista de reparação e por isso, é feito um cálculo para analisar o *quantum* pode ser atribuído pela ausência de condutas a diminuir ou impedir a ocorrência do dano.

Disto decorrem duas críticas para com a análise das funções do instituto a partir da reparação, diante do objetivo de desenvolver uma responsabilidade civil preventiva dissociada da lógica reparatória e totalmente imersa na lógica inibitória. A primeira é que continua olhando para trás, ou seja, a análise ainda é a partir do dano para concluir o que foi feito e o que deixou de fazer para a ocorrência da lesão,

---

<sup>515</sup> É o que afirma Teresa Ancona Lopes: "[...] Com o seguro há a objetivação total da responsabilidade civil. Em outras palavras, já estão previstas 'nos custos' das empresas as possíveis indenizações, o que não assusta os grandes empreendedores mas complica a vida econômica das pequenas empresas, vindo a prejudicar a reparação de suas possíveis vítimas." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.48).

<sup>516</sup> Estas não são as únicas funções admitidas. Por exemplo, Teresa Ancona Lopez cita seis funções que seriam: "[...] a) função de reagir ao ato ilícito danoso, com o escopo de ressarcir os sujeitos prejudicados por eles; b) a função de ripristinar ao *status quo ante*. Ou seja, colocar a vítima na situação anterior ao dano; c) a função de reafirmação do poder sancionatório ou 'punitivo' do Estado; d) a função preventiva (*deterrence*) para intimidar a repetição de atos prejudiciais a terceiros. A essa, Alpa acrescenta mais duas funções de caráter econômico; e) a distribuição das 'perdas', de um lado; e f) a alocação dos custos, de outro. (*Ibid.*, p.73).

<sup>517</sup> Mesmo diante das distinções existentes, as funções preventivas e punitivas estão muito relacionadas, como é o caso apontado por Daniel de Andrade Levy ao citar o artigo 1.621, do Código Civil do Québec, no seguinte sentido: "Até mesmo na legislação é possível encontrar a distinção entre punição e prevenção. É o caso, por exemplo, do já citado art. 1.621, do Código Civil do Québec, ao determinar que 'quando a lei preveja a atribuição de indenização punitiva, esta não pode exceder, em valor, o que seja suficiente para assegurar sua função preventiva'. Fica claro o estímulo da norma para evitar que uma punição seja desprovida de qualquer efeito preventivo." (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.127).

portanto, uma postura *ex post*. A segunda é que a efetividade das funções permanece relacionada com a função reparatória, dentro da lógica patrimonialista e por isso, as críticas existentes como, por exemplo, do enriquecimento sem causa<sup>518</sup>, que seria totalmente afastada se não tivesse a mera noção de compensar.

Enraizadas a esta lógica reparatória, as funções punitivas e preventivas são estudadas a partir dos fatores econômicos. A prevenção é verificada pela conduta que poderia ser adotada para evitar o dano, sendo que será avaliado quanto custaria para reparar o dano ocasionado. Pela teoria do desestímulo, este cálculo deverá ser considerado como valor para a condenação da reparação.<sup>519</sup>

Por isso, haverá uma análise quando do arbitramento da reparação para avaliar se houve tal cálculo econômico e se a opção foi ocasionar o dano haverá uma reparação em quantia superior ao equivalente ao dano. O propósito para evitar o dano é não atribuir um valor extremamente alto, mas sim razoável para a sua função de fazer com que a parte evite a ocorrência do dano no futuro. Esta seria a "reparação - preventiva". Prevenir a ocorrência de danos futuros através da reparação.

Esta função preventiva na reparação é identificada por Clóvis de Couto e Silva, para o autor "[...] a medida da indenização detém, por igual, a função do elemento regulador da conduta dos indivíduos, que é o que se denomina de princípio da prevenção"<sup>520</sup>.

A prevenção vem como uma forma de evitar que o dano ocorra, inicialmente relacionada com a reparação, por isso, "reparação - preventiva". Por sua vez, a função punitiva não tem relação imediata com a prevenção, pois ambas teriam condições

---

<sup>518</sup> Para o Direito Civil brasileiro, nos termos do artigo 944, do Código Civil, o valor da reparação é calculado de acordo com a extensão do dano ("Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano."), caso contrário, configurar-se-ia a terceira modalidade obrigacional, que diz respeito ao enriquecimento ilícito ("Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."), com exceções aos casos de dano extrapatrimonial que não há a possibilidade de objetiva mensuração do dano sofrido e interesses transindividuais, por exemplo.

Em verdade, pelo atual direito codificado brasileiro, a análise da culpa para o arbitramento do valor de reparação só poderá diminuir a quantia a ser arbitrada. ("Art. 944 ... Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.").

<sup>519</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.74-75.

<sup>520</sup> COUTO E SILVA, Clóvis de. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis de Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.225.

diversas. A preventiva tenta evitar a ocorrência de fatos futuros,<sup>521</sup> enquanto a punitiva tem a pretensão de repreender o ofensor pelo dano ocasionado.

Duas seriam as dificuldades para a sua aplicação no direito brasileiro. A primeira diz respeito à crítica já mencionada acima e que será tratada no próximo tópico, qual seja o fato desta situação que muito se aproxima do direito penal. A segunda crítica está relacionada com o arbitramento do valor.

Da primeira crítica, além do que será tratado abaixo, Maria Celina Bodin de Moraes reconhece a possibilidade de aplicação da função punitiva, especialmente quando se trata de "[...] situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas"<sup>522</sup>. Todavia, a função punitiva não poderia ser confundida com o dano punitivo, o qual seria o valor a maior do dano (que quando fosse reconhecido deveria ser revertido para um fundo nos termos do artigo 13, da Lei n.º 7.347/1985).

O dano punitivo aqui mencionado não é o dano social tratado acima. O dano social tem semelhanças com o dano punitivo, mas não tem a sua fundamentação. Com efeito, o dano social não precisa estar fundado na culpa grave ou dolo (o que é requisito para o dano punitivo), eis que o seu fundamento não é meramente a punição, mas também o desestímulo.<sup>523</sup> Também, não está vinculado a um dano individual, deve existir uma lesão que venha a atingir a coletividade.<sup>524</sup>

Ele (dano punitivo) está relacionado com a forma norte-americana dos *punitive damages* ou *exemplary damages* estar-se-ia próximo as penas criminais.<sup>525</sup> Para compreender esta forma de danos é preciso fazer uma pequena ressalva, eis que o sistema americano é o *common law* diferentemente do sistema brasileiro do *civil*

<sup>521</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v.5, n.18, p.53, abr./jun. 2004.

<sup>522</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4.ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.263.

<sup>523</sup> "[...] convém não esquecer, se a finalidade da indenização for a de dissuasão, nem é preciso examinar dolo ou culpa grave; o desestímulo é cabível ainda que se fique exclusivamente no campo da responsabilidade objetiva." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.380).

<sup>524</sup> A lesão deve ser coletiva, capaz de trazer "[...] diminuição de tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta a redução da qualidade coletiva de vida." (*Ibid.*, p.381.)

<sup>525</sup> GEISTFELD, Mark A. Punitive damages, retribution, and due process. **Southern California Law Review**, v.81, n.2, p.269, 2008.

*law*. No *common law*, os julgamentos são realizados com base em decisões anteriores análogas (*case law*).<sup>526</sup> Além da diferença dos sistemas, merece destaque o julgamento americano que é realizado com participação do júri<sup>527</sup>, que funcionará como o senso comum, diversamente do julgamento civil brasileiro, quando a causa versar sobre um valor superior a vinte dólares.<sup>528</sup>

O *punitive damage*, desenvolvido em países de *common law*<sup>529</sup>, tem como pressuposto aplicar um valor reparatório superior ao dano em razão da culpa grave ou dolo do ofensor.<sup>530</sup> Por isso, repita-se, é uma função que permanece com a preocupação do *ex post*, com a pretensão de punir aquele que ocasionou o dano, ou seja, já houve a sua ocorrência.

---

<sup>526</sup> EMERSON, Robert; HARDWICKE, John W. **Business law**: a streamlined course for students and business people. 3.ed. New York: Barron's Business Review Series, 1997. p.7.

<sup>527</sup> Em verdade, normalmente nos Estados Unidos da América as decisões são proferidas por um Tribunal do Júri e que podem ser revisadas por Cortes superiores, tal como ocorreu no caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*. "Nesse caso, Ira Gore havia comprado um veículo da marca BMW, sendo que percebeu meses depois da aquisição, ter sido este vendido com a pintura retocada e não a original da fábrica. Isso porque teria ocorrido um arranhão na lataria do veículo, quando do transporte deste da Alemanha para os Estados Unidos, e a empresa o teria revendido sem avisar sobre o retoque. Gore, então, processou a BMW, alegando que o fato de esta não ter revelado o retoque na pintura foi uma fraude. O Júri Popular concordou e condenou a empresa a pagar \$4.000,00 (quatro mil dólares) a título de *compensatory damages* (reparação), sob o argumento de que aquela pintura retocada teria desvalorizado o veículo em aproximadamente dez por cento. O Júri acresceu a título de *punitive damages* \$4.000.000,00 (quatro milhões de dólares) que é o valor médio das pinturas da BMW no país. A empresa recorreu, tendo o Tribunal do Alabama reduzido este valor para \$2.000.000,00 (dois milhões de dólares). Com novo recurso, mas para a Suprema Corte, esta concordou em rever a decisão, com a finalidade de caracterizar o *standard* que identificaria as concessões constitucionalmente excessivas a título de *punitive damages*, concluindo que, naquele caso concreto, eles estavam convencidos de que houve um valor excessivamente grande imposto à empresa, transcendendo os limites constitucionais." (VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os *punitive damages* no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.62).

<sup>528</sup> É a previsão da sétima emenda da Constituição Americana, para preservar o direito ao júri nos casos cujo valor ultrapassar vinte dólares. (WEISS, Paul B. Reforming tort reform: is there substance to the seventh amendment? **Catholic University Law Review**, v.38, n.3, p.737, 1989).

<sup>529</sup> O desenvolvimento dos *punitive damages* em países da *common law* se deve mais as suas características jurídicas do que a relação a princípios da teoria econômica. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v.5, n.18, p.45-46, abr./jun. 2004).

<sup>530</sup> É aplicada em situações extremas, "[...] diversamente do que muitos crêem, a indenização por *punitive damages* não ocorre em casos de simples culpa; ela só surge se o ofensor tiver agido com culpa grave ou dolo". (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.57).

Quanto à segunda crítica, serão destacados alguns dos posicionamentos que estão sendo adotados para um sentido punitivo ao instituto.<sup>531</sup>

Ao que parece "[...] o sentimento da sanção sempre permaneceu à espreita, aguardando o momento de reintegrar plenamente a matéria"<sup>532</sup>. Se para a proteção da vítima, teve que ser afastado o pressuposto da culpa, considerado como "filtro da reparação"<sup>533</sup>, para a eficácia da proteção volta-se à culpa para uma análise da função punitiva. Com vista a punir o ofensor que praticou intencionalmente o dano, não apenas pelo dano, mas para que tal conduta não se repita.

A função punitiva no Brasil está muito relacionada com a atribuição do valor da verba extrapatrimonial<sup>534</sup>, com o objetivo de compensar a dor da vítima<sup>535</sup>. Em verdade, quando se pensa na reparação por dano extrapatrimonial, é difícil pensar em uma reparação que não esteja relacionada ou não contenha traços de punição, o que seria característico de sua própria natureza.<sup>536</sup> O caráter punitivo pedagógico

---

<sup>531</sup> MARIN, Rubens Leonardo. Dos sentidos da responsabilidade no Código Civil de 2002 e sua correlação aos tipos. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). **Direito civil: direito patrimonial e direito existencial**. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006. p.433.

<sup>532</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas**. Atlas: São Paulo, 2012. p.35.

<sup>533</sup> Denominação utilizada por Anderson Schreiber (**Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012).

<sup>534</sup> Para atribuir o valor da compensação do dano extrapatrimonial um dos critérios a ser considerado é o caráter punitivo-pedagógico. "[...] Não são poucos os que afirmam que a satisfação do dano extrapatrimonial visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir o comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. Diz-se, então que a reparação do dano extrapatrimonial possui uma dupla função, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima – ajudando-a sublimar as aflições e tristezas decorrentes do dano injustificado – e de um caráter punitivo, cujo objetivo é, em suma, impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima". (MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v.5, n.18, p.47, abr./jun. 2004).

<sup>535</sup> MARIN, Rubens Leonardo. Dos sentidos da responsabilidade no Código Civil de 2002 e sua correlação aos tipos. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). **Direito civil: direito patrimonial e direito existencial**. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006. p.430.

<sup>536</sup> Era o que afirmava Eduardo Bonasi Benucci, ao analisar a forma de reparação dos danos extrapatrimoniais relativos à pessoa. Destacou o autor: "*Tal dificultad pareció tan clara a los juristas romanos que renunciaron a la tarea de verificar cualquier valoración al respecto, considerándola del todo irrealizabel [...]. El edicto de ROTARIO estableció para los daños a la integridad física medidas fijas, que en su manifiesta arbitrariedad, presentaban al menos la ventaja de su certeza, aunque tuvieran naturaliza de pena privada y no de verdadero y próprio resarcimiento, el cual va ligado a*

intrínseco na reparação deste dano (extrapatrimonial, imaterial ou moral) embasa a possibilidade de adoção de novas funções da responsabilidade civil.

Esta aplicação dentro dos danos extrapatrimoniais ocorre, normalmente, de forma diferente da usual forma de aplicação no direito norte americano que considera o dano punitivo como uma forma autônoma.<sup>537</sup> Como compensação, a função punitiva encontrou um maior campo de atuação, porque o valor a ser arbitrado para reparar este dano é usualmente calculado considerando uma forma de evitar que este dano se repita (prevenção), o valor arbitrado sirva de exemplo perante terceiros para que estes não adotem o mesmo comportamento (punição), além de servir como satisfação da vítima que obterá o sentimento de justiça (punição).<sup>538</sup>

Reconhecer como uma função autônoma e fora do dano extrapatrimonial encontra um óbice legislativo, previsto no artigo 944, do Código Civil, que dispõe que a indenização é medida pela extensão do dano.<sup>539</sup> Em consequência, admitir a análise da conduta contrária ao direito para aumentar o valor da reparação seria inadequado. E mais, o legislador dispôs sobre a possibilidade de análise da conduta apenas em caso de redução do valor indenizatório.<sup>540</sup> O que significa que a exceção para a

*las diversas incidências de la lesión respecto a los distintos sujetos pasivos y debe, por lo general, declararse caso por caso con referencia a las concretas circunstancias y a la personalidad de la víctima".* (BENUCCI, Eduardo Bonasi. **La responsabilidade civil**. Tradução de Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1958. p.100-101).

<sup>537</sup> "[...] Apesar do vanguardismo, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, ainda há pouca menção nas decisões pretorianas às novas funções da responsabilidade civil. Ademais, quando isso acontece, ressalta-se, não se dá da maneira idêntica como ocorre no Direito Norte-Americano e que ora se defende, já que, no Brasil, as prestações punitivas costumam ser vinculadas ao dano moral, ao passo que, enquanto nos Estados Unidos e na Itália, embora seja extrapatrimonial, o instituto não se confunde com este, tendo a autonomia que ora se propõe." (VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.168).

<sup>538</sup> "[...] Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima – ajudando-a a sublimar as aflições e tristezas decorrentes do dano injusto -, e de um caráter punitivo, cujo objetivo, em suma é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima". (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.219).

<sup>539</sup> "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>540</sup> "Art. 944. [...] Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização." (*Id.*).

indenização não ser adequada a extensão do prejuízo tem sua justificativa apenas para sua redução.<sup>541</sup>

Este óbice legislativo já foi objeto de projetos de lei, que tentaram não apenas incluir a possibilidade de inserção do dano punitivo, mas também incluir a própria função preventiva.

Em 2007, foi apresentado projeto de lei para acrescentar o parágrafo segundo a este dispositivo legal as funções preventiva e punitiva.<sup>542</sup> Era o Projeto de Lei n.º 413, de 2007, de autoria do Senador Romero Jucá. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania analisou o projeto e, através da relatoria do Senador Marcos Maciel, decidiu que deveria o dispositivo legal estar restrito à reparação por dano expatrimonial, bem como que deveria atribuir não a função preventiva, mas um caráter educativo.<sup>543</sup> Com as alterações sugeridas aceitas, foi submetido novamente à mesma Comissão que em novembro de 2014, que recomendou a sua aprovação com nova redação, para que fosse atribuído um educativo e punitivo no arbitramento da indenização por compensação.<sup>544</sup>

Todavia, o aludido projeto foi arquivado, com fundamento no artigo 332, Regimento Interno do Senado<sup>545</sup>, ou seja, por final da legislatura do senador que

---

<sup>541</sup> A interpretação para o parágrafo único do artigo 944, do Código civil é exatamente esta de que "*mediante a aferição do grau de culpa, cuja gravidade influenciará a quantificação – sem cotejo com a extensão do prejuízo*" para a redução da indenização. (KFOURI NETO, Miguel. Graus de culpa e a redução equitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.839, p.62, 2005).

<sup>542</sup> O projeto de lei n.º 413/2007 pretendia acrescentar ao artigo 944, do Código Civil o § 2.º, que tinha inicialmente a seguinte redação: "§ 2.º A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva."

<sup>543</sup> BRASIL. **Parecer n.º 2009-04158**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=81887](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81887)>. Acesso em: 09 mar. 2015.

<sup>544</sup> O projeto de lei pretendia acrescentar o § 2.º, ao artigo 944, do Código Civil com seguinte redação: "§ 2.º O juiz observará o caráter compensatório da indenização, atribuindo a ela, conforme o caso, caráter educativo ou, ainda, punitivo." (BRASIL. Projeto de lei n.º 413, de 10 de julho 2007).

<sup>545</sup> O artigo 332, do Regimento Interno do Senado Federal dispõe que: Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: 32, 33 I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas; 32 II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos; 32 III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato; 32 IV – as com parecer favorável das comissões; 32 V – as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49); 32 VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52); 32 VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3o e 4o, EC no 35/2001). 32 § 1o Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu

apresentou o projeto. Portanto, a função punitiva não é aplicada no Brasil não porque se entende que seria contrária a nossa legislação, mas, por enquanto, em razão de formalidades legais que impediram a alteração do dispositivo legal correspondente.

Este projeto aceitava efetivamente a função punitiva, diferentemente do projeto de lei anterior (Projeto n.º 6.960/2002) que pretendia inserir o parágrafo segundo para atribuir um efeito de desestímulo.<sup>546</sup> Destarte, ambas as formas que ora se afirmam que devem ser inseridas dentro da responsabilidade civil, tem sido objeto de análise para a sua inserção em legislação, além do posicionamento doutrinário e jurisprudencial pátrio.

Estamos próximos da aprovação de projetos de lei que possam pensar a função preventiva e a função punitiva, conforme visto acima. Mas, é preciso indagar, dentro da noção de proteção da pessoa, do instituto da responsabilidade civil contemporâneo, que se desvinculou da noção patrimonialista da reparação e permite a proteção de um dano social, é preciso que uma lei disponha sobre estas funções?<sup>547</sup> Especialmente no instituto da responsabilidade civil, aguardar a lei para que então possa adotar novas teorias é caminhar na contramão de direção, eis que

[...] a evolução da responsabilidade se tem produzido com o mínimo de intervenção legislativa: ela foi sobretudo obra da jurisprudência [...] e o juiz foi

---

desarquivamento pelo Plenário do Senado.<sup>32</sup> § 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente. (NR)" (BRASIL. Resolução n.º 93 de 1970).

<sup>546</sup> Projeto de Lei n.º 6.960/2002, de autoria de Ricardo Fiuza. A pretensão era inserir ao artigo 944, um § 2.º, com a seguinte redação: "§ 2.º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante".

<sup>547</sup> É preciso construir um direito que não esteja unicamente na manifestação legislativa. A interpretação principiológica da doutrina e da jurisprudência que devem influenciar especialmente a responsabilidade civil. A crítica ao legalismo é no sentido de dissipar o sentido de justiça, a fim de retirar do "[...] Estado qualquer capacidade de definir e estabelecer critérios de justiça de forma absoluta, ficando estes relegados a inúmeros focos de poder distribuídos na sociedade" [...] "[...] tem sentido desacortinar o suposto véu de objetividade da norma jurídica, transformando-a num produto social, suscetível de conter valores e ambições, e ser mesmo por vezes, porque não o dizer, injusta". (BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira *et al.* (Org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.69 e 73).

a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas velhas do direito tradicional.<sup>548</sup>

O desenvolvimento destas duas funções como maneiras intrínsecas à reparação é que devem ser alteradas. Isto porque dentro da reparação há tanto a prevenção (eu não realizo o dano com medo da reparação que terei que pagar), que seria a "reparação – preventiva"; quanto o caráter punitivo (a forma da sanção pelo pagamento da reparação - a reparação – sanção), a "reparação – sanção"<sup>549</sup>.

"O fato é que somos condicionados a identificar a responsabilidade – seja ela negocial ou extranegocial –, como uma obrigação de reparar danos"<sup>550</sup>. E é preciso pensar fora desta noção patrimonialista.

Em razão da preocupação com a pessoa, a pretensão preventiva deve retornar ao olhar deste instituto<sup>551</sup>, para construir uma responsabilidade que não tenha a mera pretensão de ressarcir o dano, mas sim de proteger a vítima e com isso, "[...] a norma assumirá expressamente que não o dano, mas o simples perigo de dano será suficiente para ativar o remédio"<sup>552</sup>. Um novo olhar ou o resgate de um olhar existente no âmbito ético e que retoma para o Direito, com objetivo de aqui se manter para proteger efetivamente uma coletividade.<sup>553</sup>

---

<sup>548</sup> JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.86, n.454, p.559, 1941.

<sup>549</sup> Neste sentido, "[...] A indenização dos danos causados à pessoa humana exerce uma função valiosa de freio inibidor, tendo em vista o seu caráter punitivo ou constrangedor quando restar demonstrada a lesão." (REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira; CASSETARI, Álvaro Augusto *et al.* **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.60).

<sup>550</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p.15.

<sup>551</sup> "A função punitiva, presente na antiguidade jurídica, havia sido quase esquecida nos tempos modernos, após a definitiva demarcação dos espaços destinados à responsabilidade civil e à responsabilidade penal. A esta última estaria confinada a função punitiva. Todavia, quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, percebeu-se estar presente ali também a ideia de uma função punitiva da responsabilidade civil. [...] Daí um certo *revival* da função punitiva, tendo sido precursores os sistemas jurídicos integrantes da família da *common law*, através dos conhecidos *punitive* (ou *exemplary*) *dammmages*." (FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.183).

<sup>552</sup> ROSENVALD, *op. cit.*, p.75.

<sup>553</sup> Nelson Rosenvald afirma que se trata de uma "[...] concepção ética da responsabilidade civil, considerada prevalente no século XIX que nos últimos 100 anos foi substituída por uma concepção prática, pela qual em nome de um abstrato princípio de justiça não seria essencial que a sociedade

Uma noção preventiva fora da roupagem da reparação, não para cumprir o papel "reparação – preventiva" ou "reparação – sanção", mas sim para impor uma posição que efetivamente seja *ex ante*, uma responsabilidade prospectiva. Para formar essa responsabilidade que ora se denominou como a responsabilidade civil sem dano é preciso passar por outro óbice que é a distinção entre o direito civil e o direito penal na ordem do instituto.

---

atingisse o autor do ilícito, sendo bastante que o dano fosse satisfatoriamente compensado. A matéria é posta hoje em rediscussão." (*Ibid.*, p.81).

### 5.3 UMA ANÁLISE DA DISSOCIAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE PENAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A divisão existente entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal decorre da estruturação da responsabilidade jurídica. Para esta formação, ocorreu inicialmente a desvinculação com a responsabilidade moral, vez que anteriormente se confundiam e ambas não possuíam relação com o prejuízo causado, tendo assim um caráter preventivo.<sup>554</sup> O afastamento para com os conceitos morais foi próprio da formação jurídica do século XVIII<sup>555</sup> e para este instituto, não foi tarefa fácil.

Das noções morais e éticas que decorrem o entendimento de que haverá um responsável. Em verdade, situações morais e éticas, ainda que se tenha conhecimento de que cada uma destas palavras tenha o seu sentido próprio e não se confundem (não podendo a moral ser institucionalizada<sup>556</sup>, enquanto a ética é a necessidade de conhecer a natureza de um objeto<sup>557</sup>) estão extremamente relacionadas com o

---

<sup>554</sup> "[...] Quanto à responsabilidade jurídica foi, em certo tempo, nos primórdios da civilização, a própria responsabilidade moral. É o legislador aparecendo na sociedade primitiva para estabelecer as normas necessárias à regulamentação da vida social, que se deixa influir por outros elementos, percebendo que, além daquelas, outras considerações, de caráter utilitário, deviam pesar na regulamentação. Foi, antes de qualquer outra, à ideia da prevenção que teve de atender." (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.14).

<sup>555</sup> "O crepúsculo do século XVIII exige esta ruptura ancestral de identificação do direito e da moral, uma vez que esta confusão não corresponde mais às aspirações da civilização burguesa às portas da Revolução cujo cerne se resume na máxima *obligatio juri semper externa est*." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.28).

<sup>556</sup> "A moral, esse nosso conjunto de valores subjetivos a respeito da ação e do dever, não pode ser codificada, não pode ser institucionalizada. O próprio direito não pode ser compreendido como uma institucionalização da moral; a religião, por exemplo, pode, mas o direito não. E principalmente se se tratar de uma moral de inspiração contemporânea, como é o caso da moral kantiana, por exemplo, que é contemporânea dos primeiros legisladores do século XIX e inspira uma infinidade de juristas e pensadores do direito e da política." (*Ibid.*, p.90).

<sup>557</sup> "[...] Concebida segundo sua origem, a *ethica* é o conhecimento do *ethos* de um ser. A *ethica* é, assim, o conhecimento do modo de ser na sua natureza necessária, isto é, da necessidade individual de algo. A *ethica* é, justamente, a compreensão daquilo que constitui a singularidade necessária de algo, aquilo sem o que algo não pode ser o que é. A ética, assim, é uma forma de compreensão de algo que revela qual é a sua necessidade, qual é a sua estrutura necessária, que não pode ser ignorada sem que deixemos de compreender devidamente a própria coisa. A ética pressupõe, portanto, conhecer a natureza do seu objeto; de maneira que o conhecimento ético, a compreensão ética de algo envolvem o conhecimento, a compreensão, a concepção da sua natureza necessária." (*Ibid.*, p.91).

instituto<sup>558</sup>, por exemplo, a interpretação para avaliar o que é dano é "*ética, política e filosófica, antes de jurídica*"<sup>559</sup>. Da mesma forma, o elemento culpa do instituto, dentro do ordenamento jurídico, está muito mais enraizado em noções éticas e morais, do que noções jurídicas.<sup>560</sup>

Portanto, não ocorreu a total dissociação, mas sim um afastamento e ao ser distanciada da responsabilidade moral, a responsabilidade jurídica ficou atrelada ao prejuízo. Hans Jonas entende que a divisão entre a responsabilidade legal (aqui mencionada como responsabilidade jurídica) e a moral é que decorreu a diferenciação entre o direito civil e o direito penal, sendo que em ambos os casos a atuação do ofensor é que impõe a prestação de contas perante o Estado.<sup>561</sup>

Criada a responsabilidade jurídica, o passo seguinte foi então a divisão entre penal e civil. "O direito positivo passa a distinguir a pena (sanção pública) e o dano como reparação econômica da lesão súbita"<sup>562</sup>. A responsabilidade penal seria anterior, surge a responsabilidade civil após a noção e o progresso do individualismo.<sup>563</sup> Coube à

---

<sup>558</sup> "[...] puisqu'il est évidente qu'un arrangement de la responsabilité juridique qui ne serait pas en parfaite harmonie avec la morale de la société, vaudrait peu de chose et ne saurait sauvegarder l'ordre de la société." Tradução livre: "É evidente que a formação de uma responsabilidade jurídica que não estivesse em perfeita harmonia com a moral da sociedade, seria insuficiente e não poderia proteger uma sociedade." (MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Première partie, n.35).

<sup>559</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4.ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.21.

<sup>560</sup> MARTON, *op. cit.*, Première partie, n.36.

<sup>561</sup> "A diferença apontada entre a responsabilidade legal e a moral reflete-se na diferença entre o direito civil e o direito penal, em cujas evoluções divergentes dissociaram-se os conceitos inicialmente mesclados de compensação (como responsabilidade legal) e pena (pela culpa). Ambos têm em comum que a "responsabilidade" se refere a atos realizados, e que a responsabilização efetiva do autor é feita desde o exterior. O sentimento que eventualmente possa acompanhar o autor e com o qual ele assume internamente a responsabilidade (sentimento de culpa, remorso, aceitação do castigo, mas também orgulho obstinado) é tão retroativo quanto o dever de responder objetivamente pelos seus atos: e mesmo a antecipação das consequências ao iniciar o ato não serve como motivo para agir, mas como mecanismo de seleção, ou seja, como motivo para permitir ou suspender a execução do ato. Enfim, quanto menos se age, menor é a nossa responsabilidade, e, na ausência de um dever positivo, evitar a ação pode constituir uma recomendação da prudência. Em suma, entendida assim, a "responsabilidade" não fixa fins, mas é a imposição inteiramente formal de todo agir causal entre seres humanos, dos quais se pode exigir uma prestação de contas." (JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.166).

<sup>562</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.9.

<sup>563</sup> JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7.ed. Paris: Dalloz, 2007. p.8.

responsabilização civil os critérios patrimonialistas impostos pelos doutrinadores da modernidade.<sup>564</sup>

Assim, foi construída a responsabilidade relacionada com a existência do prejuízo e a culpa, calcada nos ideais burgueses<sup>565</sup>, com uma regulamentação sancionadora, para a lógica reparatória<sup>566</sup>. Através desta construção, ter-se-ia a noção de que responsável é aquele que ocasionou o dano, eis que poderia não ter adotado determinada conduta, mas o fez.<sup>567</sup> Uma responsabilidade civil como a resposta ao dano ocasionado e por isso com a noção de *respondere*, por ser uma resposta.

O instituto da responsabilidade civil da modernidade, com o embasamento e propósito de ser uma resposta para o ofensor, estava inserido na ideia de obrigação e de culpa<sup>568</sup>, uma resposta ao mau uso de sua liberdade<sup>569</sup>, eis que se todos os

<sup>564</sup> "[...] Reafirmamos, pois, que é quase o mesmo fundamento da responsabilidade civil e da responsabilidade penal. As condições que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar.[...] A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação); a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado; sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação. [...] todo ilícito representa sempre uma voluntária rebelião contra a lei. Todo ilícito põe de relevo a discórdia entre a vontade do particular imputável e a vontade geral objetivada na lei penal. A coação civil e a ação penal inspiram-se no interesse geral, e dirigem-se, segundo ele, contra os fatos antijurídicos. A reação penal, de tom mais enérgico, tem caráter subsidiário." (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.19-20).

<sup>565</sup> Afirma Giselda Hironaka que "No caso da concepção contemporânea da responsabilidade civil baseada em especial na ideia de culpa, ela é, em seus fundamentos, resultante de uma concepção de normalidade civil – extremamente atrelada à ideia de propriedade, e por isso carecedora de um ideal geral de compensação por perdas e danos -, assim concebida não pelo pensamento político ou jurídico, originalmente incumbido das questões da liberdade e da ética, mas pela tradição moral burguesa do século XVIII." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.23-24).

<sup>566</sup> É neste sentido que afirma Giselda Hironaka: "O conceito de responsabilidade civil é especialmente uma criação da doutrina civilista do século XIX, que se atribui a tarefa de explicar de forma consistente os motivos para a obrigatoriedade da reparação. Não por acaso, o termo responsabilidade é posterior à concepção jurídica e prática daquilo a que se daria o nome de responsabilidade: ele é produto de um trabalho doutrinário de explicação do direito que fizesse frente às concepções não-jurídicas de responsabilidade e que demonstrasse a racionalidade propriamente contemporânea da obrigatoriedade da reparação." (*Ibid.*, p.73).

<sup>567</sup> "[...] Ora, conceber que alguém é responsável por um dano significa conceber, também, que esse alguém é culpado exatamente pelo fato de não ter escolhido evitar o dano. Uma escolha, enfim, que de certa forma remete à ideia de livre-arbítrio, tão rica em qualquer concepção moral: alguém é culpado por não ter escolhido o bom caminho." (*Ibid.*, p.87).

<sup>568</sup> No presente estudo, faz-se um recorte temporal, a partir do qual é analisada a conduta culposa a partir das legislações modernas. Todavia, é possível verificar que a criação da responsabilidade calcada na culpa tem sua fundamentação no direito romano: "A teoria clássica da culpa, que é a armadura da responsabilidade civil extracontratual das legislações modernas, recebeu do direito

homens são livres, devem agir de forma cônica com o objetivo de não ofender os direitos do outro. Embebidos pelas noções da voluntariedade, de que " [...] todo ilícito representa sempre uma voluntária rebelião contra a lei"<sup>570</sup>, os legisladores não imaginavam como responsabilizar um indivíduo sem atrelar o dano ocasionado à racionalidade do ofensor. Assim, que o doutrinador Domat desenvolveu a teoria da responsabilidade civil, no século XVII, que inspirou a codificação civil francesa<sup>571</sup> e a teoria do instituto nos países ocidentais (o que demonstra a relevância da doutrina daquele país à época para os demais países, especialmente que seguem o sistema da *civil law*, tal como o Brasil).

De fato, dentro da lógica reparatória as demais funções estariam relacionadas e relegadas ao Direito penal, não podendo ser abrangidas pelo Direito Civil e, conseqüentemente, ao instituto da responsabilidade civil. Portanto, a separação exata e drástica da responsabilidade civil e a responsabilidade penal surge com os doutrinadores franceses da codificação,

---

justinianeou a *culpa in abstracto*, da qual nasceu o princípio genérico daquela responsabilidade, cristalizado no preceito do art. 1.382 do CC de Napoleão."

[...]

"É incontestável, entretanto, que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a idéia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido." (LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Revisão de Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.19 e 26).

<sup>569</sup> "[...] A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a ser noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.12).

<sup>570</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1. p.20

<sup>571</sup> JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7.ed. Paris: Dalloz, 2007. p.9.

[...] a separação não era devida a qualquer esforço de cientificidade ou sistematização, mas, sim, à rígida divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, entre a liberdade do cidadão quanto à circulação dos bens e sua posição frente ao poder estatal – separação esta de fundamental importância para assegurar a plena autonomia na sociedade burguesa.<sup>572</sup>

Foi nesta consciência que houve a separação entre pena e indenização.<sup>573</sup> O desenvolvimento da responsabilidade penal e civil adotaram caminhos diferentes e dentro da realidade que estavam inseridos, um maior patrimonialismo influenciou a segunda.

Para o tema da responsabilidade civil é importante compreender os reflexos da distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, dentro da lógica da sua formação. Eis que o objetivo era criar uma responsabilidade distinta da ideia e pressupostos da responsabilidade penal. E várias são as distinções que podem ser verificadas, especialmente, porque a primeira versa sobre caráter patrimonial, enquanto a segunda incide sobre a liberdade do ofensor. Ademais, por se tratar de um caráter patrimonial, há a possibilidade do responsável pelo pagamento não ser exatamente o mesmo responsável pelo dano.

É sabido que a distinção entre Público e Privado foi relativizada diante da constitucionalização do direito, mencionado no primeiro capítulo, assim como as classificações estanques, e como isso reflete para a responsabilidade civil e a responsabilidade penal? As noções de ilícito estão cada vez mais próximas, pois ambas pressupõe um comportamento antijurídico<sup>574</sup>, no sentido de contrário ao ordenamento jurídico, não obstante a sua efetividade se tornem diferentes.

Para a proteção máxima da vítima, uma ampliação e maior abrangência do objeto deste instituto aproxima as duas responsabilidades antes separadas para atender os interesses burgueses.

As novas funções da responsabilidade civil demonstram que permanecer estudando a responsabilidade civil apenas pelo olhar da reparação é entender que o

---

<sup>572</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.201.

<sup>573</sup> *Ibid.*, p.202.

<sup>574</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.116.

direito civil nada mais é do que um mero equilíbrio patrimonial.<sup>575</sup> E, hoje, sem o caráter preventivo de outrora, eis que o receio do pagamento da indenização sequer existe, pois o autor do dano poderia inserir em seu negócio o prejuízo sofrido com o pagamento e com isso, permanecer auferindo os mesmos lucros que obtinha anteriormente.<sup>576</sup> E neste ponto, é preciso trazer esta interpretação para a contemporaneidade, eis que efetivamente o pagamento do dano é inserido no custo, sem olvidar no fenômeno da securitização, que fará com que o ofensor apenas acione o terceiro para efetuar o pagamento do dano.

A aplicação das novas funções e até mesmo do que ora se pretende que é uma efetiva responsabilidade civil sem dano tem dentre as críticas principais, o fato de que a prevenção seria uma função do Direito penal e não do Direito civil. O objetivo é verificar se tal afirmativa é verídica diante das teorias da garantia e do desestímulo que devem primar o instituto atual.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, no momento que vive o Brasil, não haveria razão para manter a rigorosa divisão entre o direito civil e o direito penal<sup>577</sup>,

---

<sup>575</sup> Nas palavras de Boris Starck: "*Si les auteurs de droit civil ne semblent pas préoccupés par la question de la prévention des dommages, c'est que pour eux, le droit civil est purement statique, confine dans une mission d'équilibre des patrimoines.*" Tradução livre: "Se os autores do direito civil não parecem preocupados com a prevenção de danos é que, para eles, o direito civil é puramente estático, preso na missão de equilibrar os patrimônios." (STARCK, Boris. **Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée.** Paris: L. Rodstein, 1947. p.356).

<sup>576</sup> *Ibid.*, p.357.

<sup>577</sup> Nas palavras do ilustre doutrinador: "O momento que estamos vivendo, especialmente no Brasil, de profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica, deveria levar todos os juristas, independentemente do seu campo de atuação, a refletir e procurar soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções – atos ilícitos, na linguagem civilista. Segue-se daí que a tradicional separação entre direito civil e direito penal, ficando o primeiro com a questão da reparação e o último com a questão da punição, merece ser repensada. Do nosso lado, o lado civilista, cumpre lembrar, antes mais nada, que **não é verdade** que o direito civil não puna. Em várias situações, o próprio Código Civil emprega até mesmo a palavra 'pena'. Assim, exemplificativamente, após prever que o herdeiro que sonega bens da herança perde o direito que sobre eles tinha (art. 1.992), determina (art. 1.993): '**além da pena cominada** no artigo antecedente, se o sonegador etc. etc.'. Nos artigos 939 e 940, o Código prescreve que o credor ganancioso que cobra o devedor antes do vencimento da dívida ou demanda por dívida já paga sofre sanções patrimoniais e, no artigo 941, determina: 'as penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão etc. etc.'" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 2009. p.378-379).

devendo existir no Direito Civil punições e a própria palavra pena prevista e disposta em dispositivos legais do Código Civil.<sup>578</sup>

Dentro da noção de pena, como uma sanção, não se pode deixar de citar o entendimento defendido em França por Boris Starck nas primeiras décadas do século XX. O autor defendeu que não era preciso alterar as noções de Direito Civil e Direito Penal, mas compreender que a noção de repressão e prevenção que foram atribuídas como de exclusividade das noções penalistas não são satisfeitas por este Direito diante das necessidades da vida social.<sup>579</sup>

Em verdade, para Boris Stark, as noções de Direito penal e especialmente dos seus princípios, tais como o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, apresentam uma interpretação restritiva para as condutas que possam ser por ele reprovadas e de forma a prever o desenvolvimento do instituto, o autor afirmou que haveria uma aceitação e uma construção de uma responsabilidade que estivesse mais próxima das noções penalistas que lhe foram retiradas e agora lhe eram negadas.<sup>580</sup>

Com o objetivo de proteger a vítima, o autor elaborou uma teoria da garantia e da pena privada, que não obstante seja da primeira metade do século XX, tem grande importância para o estudo a que se ora se propõe.

Boris Starck, a partir da tese de doutoramento de Louis Huguene<sup>581</sup>, estudou a pena privada dentro da responsabilidade civil. Não obstante as críticas sobre esta

---

<sup>578</sup> Neste sentido, Antonio Junqueira de Azevedo (Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009).

<sup>579</sup> STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947. p.358.

<sup>580</sup> Com efeito, afirma Boris Starck sobre a jurisprudência: "[...] *Pierre par Pierre, lambeau après lambeau, elle restitua à la responsabilité civile son revêtement pénal: patiemment, tranquillement, superbement indifférent aux protestations de toute la doctrine, elle reconstitua sous les yeux étonnés des juristes la théorie de la peine privée.*" Tradução livre: "Pedra por pedra, pedaço por pedaço, ela restitui à responsabilidade civil os elementos penais: pacientemente, tranquilamente, soberbamente indiferente aos protestos da doutrina, ela reconstrói diante dos olhos atônitos dos juristas a teoria da pena privada." (*Ibid*, p.359).

<sup>581</sup> Louis Huguene<sup>581</sup> teria, então, sido o pioneiro, em seu ensaio sobre a pena privada no direito contemporâneo de 1904. Não obstante a maior divulgação e acesso ao livro de Boris Starck. As ideias iniciais foram mantidas adormecidas por tanto tempo, porque "[...] havia um claro esforço em discriminar as finalidades do direito penal e do direito civil. A função penalista seria a de prevenir e punir condutas ilícitas, censurando a conduta antijurídica do agente; já o direito privado teria o foco na reparação do dano sofrido pela vítima. Ademais, indagar da função punitiva da responsabilidade civil em uma época em que se assiste à objetivação da responsabilidade e à socialização do dano, sendo maior a preocupação com o ressarcimento do lesado e, colocando-se em um plano secundário a responsabilização do lesante, poderia parecer um anacronismo ou uma ideia

teoria, "[...] ela tem o condão de ser a moldura para um novo e moderno conceito do direito da responsabilidade civil"<sup>582</sup>.

Starck analisou a teoria da responsabilidade civil sob dois pontos de vista, um seria a garantia e o outro a pena privada. Na noção de pena privada, a partir do sentimento de vingança gerado na vítima de um dano, cuja reação seria o desejo inserido em uma consciência coletiva. E a partir desta noção, entendeu que haveria a necessidade de prevenção, utilizando o ditado de que "*Prevenir vaut mieux que guérir*"<sup>583</sup>. Isto porque, não haveria a real reparação da vítima quando da ocorrência de um dano, mas sim um mero cálculo aproximado do prejuízo sofrido. Também, a responsabilidade civil deve ter um pensamento voltado para a preocupação com uma coletividade, se uma pessoa sofreu um dano, a coletividade poderá arcar com esse dano preocupando-se com a vítima e a vítima pode servir de exemplo para a coletividade que poderá ser lesada no futuro. Por isso, há a necessidade de uma prevenção, para que a sociedade como um todo não tenha vítimas.

Para um sistema efetivo de prevenção, a vítima não é o foco da preocupação quando de sua aplicabilidade, mas sim o autor do dano e por isso, Starck propõe o retorno da análise do pressuposto da culpa e de noções que teriam sido esquecidas e relegadas para a responsabilidade penal. Para ele, "Um sistema de responsabilidade que proclama que a constatação ou apreciação da culpa do transgressor é inútil ou indiferente é um sistema que compromete a função preventiva do Direito"<sup>584</sup>.

A noção da pena privada é apresentada como uma característica que deve estar presente no instituto e que vem assombrando os doutrinadores da contemporaneidade que a ela se opõem. Contudo, "A pena privada não é um sobrevivente, um fantasma do passado, mas uma das forças vivas da responsabilidade

---

retrógrada". (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p.12)

<sup>582</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.146.

<sup>583</sup> Tradução livre: "prevenir é melhor do que remediar".

<sup>584</sup> Tradução livre. "[...] *Un système de responsabilité qui proclame que la constatation ou l'appréciation de la faute de l'auteur du dommage est inutile ou indifférente, c'est un système qui compromet irrémédiablement la fonction préventive du Droit.*" (STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947. p.356).

civil"<sup>585</sup> Se o Direito civil é um direito de restituição, teria sua responsabilidade fundamentada de forma diversa da penal. As noções de ilicitude são diversas, para o direito penal o objetivo é punir o autor do delito, enquanto o direito civil tem como objetivo reparar o prejuízo causado.

Diante de tal distinção, a análise é se o dano foi ou não causado por aquele a quem se atribui o dever de reparar, independentemente do grau de culpa (a culpa entendida em seu sentido amplo).<sup>586</sup> Portanto, tratar-se-ia da análise do nexo de imputação (dentro das classificações de pressupostos da responsabilidade por danos<sup>587</sup>) e o nexo de causalidade, não simplesmente de análise de culpa. E conseqüentemente, poderia ser analisada a pena privada.

As críticas para com a pena privada, assinaladas por Starck são: (i) a relação com a ideia bárbara de vingança; (ii) a contrariedade para com o fenômeno da objetivação; (iii) a separação entre o direito civil e o direito penal e (iv) a pena privada poderia ocasionar o enriquecimento indevido da vítima.<sup>588</sup>

Quanto à primeira crítica [relação com a ideia bárbara de vingança], o autor argumenta que, não obstante a rejeição de penas e afastamento da culpa, a função preventiva do direito civil embasa uma repressão sancionatória diferente da mera vingança privada, por estar embasada não apenas em sentimentos morais ou

---

<sup>585</sup> Tradução livre. "[...] *La peine privée n'est pas une survivance, un fantôme du passé, mais l'une des forces vives de la responsabilité civile.*" (STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée.** Paris: L. Rodstein, 1947. p.359).

<sup>586</sup> *Ibid.*, p.369-371.

<sup>587</sup> A partir da noção de uma responsabilidade sem culpa (a responsabilidade objetiva) e a necessidade de reparação dos danos, Fernando Noronha apresenta como novos pressupostos da responsabilidade civil (em contraposição aos pressupostos da conduta culposa, do dano e do nexo causal), a antijuridicidade, o nexo de imputação, o dano, o nexo de causalidade e o cabimento no âmbito de proteção da norma. E o nexo de imputação é definido como "[...] o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra. Em regra, o fundamento de tal imputação é uma *atuação culposa*: a violação do direito (antijuridicidade) é imputada ao agente a título de dolo ou culpa (ato ilícito: cf., art. 159). Nestes casos, diz-se que a responsabilidade é *subjetiva*. Noutros casos, muito numerosos mais sempre de natureza excepcional, o fundamento da imputação é diverso, é uma ideia de risco criado: quem exerce atividades que podem pôr em perigo pessoas e bens alheios, da mesma forma que aúfere os benefícios daí resultantes, também deve suportar os prejuízos, independentemente de ter ou não agido com culpa.[...]" (NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, v.64, p.19-20, 1993).

<sup>588</sup> STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée.** Paris: L. Rodstein, 1947. p.371-387.

desarrazoados, seria a imputação do efeito ofensor, para evitar inclusive ações de autotutela.

No tocante a crítica referente ao fenômeno da objetivação, Starck argumenta e fundamenta a função da responsabilidade não apenas como garantia do dano, mas também a importância da sua função preventiva e repressiva<sup>589</sup>, o que assim, justificaria a análise da ação do autor do dano e, conseqüentemente, de uma sanção quando este agisse em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Para a separação entre o direito civil e o direito penal, sem olvidar as diferenças existentes e que embasam as próprias noções de cada um dos ramos do direito, o autor argumenta que função preventiva restrita apenas ao direito penal não poderia mais se sustentar. Seriam prevenções com ações diversas. Enquanto a repressão penal possui restrições legais (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e tem fundamentações na proteção coletiva, a repressão civil teria fundamentação legal mais flexível, podendo ser utilizada a analogia para sua aplicação e a sua fundamentação é individual. O objetivo é reprimir a ocorrência do dano ao indivíduo que foi lesado. Portanto, seriam complementares para a proteção integral das pessoas.

A oposição do direito penal e do direito civil é puramente empírica, contingente. Ela varia de acordo com os costumes, os sistemas políticos, as instituições econômicas. Muitos dos delitos que outrora foram sancionados penalmente não são hoje sancionados por outro direito que não o direito civil e vice-versa. O fato danoso, ontem desconhecido pelas leis criminais, é hoje objeto de uma incriminação. Apenas uma coisa resta destas vicissitudes acima citadas: a necessidade de uma política de prevenção de danos devidos à falta humana. Para isso, o direito penal e o direito civil combinarão os esforços, cada um por seus próprios métodos e contribuirão, por partes variáveis sem dúvida, mas sempre complementares um ao outro.<sup>590</sup>

---

<sup>589</sup> "Le mouvement de flux et de reflux de la pénalité en droit privé nous décrit le cheminement de la pensée juridique; il représente l'effort de l'analyse en vue de dissocier dans le droit sanctionnateur en general; et dans la responsabilité en particulier, ces deux fonctions distinctes de garantie et de prévention. Au début, tout était confondu, la composition tenait lieu de réparation et de peine" (STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947. p.378) Tradução livre: O movimento de fluxo e refluxo da penalidade no direito privado nos descreve o caminho do pensamento jurídico; ele representa o esforço da análise para dissociar o direito sancionatório e o direito geral; e dentro da responsabilidade em particular, as duas funções distintas da garantia e a prevenção. No início, tudo estava confundido, a composição tomou o lugar de reparação e de pena.

<sup>590</sup> Tradução livre. "[...] L'opposition du droit pénal et du droit civil est purement empirique, contingente. Elle varie suivant les moeurs, les systèmes politiques, les institutions économiques. Beaucoup de délits autrefois sanctionnés pénalement ne sont aujourd'hui sanctionnés que par le droit civil et

E no que se refere à quarta crítica acima apontada, resgata Starck a teoria da indenização graduada de acordo com o grau de culpa e não somente o dano causado. Eis que neste sentido, haveria a reparação integral pelo dano e o aumento da indenização diante do grau de culpa do ofensor. Sendo, assim, uma complementação da indenização, afastando a ideia de enriquecimento ilícito.

Em verdade, a tese de Boris Starck é fundamentada em dois pontos, a responsabilidade baseada na culpa para análise da prevenção e a responsabilidade advinda da objetivação que trata da garantia da vítima que obterá a reparação do dano. Desta conclusão, o autor retira a noção de pena privada, parte que é extremamente criticada doutrinariamente. Falar em pena privada é dispor não apenas sobre um retorno para a análise da culpa, eis que a referência (o ponto de partida) é ao autor do ilícito, enquanto a reparação diz respeito à vítima que será reparada, mas, especialmente, tentar construir um ilícito diverso do ilícito penal.<sup>591</sup>

Esta teoria tem sua utilidade, especialmente, quando se trata da reparação do dano extrapatrimonial<sup>592</sup> e, atualmente, para a análise da responsabilidade civil sem dano. Por dispor sobre a prevenção. A pena do direito penal e a reparação do direito

---

inversement. Telle faute dommageable, hier inconnue par le lois criminelles, fait aujourd'hui l'objet d'une incrimination. Une seule chose reste au-dessus de ces vicissitudes: la necessite d'une politique de prevention des dommages dus à la faute de l'homme. Dans ce but, le droit pénal et le droit civil conjugueront leurs efforts, chacun par ses propres methods y contribuera, pour des parts variables, sans doute, mais toujours complémentaires l'une de l'autre". (STARCK, Boris. **Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947. p.384)

<sup>591</sup> "Em termos prospectivos, de uma responsabilidade monolítica, unicamente voltada ao evento, o direito privado passará a agasalhar uma responsabilidade afirmada pela própria conduta: a antijuridicidade será expressa em função de um comportamento, por si só, e não mais em função dos efeitos dele decorrentes. Lateralmente a um ilícito neutralizador de danos, coloca-se um ilícito estranho ao direito penal, porém igualmente punível. Em última análise, surge uma concepção articulada de ilícito civil, tanto em termos estruturais como finalísticos, nos quais o momento ressarcitório ou aquele marcadamente dissuasivo poderão representar alternativamente os seus momentos constitutivos." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p.39).

<sup>592</sup> "[...] A teoria tornou-se, de fato, útil quando se percebeu a necessidade de buscar fundamentos com maior poder de adesão para fortalecer a idéia de reparação do dano moral, neutralizando o argumento moral que a afastava, pois que, não havendo como submeter a qualquer tipo de aferição em concreto a extensão do dano, o pagamento da quantia em dinheiro pelo ofensor poderia ter, pura e simplesmente, o caráter de sanção". (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.220).

civil possuem fundamentos muito próximos, pois ambas pretendem a defesa da ordem civil, mesmo que contenham em sua estrutura interna diferenças.<sup>593</sup>

Em defesa das penas civis, outro autor que é imprescindível citar é Nelson Rosenvald que apresenta em seu livro (resultado dos seus estudos de pós-doutoramento) a criação da pena civil. Sob o fundamento de que há um direito penal cada vez menos preocupado com a repressão e uma privatização da prevenção do ilícito, pensa uma pena civil.

Para tanto, classifica a pena em: negocial (a cláusula penal); legislativa (determinadas punições por comportamentos reprováveis) e judicial (quando fixada pelo Judiciário, como no caso das *astreintes*, fundamentadas no artigo 461, do CPC). O autor diferencia a pena privada e a pena civil. Seria exemplo da pena privada, a cláusula penal, a qual dispõe previamente sobre o dano e mesmo sem depender da sua extensão para aplicação, dele depende para sua efetividade. Por sua vez, a pena civil tem como objetivo prevenir e/ou punir, não fazendo, assim, referência a ocorrência do dano, exemplificando-se com o *punitive damages*.<sup>594</sup>

A pena civil teria como fato gerador a ilicitude e não o dano. A contrariedade ao direito decorrente de culpa grave ou dolo, cuja ofensa não seja individual, mas sim dirigida a uma coletividade.<sup>595</sup> Portanto, tratar-se-ia da realização de um dano social, decorrente de uma conduta racionalmente contrária ao direito. Desta feita, dentro da alterações da responsabilidade civil durante o século XX (estudados acima), a pena civil seria um retorno ao estudo da culpa do agente.<sup>596</sup> Diferentemente do que ocorre com a reparação, a qual pode ser arcada por terceiro, que não tenha realizado o ato, a pena civil não pode ser atribuída a terceiro, o que a aproxima da noção de direito penal, eis

---

<sup>593</sup> MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Deuxième partie, n. 109.)

<sup>594</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.39-48.

<sup>595</sup> É o que afirma o autor: "[...] A pena civil se presta a uma finalidade especial e localizada: identificar em todos os confins das relações humanas, condutas voluntárias e deliberadamente antijurídicas que simultaneamente violam interesses subjetivos privados e metaindividuais. Determinados comportamentos potencialmente lesivos a bens jurídicos imediatamente situados na órbita de um privado podem mediatamente golpear valores que o ordenamento jurídico reputa comuns a uma coletividade indeterminada de pessoas." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.50).

<sup>596</sup> "O retorno à culpa evidentemente não se postula na mesma base da ideologia oitocentista. [...] Naquilo que se deseja para o futuro, caberá à pena civil exercer o papel de preço pela culpa." (*Ibid.*, p.86).

que o objetivo é "[...] deter, inibir e desestimular aquele sujeito que violou deveres legais com comportamento particularmente grave"<sup>597</sup>.

Ainda, por se tratar de racionalidade, os menores ou pessoas jurídicas terão as penas civis analisadas utilizando de maneira análoga demais dispositivos legais do Código Civil. Assim, poderá ser imputada a pena civil ao relativamente incapaz, por interpretação extensiva do disposto no artigo 928, do Código Civil, bem como a pessoa jurídica, quando o ato tenha sido praticado por quem tem poderes de administração.

Como se está a falar em pena surge a dúvida acerca da necessidade ou não de uma previsão prévia, diante do que determina o princípio da reserva legal próprio do Direito penal. Para Nelson Rosenvald, haveria de existir a previsão prévia<sup>598</sup> e vai além, ao mencionar que em alguns casos tal previsão já existe na legislação civil brasileira, exemplificando através do disposto nos artigos 939 e 940, ambos do Código Civil, que tratam sobre a repetição do indébito<sup>599</sup>. A pena privada teria sua justificativa diante da necessidade de prevenir os danos em geral<sup>600</sup>, diversa da cláusula penal previamente pactuada.

---

<sup>597</sup> *Ibid.*, p.51.

<sup>598</sup> Isto porque, no entendimento do autor: "A pena civil é substancialmente uma pena criminal, apesar da sanção ser extracriminal. De fato, há a iniciativa privada para a produção de seus efeitos, mas a pena civil é em essência uma técnica de controle social que objetiva primariamente inibir e retribuir comportamentos reprováveis em vista da função de proteção de valores essenciais ao corpo social. O fato de um particular ser aquinhado com uma vantagem econômica por intermédio de uma sentença é apenas uma necessária transição a um objetivo último perseguido pelo ordenamento, qual seja: o de alinhar condutas humanas com o respeito a direitos fundamentais da coletividade. Ao determinar que determinado fato merece em determinadas condições ser sancionado como pena civil, o sistema jurídico reputa a gravidade de certo comportamento em si, pelo seu valor sintomático, independentemente do evento danoso e suas consequências. A sanção volta o seu olhar para o futuro, para o perigo social presumido de determinadas condutas ou atividades." (*Ibid.*, p.53).

<sup>599</sup> Os dispositivos legais preceituam que: "Artigo 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro."

"Artigo 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado, e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>600</sup> "A pena do ponto de vista de uma teoria preventiva, deve consistir na ameaça de um mal ou sofrimento maior do que o mal ou dano causado com a violação da norma; caso contrário não haveria a função intimidativa. Ao contrário, com as sanções ressarcitórias se igualam simplesmente dois danos. As sanções punitivas seriam então um sofrimento excedente à gravidade da violação (segundo obviamente uma escala de valores estabelecida pelo legislador) cuja aplicação se

A separação da pena e da reparação teve como fundamentação uma válvula propulsora, um objetivo político.<sup>601</sup> Algo que foi proposto e distinto de forma tão concludente no *civil law* não tem a mesma razão de ser no *common law*.

A pena privada, em verdade, nunca deixou de existir. A divisão entre pena e sanção não foi suficiente para separar duas figuras tão próximas e cuja análise conjunta se faz tão necessária. E hoje, mais do que nunca, a pena revela-se com a sua função privada quando se discute a compensação dos danos morais.<sup>602</sup>

Essa noção apresenta uma maior dificuldade doutrinária, mas dela é possível retirar algumas conclusões que a frente serão adotadas para a construção da responsabilidade preventiva.

Paralelamente a teoria defendida por Starck, acerca da pena civil, tem-se a teoria do desestímulo, através da qual a reparação deve ser em valor tanto "[...] de modo a conscientizar o ofensor de que não deve persistir no comportamento lesivo"<sup>603</sup>.

O desestímulo seria diferente, pois atingiria um comportamento futuro, enquanto a teoria da pena privada tem como objetivo punir um fato passado.<sup>604</sup> É uma forma de impedir a ocorrência do dano através da análise do custo benefício e por isso

---

direcionaria em face das violações que o direito considera preferencialmente perigosas." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.** São Paulo: Atlas, 2013. p.14).

<sup>601</sup> "Percebe-se como a progressiva distinção entre crime e delito, entre público e privado e entre pena e indenização decorreu muito mais de um anseio político de dominação estatal do que de um fundamento verdadeiramente técnico-jurídico." (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas.** Atlas: São Paulo, 2012. p.39).

<sup>602</sup> "Pena e indenização parecem se confundir e se misturar no âmbito do dano moral: eis o primeiro passo a fim de se reconhecer a dificuldade de que as sociedades romano-germânicas encontram, até hoje, para dissociar as duas ideias. Surgiram fusionadas nas sociedades primitivas, a sociedade foi progressivamente avocada pela autoridade estatal no Império romano, antes de ser novamente resgatada pelo Direito Privado, a fim de legitimar a compensação do dano moral." (*Ibid.*, p.48).

<sup>603</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil.** v.5, n.18, p.51, abr./jun. 2004.

<sup>604</sup> "[...] Observamos, sobre isso, que a pena tem em vista um **fato passado** enquanto que o valor de desestímulo tem em vista o **comportamento futuro**; há punição *versus* prevenção. [...] As diferenças entre verbas de punição e verbas de desestímulo se apresentam nas razões justificadoras (fatos passados e fatos futuros) e, em linha de princípio, também quando se põe a atenção nas pessoas visadas (pessoas físicas na punição e pessoas jurídicas na dissuasão)." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 2009. p.380).

para alguns doutrinadores a prevenção significa *deterrence*<sup>605</sup>, com a elaboração de leis a regulamentar a atividade industrial (uma responsabilidade social) e pelas regras de mercado, visando o bem-estar social. A nomenclatura em inglês é traduzida como deter ou impedir.<sup>606</sup> A teoria do desestímulo será melhor analisada separadamente ao se tratar das consequências da responsabilidade civil sem dano no próximo capítulo.

---

<sup>605</sup> Este vocábulo pode ser considerado como sinônimo de prevenção, conforme ensina Teresa Ancona Lopez: "O vocábulo *deterrence* tem sido usado no mundo moderno com o sinônimo de prevenção. Assim, *deterrence* no direito penal para evitar reincidência, ou seja, os mecanismos e condutas que a ciência penal tem que adotar para que a pena e o direito penal tenham 'efeito deterrente'. Da mesma forma, no direito internacional, o grande desafio são as medidas que tenham esse efeito de prevenção (*deterrence*) para, por exemplo, evitar eficazmente as ofensas aos direitos humanos ou mesmo a *deterrence* em energia nuclear.

Na responsabilidade civil, a *deterrence* também significa, de uma forma geral, prevenção de danos [...]" (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.84).

<sup>606</sup> Analisando o vocábulo em inglês, Teresa Ancona Lopez apresenta algumas explicações do vocábulo, afirmando que: "O vocábulo *deterrence* vem de 'deter', palavra inglesa que significa desencorajar ou parar por medo, prevenir a ação ou procedimento perigoso. Também, em inglês jurídico, significa prevenir, intimidar, dissuadir. Em português, o verbo deter, ou seja, fazer parar, tem basicamente o mesmo significado que em inglês. O vocábulo 'deter' vem do verbo latino *deterreo, ere*, que tem como tradução desviar, afastar, dissuadir, desencorajar. Diferentemente, a palavra deter na língua portuguesa vem de *detinere*, que significa deter, segurar, prender, colocar no cárcere, com derivações para detento e detentor." (*Id.*).

**PARTE 3**  
**POR UM NOVO MÉTODO: A CONSTRUÇÃO DE UMA LÓGICA INIBITÓRIA**  
**DESVINCULADA DA LÓGICA REPARATÓRIA**

## 6 A RESPONSABILIDADE CIVIL PROSPECTIVA DENTRO DA LÓGICA INIBITÓRIA

O pensar antes da ocorrência do dano; o perceber que não haverá como reparar certas lesões; a preocupação em como afastar a ameaça são alguns dos pensamentos atuais que permeiam os desejos sociais e afetam o pensamento jurídico. A prevenção como fundamento da responsabilidade civil<sup>607</sup>, justifica o fato de que a pretensão precípua a reparação ou até mesmo a atual noção punitiva não são os objetivos que devem embasar o instituto. Essas só devem ocorrer quando e se houver o dano.

A prevenção não é uma função que deve ser analisada em paralelo a reparação. Prevenir é o fundamento<sup>608</sup> da responsabilidade civil. É o que fez com que ela fosse estruturada para a reparação e que, no momento, faz com que ela seja estruturada para o futuro. Se a reparação foi uma escolha<sup>609</sup>, porque parecia naquele momento justificar a pretensão de evitar a ocorrência do dano, agora não o é e por isso, a necessária alteração desta visão.

Diante da noção de um cuidado, não apenas revestido pela responsabilidade objetiva<sup>610</sup> ou o risco integral<sup>611</sup>, a noção contemporânea é a de que "[...] a potencial

---

<sup>607</sup> MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Deuxième partie, n.105).

<sup>608</sup> BACH, Louis. Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français. **Revue trimestrielle de Droit civil**, Paris, v.75, p.20, 1977.

<sup>609</sup> Para Marton, uma escolha fundamentada na utilidade, eis que seria fácil de aplicar e alcançaria a pretensão da prevenção. (MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Deuxième partie, n.108).

<sup>610</sup> Para Thais Venturi a objetivação da responsabilidade tem "[...] destacada função inibitória, sua implementação deveria ser estendida, sobretudo, para a especial proteção dos direitos fundamentais, tais como os inerentes aos direitos de personalidade e aos direitos ou interesses de índole transindividual [...]". (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p.313).

<sup>611</sup> A noção do risco integral é a possibilidade de condenar automaticamente a parte sem a necessidade de análise dos demais pressupostos. Aplica-se a teoria para que o dano seja reparado, independente da ocorrência de excludentes de responsabilidade civil (culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou força maior). "A responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral confere maior efetividade ao princípio do *alterum non laedere*, porquanto não é dado lesar outrem em qualquer circunstância." (BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.86).

lesão a um interesse tutelado deve ser objeto de controle, tanto quanto a lesão em si"<sup>612</sup>. A proteção da prevenção resta fundamentada no fato de que uma ação preparatória que ameace o direito de outrem é tutelada pelo direito<sup>613</sup> e conseqüentemente, o direito deve se estruturar de forma a responder a essa ameaça. Assim, antecipar é vital, como afirma Catherine Thibierge, uma questão de sobrevivência.<sup>614</sup>

A resposta é pelo instituto da responsabilidade civil, através do qual há a noção de imputar a alguém uma consequência pelo descumprimento de um dever prévio. O dever de cuidado de um lado e o direito de prevenção de outro. Teresa Ancona Lopez entende que a prevenção e a precaução devem ser analisados como princípios. Princípios esses que estão inseridos no instituto da responsabilidade civil, em razão da sociedade atual, com riscos nunca antes imaginados.<sup>615</sup> O princípio é

---

<sup>612</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.227.

<sup>613</sup> Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni: "Afirmou-se, em uma doutrina elaborada há bastante tempo, que a 'ação' (física), em alguns casos, pode não resultar em um evento danoso; lembrou-se, ainda, que podem ser praticados atos preparatórios voltados a uma finalidade sem que a ação seja praticada e que, também, uma ação pode ser apenas anunciada como um propósito, sem que qualquer ato seja praticado. Muito embora não verificado o dano ou mesmo praticada a ação, entendeu-se que a prática da ação, dos atos preparatórios ou o simples anúncio da ação como conteúdo de um propósito, não poderiam deixar de ter significado. Foi aí que surgiu a distinção, realizada no interior da categoria da ilicitude civil, entre o 'ilícito de perigo' e o 'ilícito de lesão'." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.40).

<sup>614</sup> "[...] *Et parfois prevenir, anticiper, c'est vital, c'est-à-dire de l'ordre de la survie.*" (THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.581, jul./set. 1999). Tradução livre: E às vezes, prevenir, antecipar, é vital, ou seja, uma questão de sobrevivência.

<sup>615</sup> É o que afirma a Teresa Ancona Lopes: "Pensamos que já fazem parte da responsabilidade civil, porque estamos assistindo a um enfraquecimento da responsabilidade civil tradicional por vários motivos: 1 - Porque nem a teoria do risco da atividade levada ao seu extremo com a adoção do 'risco integral' consegue fazer frente aos novos e incertos riscos desta 'nova modernidade'. 2 - Tendo em vista a imprevisibilidade da extensão e a gravidade dos danos que podem existir nesta sociedade, podemos ter um seguro total e instituído cobrindo todo e qualquer dano, seja anônimo seja conhecido. Esse seguro seria estatal e os numerários para as indenizações viriam dos 'Fundos de garantia' (públicos), já existentes em parte em vários países da Europa como Alemanha, França e Itália. Nesses casos tanto faz o autor do dano. O importante é ressarcir as vítimas. A responsabilidade civil é substituída pelo Seguro Social dos Fundos Públicos. É a indenização sem responsabilidade. 3 - Finalmente, ao mesmo tempo as empresas e os particulares poderão fazer seus seguros de danos, mas as companhias seguradoras somente poderão negociar seguros para acidentes que tenham a probabilidade prevista para poder avaliar os prêmios e as indenizações. Os novos riscos poderão não ser cobertos pois são frutos da incerteza, o que leva a não se conseguir avaliar seu tamanho. Na tragédia das Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001, houve um impasso com as seguradoras e foram feitos muito acordos. Isso vai fazer surgir o princípio da precaução." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.48-49).

norteador do direito, não há a regra de subsunção e por isso, funcionaria como mero guia para aplicação jurídica.<sup>616</sup>

Para Marton não era apenas um princípio, mas os primeiro dentre os princípios da responsabilidade civil.<sup>617</sup> E a partir desta premissa, "O direito à prevenção não pode ser considerado um acessório do direito à reparação do dano"<sup>618</sup>. Manter o instituto como mera função reparatória, negando a efetividade da prevenção é permanecer no modelo "[...] bárbaro de vingança criticado pelos irmãos Mazeaud"<sup>619</sup>. De forma mais incisiva, Starck afirma que a importância da prevenção é tamanha que ignorá-la é retirar do sistema positivo o seu valor.<sup>620</sup> Devendo, assim, ser inserida dentro do âmbito da responsabilidade.

Para pensar essa responsabilidade civil que tem os seus olhares para o futuro, deve ser pensando qual é o seu objeto. E é isso que se pretende estudar nas próximas linhas, a partir da compreensão do que está em análise e quais são os seus limites.

---

<sup>616</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2.ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.36.

<sup>617</sup> MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Deuxième partie, n. 113.

<sup>618</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.66.

<sup>619</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.125.

<sup>620</sup> "Au contraire, la nécessité de la prévention, la primauté de la prévention, s'impose avec une telle évidence qu'un système juridique qui l'ignorait serait dépourvu de valeur positive." Tradução livre: "Pelo contrário, a necessidade de prevenção, a importância de prevenir, se impõe com tamanha evidência que o sistema jurídico que ignorar perderá seu valor." (STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947. p.355).

## 6.1 POR QUE RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO?

A presente tese foi denominada como "responsabilidade civil sem dano". Responsabilidade civil como verificado nos capítulos anteriores, porque este é o instituto que fundamenta a resposta ao comportamento antijurídico e tem como função cuidar da pessoa de uma forma geral. Como contemporaneamente há o dever jurídico do cuidado o seu descumprimento ensejará uma resposta jurídica, que é embasada por este instituto. Mas, por que sem dano?

O vocábulo dano é extremamente importante para o instituto da responsabilidade civil, mas não só a sua ocorrência, também o impedimento que ele ocorra. O fato de se ter optado pela denominação de responsabilidade civil sem dano para a presente tese não significa que este não é um pressuposto de grande importância para o instituto. Pelo contrário, guarda a supremacia deste pressuposto, porque o objetivo primordial é evitar a sua ocorrência.

A opção por esta nomenclatura tem duas justificativas cruciais. A primeira, para demonstrar que o instituto tem uma nova estrutura. Ler "responsabilidade civil" e pensar apenas em reparação não é a interpretação correta. Por isso, a nomenclatura "responsabilidade civil sem dano", para que seja destacado o fato de que o instituto não é somente reparação, ele pode ser estruturado (e deve ser) sem a ocorrência do dano. Para que se tenha esta noção incluiu-se ao nome do instituto o "sem dano", que provoca a interpretação, quando não realizada automaticamente, de que o significado deste instituto não é para a proteção meramente patrimonialista e com vistas ao passado, mas sim uma proteção estruturada em medidas jurídicas que vão além da obrigação de reparar e pode ser virada para o futuro.

Portanto, "a responsabilidade civil sem dano" é adotada nesta tese com o objetivo de confrontar a noção de responsabilidade civil como mera forma de reparação do dano. Sentido este que dominou durante a responsabilização patrimonialista, mas já não mais condiz com a noção preventiva. Diante do pensamento de uma

responsabilidade civil preventiva a nomenclatura sem dano diz respeito ao fato de não ter ocorrido a lesão fática e jurídica.<sup>621</sup>

A provocativa interpretação deste instituto neste viés tão preventivo que pode ser estruturado mesmo sem a ocorrência da lesão é possível quando pensado o instituto a partir do dever jurídico descumprido e se este dever for o dever de cuidado. A partir do momento que é admitida a possibilidade de dispor sobre um dever jurídico de cuidado, a ameaça passa a ser um interesse juridicamente relevante. Com isso, é possível pensar uma resposta antes da ocorrência do dano.<sup>622</sup>

A segunda justificativa crucial para a adoção do "sem dano" está na conceituação do que é objeto desta responsabilidade civil prospectiva. A ameaça não é dano. O risco não é dano. A provável lesão não é dano. Mas, então o que será considerado como dano?

Para compreender o que é dano, parte-se da doutrina de Clóvis de Couto e Silva, para quem este pressuposto será entendido por duas noções. A noção física e a noção jurídica.<sup>623</sup> Dentro da noção física, o dano será analisado de forma fática, ou seja, quais são as consequências fáticas que foram ocasionadas para uma pessoa, uma coisa, uma atividade ou uma situação. Na noção jurídica, será analisado o que o direito considera relevante (a relevância por aquilo que é por ele disciplinado)<sup>624</sup>, ou

---

<sup>621</sup> "Em cada época há certas palavras às quais se vincula mais intimamente o espírito objetivo de uma sociedade. Isso se torna perceptível não apenas pelo uso frequente dessas palavras na comunicação cotidiana, mas especialmente porque seu uso não provoca qualquer objeção, nem ao menos a pergunta sobre quem ou o que é referido. Atualmente, o conceito de 'responsabilidade' parece desempenhar esse papel." (GÜNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. Tradução de Flavia Portella Püschel. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Responsabilização na sociedade civil: teoria da responsabilidade: no Estado Democrático de Direito**. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1).

<sup>622</sup> TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile**. Paris: L'Harmattan, 2008. p.539.

<sup>623</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.p.219.

<sup>624</sup> A definição do que será disciplinado é realizada pelo que se considera como relevante o suficiente para constar em um suporte fático da norma. O vocábulo suporte fático diz respeito ao enunciado da norma jurídica. Para melhor compreensão destacam-se algumas noções de teoria geral do direito, eis que "Quando aludimos a suporte fático estamos fazendo referência a algo (=fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. *Suporte fático*, assim é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (=ocorram) no mundo os seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, poder-se-á falar em conceitos jurídicos" (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.43).

seja, a repercussão do que ocorreu e atingiu a esfera patrimonial ou extrapatrimonial de alguém.

Esta mesma distinção é adotada pela doutrina francesa ao fundamentar a prevenção dentro do instituto da responsabilidade civil. Daphné Tapinos denomina o que é considerado como dano fático o "*dommage*" e o dano jurídico o "*préjudice*"<sup>625</sup>. O *dommage* será a repercussão material ocorrida faticamente, enquanto o *préjudice* diz respeito aos direitos considerados relevantes para o ordenamento jurídico e que tenham sido atingidos, tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais.

Para a presente tese, a partir das duas noções de dano (Clóvis de Couto e Silva e Daphné Tapinos) apresenta-se uma nova divisão, na qual o dano será considerado como o resultado da *lesão fática* (relativa ao que ocorreu, mas não lesou direitos subjetivos) e da *lesão jurídica* (referente a repercussão aos direitos subjetivos).

*Como não lesaram, as situações fáticas não adentram o dano jurídico e por isso, enquanto não atingir situações consideradas como relevantes não se trata de dano, juridicamente considerado.* Por isso, as situações fáticas, dizem respeito a circunstâncias que não podem ser consideradas como danos jurídicos e assim definidas nesta tese como "sem dano"<sup>626</sup>. Portanto, o "*sem dano*" *abrange todas as situações fáticas ocorridas que possam ser consideradas relevantes e ameacem o direito de outrem*, ainda que não tenha ocorrido a efetiva lesão jurídica e seja meramente uma ameaça. É uma ação prévia, antes que o direito seja atingido. Por isso, uma responsabilidade preventiva<sup>627</sup> ou "sem dano" como aqui denominado.

---

<sup>625</sup> TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008. p.542.

<sup>626</sup> O fenômeno fático que não adentre o mundo jurídico como fenômeno jurídico não será considerado como dano. (DE CUPIS, Adriano. **El daño**: teoría general de la responsabilidad civil. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1975. p.81).

<sup>627</sup> Nas palavras de Daphné Tapinos: "[...] *Autrement dit, la distinction du dommage et du préjudice pourrait de permettre de traduire, sur le plan sémantique, l'idée caractéristique de la notion de responsabilité préventive, d'un droit à réparation fondé sur la lésion d'un intérêt conçu indépendamment de l'existence factuelle d'un dommage.*" (TAPINOS, *op. cit.*, p.543). Tradução livre: Em outras palavras, a distinção entre o dano e o prejuízo [na tese são identificados como dano fático e dano jurídico] poderia permitir a tradução, no plano semântico, da ideia característica da noção de responsabilidade preventiva, em um direito à reparação fundada na lesão de um interesse concebido independentemente da existência fática do dano.

Para exemplificar apresenta-se um caso que diz respeito a responsabilidade negocial.<sup>628</sup> Antes de exemplificar, faz-se a ressalva de que o objetivo da presente tese é estudar a responsabilidade decorrente do comportamento antijurídico (ilícito em sentido amplo) em razão de um direito absoluto e não de direito relativo, portanto, não é matéria da tese a análise acerca dos danos (a serem reparados ou prevenidos) dentro da lógica contratual. Tal ressalva é importante, porque tal distinção ainda está presente na doutrina brasileira<sup>629</sup>, não obstante fale-se, como Grant Gilmore, na morte do contrato.

Este autor argumenta, através da doutrina americana do *law of torts* (um direito que tem como objeto central o dano), que a teoria clássica do contrato fora absorvida pela teoria dos danos.<sup>630</sup> Para o autor houve a sincronia entre o estudo dos contratos e dos danos de forma que há a necessidade de estudá-las conjuntamente.<sup>631</sup> Não obstante a fundamentação de que há uma noção obrigacional básica para o estudo dos danos e dos contratos, especialmente, quando também na doutrina brasileira admite-se a existência de deveres laterais que embasam uma responsabilização quando do seu descumprimento<sup>632</sup>, para a presente tese há a distinção entre a resposta ao comportamento contrário ao direito absoluto ou relativo. A primeira é objeto principal desta tese, enquanto a segunda (responsabilidade negocial) é analisada de forma secundária, apenas em algumas situações exemplificativas, com o objetivo de demonstrar a preocupação com o *ex ante* dentro da sociedade e do Direito.

Feita tal distinção, apenas a título de exemplificação, cita-se o disposto no artigo 477 (do CC), que está relacionado com a responsabilidade negocial. Neste

---

<sup>628</sup> Denominação adotada por Fernando Noronha e diz respeito as responsabilizações decorrentes do descumprimento de uma negociação prévia e que não estariam abrangidas pelas noções da responsabilidade civil em geral. Esta, para o autor, trataria apenas do descumprimento de um dever absoluto. (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.430).

<sup>629</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil: teoria geral. São Paulo: RT, 2010. p.391-401.

<sup>630</sup> GILMORE, Grant. **The death of contract**. Edited and with a Foreword by Ronald K. L. Collins. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

<sup>631</sup> O autor inclusive sugere a criação da disciplina "Contorts" que seria a união de contratos (Contracts) e danos (Torts). (*Ibid.*, p.98).

<sup>632</sup> STEINER, Renata. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

dispositivo está prevista a possibilidade de não cumprimento da obrigação pactuada por uma das partes, quando esta tiver conhecimento de que houve redução patrimonial pela outra. Isto porque, tal redução poderá acarretar o descumprimento do que foi pactuado.<sup>633</sup> Com isso, estar-se-á prevenindo que aquele que venha a cumprir a sua obrigação seja prejudicado, porque a outra parte não cumprirá a sua. O objetivo é evitar a ocorrência de lesão patrimonial.

Note-se que o dispositivo legal dispõe sobre uma situação fática posterior a conclusão do contrato, ou seja, não tinha como ser previsto pela outra parte durante a contratação. Quando do cumprimento das obrigações, a alteração patrimonial ocorre, mas não ocorre prejuízo jurídico para o outro contratante. Assim, há uma situação fática que ameaça um direito, mas não há dano juridicamente considerado, visto que pela conceituação aqui adotada, para haver esta figura deveria existir lesão a um direito relevante.

Outro exemplo do que é o "sem dano" como lesão fática é a quebra antecipada do contrato. Para análise deste exemplo, faz-se a mesma ressalva anterior, visto que mesmo que decorrente de uma relação negocial, é possível extrair a noção do que é uma situação fática que não ofende uma situação jurídica, mas tão somente ameaça e por isso, não gera dano.<sup>634</sup> Para compreensão deste exemplo, cita-se o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2001, que autorizou a extinção de um contrato diante do possível descumprimento pela outra parte.<sup>635</sup>

Explica-se que neste caso as partes pactuaram uma promessa de compra e venda de um bem imóvel. No ano de 1998, antes mesmo do prazo pactuado para a entrega do bem (novembro de 1999 – com prorrogação de entrega para julho de

---

<sup>633</sup> O artigo 477, do Código Civil dispõe que: "Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la".

<sup>634</sup> Conforme afirma Fachin "[...] No plano de valorizar o comportamento acima do papel abstrato das declarações escritas, não se pode deixar de considerar relevante tanto se o devedor declara que não vai cumprir quanto se ele, sem declarar, manifesta que não vai cumprir. Essa manifestação adeclarativa é um comportamento concludente nesse sentido." (FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.101).

<sup>635</sup> "PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Quebra antecipada do contrato. Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou. Recurso não conhecido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 309.626/RJ**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 07/06/2001. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 20/08/2011, p.479).

2000), o promitente comprador propôs a demanda de resolução<sup>636</sup> do contrato. A fundamentação do pedido residia no fato de que até julho de 1998, quando da propositura da demanda, a promitente vendedora não iniciara as obras e com isso, havia fundado receio de que esta não conseguiria entregar o imóvel no prazo pactuado. Diante da situação fática, mesmo não tendo ocorrido o prejuízo material, a ofensa ao direito subjetivo do promitente comprador, havia o fundado receio e temor de que tal ocorreria. Por isso, exemplo de "sem dano".

Dentro da noção do que se pretende aqui estudar, do direito absoluto e não relativo, cabe ressaltar a ameaça de dano em face de direitos de personalidade, que além de estar prevista expressamente no Código Civil (artigo 12)<sup>637</sup>, se encaixam perfeitamente no direito absoluto que deve ser respeitado por terceiros.

A existência de situações fáticas, ainda que não tenham adentrado o mundo do direito podem ser obstadas, caso revelem fundado receio e possível ameaça aos direitos que estão tão ligados com a dignidade da pessoa humana e por sua importância será matéria a seguir analisada. Neste momento, para exemplificar a situação do "sem dano", que significa conforme acima uma situação fática ocorrida que poderá atingir um direito subjetivo, mas ainda não atingiu, cita-se como exemplo o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que impediu a divulgação de informações caluniosas e difamatórias que denegriam a imagem de duas pessoas.<sup>638</sup>

---

<sup>636</sup> A resolução é figura que determina a extinção do contrato. A resolução pode decorrer de cláusula expressa ou do inadimplemento do contrato. Acrescenta Paulo Lobo que "Além da resolução pelo inadimplemento em sentido estrito, ou pela impossibilidade superveniente do objeto do contrato, a doutrina construiu uma terceira hipótese, denominada violação positiva do contrato. [...] Pode haver, ainda, resolução do contrato em virtude de razoável probabilidade de inadimplemento. A parte pode entrar com pedido de resolução, quando a devedora da prestação futura toma atitude claramente contrária ao avençado, demonstrando firmemente que não o cumprirá." (LOBO, Paulo. **Direito civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p.201).

<sup>637</sup> "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>638</sup> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. TUTELA INIBITÓRIA. POSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DE CONDUITA. MANIFESTAÇÕES DIFAMATÓRIAS E CALUNIOSAS. DIREITO À HONRA. DIREITO À INFORMAÇÃO. JUÍZO DE PONDERAÇÃO. 1. A tutela inibitória pleiteada possui respaldo no disposto no artigo 461, do CPC, inexistindo qualquer óbice à sua concessão mesmo em sede de antecipação de tutela, conforme garantido pelo artigo 273, § 7.º, e 461, § 3.º, do mesmo diploma processual. No caso específico da tutela inibitória, todavia, não se perquire a respeito da probabilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, mas sim, unicamente, da plausibilidade de que venha a ser praticado ato ilícito, ou de que esse possa vir a se repetir. Tal pretensão, por

No caso em análise, foi impedida a divulgação de notícias, em mídia eletrônica, que relatavam de forma caluniosa e vexatória a atuação de duas pessoas. Três fatores foram considerados para embasar a decisão que entendeu pela existência da ameaça ao direito dos autores. Primeiro, o fato de que reiteradamente foram divulgadas notícias envolvendo as mesmas duas pessoas, com o objetivo de relacioná-las a situações desabonadoras e suspeitas. Como se tratava de um juiz e um promotor, algumas das notícias deram ensejo a procedimentos administrativos perante a Corregedoria e que restaram arquivados, demonstrando assim, que não foram comprovadas as alegações noticiadas. Segundo, porque a mídia eletrônica tem uma rápida divulgação com acesso ilimitado.<sup>639</sup> Terceiro, porque se considerou que insultos não podem ser abrangidos como informação a ser protegida dentro do direito de informação e ainda que assim não fosse, o próprio direito de informar, a liberdade de imprensa, pode ser limitado quando se tratar de ilícito e ofender o direito de outrem.

Destarte, antes mesmo da ocorrência da lesão ao direito, entendeu-se que havia uma lesão fática que se publicada acarretaria a lesão jurídica e por isso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a obrigação de não fazer, para que não fosse divulgada a notícia.

Os exemplos acima são situações que demonstram a existência da situação fática, mas não da lesão jurídica, o que, portanto, não configura o dano (que deve

---

outro lado, nunca é demais ressaltar, não resulta em qualquer violação ao direito de liberdade de outrem, mesmo de imprensa, uma vez que visa evitar a perpetuação de ofensa a direito personalíssimo. 2. Especificamente no que se refere ao direito à honra, a tutela inibitória é aquela que efetivamente se mostra apta a resguardar os interesses do ofendido em face do ofensor, mormente em razão de sua inviolabilidade, conforme preconizado pelo artigo 5.º, inciso X, da CF/88. Hipótese em que os réus, através de diversos meios de comunicação, vêm lançando imputações difamatórias e caluniosas a respeito dos demandantes, sem o mínimo adinículo probatório, excedendo-se no seu direito à informação e à crítica. Tutela inibitória concedida, com cominação de multa por descumprimento. Agravo de instrumento provido." (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento n.º 70027835941/RS**. Relator: Odone Sanguiné. Julgamento: 19/12/2008. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível). (grifos e negritos nossos)

<sup>639</sup> Nas palavras do relator, extrai-se: "Especificamente no que se refere às publicações em mídia eletrônica, é notório que essa, em razão de seu acesso ilimitado à sociedade, tem o poder de inculcar na opinião pública impressões por vezes equivocadas a respeito de determinados fatos ou pessoas, distorcendo a realidade fática e colocando aquele sobre quem se trata em clara posição vexatória. Destarte, cabe ao jornalista agir de boa-fé ao retratar os fatos, sem sensacionalismo, pois qualquer abuso de sua parte pode ser inibido judicialmente. Frise-se que não se trata de qualquer espécie de censura prévia, mas tão-somente de resguardar direito legítimo à honra, que não pode ser maculado em virtude de pretensa liberdade irrestrita de informação ou crítica." (*Id.*) (grifos e negritos nossos)

conter a lesão fática e a lesão jurídica). A rigor, *a lesão fática não embasa a reparação*, mas sim respostas denominadas como antecipatórias.

No que diz respeito a lesão jurídica, esta adentra o ordenamento jurídico e mesmo que não esteja acompanhada da lesão fática (o que seria assim considerada dano), para esta presente tese, pode ter respostas jurídicas diversas, inclusive a possibilidade de reparação. Explica-se.

Para ser dano deve estar presente a situação fática e a situação jurídica. A lesão fática embasará os requisitos do dano que são tão repetidos pela doutrina para o estudo da lógica reparatória (que ora se pretende ultrapassar e cujos requisitos são aqui apontados para compreensão da diferença entre lesão fática e lesão jurídica). São os requisitos da certeza, atualidade e subsistência. A certeza é relacionada à efetividade do dano<sup>640</sup>, o prejuízo fático suportado ou que será suportado<sup>641</sup>. A atualidade é analisada de acordo com a linha do tempo, a verificar a lesão que já existe.<sup>642</sup> Por fim, há que ser subsistente, que significa verificar se a lesão fática subsiste até o momento da sua constatação ou se desapareceu.<sup>643</sup>

Importante ressaltar antes do estudo da lesão jurídica, o dano futuro. Será considerado como dano porque há uma lesão fática e uma lesão jurídica, mas as consequências patrimoniais são futuras. Por exemplo, um ferimento decorrente de um acidente de trânsito que tenha reduzido a capacidade laborativa da vítima. Pelas regras da legislação civil brasileira, deve ocorrer a reparação não apenas dos danos comprovados no momento da demanda judicial (danos atuais), mas aqueles prejuízos materiais que serão suportados no futuro em razão da lesão física sofrida (fática e juridicamente) neste momento.<sup>644</sup> Na classificação da responsabilidade civil reparatória,

---

<sup>640</sup> "Dano certo é aquele cuja existência acha-se completamente determinada, de tal modo que dúvidas não parem quanto à sua efetividade." (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**: pessoais e materiais. 7.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.25).

<sup>641</sup> CHARTIER, Yves. **La réparation du préjudice**: dans la responsabilité civile. Paris: Dalloz, 1983. p.23-26.

<sup>642</sup> SANTOS, Antonio Jeová dos. **Dano moral indenizável**. 4.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.77-78.

<sup>643</sup> ALTERINI, Atilio Anibal. La responsabilidad civil en la argentina estado de la cuestion. In: ALTERINI Atilio Anibal; CABANA, Roberto Lopez. **Temas de responsabilidad civil**: contratual y extracontratual. Buenos Aires: Astrea, 1999. p.15.

<sup>644</sup> Exemplo dos danos futuros é a pensão prevista no artigo 950 (do CC).

entende-se que o dano deve ser certo e atual para ser reparável, admitindo-se o dano futuro que tenha as características acima, ou seja, já houve a lesão fática e a lesão jurídica, por isso, pode ser considerado como dano, mesmo que a repercussão patrimonial venha a ser sentida no futuro e não desde já. Isto porque, o reflexo material futuro decorre da situação presente.

*Será apenas lesão jurídica quando ocorrer a ofensa a um interesse juridicamente considerado, que sem a situação fática (certa, atual e subsistente) não configura dano e por isso estar-se-á diante de hipótese de "sem dano".* A lesão jurídica difere da lesão fática porque ela pode embasar a reparação.

A compreensão da lesão jurídica depende da compreensão do interesse jurídico relevante, que diz respeito ao interesse disciplinado pelo ordenamento jurídico.<sup>645</sup> Será juridicamente relevante de acordo com a dinâmica dos interesses merecedores de tutela, o que pode ser diferente dependendo o tempo ou até mesmo o local. A doutrina italiana, que se ocupa da matéria dos interesses protegidos para a definição do dano, explica que a relevância é definida pelo raciocínio lógico-jurídico do sistema.<sup>646</sup> Não é necessário, portanto, a definição expressa, podendo ser tratado como lesão jurídica a lesão a interesses considerados legítimos<sup>647</sup>, por isso, diz-se que seria a contrariedade ao direito subjetivo<sup>648</sup>. É, portanto, a relevância para o sistema jurídico

"Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu. Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>645</sup> LORENZO, Miguel Federico de. **El daño injusto en la responsabilidad civil**: alterum non laedere. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. p.51.

<sup>646</sup> SCALISI, Vincenzo. Danno alla persona e ingiustizia. **Revista di Diritto Civile**, Padova, v.53, n.2, p.149, 2007.

<sup>647</sup> ANRYS, Henri. **La responsabilité civile médicale**. Bruxelas: Maison Ferdinand Larcier, 1974. p.189.

<sup>648</sup> BIANCA, C. Massimo. Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi. **Rivista di Diritto Civile**, Milão, v.46, n.5, p.689-693, Primeira parte, 2000. Aqui vale ressaltar que "[...] A distinção entre direito subjetivo e direito objetivo serve para esclarecer uma possível confusão terminológica derivada do fato de que a mesma palavra 'direito' é empregada, em certas línguas, com dois significados diferentes. [...] De um lado, não existe coisa alguma que não seja direito objetivo; de outro, o que não é direito subjetivo não é o direito objetivo, mas, sim, a obrigação." (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.145).

que definirá o que será considerado como dano injusto (*danno ingiusto*).<sup>649</sup> Esta é, atualmente, a conceituação que melhor se adequa para as tutelas jurídicas existentes.<sup>650</sup>

Será considerado como interesse jurídico "[...] aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica"<sup>651</sup>. São os interesses considerados como relevantes pelo âmbito jurídico pelas noções constitucionais<sup>652</sup>, através da aplicação da cláusula geral de proteção da pessoa<sup>653</sup>.

A lesão apenas juridicamente considerada, sem que tenha ocorrido o evento fático, será definida como lesão jurídica. Mas, isso não significa que tenha ocasionado o dano. *A lesão jurídica é a lesão a um interesse juridicamente relevante, sem que tenha ocorrido a situação fática e por isso, sem dano.*

Como exemplo da existência da lesão jurídica sem a lesão fática, cita-se a ameaça de dano que foi reparada pelo Superior Tribunal de Justiça. A decisão foi proferida em um recurso especial de relatoria do Ministro Humberto Martins (Recurso Especial n.º 1.367.923). A ação originária foi movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face das empresas Brasitel Material de Construções, Brasilit S/A

---

<sup>649</sup> O dano injusto é definido como a lesão a um interesse juridicamente relevante. (SCALISI, Vincenzo. *Danno alla persona e ingiustizia*. **Revista di Diritto Civile**, Padova, v.53, n.2, p.157, 2007).

<sup>650</sup> Para aqueles que prezam pelos conceitos deste Direito Civil que tem como principal objetivo proteger a pessoa e não apenas o patrimônio, o conceito de dano é um 'conceito situado' como afirma Judith Martins-Costa e dependerá da definição do que "[...] determinada comunidade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificado o que, na pessoa e em sua personalidade, se considera-se digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano." (MARTINS-COSTA-COSTA, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p.409.)

<sup>651</sup> MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p.409.

<sup>652</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte do Código Civil de 2002. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.XX.

<sup>653</sup> Como defende Anderson Schreiber. "[...] Em todo o mundo restou demonstrada a falência do modelo regulamentar inspirado na pretensão de completude das codificações oitocentistas, diante da multiplicação desconcertante de novas situações e expectativas que caracterizam as sociedades atuais. [...]". "[...] Tudo isso impõe, como consequência necessária, a rejeição de concepções que pretendam selecionar os interesses mercedores de tutela com base em uma prévia especificação legislativa, seja sob a forma de direito subjetivo absoluto, seja por meio de qualquer categoria inflexível [...]" (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.115-117).

e Eterbras Industrial Ltda., em razão do inadequado armazenamento de telhas de amianto que estavam colocadas em um pátio.

Esclarece-se que o amianto pode ocasionar problemas de saúde aos seres humanos quando inalado ou ingerido, tendo grandes probabilidades que aqueles que sejam expostos ao produto desenvolvam tumores cancerígenos em razão da composição do asbesto. O risco é tamanho que a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu, no ano de 1998, que "A exposição ao amianto crisotila aumenta os riscos de asbestose, câncer de pulmão e mesotelioma de maneira dependente em função da dose e que nenhum limite de tolerância foi identificado para os riscos de câncer"<sup>654</sup>. Portanto, há uma grande probabilidade de desenvolvimento de doenças, apesar da ausência de certeza, naqueles indivíduos que estejam expostos a este produto. Por isso, foi definido como um resíduo perigoso na Convenção de Basiléia sobre controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito e inserido na Resolução n.º 307 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) como produto nocivo.<sup>655</sup>

Apesar de ser uma fibra comprovadamente cancerígena, no Brasil a comercialização de produtos (como telhas e caixa d'água) que contenham amianto ainda é permitida (com exceção para alguns Estados como o Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Pernambuco e Mato Grosso<sup>656</sup>). A permissão permanece sob a

---

<sup>654</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Critério de Saúde Ambiental n.203**. 1998.

<sup>655</sup> CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). Resolução n.º 348, de 16 de agosto de 2004. Altera a resolução n.º 307, de 5 de julho de 2002, incluindo o amianto na classe de resíduos perigosos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=449>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2014. "Art. 1.º O art. 3.º, item IV, da Resolução CONAMA n.º 307, de 5 de julho de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 3.º [...] IV - Classe "D": são resíduos perigosos oriundos do processo de construção, tais como tintas, solventes, óleos e outros ou aqueles contaminados ou prejudiciais à saúde oriundos de demolições, reformas e reparos de clínicas radiológicas, instalações industriais e outros, bem como telhas e demais objetos e materiais que contenham amianto ou outros produtos nocivos à saúde".

<sup>656</sup> Rio de Janeiro (Lei n.º 3.579/2001, dispõe sobre a substituição progressiva da produção e comercialização de produtos que contenham asbesto.) Rio Grande do Sul (Lei n.º 11.643/2001, dispõe sobre a proibição e comercialização de produtos à base de amianto. Pernambuco (Lei n.º 12.589/2004, dispõe sobre a proibição da fabricação, comércio e uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto ou asbesto em qualquer atividade). Nos três casos foram propostas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal – ADI 3470; ADI 3357; e ADI 3356. No Mato Grosso, a lei n.º 9.583/2011, que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição está em vigor e foi regulamentada pelo Decreto n.º 68, de 16 de abril de 2015).

alegação de que enquanto a fibra está inserida no produto não haveria risco para os consumidores (considerado de forma coletiva todos aqueles que estivessem expostos ao amianto). Todavia, em caso de indevida utilização ou armazenamento, poderia o produto se romper ou quebrar e a "poeira" altamente tóxica ser inalada.

Diante dos riscos existentes e da legislação brasileira atual, a maior preocupação que existe é no armazenamento e descarte do material. E por isso, a ação proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro versava exatamente sobre este inadequado armazenamento. Na aludida ação, em primeiro grau, as empresas foram condenadas solidariamente a remover as telhas de amianto que estavam inadequadamente armazenadas e foi arbitrada multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por quilo de telha não removida. O pedido de dano moral coletivo foi julgado improcedente. Em recurso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fixou dano moral coletivo no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Interposto recurso especial pelas empresas, em julgamento por decisão monocrática, o relator Ministro Humberto Martins decidiu pelo provimento do recurso, para afastar a indenização. Todavia, após a interposição de agravo regimental, o recurso especial foi encaminhado para julgamento perante a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, quando se decidiu por manter a condenação da empresa em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por dano moral coletivo.

A fundamentação do julgamento é que "a gravidade do problema ambiental, em vista da ameaça de danos à sociedade, torna a indenização cabível"<sup>657</sup>. No voto proferido e acompanhado pelos demais Ministros da Segunda Turma, a discussão versou sobre a possibilidade de ser o dano coletivo indenizável.<sup>658</sup>

---

<sup>657</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.367.923** RJ 2011/0086453-6. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento: 27/08/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 29/10/2013. Julgamento: 22/10/2013

<sup>658</sup> O aludido julgamento restou assim ementado: "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. 2. A Segunda Turma recentemente pronunciou-se no sentido de que, ainda que de forma reflexa, a degradação ao meio ambiente dá ensejo ao dano moral coletivo. 3. Haveria contra sensu jurídico na admissão de ressarcimento por lesão a dano moral individual sem que se pudesse dar à coletividade o mesmo tratamento, afinal, se a honra de cada um dos indivíduos deste mesmo grupo é afetada, os danos são passíveis de indenização. 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico in dubio pro natura. Recurso

Trata-se de uma situação, na qual não houve a lesão fática, eis que não há comprovação de que diante do indevido armazenamento algum produto tenha se quebrado e soltado a "poeira tóxica". Também, não há a comprovação de que a inalação tenha ocorrido e desenvolvido doenças graves. Portanto, faticamente a lesão não ocorreu. Por outro lado, a lesão jurídica houve, visto que o bem jurídico da saúde foi exposto a uma situação de risco desnecessário.<sup>659</sup> Assim, há aqui a responsabilidade sem dano. A comprovação é da ocorrência da lesão jurídica, a qual foi inclusive reparada.<sup>660</sup>

Em ambos os casos da lesão fática ou lesão jurídica, o dano não ocorreu. A pretensão é que não ocorra, prevenir é o agir entre a causa e a consequência<sup>661</sup>, entre o dever descumprido e antes do resultado a ocorrer. Por isso, pode ser aplicada a nomenclatura da responsabilidade civil sem dano, porque a pretensão é que ele não venha a se concretizar. Desta forma, *para o presente trabalho o dano efetivo e assim a ser considerado é quando há a lesão jurídica e a lesão fática. Ausentes, tanto uma quanto a outra, falar-se-á em responsabilidade civil sem dano.*

Diante desta definição do que será considerado como lesão jurídica, poderia surgir o seguinte questionamento: ora, mas e se a lesão ao interesse juridicamente relevante é que será considerado como dano e a ameaça é juridicamente relevante, ocorrida a ameaça houve a lesão ao interesse e conseqüentemente o dano? A resposta terá que ser negativa. Explica-se.

O dano não é meramente a lesão a um interesse juridicamente relevante, ele necessita dos seus requisitos fáticos mencionados acima: certeza, atualidade e subsistência. Destarte, não basta a contrariedade ao interesse relevante para que

---

especial improvido." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1367923/RJ**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento: 27/08/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 06/09/2013).

<sup>659</sup> QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil: a la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n.2, p.266, 2012.

<sup>660</sup> A reparação será estudada abaixo.

<sup>661</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montréal, 2009. p.171. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

possa ser considerado dano, é necessária a ocorrência fática para que assim seja definido.

Outrossim, o fato da ameaça poder ser direcionada ao Poder Judiciário, nos termos do artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal<sup>662</sup>, não significa que o ato de ameaçar tenha se tornado juridicamente relevante, assim como não o é a lesão. A relevância está no bem jurídico ameaçado ou lesado.

Assim, no julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, acima citado, a ameaça aos bens jurídicos (ambiente e saúde) são relevantes o suficiente para que sejam tutelados e portanto, mesmo que não tenha se caracterizado os requisitos fáticos, há a possibilidade de se proteger essa lesão meramente jurídica e não fática. Por isso, deve ser dito a ameaça a um interesse juridicamente relevante. Uma ameaça que possa embasar o risco desta lesão (fática ou jurídica) se tornar dano.

Para a compreensão efetiva desta responsabilidade civil sem dano, além da noção de ameaça é preciso adequar a noção de risco. Toda atividade humana é envolta por risco.<sup>663</sup> Há riscos que são graves e irreversíveis, que o seu resultado não é admitido; como menciona Catherine Thibierge, riscos possíveis e potenciais que não se pode correr o risco deles se realizarem.<sup>664</sup>

O risco aqui tratado não é o risco mencionado no século XIX para embasar a teoria do risco, é um risco que diz respeito a uma "[...] dimensão prognóstica, refletida na potencialidade de dano de um evento que ainda não ocorreu"<sup>665</sup>. Ademais, é preciso distinguir o risco como o acontecimento que materializa o dano e o risco como a eventualidade que pode contribuir dentre outros fatores para a ocorrência do dano.<sup>666</sup> Este risco não se configura como dano, mas meramente como potencial dano e por

---

<sup>662</sup> Artigo 5.º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL. Constituição Federal).

<sup>663</sup> Nas palavras de Giselda Hironaka: "[...] toda atividade humana apresenta, potencialmente, um certo grau de periculosidade, maior ou menor, para aquele que a exerce ou para terceiro de alguma sorte relacionado." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.296).

<sup>664</sup> Tradução livre de: "[...] *risques possibles, potentiels dont il n'est pas admissible de courir le risque (!) qu'ils se réalisent.*" (THIBIERGE, Catherine. *Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité*. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.571, jul./set. 1999).

<sup>665</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.147.

<sup>666</sup> TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008. p.646.

isso, não pode ser incluído na definição de dano, o que conseqüentemente justifica a razão pela qual é aqui denominada de "responsabilidade civil sem dano".

Dano potencial é quando há a situação fática, há potencialidade de ocorrer a lesão jurídica, quando existe "[...] alta potencialidade provável de ocorrência do dano derivado dos riscos intoleráveis de determinada atividade"<sup>667</sup>. Pela existência dos danos potenciais, Pablo Malheiros Frota afirma que não se trata de responsabilidade civil sem dano, ademais, para o autor, a responsabilidade pressuposta estudada por Giselda Hironaka é embasada exatamente na anterioridade ao dano e por isso, dentre os danos abrangidos por esta teoria, estariam também os danos "[...] potenciais, visíveis, invisíveis, previsíveis, prováveis e improváveis, concretos e atuais"<sup>668</sup>.

Como a presente tese o dano é a junção entre a lesão fática e a lesão jurídica, não haverá dano sem esta união e por isso, a situação de dano potencial é entendida como "sem dano". Feitas as devidas análises sobre nomenclatura, passa-se a analisar as limitações de sua aplicação.

## 6.2 O PENSAR A AMEAÇA SEM A NECESSIDADE DE CONTROLAR AS INCERTEZAS: OS LIMITES DA APLICAÇÃO

Na primeira parte desta tese estudou-se a existência dos riscos a que estamos sujeitos. Muitos destes riscos são naturais e outros são humanos. Serão assim distinguidos quando houver intervenção humana e esta possa eliminar, administrar ou minimizar o risco.<sup>669</sup> Para administrar os riscos, o Direito passou a reparar os danos que viessem a ser ocasionados, assim, sabedores da possibilidade de lesão aos direitos de outrem, aguardava-se o resultado do risco para então reparar. Desta feita, entendia-se que fora mantida a segurança jurídica, a vítima restaria satisfeita eis que o

---

<sup>667</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos**: imputação e nexos de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014. p.227.

<sup>668</sup> *Ibid.*, p.228.

<sup>669</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. Tradução de Fabio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.97.

seu dano seria reparado. Para a garantia desta reparação, houve o fenômeno da objetivação e da coletivização já estudados.

Assim, para a garantia da ordem, o modelo jurídico existente reparava o dano que viesse a ser ocasionado. Todavia, quando esta reparação não é suficiente o modelo de administração de riscos pela reparação é falho e a insegurança jurídica volta a dominar.

Este pensamento que embasa a responsabilidade civil sem dano, adotar uma resposta antes que o dano venha a ocorrer, eis que há danos que são irresarcíveis, visto que não há como retornar ao *status quo* e nem mesmo é possível realizar uma compensação.<sup>670</sup> O pensar no antes em uma responsabilidade prospectiva é algo primordial para atender esta nova situação que se constrói.

As noções de prevenção e precaução devem ser adotadas para delinear os caminhos desta nova responsabilidade civil. A primeira tem a pretensão de salvaguardar as situações de prováveis riscos e a segunda, os possíveis. Mas, mesmo com o caminho delineado por estas duas visões (possibilidade e probabilidade), não é fácil pensar em uma responsabilidade civil prospectiva. A maior preocupação é a criação de uma sociedade de controle. E por isso, neste momento, serão analisados os limites para esta responsabilidade sem dano.

Para tanto, o *primeiro ponto* que tem que se ter em mente é que não será possível eliminar todos os riscos. Haverá riscos que existirão e estarão presentes na sociedade, o que impõe dos próprios indivíduos determinados comportamentos de cuidado. A obsessão pelo controle e o desencadear dos fatos não condiz com a realidade pós industrial ou sociedade do século XXI (denominada nesta tese). "[...] Restar a salvo já não é mais a meta do homem que se preparou para cruzar o limiar deste terceiro milênio"<sup>671</sup>, para um progresso, para maiores inovações surgirão riscos que não poderão ser controlados e nem mesmo eliminados.

---

<sup>670</sup> "[...] *il ne s'agit plus ici de réparer car il est impossible de réparer l'irréparable, de revenir sur l'irréversible; il s'agit d'empêcher, de prévenir, d'agir avec discernement avant que le dommage ne se produise, donc de responsabiliser et de se responsabiliser.*" (THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.567, jul./set. 1999) Tradução livre: [a responsabilidade civil] não está mais aqui para reparar porque é impossível reparar o irreparável, de reverter o irreversível, ela está para impedir, para prevenir, para agir com discernimento antes que o dano se produza, então de responsabilizar e de se responsabilizar.

<sup>671</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI,

O instituto não eliminará os riscos, ou os novos inventos e muito menos as tecnologias existentes, mas ao contrário, proporá um comportamento que seja adequado para estas tecnologias e para a proteção da pessoa. Não pode a pessoa ser ignorada em benefício do "progresso", da mesma forma que o "progresso" não pode ser impedido de ocorrer. Se os riscos estão intrínsecos ao progresso<sup>672</sup>, o que não poderá estar é o dano ou a ameaça de dano.

Para uma responsabilidade preventiva é preciso pensar os resultados das ações do presente no futuro, compreender se há ou não eventuais ameaças. A lesão não ocorreu e a pretensão é que não ocorra. Não se sabe exatamente o que acontecerá no futuro<sup>673</sup>, mas para essa que se estuda que é uma responsabilidade civil sem dano é preciso pensar neste futuro, com vistas a compreender as possibilidades e probabilidades de um dano, para evita-lo.

Esse pensar o futuro dentro da responsabilidade prospectiva pode parecer utópico. Seria como controlar o incontrolável. As incertezas futuras sempre estiveram presentes, ainda que contemporaneamente tenham-se mais incertezas do que certezas. Mesmo quando havia pleno conhecimento do que estava ocorrendo, o resultado poderia ser diferente do esperado. Se isso é comum, por que tratar essas possibilidades e probabilidades? E por que juridicamente?

*A pretensão não é impor uma ordem a qualquer custo. Não é criar uma sociedade de controle, nem mesmo a noção de adestramento disciplinar para uma eterna vigilância.*<sup>674</sup> A proposta é impor uma conduta responsável quando da

---

Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.186.

<sup>672</sup> Nas palavras de Giselda Hironaka: "[...] A perspectiva de progresso e enriquecimento é sedutora e altamente motivadora, mas poucas são as situações de avanço, de conquista, de desenvolvimento e de enriquecimento que não tragam consigo, atrelada, a assunção de riscos." (*Ibid.*, p.187).

<sup>673</sup> Como afirma Jean-Pierre Boutinet: "O futuro é a antecipação do que será amanhã, antecipação sempre aleatória, à medida que o que procuro fazer advir estará contrariado pela irrupção do imprevisto. Sendo assim, a ambiguidade do futuro advém do fato de encerrar ao mesmo tempo o presente e o passado, e radicalmente diferente deles, deixando, quando se atualiza, livre curso ao inédito. O futuro é feito simultaneamente de continuidade e de ruptura com o que existiu. Essa indeterminação parcial o torna justamente problemático e angustiante." (BOUTINET, Jean-Pierre. **Antropologia do projeto**. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos. Consultoria, supervisão e revisão de Maria da Graça Horn e Heloísa Schaan Solassi. Porto Alegre: Artmed, 2002. p.67).

<sup>674</sup> Na obra "Vigiar e punir", Foucault apresenta a história das prisões através de uma análise histórica das formas de punições dos indivíduos e a formação dos presídios como conhecemos hoje. Para tanto, relata o poder disciplinar (como um poder de adestrar as pessoas) e a constante vigilância. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2000).

possibilidade e probabilidade de danos, visto que o conhecimento sobre os riscos normalmente é de um terceiro e não do indivíduo.

Isto decorre da confiança dos sistemas abstratos estudados por Anthony Giddens, ainda que não se conheça como está estruturado e qual o seu funcionamento é um sistema abstrato que se pensa ou se espera que obterá o resultado desejado.<sup>675</sup> Dentro desta noção, eu posso não ter o conhecimento técnico do que será realizado, mas eu espero atingir o resultado final, porque confio no sistema abstrato.

O cotidiano apresenta situações que antevemos o futuro. Este antever o futuro não depende do conhecimento técnico da coisa. Por exemplo, em um terminal rodoviário, em um aeroporto, espera-se sair de um local em determinado horário e chegar em outro local na hora definida. Ainda que não tenha qualquer conhecimento geográfico, mas há uma previsibilidade. É o exemplo apresentado por Anthony Giddens

Uma pessoa pode entrar a bordo de um avião em Londres e chegar a Los Angeles umas dez horas depois estando razoavelmente certa de que não só a viagem será feita em segurança, mas também de que o avião chegará bem próximo de um horário predeterminado. O passageiro pode ter apenas uma vaga ideia de onde fica Los Angeles, em termos de um mapa global. Para se fazer a viagem é necessário apenas um mínimo de preparação (obtenção do passaporte, do visto, da passagem e dinheiro) – nenhum conhecimento da trajetória real é necessário. Uma grande quantidade de conhecimento do 'ambiente' é requerida para embarcar no avião, e este é um conhecimento que foi filtrado dos sistemas peritos para o discurso e a ação dos leigos. É preciso saber o que é um aeroporto, uma passagem aérea e muitas outras coisas. Mas a própria segurança na viagem não depende do domínio da parafernália técnica que a torna possível.<sup>676</sup>

Desconheço quais são as regras da aviação, o trajeto, a fiscalização, quando e como foi feita a revisão na aeronave; não tenho conhecimento de quem são as pessoas que compõem a tripulação ou qual o estado emocional de cada um deles. Há perigos de que eu não chegue ao destino final? Sim, há. São perigos calculáveis. Os riscos envolvidos nesta viagem seriam atrasos, perdas de bagagens e,

---

<sup>675</sup> O sistema perito é definido pelo autor como "[...] sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje". (GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.35.)

<sup>676</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p.115.

eventualmente, quedas da aeronave. Não há risco zero. Riscos calculados e estatisticamente previstos<sup>677</sup>, mas não zero.

Portanto, para esta confiança há uma análise do que pode ocorrer no futuro. Para impor quais são as condutas a serem adotadas para que a viagem corra bem.

Se é a outra parte quem tem o conhecimento dos riscos e o controle sobre esses, é necessária uma análise através das previsões (análise do futuro a partir de conceitos científicos)<sup>678</sup> e providências<sup>679</sup> (a análise do futuro a partir das ações passadas). Análise essa que não pode escapar ao Direito, ainda que sabedor que haverá indeterminações que não podem ser previstas. Ameaças que não podiam ser pensadas e conseqüentemente, nestes casos não haverá responsabilidade.

Há a necessidade de se pensar nestes riscos de dano, mas não são todos os riscos, é preciso delimitar quais são eles. Para este estudo, será pensada a prevenção e a precaução. Por isso, o *segundo ponto* a ser estudado dentro dos limites é a distinção entre a possibilidade e probabilidade do dano.

As duas palavras tem sentido distinto e nesta tese entende-se por prevenção a medida a ser adotada quando há um provável dano e precaução, um possível. E as distinções entre ambas se revelam essenciais quando da análise dos limites de aplicação.

No tocante a precaução, a sua aplicação é mais dificultosa, eis que há uma mera possibilidade de que possa ocasionar o dano. Como bem salientado por Teresa Ancona Lopez, "[...] O princípio da precaução é uma arma perigosa nas mãos dos demagogos e dos políticos populistas"<sup>680</sup>. E as conseqüências podem ser tanto

---

<sup>677</sup> Expressão que é aqui utilizada para contrapor-se em face de uma nova realidade, pois, em verdade, "Os cálculos estatísticos, que se fundam na probabilidade de o risco gerar danos, somente funcionam para os cálculos atuariais das companhias de seguro e para a implementação de políticas públicas de gerenciamento de riscos e perigos." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.49).

<sup>678</sup> "A ciência coloca seus meios a serviço de uma antecipação do futuro. Ela própria pretende ser previsão, leitura instrumentada do futuro." (BOUTINET, Jean-Pierre. **Antropologia do projeto**. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos. Consultoria, supervisão e revisão de Maria da Graça Horn e Heloísa Schaan Solassi. Porto Alegre: Artmed, 2002. p.72).

<sup>679</sup> Jean Pierre Boutinet conceitua providência como "[...] o comportamento de sociedades tradicionais que utilizam seu capital de experiência para se defender das agressões do futuro tentando antecipá-las." (*Ibid.*, p.71-72).

<sup>680</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.103.

quanto ou até maiores que os possíveis danos que viessem a ser ocasionados. Por isso, a autora afirma que é preciso ter precaução para aplicação da precaução.<sup>681</sup>

Seguindo as noções apresentadas pela autora, entende-se que há situações que devem ser sim ser pensadas diante da precaução, mas essas devem ser limitadas, quando há grande risco. Eis que a precaução não pode ser adotada para toda e qualquer situação.

A precaução deve ser adotada com grande parcimônia<sup>682</sup> e quando houver a proteção justificável do possível risco, o que aqui se denomina como risco justificável. Considera-se risco justificável situações que apresentem grave risco, tais como o direito ambiental (relembrando que a responsabilidade civil abrange também as noções ambientais, visto que das suas noções básicas se serve a disciplina para estruturar a sua responsabilização – conforme mencionado na primeira parte desta tese). Por isso, diz-se que a precaução é adotada para riscos determinados, que mesmo não havendo a probabilidade de sua ocorrência, há uma possibilidade.

Por que é citado o direito ambiental? Porque, nesta área é comprovadamente verificada a existência do dano que não pode ser reparado no sentido de retornar ao *status quo*. Diante da irreversibilidade, não se aceita pensar a responsabilidade a partir do risco (com a determinação de que havendo risco e dependendo do seu grau poderá haver a reparação integral), deve ser pensada a partir da noção da segurança. Em razão de este pensar para estas situações que se entende que a precaução poderá ser aplicada para possíveis ameaças ambientais.

Além dos danos ambientais, entende-se que a precaução deve também ser adotada para os danos à saúde.<sup>683</sup> Daphné Tapinos limita as situações de riscos ao

---

<sup>681</sup> Dentre os argumentos que são apontados por Teresa Ancona Lopez, é importante destacar o fato de que a precaução pode interromper a tecnologia e que esta tecnologia permite uma boa qualidade de vida. (*Ibid.*, p.106-107),

<sup>682</sup> Não há a probabilidade efetiva do dano, apenas a possibilidade. "O princípio da precaução é invocável em situações em que os saberes científicos não permitem, no estado em que se acham, afastar a regra que justifique a prevenção, mas supor tão só a subsistência de um risco." (FROTA, Mário. Segurança alimentar: imperativo de cidadania. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito do consumidor. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.181).

<sup>683</sup> A limitação aos danos irreversíveis ao meio ambiente e à saúde são os casos que limitou Daphné Tapinos para a aplicação da responsabilidade preventiva. Seriam danos cuja gravidade e o direito em jogo justificaria aplicar a responsabilidade preventiva. Para a autora: "*La solution inverse conduirait, en effet, à consacrer une sorte de responsabilité illimitée sanctionnant tous les comportements indépendamment de la nature du risque encouru.*" (TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et**

ambiente e à saúde como as únicas que podem estar sujeitas a responsabilidade prospectiva como um todo. Para a presente tese não se concorda com tal posicionamento e tal limitação é adotada apenas para a aplicação da precaução. *Isto significa que quando disser respeito ao ambiente ou à saúde, poderá haver respostas jurídicas pela responsabilidade civil em razão da existência de uma possível ameaça a estes direitos.* Trata-se de direitos que ultrapassam a barreira do individual, são considerados como danos coletivos<sup>684</sup>, com a possibilidade de serem atingidos diversos indivíduos ao mesmo tempo.<sup>685</sup>

Os dois direitos estão previsto na Constituição Federal de 1988<sup>686</sup> e o direito à saúde pode ser exemplificado com as medidas adotadas para produtos alimentícios<sup>687</sup> ou de medicamentos.

Como exemplo, repita-se o caso citado no primeiro capítulo acerca dos produtos com farinhas de ossos que foram retirados do mercado francês no ano 2000, visto que porque poderia ocasionar (não se sabia ao certo) problemas à saúde

**responsabilité civile:** risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008. p.605). Tradução livre: O caminho inverso conduziria, em efeito, à consagrar um tipo de responsabilidade ilimitada sancionando todos os comportamentos independentemente da natureza do risco incorrido.

<sup>684</sup> THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.570, jul./set. 1999.

<sup>685</sup> Isto porque, "Saúde e meio ambiente formam o espaço vital do ser humano, em sua dimensão interna e externa respectivamente. Aqui, uma função preventiva da responsabilidade civil, segundo a doutrina, deverá regular toda conduta que possa resultar em um dano grave o suficiente para colocar em risco aquilo que há de mais vital para a sobrevivência da espécie." (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil:** de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.142).

<sup>686</sup> Não se pode olvidar que "Além dos significativos avanços decorrentes da incorporação, pelo Estado brasileiro, da normatividade internacional de proteção dos direitos humanos, o pós-1988 apresenta a mais vasta produção normativa de direitos humanos de toda a história legislativa brasileira. A maior parte das normas de proteção aos direitos humanos foi elaborada após a Constituição de 1988, em sua decorrência e sob a sua inspiração. A Constituição Federal de 1988 celebra, deste modo, a reinvenção do marco jurídico normativo brasileiro no campo da proteção dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais." (PIOVESAN, Fátia; SUDBRACK, Umberto Guaspari. Direito à saúde e o dever de informar. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais:** direito do consumidor. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.113).

<sup>687</sup> Teresa Ancona Lopez ressalta que: "A adoção do princípio da precaução na segurança alimentar, impondo restrições à importação ou à comercialização de produtos alimentares, põe em confronto esse princípio com o princípio da circulação de mercadorias. Nos vários casos submetidos à OMC, o 'Órgão de Solução de Controvérsias' adotou relatórios em que o entendimento foi o de que a legislação interna estava sendo usada meramente para mascarar o propósito de impedir, dificultar ou minimizar as importações de produtos similares." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.49).

daqueles que ingerissem tal produto.<sup>688</sup> O impedimento da comercialização ocorreu mesmo sem saber ao certo a probabilidade do dano a ser concretizado, mas pela simples possibilidade.

Quanto a aplicação da precaução em casos ambientais, cita-se o julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2.<sup>a</sup> Região, que diante o agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público Federal decidiu por suspender as atividades de uma mineradora no Espírito Santo, em virtude de perigos que poderiam advir da exploração da sua atividade<sup>689</sup>, visto que a mesma estava atuando sem as licenças necessárias. Do corpo do acórdão extrai-se que

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.<sup>690</sup>

A decisão acima transcrita bem demonstra a fundamentação de não exclusão da proteção jurídica quando mesmo diante da ausência de certeza do possível dano (precaução) para os riscos ambientais. Aguardar o dano ocorrer é irresponsável, visto que a reparação não poderá retornar ao *status quo ante*, portanto, será sabedoramente ineficaz. Por outro lado, os opositores entendem que "[...] a precaução estabeleceria uma responsabilidade em benefício da dúvida, diante de todos aqueles que não tiverem adotado as medidas antecipatórias adequadas"<sup>691</sup>. Todavia, diante dos casos aqui limitados, o risco adotado tem a justificativa na natureza dos direitos que estão sendo protegidos.

---

<sup>688</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p.61.

<sup>689</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.<sup>a</sup> Região. **Agravo de instrumento n.º 0015075-43.2007.4.02.0000** (autos originários 2007.02.01.015075-6). Relator: Desembargador Frederico Gueiros. Julgamento: 25/10/2010. Órgão Julgador: 6.<sup>a</sup> Turma. Publicação: 12/11/2010.

<sup>690</sup> Trecho do acórdão proferido. (*Id.*).

<sup>691</sup> MAZEAUD, Denis. Responsabilité civile et précaution dans la responsabilité civile à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle. **Responsabilité Civile et Assurance**, n.72, p.19 e segs., jun. 2001.

Cyril Sintez, para a precaução, inclui os riscos bioéticos<sup>692</sup>, em razão da repercussão coletiva que podem ocasionar. Todavia, nesta tese, *a precaução estará limitada as ameaças existentes em face de direitos à saúde e ao ambiente*.<sup>693</sup>

E quanto a prevenção? Sendo a prevenção a probabilidade, não há porque limitar o seu campo de atuação, nem pelo viés da matéria e nem mesmo pelo viés da determinação legislativa. Com efeito, a prevenção poderá ser aplicada em casos definidos na lei que podem ter repercussão patrimonial ou extrapatrimonial. Há previsão legal da adoção da prevenção para os direitos patrimoniais, conforme disposto no artigo 1.º da Lei n.º 12.529, de 2011<sup>694</sup> e seguintes que visam impedir a ocorrência de um prejuízo material pela concorrência desleal e por outro lado, há previsão legal que protege os direitos de personalidade tanto da ameaça quanto da lesão.<sup>695</sup>

Para a prevenção, portanto, não há limitação material. Será considerado tudo que envolve uma probabilidade de lesão. A limitação existente será *a gravidade e a irreversibilidade*.

Nas palavras de Catherine Thibierge, a gravidade e a irreversibilidade que justificam a medida de prevenção, de antecipação dos danos particulares.<sup>696</sup>

---

<sup>692</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montreal, 2009. p.262. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

<sup>693</sup> É exemplo da precaução o caso das antenas de telefonia celular. Nas palavras de Daniel Levy: "[...] O meio científico questiona, hoje, os verdadeiros efeitos das ondas eletromagnéticas para a saúde dos indivíduos, em uma sociedade na qual o telefone celular já se transformou em produto básico. Tais riscos decorrem não apenas da multiplicação dos aparelhos, mas, sobretudo, da instalação de suas antenas. [...] São típicas hipóteses de precaução, fundadas em risco apenas suspeito, mas que os seus potenciais causadores devem considerar na adoção de condutas." (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.143).

<sup>694</sup> Art. 1.º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. (BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011).

<sup>695</sup> "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>696</sup> "[...] *Devenant sensible à leurs caracteres de gravité et d'irréversibilité, la responsabilité pourrait s'ouvrir à des mesures de prévention, d'anticipation de ces dommages particuliers.*" (THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit**

*A irreversibilidade está relacionada com a noção de dano irreparável ou de difícil reparação.* Como a reparação é o retornar ao *status quo*, o dano irreparável é aquele que não poderá ser revertido. Nem toda lesão extrapatrimonial será considerada como irreversível ou irreparável, diante da possibilidade de reparação *in natura*, que consiste na entrega de um bem equivalente.<sup>697</sup> De forma pecuniária, menciona-se que se trata da compensação exatamente pela impossibilidade de se reverter.

Para a reparação, não é necessário apenas a ocorrência do dano, mas que este seja reparável e um "[...] dano irreversível é, por definição, um dano irreparável"<sup>698</sup>. Os danos extrapatrimoniais são normalmente irreparáveis, visto que a compensação é uma forma de reparação que não visa retornar ao *status quo*, mas meramente compensar o sentimento sofrido. Esta forma de compensação é a resposta para a ocorrência do dano, contudo, fundamenta o fato de que este deve ser evitado.

A irreversibilidade não é restrita das lesões extrapatrimoniais, há situações que não será possível conter adequadamente e cujos resultados são irreversíveis ou, como acima mencionado, de difícil reparação. Para evitar que isso ocorra, aquilo que foge da naturalidade poderá ser considerado como irreversível capaz de ser objeto da responsabilidade civil sem dano. Por exemplo, o caso da previsão legal sobre a concorrência desleal (Lei n.º 12.529/2011), dificilmente será possível calcular todos os danos que tenham sido ocasionados e sofridos, por isso, é possível adotar a prevenção para estas situações. Há, na previsão legal, o pressuposto de que o resultado pode ser irreversível ou de difícil reparação e por isso, pode ser evitado.

Por outro lado, cabe a análise das situações graves. A gravidade é algo que pode ser conceituado de diversas formas, por se tratar de um vocábulo extremamente amplo e vago. Para a limitação do que pode ser objeto da prevenção deve ser conceituado pelo direito em discussão e não pela sua dimensão patrimonial. Grave,

---

**Civil**, Paris, v.3, p.571, jul./set. 1999). Tradução livre: Ao se tornar sensível diante das características de gravidade e irreversibilidade, a responsabilidade poderá se utilizar de medidas de prevenção, de antecipação dos danos particulares.

<sup>697</sup> Nas palavras de Sergio Severo, "[...] o princípio da reparação *in natura* representa a forma mais apropriada de satisfação dos danos extrapatrimoniais, uma vez que elimina os efeitos lesivos; porém, pela impossibilidade de voltar ao passado, na maioria dos casos a reparação deve buscar a equivalência pecuniária ao interesse lesado." (SEVERO, Sérgio. **Os danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.194).

<sup>698</sup> PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biossegurança – entre as insuficiências do instituto da responsabilidade civil e a institucionalização da irresponsabilidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.6. p.502.

portanto, será assim considerado quando a ameaça versar sobre um bem jurídico que tenha uma maior relevância no ordenamento jurídico, o que será analisado pela interpretação. Por exemplo, não obstante a expressa previsão sobre os direitos de personalidade, estes são direitos que possuem uma importância dentro do ordenamento jurídico e que as lesões a estes bens serão consideradas graves. Desta feita, ainda que não houvesse a definição legal seriam assim considerados, isto é, poderiam ser objeto de prevenção.

Os bens jurídicos em ambos os casos (lesão ou ameaça) serão considerados merecedores de proteção jurídica através da análise do interesse juridicamente relevante.<sup>699</sup> Conceituação esta que não está adstrita a uma determinação legal e por isso, depende da interpretação jurídica. É preciso pensar que nem mesmo a responsabilidade civil reparatória tem como pressuposto a obrigatoriedade da infração de um dispositivo legal, razão pela qual da mesma forma na responsabilidade sem dano não é necessário uma previsão expressa sobre os casos de sua aplicação.<sup>700</sup> A limitação será da ameaça a um interesse juridicamente relevante, sem que seja necessária a sua definição legislativa.

Portanto, deve-se interpretar a partir das noções de irreversibilidade (impossibilidade ou dificuldade de reparação) e gravidade, para considerar que pode ser objeto da prevenção. E da mesma forma que ocorre com os interesses a serem reparáveis,

[...] O juízo do merecimento de tutela, a cargo das cortes, somente pode derivar de uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos em cada conflito particular, que não resulte em aceitações gerais pretensamente válidas para todos os casos, mas que se limite a ponderar interesses à luz das circunstâncias.<sup>701</sup>

Como *terceiro ponto* a ser analisado para os limites aqui propostos da aplicação da responsabilidade civil sem dano é o conflito com outros direitos. Como a aplicação do instituto de forma prospectiva pode estar embasada em uma situação

---

<sup>699</sup> "[...] Os bens jurídicos são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos. [...] Os interesses são os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter." (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p.131).

<sup>700</sup> TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008. p.604.

<sup>701</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.140.

legítima, mas que ocasione dano, em caso de conflitos entre o dever de cuidado e um direito que embase essa situação na qual alguém se sinta ameaçado, é preciso analisar a forma de solução. A rigor não será adotado o critério do "tudo ou nada" para as regras, mas sim a ponderação.<sup>702</sup> Porque, se de um lado há o direito de realizar determinado ato e do outro este ato ocasiona a ameaça de dano, deverá haver uma análise ponderada e um poderá ser sobrepor ao outro.<sup>703</sup>

Esta conclusão é adotada por se entender que a proteção como ameaça de direito não se trata de uma regra jurídica.

Para compreender esta premissa é preciso retomar a noção de que a resposta jurídica a ser disciplinada pela responsabilidade civil dentro dos seus critérios de imputação decorre do descumprimento de um dever. O dever vinculado a esta noção é um dever de cuidado, que mesmo previsto na Constituição Federal<sup>704</sup> não está definido especificamente para todos os interesses jurídicos e por isso, necessita de interpretação.

Para Louis Bach, o dever preexistente a embasar a responsabilidade civil é definido não necessariamente a partir das regras jurídicas<sup>705</sup>, portanto, não seria necessária a previsão legal e ainda assim, poder-se-ia dizer que há o dever de cuidado,

---

<sup>702</sup> "A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem este sopesamento." (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p.130-131).

<sup>703</sup> *"Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según outro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declara inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al outro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso."* (ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdes. Revisión: Ruth Zimmerling. 3.ª reimpressão. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p.89).

<sup>704</sup> "Artigo 5.º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (BRASIL. Constituição Federal).

<sup>705</sup> Conforme define Louis Bach, "[...] mais cette obligation ne préexiste pas toujours dans la loi ou dans la costume, c'est-à-dire dans une 'source directe du droit.' (BACH, Louis. *Fondement de la Responsabilité en Droit Français*. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n.1, v.75, p.26, janvier-mas 1977). Traução livre: mas esta obrigação não preexiste sempre dentro da lei ou dos costumes, ou seja, dentro de uma fonte direta de direito.

diante das atuais proteções jurídicas da pessoa, bem como das constatações de ineficiências da reparação. Isto porque, para o autor, deve existir um ordenamento jurídico que venha a embasar ou dar fundamento para esta noção de cuidado<sup>706</sup>, mas, não que seja necessária a sua definição de forma restrita e fechada.

Fora das paredes do positivismo é possível dizer que o direito se constrói com interpretações e definições que não necessitam estar especificadas pela lei.<sup>707</sup> Dependem da aplicação jurisprudencial e a interpretação doutrinária para lhe darem eficácia. No caso do dever do cuidado é assim, trata-se de um dever intrínseco a própria noção das relações sociais, como um dever geral de cautela a impedir que bens jurídicos possam ser lesados.<sup>708</sup> Nelson Rosenvald afirma que deveria haver uma previsão legal para dispor acerca da limitação do exercício de direitos, todavia, ele mesmo entende que:

---

<sup>706</sup> "[...] *l'obligation à laquelle il a été manqué par la personne déclarée responsable et qui pesait sur elle, doit avoir été statuée par un ordre de contrainte suprajuridique en même temps que par la règle de droit.*" (BACH, Louis. *Fondement de la Responsabilité en Droit Français. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n.1, v.75, p.34, janvier-mas 1977). Tradução livre: A obrigação que foi descumprida pela pessoa declarada responsável e que pesava sobre ela, deve estar determinada por uma ordem suprajurídica ao mesmo tempo que pelo ordenamento jurídico.

<sup>707</sup> Neste sentido, afirma Ingo Sarlet: "A superação do positivismo jurídico formalista e, portanto, avesso à dimensão axiológica do Direito, no contexto do que muitos têm chamado (no Brasil vale destacar o pioneirismo do já referido Paulo Bonavides) de uma espécie de pós-positivismo e outros, mais recentemente e ancorados em argumentos nem sempre idênticos, preferem vincular à noção de (neo)constitucionalismo formulações que evidentemente não estão apenas centradas no papel dos princípios, mas em larga medida neles encontram sua fonte de inspiração. Em outras palavras, as fronteiras (para algumas correntes positivistas praticamente intransponíveis) entre a Moral e o Direito voltam a se aproximar por intermédio dos princípios jurídicos (que atuam aqui também como espécie de ponte normativa entre o mundo das normas morais e das normas jurídicas), o que evidentemente não impede uma série de tensões entre ambas as dimensões! Da mesma forma não se está aqui a refutar a conexão entre as regras e a esfera dos valores e nem mesmo desconsiderando a relevância das regras para os princípios e para o Direito de modo geral, mas apenas guardando fidelidade com a abordagem proposta e as delimitações daí decorrentes. [...] vale repisar que os princípios são também sempre razões morais que servem para justificar ações e decisões, além de parâmetros com base nos quais se assegura a unidade (materialmente aberta!) do sistema jurídico." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p.299-301).

<sup>708</sup> "[...] *Aussi est-il nécessaire d'admettre qu'il existe, à côté des devoirs particuliers que la loi ou le règlement détermine, un devoir general imposant à toute personne de se conduire en prenant les précautions et en apportant tous les soins exigés par l'activité entreprise et les circonstances de l'action.*" (JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7.ed. Paris: Dalloz, 2007. p.45-46). Tradução livre: Assim é necessário admitir que existe, em paralelo aos deveres particulares que a lei ou as regulamentações determinam, um dever geral imposto a toda pessoa de se conduzir tomando as precauções e proporcionando todo o cuidado exigido para a atividade empresarial e as circunstâncias da ação.

Nada impede que um determinado comportamento seja qualificado pelo ordenamento jurídico como ilícito por sua contrariedade material a um princípio ou uma cláusula geral, independentemente da existência de uma regra ou mesmo contrariamente a uma regra que, *prima facie*, permita aquela conduta. Esta é uma necessidade de coerência de um ordenamento jurídico baseado em regras e princípios.<sup>709</sup>

Este dever geral deve ser respeitado e quando contrariado, haverá a incidência da responsabilidade civil sem dano, que se trata da imputação a alguém da sanção preventiva cabível. Na responsabilidade sem dano, não é a mera contrariedade ao direito que fundamenta a resposta jurídica, mas sim o fato jurídico que apresente uma ameaça e por configurar em uma ameaça é que será considerado como contrário ao ordenamento jurídico. Como o Direito privado tem como objetivo disciplinar as relações entre privados, para melhorar a convivência entre eles e em respeito a liberdade individual<sup>710</sup>, o objetivo não é impedir que sejam realizados atos da vida privada, por toda e qualquer ameaça que pode eventualmente ser sentida.

Trata-se de um dever que será considerado como geral, no sentido de ser por todos respeitado, mas não absoluto<sup>711</sup>, no sentido de ilimitado. É importante a noção de que possa ser oponível a todos, eis que são exatamente em direitos desta natureza, como os direitos de personalidade e os direitos das coisas<sup>712</sup>, que há medidas

---

<sup>709</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.211.

<sup>710</sup> Para Noberto Bobbio: "[...] O direito privado tem como uma de suas funções primordiais a coexistência e a convivência de interesses divergentes dos indivíduos na sociedade, mediante normas que tornam menos áspero o confronto ao ensejar a estabilização das condições para a atuação da liberdade individual." (LAFER, Celso. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.liii)

<sup>711</sup> Aqui vale transcrever a lição de Ronald Dworkin, a qual deve ser interpretada de forma análoga para este dever de não lesar ou o dever de cuidado. Afirma o autor que: "[...] todo cidadão tem um dever moral geral de obedecer todas as leis, mesmo que ele queira que algumas delas sejam modificadas. Ele tem esse dever para com seus concidadãos que, para seu benefício, acatam leis de que não gostam. Mas este dever geral não pode ser um dever absoluto, porque mesmo uma sociedade em princípio justa pode produzir leis e políticas injustas, e um homem tem outros deveres além daqueles para com o Estado." (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.287).

<sup>712</sup> A oponibilidade às partes, não obstante já tenha sido matéria explanada nesta tese, retorna-se ao seu conteúdo para examinar a questão da oponibilidade *erga omnes*, decorrente da antiga distinção entre os direitos patrimoniais e os direitos das coisas, sendo que o primeiro teria relatividade dos efeitos entre as partes, enquanto o segundo deveria ser respeitado por todos. Não obstante esta distinção, atualmente, é possível notar uma aproximação prática quando da tutela externa do crédito ou da possibilidade de relativização do direito da hipoteca (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 308**. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro,

preventivas a serem adotadas, previstas para proteção de ambos, o primeiro será objeto de análise abaixo nas previsões específicas de aplicação da prevenção e no segundo caso, tem-se como exemplo o interdito proibitório.<sup>713</sup>

A limitação não ocorre em razão de um mero interesse pessoal ou nem mesmo geral. "[...] Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim"<sup>714</sup>. A limitação está relacionada com a própria funcionabilidade do Direito Privado, que diz respeito a convivência e coexistência de direitos divergentes.<sup>715</sup> Ou seja, se há o dever de não lesar ou não ameaçar, deverá ser sempre cumprido e quando houver um direito que está em jogo e se contrapõe a este dever é preciso analisar como ou o que irá se sobrepor. Como explica Ronald Dworkin, "[...] A questão levantada por qualquer lei desse tipo não é se ela ataca a liberdade, coisa que faz, mas se o ataque é justificado por algum valor contrastável, como a igualdade, a segurança ou a comodidade pública"<sup>716</sup>. E é nesta interpretação que deve ser pensada as medidas prévias, ainda que venham a restringir outros direitos, tal limitação ocorre de forma ponderada?

Se o dever de cuidado não está previsto expressamente será interpretado como regra ou princípio para a sua aplicação? Dentre as formas de distinções entre regras e princípios, adota-se a interpretação de que "[...] princípios são normas com

---

anterior ou posterior à celebração a promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel). (Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista\\_eletronica/stj-revista-sumulas-2011\\_24\\_capSumula308.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula308.pdf)>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2015).

<sup>713</sup> A figura do interdito proibitório é definida expressamente em lei. ("Artigo 1.210, do Código Civil: "Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado."). Esta figura permite a proteção em face da ameaça, eis que "[...] não há ainda qualquer atentado concretizado, como no caso dos integrantes de um movimento popular que se encontram acampado próximo a uma propriedade, sem que esta seja invadida – situação de mero risco". (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito das coisas**. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v.4. p.58).

<sup>714</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.414.

<sup>715</sup> Aqui, vale transcrever as palavras de Dworkin ao analisar os casos de punição da imoralidade em uma sociedade. Para o autor: "[...] o direito da sociedade de punir a imoralidade através da lei não deve, necessariamente, ser exercido contra todo tipo e toda ocorrência de imoralidade – devemos reconhecer o impacto a importância de alguns princípios restritivos. Há vários desses princípios, mas o mais importante é o que de 'deve haver tolerância para com a máxima liberdade individual que seja coerente com a integridade da sociedade'." (*Ibid.*, p.376).

<sup>716</sup> *Ibid.*, p.405.

grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo"<sup>717</sup>. É adotada a interpretação de que há a necessidade de se distinguir os princípios e as regras não meramente pelo princípio ontológico, mas pela dialética da estrutura normativa.<sup>718</sup> Como não há uma previsão específica sobre a ameaça de dano, deve ser considerado como princípio, visto que estes são "[...] normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes"<sup>719</sup>. Assim, o dever de cuidado é definido apenas *prima facie* e por isso, é necessário o estudo sobre a sua limitação.

Considerados como princípios, prevenção e precaução se diferenciam pela natureza da incerteza e se assemelham pelo *standard* de comportamento que se espera<sup>720</sup>, ambos são *standards* de comportamento.

[...] A exploração de novas fontes de energia; as técnicas de produção em massa; a ampla comercialização de medicamentos e terapias que refletem

---

<sup>717</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 3.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014. p.87.

<sup>718</sup> Método este adotado por Anderson Schreiber, para quem haveriam duas formas de normas. "[...] Normas de conteúdo mais específico e determinado, que definem com alto grau de precisão de seus pressupostos fáticos de incidência, tendem a chocar-se de forma solucionável pelos critérios tradicionais de eliminação de antinomias: hierarquia, antiguidade e, sobretudo, especialidade. Normas de conteúdo mais genérico e de enunciado aberto, cujos pressupostos de incidência não são precisamente definidos, mas que se espriam por um número indeterminado de situações concretas, tendem a chocar-se de forma insolúvel mediante os critérios antes mencionados. [...] O certo é que, por toda parte, a distinção entre regras e princípios vem caracterizada, embora não exclusivamente, por uma diferença estrutural fundamental entre os dois tipos de normas. Enquanto as regras têm conteúdo mais determinado, mais específico, os princípios apresentam-se como enunciados abertos, com alto grau de generalidade." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.147).

<sup>719</sup> ALEXY, *op. cit.*, p.90. Para os conceitos apresenta-se a definição proposta de Humberto Ávila no seguinte sentido: "As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção". (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p.78-79).

<sup>720</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes**. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montréal, 2009. p.71. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

descobertas relativamente recentes da ciência médica; o desenvolvimento desconcertante dos transportes terrestre, aéreo e marítimo; a explosão da mídia; tudo que caracteriza, enfim, a sociedade contemporânea esconde, por trás de si, um enorme potencial de dano.<sup>721</sup>

Partindo dessas premissas básicas de que haverão riscos que serão admitidos dentro do ordenamento jurídico, sendo protegidos da ameaça como precaução os perigos de dano ao ambiente e à saúde, como prevenção os danos irreversíveis (irreparáveis ou de difícil reparação) e os graves, bem como a possibilidade da ponderação em casos de conflitos, tem-se a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil sem dano em situações que não há qualquer previsão legal sobre uma atuação jurídica prospectiva. São situações que necessitam de uma maior atividade interpretativa. Por sua vez, não se pode olvidar que há algumas previsões legais, nas quais também serão adotadas algumas das premissas aqui mencionadas, especialmente a ponderação, mas cuja definição se é merecedor ou não de tutela preventiva já foi definida.

Algumas destas situações serão aqui tratadas, apenas como forma pontual de exemplificar a atuação do instituto na sua natureza prospectiva.

### 6.3 EXEMPLOS DE DEFINIÇÕES LEGAIS DA TUTELA PREVENTIVA

O pressuposto para a compreensão dos limites da responsabilidade prospectiva é que toda a atividade humana envolve risco<sup>722</sup> e por isso, é preciso pensar o que estará sobre controle e o que não estará sobre controle. Para responder essa indagação, dois limites imediatamente vem à mente: um decorrente da própria natureza e outro das noções jurídicas.<sup>723</sup> A natureza diz respeito aos eventos que não podem ser evitados

---

<sup>721</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.86.

<sup>722</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.296.

<sup>723</sup> MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937. Deuxième partie, n. 112.

e por isso, não haveria como dispor sobre a prevenção. E quanto ao jurídico, serão analisados os interesses juridicamente relevantes.

Por razões óbvias, os riscos naturais e que não podem ser evitados ou eliminados não serão analisados por esta presente tese, a interpretação sobre os interesses juridicamente relevantes, quando da ausência de definição legal, foi acima analisada e agora passa-se a verificar alguns dos casos definidos por lei como forma de resposta para a ameaça a um bem jurídico.

Dentro do Código civil, na sua noção ainda patrimonialista, o que se denota é que a preocupação preventiva tem com maior rigor as possibilidades de prévia pactuação (o que entra na divisão já mencionada da responsabilidade civil negocial e responsabilidade civil propriamente dita, dos direitos absolutos e os direitos relativos), tal como a previsão do artigo 477 (do CC), cujo exemplo foi apresentado acima<sup>724</sup>, bem como em situações que tenham como proteção o direito das coisas (como a figura do interdito proibitório, previsto no artigo 1.210, do CC e mencionada acima). Como exceção a essa regra patrimonialista, na própria codificação há uma previsão legal que merece destaque, por estar inserida nos direitos de personalidade que o legislador disciplinou e permite uma resposta jurídica a condutas que venham ameaçar estes direitos.

Antes de mencionar esta previsão legislativa de direitos extrapatrimoniais, ainda dentro dos exemplos patrimoniais cita-se a previsão da prevenção prevista na legislação consumerista.

Como se trata de uma legislação especial é preciso ressaltar que será aplicada apenas para as relações jurídicas definidas pela própria lei, ou seja, quando da presença de um fornecedor e um consumidor.<sup>725</sup> Mas, por que o disciplinamento

---

<sup>724</sup> Também, cita-se como exemplo o disposto no artigo 602 (do CC): "**Art. 602.** O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra.**Parágrafo único.** Se se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á, se despedido por justa causa." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>725</sup> "Entendemos por relação de consumo, objeto do regramento instituído pelo CDC, a relação jurídica estabelecida entre consumidor(es) e fornecedor(es) tendo por objeto produto ou prestação de serviço, segundo as conceituações do CDC brasileiro. Não resta qualquer dúvida de que a importância do reconhecimento da existência ou não de uma relação de consumo reside na possibilidade de serem aplicadas as normas determinadas pelo CDC; caso contrário – não sendo detectada a relação de consumo – estaremos diante de uma relação comercial, civil, concorrencial etc., passível de regramento por outros textos legais que não o CDC." (EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2.ed. 4.ª tir. Curitiba: Juruá, 2008. p.46).

para as relações consumeristas é aqui destacada se não é a única legislação que dispõe acerca da prevenção? É que apesar de ser uma lei especial, a lei consumerista tem grande influência dentro do direito civil, eis que bastante relacionada com o trânsito jurídico, considerado um dos pilares essenciais do direito civil.<sup>726</sup>

E não diria respeito apenas à relação denominada como negocial? Ressalta-se que a distinção entre a responsabilidade negocial<sup>727</sup> e a responsabilidade civil, decorrentes do descumprimento de um dever relativo entre as partes e um dever absoluto, respectivamente, fora relativizada pelo direito consumerista.<sup>728</sup> Esta é a afirmação decorrente da equiparação de consumidores que venham a ser atingidos por situações danosas. Em virtude desta equiparação, as noções consumeristas possuem um amplo campo de atuação, no qual a *regra é que deve existir o respeito à segurança de todas as pessoas*. Mesmo diante da possibilidade de equiparação, para compreender a regra legal, é preciso compreender o que significa a relação consumerista e por isso, faz-se uma breve análise dos conceitos dos sujeitos de direito envolvidos.

O consumidor é definido como aquele que irá usufruir dos serviços e produtos como destinatário final, independentemente do fato de ser pessoa física ou pessoa jurídica.<sup>729</sup> A maior problematização está no tocante a destinação final, visto que pode

---

<sup>726</sup> "Titularidades, trânsito jurídico e projeto parental: nesse tripé vem assentado o objeto epistemológico; em suma, patrimônio, contrato e famílias com seus respectivos sistemas de parentesco. É sob essa relação dialogante entre Direito Civil e Sociedade que a contemporaneidade repensa os paradigmas e a crítica." (FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p.146-147).

<sup>727</sup> Denominação adotada por Fernando Noronha e explicada anteriormente. (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.430).

<sup>728</sup> É o que entende Sergio Cavaliere Filho. Para o autor, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8078/1990) ao equiparar a "consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (Código de Defesa do Consumidor, art. 17), submeteu a responsabilidade do fornecedor a um tratamento unitário, tendo em vista que o fundamento dessa responsabilidade é a violação do dever de segurança – o defeito do produto ou serviço lançado no mercado e que, numa relação de consumo, contratual ou não, dá causa a um acidente de consumo." (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programas de responsabilidade civil**. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003. p.38). Para a presente tese, há distinção entre as duas responsabilidades, não obstante seja de extrema relevância entender que na equiparação dos consumidores, o dever de segurança é que será considerado, conseqüentemente, pode ser exemplo tanto para a responsabilidade negocial, quanto para a responsabilidade civil.

<sup>729</sup> "Art. 2.º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final." (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor).

ser sob o ponto de vista econômico (se o produto ou serviço não será reinserido na cadeia de fornecimento); sob o ponto de vista psicológico (que diz respeito as determinações subjetivas que levaram o indivíduo a contratar); e sociológico (a definição de que haverá uma determinada classe social que será considerada consumidora pela própria qualidade de vida).<sup>730</sup> No tocante ao dever de segurança, a equiparação a sujeito consumidor ocorre quando houver intervenção na relação de consumo<sup>731</sup>, assim como aqueles que estejam expostos aos riscos<sup>732</sup> do produto<sup>733</sup>. Por sua vez, o fornecedor é assim caracterizado pela habitualidade em fornecer produtos ou serviços.<sup>734</sup>

Para compreender a noção da prevenção disposta no Código, parte-se do pressuposto que o fornecedor é quem tem o maior conhecimento do produto ou serviço que coloca no mercado e, por esta razão, ele quem deve cuidar da segurança dos seus consumidores. Sem sombra de dúvidas é o "[...] produtor que tem melhores condições de avaliar e prevenir perigos e danos"<sup>735</sup>. E por isso, é a ele imputada a responsabilidade de prevenir as possíveis e prováveis ameaças de danos e repará-los.

No Código de Defesa do Consumidor, o dever de cuidado é garantido não apenas pela regra constitucional do artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal de

---

<sup>730</sup> EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2.ed. 4.ª tir. Curitiba: Juruá, 2008. p.57.

<sup>731</sup> "Art. 2.º [...]Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo." (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor).

<sup>732</sup> O vocábulo risco tem o significado de riscos de ocorrência do dano (fático ou jurídico) para todas as pessoas que estejam sujeitas a determinado produto ou serviço. E é por essa noção de segurança e o risco do produto, que mesmo sem a existência da relação de consumo direto há a possibilidade de equiparação.

<sup>733</sup> "Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas." (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor).

<sup>734</sup> Art. 3.º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1.º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2.º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor).

<sup>735</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.173.

1988, mas, também, pelo disposto no artigo 6.º, inciso I da Lei n.º 8.078/1990<sup>736</sup>, bem como o artigo 10.<sup>737</sup>

Assim, o fornecedor não pode colocar no mercado um produto que sabidamente pode ocasionar riscos aos consumidores. Exemplo disso é o caso da Acomplia, que se trata de uma medicação ingerida para emagrecer e ocasionava a depressão nos pacientes. Este efeito estava previsto dentro dos testes preliminares que foram realizados. Portanto, ao ser inserido no mercado era sabido o que poderia ocasionar, razão pela qual foi determinada a interrupção da sua comercialização.<sup>738</sup> É preciso sopesar os benefícios e os malefícios, assim, adotando os critérios da ponderação, não há justificativa para permitir que pessoas pudessem se tornar depressivas em razão da ingestão de remédios para emagrecer.

Quando se fala em medicamentos, há quem afirma que mesmo diante dos grupos de controle, certos efeitos só serão verificados após a colocação do produto no mercado.<sup>739</sup> E neste caso, aplica-se a regra do *recall*, que significa a comunicação de determinado fornecedor aos seus consumidores para que seja feito determinado reparo a evitar que um dano venha a ocorrer futuramente, para que "[...] produtos potencial ou eventualmente nocivos à vida e à saúde do consumidor não sejam colocados no mercado"<sup>740</sup>. Ao constatar o perigo, seja em medicamentos ou todo e qualquer produto e serviço colocado no mercado, o fornecedor deve comunicar todos

---

<sup>736</sup> "Artigo 6.º "São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos." (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990).

<sup>737</sup> Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1.º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990).

<sup>738</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.38-39.

<sup>739</sup> *Ibid.*, p.55.

<sup>740</sup> MORAIS E MIRANDA, Murilo de. Alimentos transgênicos: direitos dos consumidores. Deveres do estado. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito do consumidor. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.215.

os consumidores sobre o possível risco, incluindo as pessoas que possam estar submetidas ao risco, para que seja realizado o devido reparo.<sup>741</sup>

Portanto, há a regra de não inserir no mercado produtos ou serviços que apresentem risco e caso seja inserido, retirá-los imediatamente ou consertá-los. O objetivo é notoriamente evitar a ocorrência do dano.

Feita esta breve análise sobre a previsão da prevenção (e precaução, que apesar de não estar expressamente definida, considera-se abrangida pela norma legal e será então aplicada quando da ocorrência de casos ambientais ou de saúde nas relações abrangidas pelo Código de Defesa do Consumidor) na legislação consumerista, será estudada a disposição apresentada pelo Código civil de 2002 ao tratar dos direitos de personalidade, eis que "Tais direitos não se contentam, de forma alguma, com a reparação do dano ocorrido"<sup>742</sup>.

Os direitos de personalidade são considerados mais do que direitos, são valores.<sup>743</sup> Os direitos da personalidade não decorrem unicamente da previsão legal do direito civil, ao contrário, tal previsão é meramente exemplificativa. Decorre antes da dignidade da pessoa humana prevista constitucionalmente, a qual está relacionada com os direitos fundamentais.<sup>744</sup>

---

<sup>741</sup> Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1.º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários. (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor).

<sup>742</sup> ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2). p.35.

<sup>743</sup> Pietro Perlingieri difere valores de interesses. Para o autor, o valor é "[...] unitário, os seus aspectos são múltiplos: políticos, sociológicos, filosóficos, jurídicos." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.30). Enquanto o interesse é a relação entre o sujeito e um bem jurídico. O grande desafio é compreender o que será considerado como valor jurídico. "Desde as origens, o direito nasce como síntese e equilíbrio entre valores impostos e valores livremente escolhidos. Estes podem ser individuados no momento em que os particulares preveem a regulamentação das relações, em adesão às opções de fundo da sociedade. O equilíbrio entre valores espontaneamente criados na atividade de todos os dias e valores impostos é o problema de base do ordenamento." (p.31). E o autor entende que a proteção da pessoa não é meramente um interesse jurídico, mas sim um valor, ou melhor, "[...] (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela". (p.155-156).

<sup>744</sup> Ingo Sarlet afirma que: "[...] verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não

Conceituar direitos de personalidade como direitos subjetivos é próprio da lógica do século XX, quando se considerou como bens jurídicos atributos indispensáveis ao ser humano.<sup>745</sup> Decorrem da consagração do direito à dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente (artigo 1.º, inciso III, da CF/88) e na codificação civil de 2002 receberam um capítulo especial no primeiro livro da parte geral. Por tais direitos, a pessoa é ao mesmo tempo sujeito e objeto da relação jurídica.<sup>746</sup>

Dos artigos 11 a 21 foram disciplinados estes que são direitos absolutos, extrapatrimoniais, inalienáveis, intransmissíveis e imprescritíveis.<sup>747</sup> A previsão legal pela codificação não foi taxativa e, pode-se dizer inclusive, nem mesmo satisfatória.<sup>748</sup>

Não é taxativa, porque os dispositivos legais do Código Civil decorrem da cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Isto significa dizer que "[...] a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjetivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjetivas"<sup>749</sup>. Portanto, dispor sobre alguns direitos subjetivos não significa tutelar a pessoa, que deve ser tutelada pelo seu valor, eis que "[...] a personalidade humana é valor"<sup>750</sup>. E foi neste sentido

mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana." (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.86-87).

<sup>745</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2004. p.27.

<sup>746</sup> AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade civil por ofensa aos direitos da personalidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.157.

<sup>747</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2004. p.33.

<sup>748</sup> Como afirma Bruno Miragem: "É evidente que o Código Civil ao dispor sobre a proteção dos direitos da personalidade, ficou muito aquém do desejável, assim como é notório que tal situação em nada prejudica a proteção do indivíduo. A ausência de espécies normativas com maior amplitude conceitual e de alcance dos comportamentos sociais, tem sua importância medida pelo próprio alcance que as codificações contemporâneas assumem no sistema jurídico. O Código Civil e suas normas, assim, são nada mais do que elementos nucleares do sistema de direito privado subordinados à conformação que a Constituição da República confere à série de relações jurídico-privadas que especifica." (MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais. Direito do consumidor**. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.461).

<sup>749</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4.ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.118.

<sup>750</sup> *Ibid.*, p.127.

que foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil o Enunciado 274<sup>751</sup>, para consolidar o entendimento doutrinário de que não houve taxatividade nos dispositivos codificados que tratam sobre os direitos de personalidade. E não é satisfatória, porque, relaciona direito que deve ser protegido de forma imaterial a efeitos patrimoniais.

São direitos, portanto, que ultrapassam a definição legal, bem como a própria dicotomia entre público e privado.<sup>752</sup> Destes dispositivos, o que toca diretamente o tema desta tese é o artigo 12, do CC<sup>753</sup>, ao determinar a possibilidade de cessação da ameaça. A partir deste dispositivo legal haveria duas formas de tutela para estes que são os direitos da personalidade, uma forma ressarcitória e outra forma inibitória. Destarte, a tutela inibitória, antes relegada apenas ao Direito penal, passa a integrar o Direito civil.<sup>754</sup>

Pelas premissas que foram adotadas nesta presente tese, ainda que não houvesse a definição legal expressa acerca da possibilidade de proteção da ameaça de dano, por se tratar de um dano irreparável, é caso de aplicação da prevenção.

---

<sup>751</sup> "Enunciado 274. Os direitos de personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação". (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord. cient.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Enunciado n.º 274. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2007. p.48. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2015)

<sup>752</sup> É o fato de decorrerem da noção da dignidade da pessoa humana constitucionalmente protegida que faz com que "[...] a proteção da personalidade desconsidere qualquer espécie de distinção quanto ao âmbito da proteção, se em direito público ou privado, e se passe a considerar a questão como um problema unitário, em que as normas da Constituição, ao passo em que podem estabelecer direitos e deveres específicos a tutela pretendida, também constituirão vetores para produção e aplicação do direito infraconstitucional." (MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais. Direito do consumidor**. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.432).

<sup>753</sup> "Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>754</sup> Em verdade, "[...] Eventuais violações dos bens jurídicos da personalidade (vida, integridade física, honra) resolviam-se apenas na esfera criminal, sendo a função inibitória exercida pelo caráter preventivo, geral e especial, da norma penal. Excepcionalmente, danos mais graves originavam demandas reparatórias, que em sua maioria, resolviam-se apenas pela valoração dos prejuízos materiais causados." (PAGANINI, Juliano Marcondes. A 'dupla crise' do modelo regulatório dos direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p.16).

Para a compreensão da aplicação desta prevenção, apresenta-se um exemplo muito discutido na contemporaneidade acerca do direito à privacidade e a liberdade de expressão. Atualmente, esta discussão tem embasado inclusive se há a possibilidade de impedimento da elaboração do que se denominou como biografias não autorizadas, diante dos possíveis danos advindos desta conotação.

De todas as discussões que decorrem desta matéria o que será objeto de análise é a possibilidade de prevenção, mesmo sem a existência de uma legislação específica. Quando da análise de direitos fundamentais, "[...] não podem haver vencedores e vencidos"<sup>755</sup>. Se de um lado há a liberdade de expressão, um direito tão caro, especialmente para os países da América Latina que passaram por períodos de ditadura, com um rigor nas limitações das suas divulgações.<sup>756</sup> Por outro lado, há o direito à privacidade, que também deve ser resguardado e não pode ser olvidado pelo Estado Democrático de Direito. O direito à intimidade é considerado como amplo e no qual está inserido o direito à vida privada, este disposto também pelo Código civil dentre os direitos de personalidade. E pelo qual não se pode ofender ou ameaçar, esta proteção tem sua previsão legal na Carta Magna<sup>757</sup> e no Código civil.<sup>758</sup>

Diante das duas situações, não obstante a previsão legal sobre ambos os direitos, inclusive a possibilidade de medidas preventivas para proteção à privacidade<sup>759</sup>, poderia ser aplicada a responsabilidade civil sem dano?

Para responder a essa pergunta é preciso compreender que não se pode aplicar a precaução, pois diante da presente tese houve a limitação da matéria para ambiental ou saúde. E aqui o impedimento da divulgação de uma notícia sem o seu

---

<sup>755</sup> RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.137.

<sup>756</sup> Ao tratar do tema, em relação ao direito argentino, Héran Gómez, ressalta: "*Nuestro país ha sufrido, en épocas no muy lejanas, los efectos de la deleznable prácticca de la censura y aun cuando el ingenio del ser humano ha conseguido Burlarla, es ineludible permanecer alerta, pues no es posible afirmar que los componentes autoritarios que poseemos, no afloren.*" (GÓMEZ, Héran. Medios de comunicación. In: ECHEVESTI, Carlos (Org.). **Derecho de daños**. Buenos Aires: Scotti, 2000. p.154).

<sup>757</sup> No já mecionado artigo 5.º, XXXV, da CF.

<sup>758</sup> A previsão sobre a ameaça está disposta tanto no artigo 12, do CC, quanto no próprio artigo 21 acima citado.

<sup>759</sup> "Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil).

devido fundamento, pelo simples receio de possível dano se configuraria em censura.<sup>760</sup> Assim, *deve haver probabilidade da possível ameaça ao direito à privacidade*. E o fato de alguém expor relatos sobre a vida de outrem gera a ameaça? Stefano de Rodotà entende que a imagem deve ser construída por cada um, mas que não há como restringir as apresentações exteriores, mesmo que seja para fins comerciais.<sup>761</sup> Portanto, o simples fato de alguém descrever a vida de outrem não configura um risco de dano passível de prevenção. Por óbvio que devem haver regras para que evite o risco de dano, mas isso não justifica "[...] o nascimento de uma espécie de poder de censura na mente de cada interessado"<sup>762</sup>. Aqui se parte do pressuposto que a biografia venha a ser elaborada por alguém cujo interesse público<sup>763</sup> seja existente, para então permitir a análise ponderada de ambos os direitos.<sup>764</sup>

Destarte, a mera divulgação de uma biografia não seria, sem legislação específica, abrangida pelas regras da responsabilidade civil sem dano, passível de proteção inibitória. É preciso que reste configurada a probabilidade de um dano e que este sabidamente seja grave (diante do direito atingido) e irreversível (visto que não será possível retirar as informações daqueles que tenham tido o acesso ao conteúdo). Portanto, para esta proteção deveria restar demonstrado que a liberdade de expressão será utilizada de uma forma indevida, especialmente, contrária ao direito. Vários são

---

<sup>760</sup> GÓMEZ, *op. cit.*, p.149.

<sup>761</sup> Para Stefano Rodotà, a privacidade é antes gerenciada pelo seu próprio titular. Para ele, "É possível, a este ponto, articular ulteriormente a definição de privacidade. Esta se apresenta como o direito de manter o controle sobre as suas informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. O objetivo deste direito pode ser identificado no 'patrimônio informativo atual ou potencial' de um sujeito". (RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.109).

<sup>762</sup> *Ibid.*, p.98.

<sup>763</sup> Há um suposto interesse coletivo sobre a história de determinadas pessoas. (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p.142).

<sup>764</sup> E não se está a mencionar a equivocada expressão de "pessoa pública", mas sim de interesse público sobre a vida de outrem. Destaca-se que "[...] a proteção ao direito de imagem de celebridades é tão intensa quanto a de qualquer um. O fato de viverem de sua imagem na mídia só reforça a importância que a representação física assume em relação àquelas pessoas. Famosa ou não, qualquer pessoa tem direito de proibir a circulação indesejada da sua representação exterior. [...] O fato da pessoa retratada ser célebre ou notória pode, quando muito, sugerir que há algum grau de interesse do público em ter acesso à imagem, pela só razão de dizer respeito àquela pessoa. Isso não basta, contudo, para que se conclua pela prevalência da liberdade de informação sobre o direito à imagem. Diversos outros fatores devem ser sopesados antes de se concluir, no caso específico, qual dentre os dois direitos fundamentais há de se prevalecer." (*Ibid.*, p.108.)

os exemplos que podem ser considerados como indevidos juridicamente<sup>765</sup>, tais como a divulgação de informações que não condizem com a verdade e possam denegrir a imagem do biografado.

É, portanto, diferente da mera divulgação de uma informação sem relevância em redes sociais, por exemplo. Aqui, ainda dentro da liberdade de expressão, mas em outro âmbito que não as biografias, ressalta-se o perigo do fenômeno da internet e as suas redes sociais para os direitos de personalidade, tendo em vista que todos estão dispostos a divulgarem informações nas redes sociais todos passam a ser responsáveis por estas informações e devem adotar medidas básicas de diligência.<sup>766</sup> A divulgação de informações em nanossegundos, através da internet, que poderia ser utilizada como forma de incentivar a troca de informações para formar o que Levy define como "inteligente coletivo"<sup>767</sup> nem sempre será utilizada da mesma forma. Há situações nas quais são divulgadas determinadas informações com o objetivo de que se torne "viral".<sup>768</sup>

A informação divulgada dificilmente consegue ser recuperada e aqui dificilmente é possível agir antes da ocorrência do fato. É pouco tempo ou pouco conhecimento entre a elaboração da informação e sua divulgação, que estão usualmente a um toque (ou um *click*) de distância.

Essa rápida divulgação ou a própria divulgação em si pode afetar um dos direitos também importantes para o ordenamento jurídico que é o direito à intimidade,

---

<sup>765</sup> Como exemplos, ver: MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil constitucional**: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.3-23.

<sup>766</sup> Em contraposição a medidas de diligência o que se percebe é normalmente um descuido que é ressaltado por Mariana Zanata Thibes: "[...] A internet é o reino da simultaneidade: enquanto trabalhamos, escrevemos e-mails, conversamos com amigos nos bate-papos, checamos as atualizações das redes sociais, recebemos mensagens no celular, fazemos pesquisa no Google, lemos o jornal *online*, os blogs favoritos e mais uma série de outras atividades, todas ao mesmo tempo. O resultado é a dispersão constante da atenção e da concentração, a perda do foco. Não há tempo para demorar-se num único ponto, pois há sempre uma nova informação a ser coletada." (THIBES, Mariana Zanata. **A vida privada na mira do sistema**: a Internet e a obsolescência da privacidade no capitalismo conexcionista. Tese (Doutorado) - Programa de Pós graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p.22. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-18032015-115144/en.php>>. Acesso em: 15 de fev. 2015).

<sup>767</sup> LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 1999.

<sup>768</sup> O contágio viral está relacionado "[...] com a quantidade de novas pessoas que cada usuário recruta para uma causa; porém, uma informação tornada viral também rapidamente encontra um ponto de saturação, a partir do qual a disseminação se estabiliza ou decresce." (THIBES, *op. cit.*, p.25).

previsto no artigo 5.º, X, da CF, como inviolável e por isso, indiscutivelmente bem jurídico que não pode ser ameaçado.<sup>769</sup>

Destarte, mesmo que esteja legislado o direito à intimidade privada, a sua aplicação merece a análise caso a caso, para a interpretação se o bem jurídico em questão pode ser protegido de ameaça ou não. Tal como ainda ocorre com algumas situações para identificar se houve ou não o dano.

Configurado o que resta como bem jurídico a ser tutelado, passa-se a analisar como estruturar a consequência para a lesão fática ou jurídica que não configura dano.

---

<sup>769</sup> "Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X- são invioláveis **a intimidade, a vida privada**, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]." (BRASIL. Constituição Federal).

## 7 AS CONSEQUÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO: AS MEDIDAS E SANÇÕES PREVENTIVAS

A responsabilidade civil sem dano está embasada nos princípios consagrados do *neminem laedere* e *alterum non laedere*, que preceituam que não é permitido lesar outrem.<sup>770</sup> Diante do dever de cuidado, a interpretação deve abranger, também, a não ameaça aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico. Se todo o instituto passa a ser estruturado desta forma, como relatado na presente tese, a próxima pergunta que surge é quais são as respostas que o Direito pode dispor para atender esta lógica inibitória?

Nesta tese, já se estudou que o instituto da responsabilidade civil como resposta ao comportamento antijurídico para evitar a ocorrência do dano ou impedir que a lesão continue a ocorrer, bem como apresentar a adequada solução quando o dano tenha se concretizado plenamente. Neste momento, é preciso estudar quais as respostas para esta responsabilidade civil sem dano para a não concretização, a cessação ou limitação e a reparação do dano.<sup>771</sup>

Se responsabilidade não é reparar, a reparação não pode ser o principal papel do instituto, em especial para esta estrutura que se propõe.<sup>772</sup> Assim, a reparação não é a primeira resposta. Pelo contrário, é adotada em último caso, quando ocorrido o dano que se tentava evitar é que se pensará em reparar.

---

<sup>770</sup> Rui Stoco explica que: "Os princípios do *neminem laedere* (não lesar ninguém) e do *alterum non laedere* (não lesar outrem), dão a exata dimensão do sentido de responsabilidade. A ninguém se permite lesar outra pessoa sem a consequência de imposição de sanção." (, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.114).

<sup>771</sup> É neste sentido que defende Giselda Hironaka, ao afirmar que: "[...] Ora, se uma ação danosa específica é explicitamente proibida, causar o dano significa agir *contra legem*; mas se essa mesma ação danosa não tiver sido colocada de forma explícita resta ao bom senso, apenas ser essa medida." (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.100). Para a presente tese, há sim uma determinação jurídica sobre o dever de cuidado estudado no primeiro capítulo e, portanto, a responsabilidade sem dano não é meramente uma questão de bom senso. Todavia, se a sua existência está regulamentada, também deverá estar a consequência jurídica, caso contrário, não teria saído desta noção de bom senso.

<sup>772</sup> "[...] A verdade é que amesquinhar o direito civil no escopo reintegratório, sem a capacidade de atuar sob o ponto de vista preventivo, implica em renúncia à efetividade, no binômio justiça/eficiência, sobremaneira no que diz respeito à violação a direitos da personalidade e atentados a interesses difusos e coletivos." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.16).

As soluções jurídicas não necessitam ser patrimoniais e ainda assim estarão inseridas dentro do instituto da responsabilidade civil. Afinal de contas, até mesmo para a estrutura atual houve a despatrimonialização da reparação, como já visto nesta tese, além da possibilidade de reparar através da restituição *in natura* ou da imposição de obrigações de fazer ou não fazer. E é dentro desta interpretação, que não se resume em meramente avaliar pecuniariamente um dano, que se transforma possível responder dentro da lógica inibitória.

Todo o caminho a ser perseguido é traçado na pressuposição de que é preciso evitar a ocorrência do dano, "[...] pois é sempre melhor não sofrer o dano do que receber dinheiro por um prejuízo permanente"<sup>773</sup>. Esta responsabilidade sem dano ampliará as respostas possíveis<sup>774</sup> a serem fornecidas para a ameaça de dano (lesão fática ou lesão jurídica).

*A estrutura da presente tese não é pensar em uma responsabilidade civil que tenha também a prevenção ao lado da reparação, mas sim que tenha como pressuposto primordial a prevenção e que a reparação só tomará lugar quando a primeira falhar.* E para que isto possa ocorrer é preciso dispor sobre uma resposta prospectiva, a fim de impedir que a ameaça do dano venha a se concretizar. Portanto, o foco e o objetivo é uma ameaça, não um dano em si.<sup>775</sup>

As respostas do instituto não podem pensar apenas na não concretização do dano, devendo estar estruturado como Janus que possui duas faces, uma virada para

---

<sup>773</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.48.

<sup>774</sup> "L'instauration d'un régime de responsabilité civile préventive devrait conduire à un élargissement des conditions d'engagement de la responsabilité ainsi qu'à une extension des mesures de sanction susceptibles d'être prononcées par le juge." (TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008. p.644). Tradução livre: A instauração de um regime de responsabilidade civil preventiva deverá conduzir a uma ampliação das condições de aplicação da responsabilidade, assim como a extensão das medidas de sanção suscetíveis de serem pronunciadas pelo juiz.

<sup>775</sup> Isto é o que afirma Luiz Guilherme Marinoni, sobre a tutela inibitória processual, "[...] o dano é uma consequência meramente eventual e não necessária do ilícito, a tutela inibitória não deve ser compreendida como uma tutela contra a probabilidade do dano, mas sim como uma tutela contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, compreendido como ato contrário ao direito que prescinde da configuração do dano." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.45).

o futuro e outra para o passado.<sup>776</sup> Por isso, diz-se que deve pensar na não ocorrência do dano, na cessação ou limitação e por fim, na própria reparação, porque a medida preventiva não se resume apenas a noção de antecipação, mas também de evitar, reduzir e limitar.<sup>777</sup>

As situações que demandam um maior estudo são as noções de evitar (como antecipação) e cessar, pois dizem respeito a respostas jurídicas diferentes da estrutura reparatória atual.

A consequência preventiva é resultado da interpretação, pois não há uma norma expressa que defina que haverá responsabilidade civil em caso de ameaça de dano ou que apresente qual será a resposta. E nem precisaria estar especificada em lei.

[...] Para que o cidadão tenha acesso a esta tutela preventiva não há a necessidade de uma específica previsão legislativa, isto contradiz o próprio postulado da generalidade da tutela processual de direitos, configurando-se em contraste a garantia constitucional de acesso ao poder judiciário em face de uma ameaça a direitos. O remédio é intrínseco ao sistema, dispensando-se a fim de sua aplicação que seja descrito em hipóteses singulares previstas pela lei.<sup>778</sup>

Significa dizer que a resposta preventiva não decorre efetivamente ou diretamente de uma norma, mas sim de uma interpretação jurídica.<sup>779</sup> Destarte, todas as consequências que serão aplicadas decorrem da interpretação. E nem poderia ser diferente, eis que a própria aplicação da responsabilidade civil sem dano necessita de

---

<sup>776</sup> "Na mitologia romana, Janus é o deus das portas, das partidas e chegadas, dos começos. Sua figura de duas faces opostas contempla, simultaneamente, o dentro e o fora, o início e o fim, o passado e o futuro. Por ser o ponto de junção do passado e o futuro, representa também o tempo presente. Em 'As metamorfoses', Ovídio (43 a.C. – 17 d.C.) o chama Caos." (FRÓIS, Katja Plotz. Uma breve história do fim das certezas ou o paradoxo de Janus. **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, Florianópolis, n.63, p.1, 2004).

<sup>777</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montreal, 2009. p.19. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

<sup>778</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.209.

<sup>779</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montreal, 2009. p.245. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

interpretação, diante da ausência de definições específicas (estudado acima)<sup>780</sup>, conseqüentemente, a forma de como deve o Direito responder a esta proteção jurídica seguirá o mesmo caminho. Trata-se de uma interpretação, normalmente jurisprudencial, para a sua aplicação.<sup>781</sup>

Neste momento, o objetivo é traçar uma solução adequada para este instituto que necessita estar calcado em noções de prevenção e precaução.<sup>782</sup>

Dentre os mecanismos de resposta entendidos a partir da conceituação de sanção (que não possui um caráter punitivo, apenas, mas sim das formas para dar efetividade para uma lei e pode ter tanto conseqüências desagradáveis pela inobservância (sanção negativa)<sup>783</sup>, quanto agradáveis pela observância<sup>784</sup>), pode-se

---

<sup>780</sup> Essa previsão genérica da prevenção e específica por determinadas legislações, como a consumerista, também é o que ocorre no direito civil argentino. (GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. **Revista do Direito do consumidor**, São Paulo, v.13, n.50, p.233, abr./jun. 2004).

<sup>781</sup> SINTEZ, *op. cit.*, p.360.

<sup>782</sup> Como exemplo, apresenta-se a proposta elaborada por Teresa Ancona Lopez: "[...] é preciso, em todos esses casos, ser flexível com a exigência de um dano certo e atual. O importante são as ações efetivas antes do dano. No Direito brasileiro, podemos imaginar várias medidas, como o uso de cautelares, quando o risco é iminente, ou dos interditos, medidas acautelatórias e conservatórias do direito. Temos também em leis especiais alguns instrumentos eficazes, como na lei antitruste (art. 20 e 54, Lei 8.884/94). No CDC, suspensão de publicidade enganosa ou abusiva, proibição de comercialização de produtos perigosos ou remédios, com sua retirada do mercado ou de produtos sobre os quais se tem suspeita de perigo, como alguns brinquedos. O mesmo acontece com as leis ambientais nas quais encontramos várias medidas de precaução e prevenção contra a destruição do meio ambiente. E resumo, quando falamos em princípio da prevenção dentro da responsabilidade civil, estamos referindo a um princípio geral de direito fundado na prudência e no princípio geral da segurança, que deve, junto como princípio da precaução, servir de leme dentro da responsabilidade civil moderna. A simples prevenção como resultado automático da sanção está superada principalmente pela difusão do seguro. O grande desafio dos juristas no momento é encontrar meios e modos para tornar eficazes esses princípios, sem esquecer que o legislador vai ter papel fundamental nessa recepção." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.79-80).

<sup>783</sup> Para Bobbio, há normas positivas ou negativas e sanções positivas ou negativas. E "[...] Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentem habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas se apresentem predominantemente predispostas ao (e aplicadas para o) fortalecimento das normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Em um sistema jurídico, muitas das normas reforçadas por sanções negativas são normas positivas (comandos de dar ou de fazer). [...] Portanto, podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: a) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigo; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos. Apesar de as duas distinções – entre comandos e proibições, e entre prêmios e castigos – não se sobreporem, os prêmios estão, com efeito, geralmente ligados a comandos, e os castigos, a proibições. Existe a tendência de premiar ou punir uma ação mais do que uma omissão – mas uma ação ou é o comportamento conforme a um comando, ou é o comportamento não-conforme a uma proibição." (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.6).

falar em sanção punitiva no sentido de ser uma intimidação<sup>785</sup>, premial, ressarcitórias, restitutórias e reintegratórias.

A sanção será, portanto, entendida como a resposta do direito sem a necessidade de conter a noção punitiva ou de coerção fundamentada por Hans Kelsen<sup>786</sup>, visto que o objetivo é "[...] favorecer as ações vantajosas mais do que em desfavorecer as nocivas"<sup>787</sup>. Além de sancionar, o objetivo do direito é também direcionar os comportamentos para certos objetivos.<sup>788</sup> E, por isso, podem haver sanções preventivas. Serão consideradas como sanções preventivas todas as respostas que tenham como fundamento prevenir a concretização de um dano ou as suas consequências.<sup>789</sup>

Eduardo Talamini divide os mecanismos sancionatórios dos comandos sancionatórios. Os primeiros dizem respeito ao aspecto instrumental de realizar o comando e podem ser de sujeitação ou sub-rogação (o resultado será obtido sem a conduta do sancionado) ou indução (realizada pelo sancionado que é induzido a

<sup>784</sup> *Ibid.*, p.7.

<sup>785</sup> É o que afirma Nelson Rosenvald. Em suas palavras: "A função da prevenção é intimamente associada às sanções punitivas, eis que as sanções reintegratórias miram apenas o equilíbrio da esfera patrimonial, não se propondo essencialmente a evitar o ilícito, mas em eliminar as suas consequências danosas. Enquanto as sanções punitivas visualizam o ilícito como uma indevida ruptura da ordem jurídica, as sanções restitutórias o enfrentam como uma injusta alteração de uma proporção quantitativa, que merece restabelecimento." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.26).

<sup>786</sup> Neste sentido é que afirma Kelsen ao dispor que: "[...] Não é uma qualquer qualidade imanente e também não é qualquer relação com uma norma metajurídica, natural ou divina, isto é, qualquer ligação com um mundo transcendente ao Direito positivo, que faz com que uma determinada conduta humana tenha de valer como ilícito ou delito – mas única e exclusivamente o fato de ela ser tornada, pela ordem jurídica positiva, pressuposto de um ato de coerção, isto é, de uma sanção." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.125). E por isso, que os seguidores de Kelsen não adotam a noção de que há sanções positivas. Como afirma Norberto Bobbio "[...] Quem de fato entende, como Kelsen, que a característica da sanção jurídica consiste no uso da força física, sendo sanções jurídicas apenas a pena e a execução forçada, é obrigado, ainda que não se dê conta disso perfeitamente, a excluir as sanções positivas do rol das sanções jurídicas." (BOBBIO, *op. cit.*, p.28).

<sup>787</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>788</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.79.

<sup>789</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montréal, 2009. p.242. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

realiza-la). E os comandos sancionatórios são definidos como *preventivos* (divididos em: de controle, psicológicas ou preclusivas), *simultâneos* (compreendendo as: sub-rogatórias, repressivas diretas), *sucessivos* (classificada em retributivas, que por sua vez se dividem em premiais e punitivas; e as reparatórias, divididas em restitutórias e ressarcitórias).<sup>790</sup>

Para a tutela preventiva, Ricardo Luis Lorenzetti fundamenta que podem ser impostos os mandados de fazer ou não fazer.<sup>791</sup> O juiz decidirá por uma ordem de que a parte não realize ou realize para evitar a ocorrência de uma lesão.

Para a presente tese, serão analisados os comandos sancionatórios preventivos e sucessivos, que maior destaque possuem na noção da responsabilidade civil sem dano<sup>792</sup>, excluindo-se, portanto, as sanções simultâneas da classificação acima mencionada. Também, as sanções preventivas, que devem ser estruturadas a partir da noção da lesão fática e a lesão jurídica; conseqüentemente, deve haver sanção preventiva para ambos os casos, para que não ocorra a concretização fática ou para que não ocorra a concretização jurídica.

As sanções preventivas terão o objetivo de evitar a ocorrência do fato (caráter negativo) ou incentivar que não seja realizado pelo eventual ofensor (caráter positivo). "Preventivas são as medidas que tendem a promover o comportamento desejado, suscitando uma esperança, ou a impedir o comportamento não desejado, provocando um temor"<sup>793</sup>. A grosso modo, todas as sanções existentes dentro do instituto da

---

<sup>790</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.170-175.

<sup>791</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2.ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.143.

<sup>792</sup> Explica-se que os comandos simultâneos dialogam com os outros comandos (preventivos e sucessivos). São adotados para que a violação não produza efeito e estão relacionadas, normalmente, com situações em que há uma fiscalização prévia. "As sanções simultâneas efetivam-se através de medidas sub-rogatórias em sentido estrito (a prática, por outrem, do ato devido e omitido pelo sancionado, no exato instante em que tal ato deveria ocorrer – ex.: acionamento de linha de satélite para transmissão de evento ao vivo) ou na forma de medidas repressivas diretas, mediante impedimento físico de que o sujeito faça aquilo que não pode fazer (ex.: o agente que barra o invasor, no instante em que este iria invadir)". (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.178).

<sup>793</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.26.

responsabilidade civil respondem pela prevenção. E por isso, é preciso separá-las para identificar o que cada uma deve efetivamente prevenir e como.

O objetivo é analisar as consequências jurídicas para as situações que envolvam lides ambientais ou de saúde e dizem respeito a precaução; também, para as sanções preventivas a serem aplicadas para a lesão fática que não atingiu a esfera jurídica; a reparação para os casos da lesão jurídica; e em caso de ocorrência do dano, para prevenção geral, aplicar-se-á a sanção punitiva e a sanção reparação.

Para tanto, passa-se a estudar as consequências e suas aplicações em cada momento desta nova responsabilidade civil que tem como ponto de partida a não ocorrência do dano para então adequar qual a consequência do descumprimento do dever originário.

## 7.1 AS MEDIDAS PARA EVITAR A OCORRÊNCIA DA LESÃO JURÍDICA OU DA LESÃO FÁTICA

Dentro da divisão determinada nesta tese haverá medidas preventivas para evitar a ocorrência da lesão fática ou da lesão jurídica, portanto, nos casos de antecipação ou cessação do ato. Inicialmente, serão analisadas as situações de lesões fáticas a embasar tanto a prevenção quanto a precaução (sem olvidar a ressalva que a precaução ocorre quando comprovada a probabilidade de dano irreversível ou grave; e a prevenção para a possibilidade de danos ambientais ou à saúde).

Pela classificação aqui adotada, haveria comandos sancionatórios e as sanções preventivas. Na classificação de Eduardo Talamini, dentre os comandos sancionatórios a serem estudados, os preventivos seriam divididos, inicialmente, em controle e psicológicos. "Enquanto as sanções de controle são exercidas sobre o comportamento exterior do sujeito sancionado, as sanções preventivas psicológicas são atuadas sobre seus 'comportamentos mentais'"<sup>794</sup>.

---

<sup>794</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.177.

As medidas de controle estão relacionadas com a vigilância, para evitar que o comportamento não desejado não seja concretizado. Tais medidas encontram um óbice para o Direito privado, pois como poderia ser realizada tal fiscalização ou vigilância entre privados? Aqui não conseguiria a responsabilidade civil abarcar tal matéria, o que deixaria relegado a responsabilidade administrativa, a impor ações do Estado para implementar projetos que possam remover a futura causa do dano ou controlar as novas fontes de danos.<sup>795</sup> Por exemplo, há antijuridicidade no ato de dirigir em velocidade superior a permitida em determinada via<sup>796</sup>, mas este ato contrário ao direito não poderá ser fiscalizado pelo direito privado e se não há alguém na rua, como impor sanções preventivas?

Neste caso, específico, a única forma que poderia ser adotada como prevenção do acidente pela responsabilidade civil seria na reparação, através da qual poderia ocorrer uma medida dissuasória, para uma prevenção geral, o que será analisado adiante. Isto porque, não há que se falar em medida de vigilância entre privados.

Por sua vez, o outro comando sancionatório, aqui denominado como medida preventiva seria a sanção psicológica. Ela está relacionada às medidas indiretas, que buscam "[...] influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento"<sup>797</sup>, através destas medidas tenta-se controlar a conduta a ser adotada pela forma do desencorajamento através de ameaças ou encorajamento através de promessas.<sup>798</sup> Mas, sendo meros comandos também não conteriam o conteúdo jurídico do direito privado e por isso, seriam relegadas a outras áreas.

---

<sup>795</sup> GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. **Revista do Direito do consumidor**, São Paulo, v.13, n.50, p.225-238, abr./jun. 2004. p.230-231.

<sup>796</sup> Este é um exemplo apresentado por Roberto Altheim que define o ato como antijurídico e "O adjetivo antijurídico, então, decorre de estar o fato analisado em contradição com o ordenamento, aí incluídos princípios gerais do direito, leis, costumes e todas as fontes de direito reconhecidos." (ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008. p.117).

<sup>797</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.16.

<sup>798</sup> Salienta Eduardo Talamini "Têm-se, assim, providências de encorajamento e de intimidação. As primeiras operam mediante a prévia comunicação de consequências vantajosas ao sancionado, fixadas pelo ordenamento para o caso de observância da lei (ex.: oferta de subsídios para a instalação de uma fábrica, em determinada região). As segundas, através da advertência dos males que advirão em caso de transgressão – males esses que derivam de mecanismos postos em ação pelo próprio sistema normativo, com o preciso escopo de desencorajar a conduta de eventuais transgressores [...]." (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de**

Destarte, para a antecipação, a fim de evitar a ocorrência do dano, a aplicação deve ser através das sanções preventivas. Algumas sanções serão consideradas como de caráter preventivo puro, aqui denominadas como as sanções preventivas. As sanções que tenham cunho preventivo, mas também contenham características de outras funções serão analisadas em separado, como as de caráter dissuasivo, além das sanções reparatórias.

Nas sanções preventivas (caráter preventivo puro), podem ser sanções de caráter positivo ou negativo. As de caráter negativo tem o objetivo de prevenir tornando a ação que ocasionaria o dano impossível, difícil ou desvantajosa, enquanto pela noção positiva, seria fazer com que o evitar fosse necessário, fácil e vantajoso.<sup>799</sup>

Estas últimas são as sanções premiais. São as promessas<sup>800</sup> ou recompensas que funcionam como uma resposta positiva para quem tenha dado cumprimento à norma, próprias de um Estado social democrático<sup>801</sup>. Estão definidas não como comandos sancionatórios, mas sim sanções sucessivas, que significam uma resposta do direito posterior a uma conduta, que esteja ou não em conformidade com o direito.<sup>802</sup>

Destarte, pela própria definição, verifica-se que a sanção sucessiva é efetivamente a resposta que a responsabilidade civil consegue fornecer, eis que se trata da obrigação decorrente após o descumprimento de um dever originário. E para a situação da ocorrência da lesão fática, cujo objetivo é impedir a ocorrência da lesão jurídica, aplicar-se-ão as sanções premiais (ou retributiva positiva).<sup>803</sup> As sanções

---

**não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.177-178).

<sup>799</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.15.

<sup>800</sup> Norberto Bobbio entende que seria melhor denomina-las de indenizações. Entende o autor que: "[...] sanções positivas que visam compensar o agente pelos esforços e pelas dificuldades enfrentadas, ou pelas despesas assumidas, ao proporcionar à sociedade uma vantagem; essas sanções têm valor não de mero reconhecimento, mas (inclusive) de compensação. Podem ser denominadas, melhor do que de prêmios, de indenizações." (*Ibid.*, p.26).

<sup>801</sup> TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.179.

<sup>802</sup> VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva:** a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p.322.

<sup>803</sup> TALAMINI, *op. cit.*, p.179.

premiais são uma forma de sanção que revelam um posicionamento não tão repressivo e punitivo. Há uma previsão normativa cuja consequência não será negativa.

Mesmo tendo este caráter positivo, são denominadas de sanção, visto que a sanção é o cumprimento da norma, seja pela forma negativa se não ocorrer o seu cumprimento, seja pela forma positiva para fomentar o seu cumprimento.<sup>804</sup> Isto é, o vocábulo "sanção" remete, normalmente, as situações repressivas e por isso, a adequada nomenclatura seriam incentivos ou vantagens.<sup>805</sup> Mas, é importante dispor que pode-se denominar de sanções, mesmo que positivas.<sup>806</sup> Esta não é a noção sancionatória kelseniana. A pretensão da sanção premial é premiar os comportamentos de forma que reiteradamente transformarão um comportamento.

Na atual noção de Estado seria primordial a configuração destas sanções premiais<sup>807</sup>, especialmente, para a aplicação da responsabilidade civil sem dano. Contudo, o fato de não estarem previstas legalmente impedem a sua aplicação de forma irrestrita. A rigor, podem ser aplicadas quando atreladas as situações de obrigações de fazer ou não fazer, que são respostas cabíveis para a prevenção<sup>808</sup> e com a despatrimonialização, para a própria responsabilidade civil. A justificativa para a sanção premial estaria prevista na possibilidade do magistrado, ao determinar uma obrigação de fazer ou não fazer, definir as providências que assegurem a obtenção da

---

<sup>804</sup> As sanções premiais são assim definidas para explicar o "[...] benefício conferido pelo ordenamento como incentivo ao cumprimento de determinada obrigação." (NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 34.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.88).

<sup>805</sup> TELLA, Maria José Fálcon y; TELLA, Fernando Falcón y. **Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?** Tradução de Cláudia de Miranda Avena. Revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.45.

<sup>806</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.26.

<sup>807</sup> "É crescente a importância que assume a sanção positiva (preventiva e sucessiva) no Estado moderno. Reflete a passagem de uma concepção negativa do Estado – vinculada ao liberalismo clássico, em que o Direito tem uma imagem prevalentemente 'penalística' – para uma dimensão positiva, característica do Estado de bem-estar social, com o conseqüente aumento das normas que requerem a participação ativa do cidadão." (TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa** (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.179.)

<sup>808</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos do direito**. 2.ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.143.

tutela (tratadas pelos processualistas<sup>809</sup>), conseqüentemente pode interferir e impor sanções premiais para o resultado final.

Com isso, resta a aplicação, em sua grande maioria, de sanções que serão definidas como punitivas, no sentido de representar uma reprovação para com aquele que tenha agido de forma contrária ao ordenamento jurídico. A rigor, a primeira resposta possível será a imposição da obrigação de fazer ou não fazer, que sequer dependem da ocorrência do dano.<sup>810</sup> A imposição deste comportamento, para evitar a ocorrência do dano, deverá se seguir da atribuição da multa civil.

A multa civil, que poderá ser arbitrada judicialmente para impor um determinado comportamento e evitar a ocorrência do dano, tem a função "[...] específica e exclusiva de emprestar força coercitiva à ordem judicial"<sup>811</sup>. Não se confunde com a pena civil que tem o preceito sancionatório em face do "[...] comportamento não apenas antijurídico, mas reprovável por parte daquele que poderia pautar o seu agir em conformidade a um modelo de comportamento sério e diligente"<sup>812</sup>.

A pretensão não é repreender a conduta ou até mesmo verificar se agiu ou não com culpa, mas sim evitar a ocorrência do dano. Por isso, a multa é acessório a determinação obrigacional de fazer ou não fazer.

Desta maneira, em caso da ocorrência da lesão fática, poderá ser imposta para evitar a lesão jurídica a obrigação de fazer ou não fazer, inclusive com o arbitramento da multa civil estruturada pelo direito processual.

---

<sup>809</sup> É o que dispõe o artigo 497, do Código de Processo Civil que por ora se encontra na *vacatio legis*. "Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente." (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015).

<sup>810</sup> É o que dispõe o parágrafo único do citado artigo 497, do novo Código de Processo Civil que se encontra em seu período de *vacatio legis*. "[...] Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015).

<sup>811</sup> ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v.6). p.353. O autor complementa explicando que a multa civil não tem caráter indenizatório. "É fundamental, para bem compreender o instituto da multa coercitiva em exame, ter claro que ela não possui nenhum caráter indenizatório. Não é ela indenização pré-fixada pelo magistrado (para a eventualidade do descumprimento da prestação *in natura*) ou forma diferente de fixação de perdas e danos, arbitrada pelo tempo da demora no adimplemento. Aliás, nem se pode confundir a importância devida em razão da incidência da multa com a eventual indenização cabível em função da mora." (p.353).

<sup>812</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p.49.

Como exemplo da obrigação de fazer é a suspensão de medicamentos que possam ser prejudiciais à saúde.<sup>813</sup> As obrigações podem ser determinadas tanto dentro para a precaução quanto para a prevenção, eis que dentro dos limites definidos por esta tese. Para ilustração apresenta-se o caso da talidomida. O medicamento foi produzido para enjoos<sup>814</sup> e inicialmente a dúvida era que haveria uma causalidade entre ele e as más formações de fetos. Ao constatar tal relação, foi determinada a suspensão da comercialização de tal produto, ou seja, imposição de uma obrigação, a fim de evitar que outros danos pudessem ser ocasionados.

Desta forma, para a lesão fática, as sanções preventivas serão as sanções sucessivas retributivas, da classificação apresentada por Eduardo Talamini e aqui apresentada. E esta classificação das sanções retributivas será dividida em premiaias e punitivas, ambas perfeitamente aplicáveis ao caso. Já as sanções reparatórias (também inseridas dentro da classificação das sucessivas), não serão aplicadas para as lesões meramente fáticas, mas poderão ser assim aplicadas para as lesões jurídicas.

Com efeito, além das próprias sanções definidas quando da não ocorrência do dano (apenas efetivação da lesão fática), para a lesão jurídica caberia também as sanções definidas como reparatórias. É que estas lesões são tratadas como se estivessem em um limiar entre a reparação e a prevenção.

A sanção reparação para estes casos não é unanimidade. Pelo entendimento do Ministro Massami Uyeda "mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável"<sup>815</sup>. Posicionamento

---

<sup>813</sup> O exemplo do remédio é paradigmático e inclusive citado por outros que estudam a prevenção tal como Cyril Sintez. (SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes.** Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montreal, 2009. p.379. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014).

<sup>814</sup> Explica-se que "A talidomida ou 'amida nftálica do ácido glutâmico' (C<sub>13</sub>H<sub>10</sub>N<sub>2</sub>O<sub>4</sub>) consiste em um medicamento criado na Alemanha nos idos de 1954, inicialmente como sedativo, cujo objetivo era controlar a ansiedade, a tensão e as náuseas." (BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.43, p.100, jul./set. 2010).

<sup>815</sup> "Perda da chance: uma forma de indenizar uma provável vantagem frustrada". Notícia veiculada no site do STJ Datada de 21 de novembro de 2010. (Disponível em: <[http://stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879](http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=99879)>. Acesso em: 15 de abril de 2011).

este criticado por Caio Mario da Silva Pereira, para quem afastar a reparação do dano hipotético seria como permitir o imediato acionamento de uma usina.<sup>816</sup>

Dentre muitos dos julgados em França que tem aplicado esta nova teoria, e distinguem o *dommage* e o *prejudice*, como sendo a lesão fática e a lesão jurídica, respectivamente, tem-se o julgamento proferido na Corte de Apelação de Lyon, no ano de 2006.<sup>817</sup> O caso dizia respeito a sondas cardíacas de uma determinada marca que foi descoberto que apresentavam defeitos graves. Assim, alguns pacientes que portavam a sonda daquela marca se sentiram lesados diante da probabilidade dos seus aparelhos apresentarem problemas semelhantes aos que foram noticiados. A Corte de Apelação condenou a empresa ao pagamento de danos morais, com fundamento na angústia sentida pelos pacientes diante do risco desenvolvido, decisão esta que foi mantida pela Corte de Apelação de Paris.<sup>818</sup>

Em decisão muito semelhante o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que o fato dos autores terem sido contaminados por hexaclorobenzeno, independente da doença em si, eis que ainda não se manifestou, ensejava a reparação. A ação foi proposta tendo em vista o descarte indevido de produtos com hexaclorobenzeno (12.000 toneladas de resíduos químicos em diversas áreas), o que contaminou os autores da demanda judicial, tendo comprovado que no soro sanguíneo encontrava-se o produto. Tal substância é cancerígena e, por isso, além dos danos patrimoniais (pois tiveram que deixar o local que residiam), houve a reparação dos danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada autor "[...] a fim de amenizar a angústia e o sofrimento em razão da incerteza quanto ao efetivo gozo de saúde plena"<sup>819</sup>.

Nos referidos autos, verificou-se no laudo pericial elaborado que o composto químico poderá ocasionar diversas doenças, desde bronquite, pneumonia até câncer, o fato de não ter sido desenvolvida não retira a angústia de poder ter contraído

---

<sup>816</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p.51.

<sup>817</sup> Corte de Apelação de Lyon. 1.<sup>a</sup> Câmara Cível. 08.06.06 *apud* LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.149.

<sup>818</sup> Corte de Apelação de Paris. 12.09.08. Casos n.<sup>os</sup> 05-15-716; 05-15-717; 05-15-719; 05-15-720; 05-15-721; 05-15-723; 05-15-733. *apud* LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.149.

<sup>819</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n.º 9061228-52.2002.8.26.00000**. Relator Erickson Gavazza Marques. Julgamento: 20/02/2013. Órgão Julgador: 5.<sup>a</sup> C. Dir. Privado.

determinada doença, por uma conduta inadequada da empresa responsável pelos produtos à época, que não realizou o devido descarte dos produtos.

Também, neste sentido, faz-se mister citar o trecho do acórdão proferido pela Ministra Maria de Assis Calsing, em demanda trabalhista na qual a empregada estava sujeita a manusear inadequadamente o lixo da empregadora, "não é crível se imaginar que a empregada tenha de efetivamente sofrer um infortúnio para ter direito à reparação por dano moral"<sup>820</sup>.

Além destes, retoma-se o caso citado anteriormente no qual foi arbitrado o dano extrapatrimonial coletivo, a fim de reparar aqueles que estavam sujeitos a inalar a poeira tóxica decorrente do mau armazenamento das telhas cuja matéria prima é o amianto.<sup>821</sup>

Em todos estes casos, não ocorreu a lesão fática, não foi desenvolvida a doença que se tentou evitar, ainda que tenha ocorrido a lesão jurídica. Pelo disposto no artigo 944 (do CC)<sup>822</sup>, a indenização – aqui entendida como a sanção da

---

<sup>820</sup> O trecho referente as verbas indenizatórias pelo descarte indevido do lixo restou assim ementado: "[...] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCORRETO DESCARTE DO LIXO HOSPITALAR. INOBSERVÂNCIA DE NORMAS DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO DEVIDA, PARA COIBIR O RISCO À INTEGRIDADE FÍSICA DO TRABALHADOR. Partindo-se da moldura fática delineada nos autos, é possível constatar que o lixo hospitalar por vezes era descartado no lixo comum e, efetivamente, causou ferimentos em algumas serventes. É certo que a Reclamante não sofreu, concretamente, nenhuma lesão advinda do lixo hospitalar irregularmente descartado no lixo comum, e que a Reclamada fornecia equipamentos de proteção individual. Todavia, os referidos fatos não se mostram, por si sós, como obstáculos ao deferimento da indenização por danos morais. Primeiramente, os equipamentos de proteção individuais fornecidos se mostraram insuficientes para elidir o risco advindo do lixo hospitalar, pois expressamente consignado pelo Regional que outras serventes, que não a Reclamante, sofreram ferimentos com o aludido lixo erroneamente descartado no lixo comum. Segundo, não é crível se imaginar que a empresa tenha de efetivamente sofrer um infortúnio para ter direito à reparação por dano moral. Ora, as regras normativas impõem ao empregador o dever de tomar as precauções necessárias para que seus empregados não venham a sofrer lesões decorrentes das atividades desempenhadas, consoante se infere do art. 157, I, da CLT. Assim, não tendo a Reclamada procedido à fiscalização e controle do correto descarte do lixo hospitalar, típica norma de segurança e medicina do trabalho, deve responder pela sua negligência. Isso porque não pode o Poder Judiciário ser condizente com um empregador que desrespeita normas de ordem pública, colocando em risco a saúde e a própria vida do empregado. Dessarte, o Regional, ao entender indevida a indenização por dano moral decorrente do risco advindo do incorreto descarte do lixo hospitalar, ao argumento de que a Reclamante, além de receber adicional de insalubridade e equipamentos de proteção individual, não sofreu nenhuma lesão concreta, acabou por afrontar a literalidade dos arts. 157, I, da CLT e 186 do Código Civil." (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RR 340400-28.2009.5.09.0022**. Relator: Ministra Maria de Assis Calsing. Julgamento: 18/04/2012. Órgão Julgador: 4.<sup>a</sup> Turma).

<sup>821</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1367923/RJ**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento: 27/08/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 06/09/2013.

<sup>822</sup> "Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

responsabilidade civil –, pode ocorrer na medida e na extensão do dano. Portanto, como reparar quando não há dano?

Nestes casos não houve reparação nos moldes tradicionais, o que houve é o arbitramento de indenização com o cunho punitivo. A forma que é tão repudiada pelo ordenamento jurídico brasileiro tem sido utilizada pelos tribunais como se reparação fosse, mas como reparar quando não há dano? O pensamento punitivo esbarra na divisão que se pretende manter a todo custo referente ao direito civil e o direito penal. Em ambos os casos, há a pretensão de prevenir<sup>823</sup>, mas suas estruturas são diferentes e conforme mencionado anteriormente, suas funções e objetivos tem se misturado.

Portanto, no caso da responsabilização, esta ocorre e tem condenado empresas a reparar danos que não foram devidamente concretizados, cabendo, por isso, a doutrina se despir dos preconceitos para com a ampliação do instituto, eis que esta bate às portas e diante das necessidades sociais (verificadas no primeiro capítulo) e jurídicas (apontadas neste trabalho) é o momento de estruturar a responsabilidade civil do século XXI.

De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo, quando ocorrida a lesão que deveria ser prevenida é possível ter a imposição de uma sanção por aquilo que ele denomina como dano social (estudando anteriormente). O fundamento é de que não seria nem mesmo uma reparação patrimonial ou extrapatrimonial, mas sim para "restaurar o nível de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito"<sup>824</sup>.

Nos casos acima citados, pode-se aplicar facilmente a teoria do dano social, pois se tratam de ameaças que iriam atingir efetivamente um coletivo. E quanto ao dano individual tratado na situação da funcionária exposta ao material possivelmente contaminado, destaca-se que a reparação se deu como dano extrapatrimonial, cujo

---

<sup>823</sup> "Se prevenir é um objetivo comum, um bom começo de investigação seria identificar se nos referimos aos mesmos mecanismos e efeitos quando atribuímos essa função às esferas civil e penal." (MACHADO, Maíra Rocha. A responsabilidade civil é independente da criminal em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Roda Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.1. p.425).

<sup>824</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.381.

arbitramento possui um cunho punitivo para o próprio arbitramento da reparação.<sup>825</sup> Para a presente tese, admite-se a reparação apenas nos casos que ocorra a lesão jurídica (ou *préjudice*<sup>826</sup>), a fim de evitar a ocorrência da lesão fática e quando da existência do dano social.

A ameaça individual, ainda que se trate da ocorrência da lesão jurídica e mesmo presentes os limites definidos acima (irreversibilidade e gravidade para a prevenção), não deve ser admitida a reparação dentro do ordenamento jurídico existente. Assim, para estes casos, as soluções seriam da mesma forma que a lesão fática, ou seja, imposição da obrigação de fazer ou não fazer.

Mas, somente as duas possibilidades? Não poderia haver a obrigação de dar? A resposta é positiva. O exemplo aqui utilizado é para evitar a ocorrência da lesão fática e por isso, antecipação. Em caso de acidente de trânsito, no qual um automóvel táxi reste impossibilitado de prestar os seus serviços, ao final da demanda é possível arbitrar lucros cessantes, que consistem em danos materiais do que deixou de lucrar, desde que devidamente comprovado. Os lucros cessantes consistem em danos materiais cuja lesão jurídica não aconteceu ainda, eis que dizem respeito a um bem que integraria o patrimônio do lesado caso o fato não tivesse ocorrido.

Mas, seria caso de prevenção? Sim, se entendermos que há possibilidade de difícil reparação. Para tanto, basta tomar o exemplo de verificação desta verba do próprio acidente de trânsito envolvendo um taxista, mas cuja época seja de maior movimento como o feriado de carnaval no Rio de Janeiro, o valor não será facilmente arbitrado, podendo ser tanto para mais, quanto para menos.<sup>827</sup>

---

<sup>825</sup> Para o arbitramento do valor do dano moral ressalta Maria Celina Bodin de Moraes que: "O caráter punitivo, ao qual nem sempre se faz referência expressa, aparece quando o arbitramento se baseia, essencialmente, na relação entre a culpa do agente e sua capacidade econômica." (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p.276). Da mesma forma, afirma Antonio Lindbergh Montenegro: "Predomina, contudo, o entendimento de que a quantia outorgada ao ofendido não representa um ressarcimento, no sentido rigoroso do termo, e sim uma compensação ou satisfação simbólica, visto que nela domina a ideia de pena privada, de manifesta incompatibilidade com a sistematização dos princípios que formam o arcabouço da teoria da indenização de danos." (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos: pessoais e materiais**. 7.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.123-124).

<sup>826</sup> TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile**. Paris: L'Harmattan, 2008. p.542.

<sup>827</sup> Sérgio Cavalieri Filho sugere a aplicação de um *plus*. Afirma o autor: "Voltando ao exemplo do acidente de veículo, e supondo tratar-se de um táxi, o lucro cessante importará naquilo que ele deixou de produzir nos dias em que, em razão da colisão, permaneceu paralisado para conserto,

Desta forma, no caso dos lucros cessantes há a lesão jurídica, mas ainda não há lesão fática que só virá a ocorrer no futuro.<sup>828</sup> O lucro cessante é o valor que o "o lesado tinha, no momento da lesão, um direito ao ganho que se frustrou, ou melhor, a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se, lhe daria direito a esse ganho"<sup>829</sup>. Portanto, é uma lesão futura. Poderia de alguma forma impedir que ela ocorresse?

Havendo uma imposição à obrigação de dar é possível pensar que a lesão fática não ocorrerá. E quais são as vantagens? O taxista não precisará interromper o seu trabalho e conseqüentemente, não haveria perigos de pensar que talvez o valor arbitrado não correspondesse ao que efetivamente ele trabalharia naquele período, para mais ou para menos. E quais seriam as possíveis desvantagens? Caso a pessoa a quem venha a ser imposta a obrigação de dar não seja a responsável pelo dano, ela terá o valor despendido de volta. Para tanto, basta se utilizar as formas de garantia adotadas pelo sistema processual civil pátrio ao que diz respeito ao cumprimento de decisões que ainda não sejam definitivas.<sup>830</sup>

Aqui pode ocorrer uma situação fática que venha a criar maiores benefícios para uma parte, já que esta poderá desfrutar de uma situação fática antes do encerramento do processo.<sup>831</sup> Todavia, é preciso salientar que esta situação

segundo a sua média diária de produção. E, se o acidente ocorreu, digamos, em período de Carnaval, quando, pela afluência de turistas, há maior movimento e melhores gorjetas, não será descabido admitir-se em favor do proprietário do táxi, além da renda normal, um *plus*, um lucro extra, porque isso é o que normalmente ocorreria se não tivesse havido o acidente." (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programas de responsabilidade civil**. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003. p.91-92).

<sup>828</sup> DE CUPIS, Adriano. **El daño: teoría general de la responsabilidad civil**. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1975. p.321.

<sup>829</sup> JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. p.378.

<sup>830</sup> O processo civil possui soluções para os casos da antecipação de tutela através da garantia do juízo, como prestação de caução. É o que dispõe o novo Código de Processo Civil em seu artigo 520 "IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos." (BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil).

<sup>831</sup> É o que afirma Ricardo Luiz Lorenzetti, para o autor estas situações são ainda mais graves quando da ação de não fazer, através dos mandados de não inovar. Por exemplo, "[...] Um dos casos é aquele em que a parte forte 'ganha' posições de fato antes do litígio e se vê altamente beneficiada com o congelamento determinado pelo juiz, já que desfrutará durante todo o processo daquilo que obtivera no mundo dos fatos. Neste sentido, a sentença será desvirtuada pelo contexto situacional

supostamente mais "benéfica" é realizada apenas para equalizar as partes, eis que futuramente o valor seria despendido pela parte, por outro lado, aquela que não obtivesse o benefício estaria prejudicada.

Evitar a lesão fática do taxista não acarretaria uma lesão para aquele que tenha que custear tal situação? Ou seja, evita-se um dano e causa outro? É preciso compreender que para o instituto da responsabilidade civil o Judiciário não deve ser utilizado apenas para calcular indenizações. Como afirma Cyril Sinthez, as sanções preventivas resultam de interpretação da norma.<sup>832</sup> A decisão judicial deve ser consciente para evitar arbitrariedade.<sup>833</sup>

Ainda neste mesmo exemplo, a vantagem da antecipação da lesão é patrimonial para ambos e por que deveria ser pensada? Porque dentro das regras processuais, dentro da noção tradicional da responsabilidade civil, a decisão do magistrado seria de simplesmente aguardar a ocorrência do dano para poder calcular. Todavia, conforme foi mencionado por diversas vezes nesta tese e ora se repete, o aguardar o dano ocorrer não deve ser a resposta jurídica a ser aqui imposta. Mas, sim o agir antes, pensar de forma prospectiva.

Feitas tais considerações, percebe-se que para evitar a ocorrência do dano, preferencialmente, serão adotadas medidas que não tenham caráter pecuniário, tendo como consequência da responsabilidade civil as modalidades obrigacionais diversas da obrigação de indenizar, como a obrigação de fazer, não fazer e dar.

Quando o dano ocorrer é preciso avaliar a possibilidade de cessá-lo ou limitar os seus efeitos e, em caso positivo, as medidas a serem adotadas continuam dentro da prevenção e precaução, apesar de não se tratar do que se denominou como caráter preventivo puro. Nestes casos, há a possibilidade de requerer a reparação do

---

criado por uma das partes." (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2.ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.144).

<sup>832</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montreal, 2009. p.379. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

<sup>833</sup> "O juiz não pode improvisar nem tampouco se apressar para decidir. Deve ao contrário, ser consciente dos interesses em jogo e das consequências das suas decisões, operando com normas fundamentais e seguindo uma racionalidade própria deste tipo, sob pena de incorrer em arbitrariedade." (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2.ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.146).

dano já ocasionado e paralelamente, que seja interrompida a causa para que cessem os seus efeitos.<sup>834</sup>

Pode ser realizada uma medida com o intuito, unicamente, de limitar o dano. Assim, o dano já ocorreu e é preciso cessar que continue a lesar. Por exemplo, o que ocorre com a responsabilidade civil em danos ambientais, pode ser proposta a demanda para interromper a causa de dano ambiental.<sup>835</sup> Repara-se o dano ocorrido e impõem-se consequências para evitar que a lesão continue a ser realizada.

Outra possibilidade é verificada na demanda proposta por jornalista que teria se dedicado para a elaboração de material de áudio e vídeo sobre o falecido atleta "Garrincha". Ao tentar comercializar o material teve conhecimento de que sua entrevista estava disponível, sem prévia autorização, no site da empresa ESPN do Brasil Eventos Esportivos Ltda. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou a suspensão imediata da divulgação das informações, com a cominação de pena diária. Portanto, ocorreu o dano em decorrência da impossibilidade de comercialização (houve a oferta e comprovação de negativa para jornal espanhol), sendo necessária a intervenção judicial para cessar a ocorrência do dano,<sup>836</sup> para evitar que continuasse a ser divulgada uma matéria sobre a qual a empresa não tinha autorização.

Desta forma, há a sanção retributiva (punitiva) e a reparatória (ressarcitória).

---

<sup>834</sup> "Assim, de duas, uma: seja o dano ainda não ocorreu, caso em que o requerente poderá demandar uma tutela inibitória para evitar a sua realização, seja já houve lesão, caso em que o autor pedirá, além de uma indenização, a imediata cessação do ilícito. Como se vê, não há qualquer espaço para uma indenização com caráter preventivo, com o fito de prevenir, ou bem fazer cessar, o ilícito." (LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.157).

<sup>835</sup> É o que afirma Maria Helena Diniz: "A ação de responsabilidade civil, fundada no risco integral, em matéria de dano ambiental, visa a recomposição ou reconstituição do *status quo ante* ou recuperação do meio ambiente vulnerado ou lesado, com a interrupção da causa depredatória (CF, art. 225, § 2.º e Lei 6.938/1981, art. 14, § 1.º), e, sendo esta inviável, a indenização por dano moral e patrimonial, com o intuito de satisfazer a vítima e de desestimular comportamentos similares do próprio poluidor ou de terceiros." (DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.391).

<sup>836</sup> A decisão monocrática restou assim ementada: "DIREITOS AUTORAIS. OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Programa de Televisão a Cabo/Internet/Revista Esportiva – Tutela antecipada para obstar divulgação de material do autor, por ele não autorizado (reportagem envolvendo o falecido atleta Garrincha/entrevistas e material audiovisual) - Cabimento – Atendimento dos requisitos de que trata o art. 273 – Ré que sustenta (mas não comprova – ao menos em sede de cognição sumária) a necessária autorização do autor - Providência possível de ser cumprida – Cominação de multa diária que encontra amparo no art. 461, § 5.º do CPC (aplicável à hipótese para garantir a efetivação da medida) - Decisão reformada – Recurso provido." (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 8.ª Câmara de Direito Privado. Relatora: Salles Rossi. Julgamento: 06/05/2015. Data de registro: 14/05/2015).

Como cessação, também, vale citar a condenação da empresa Google do Brasil pela veiculação de blog criados por terceiros que ofendem os direitos de personalidade de um indivíduo. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a empresa seria responsável por dispor no seu site de busca a possibilidade de acesso a tais blogs. Assim, foi determinada a cessação do dano de forma imediata, com a imposição de multa no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).<sup>837</sup>

Em ambas as situações, a cessação ou limitação do dano será resolvida pelas regras das medidas de antecipação. Mas, caso o dano ocorra e não possa ser cessado ou limitado, deve-se analisar como reparar e se há alguma possibilidade de prevenir.

## 7.2 A OCORRÊNCIA DO DANO: A PREVENÇÃO GERAL

Quando da ocorrência do dano, não há que se falar em prevenção específica, eis que o dano já ocorreu. Todavia, não se pode olvidar que o direito tem a função de também dispor sobre a prevenção geral.<sup>838</sup> E assim, acaso se verifique que a ocorrência do dano se deu diante da ausência de diligência necessária para evitar a sua ocorrência, aplicar-se-á a noção do dano social, além é claro da reparação do dano ocasionado.

---

<sup>837</sup> Esta decisão contém a seguinte ementa: "AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. GOOGLE DO BRASIL. NOTÍCIA OFENSIVA VEICULADA EM BLOG CRIADO POR TERCEIROS. OBRIGAÇÃO DA RÉ DE FAZER CESSAR A VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE DO DEMANDANTE, COM A REMOÇÃO DOS BLOGS DA "INTERNET" E IDENTIFICAÇÃO DE SEUS CRIADORES. VALOR DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA LIMINAR REDUZIDO PARA R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE." (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 6.<sup>a</sup> C. Dir. Privado. Relator: Paulo Alcides. Julgamento: 14/05/2015. Data de registro: 15/05/2015).

<sup>838</sup> A possibilidade de pensar a prevenção ou até mesmo a aplicação das penas punitivas em situações de danos é constatada na análise de uma reiterada conduta de determinada empresa imobiliária que entregava as unidades habitacionais comercializadas em atraso. Neste caso, "[...] mesmo não evidenciada a violação a situações jurídicas existenciais do autor da demanda, houve imediatamente uma conduta deliberadamente direcionada a lesar um interesse legítimo da vítima que impacta mediamente em um grupo de consumidores. O sistema jurídico não pode se manter alheio a esta conduta, afinal, há o interesse da sociedade em conter comportamentos reprováveis sobretudo quando evidenciado o descaso do ofensor perante a sorte daqueles a quem atraiu com a legítima expectativa de confiança quanto à qualidade e à segurança de seus produtos." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.** São Paulo: Atlas, 2013. p.187).

Tratar-se-á, portanto, da aplicação desta espécie de dano mencionada anteriormente, visto que a ocorrência do dano pode ser caso de descumprimento da prevenção e precaução. Nestes casos, limitados nesta tese, deverá ocorrer a prevenção geral, que significa o impedimento que tal conduta se repita e venha a lesar outros indivíduos. A reparação será revertida para um fundo.

Aqui, faz-se uma ressalva pela análise econômica do direito, que não é adotada na presente tese (Isto porque, o que se propõe é uma prevenção que não esteja relacionada com a reparação ou com valores econômicos. Uma forma preventiva que não seja meramente a prevenção-reparação<sup>839</sup>), para esta teoria as medidas para impedir a ocorrência do dano seriam a *specific deterrence* ou *general deterrence*, através destas haveria a adoção de medidas governamentais para evitar o dano ou estímulos e desestímulos para que determinada conduta seja adotada em virtude de fatores de mercado.<sup>840</sup>

É a análise do custo benefício. Calcular os riscos é calcular o incalculável através de estatísticas de acidentes e fórmulas de compensações que transformam os danos ocasionados em dinheiro<sup>841</sup>, tendo a responsabilidade civil um posicionamento

---

<sup>839</sup> Não obstante o valor da análise econômica do direito, não é possível subsumir a responsabilidade civil apenas a regras de Economia. Neste sentido, vale transcrever as palavras da autora Thais Venturi, para quem a responsabilidade preventiva tem sua justificativa muito além das regras do "Law and Economics". Afirma a autora que: "Como se percebe, a leitura econômica muito tem a auxiliar na compreensão e no aprimoramento dos institutos jurídicos, prestando-se, sobretudo, a demonstrar de que formas a responsabilidade civil pode e deve ser analisada sob uma perspectiva notoriamente preventiva. Todavia, isso, não quer dizer que o objetivo de prevenção, dentro da perspectiva do direito da responsabilidade civil, se esgote ou se resuma à viabilização da melhor ou maior eficiência econômica, correlacionando-se tão somente com os custos/benefícios inferidos a partir de uma análise objetiva e calculista a respeito dos deveres de cuidado e dos eventuais danos experimentados no seio social. Muito antes, e para muito além disso, a fundamentação preventiva da responsabilidade civil ora preconizada assenta-se em valores éticos e morais que extrapolam, necessariamente, qualquer racionalidade utilitarista a respeito das possíveis justificativas para se evitar a violação dos direitos e a conseqüente provocação dos danos." (VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p.183).

<sup>840</sup> CALABRESI, Guido. **The costs of acidentes**: a legal and economic analysis. New Haven and London: Yale University Press, 1970. Através desta teoria: "O *status* científico da análise econômica parte do individualismo metodológico, ou seja, das escolhas que faria o indivíduo a fim de maximizar a sua utilidade; vale-se ele das regras da economia para predizer essa conduta; constrói um modelo sobre essas premissas e a partir disso obtém um poderoso instrumento de análise modelo para o estudo das situações empíricas. Essa metodologia é utilizada em vários campos: contratos, responsabilidade civil, direito de família, direito constitucional, filosofia política e direito penal." (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2.ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.187).

<sup>841</sup> Como afirma Beck, "*En el umbral del siglo XXI, los desafíos de la era de la tecnología nuclear, genética y química se manipulan con conceptos y recetas derivadas de la primera sociedad industrial*

importante nas escolhas empresariais (se adota medidas preventivas ou repara o dano que provavelmente ocorrerá)<sup>842</sup>.

E o comportamento econômico será, assim, analisado pela responsabilização dentro da sociedade de riscos em quatro fases: concepção, decisão, produção e consumo.<sup>843</sup> Assim, a criação de um novo produto, por exemplo, estaria na fase da concepção, mas a decisão e produção será realizada por outrem, que avaliará, através de uma "[...] decisão estratégica (ou política), gerida e controlada, ao máximo possível, por quem tem a gestão e o controle do 'momento estratégico' (ou político)"<sup>844</sup>.

A opção por remediar (como uma "*conduta colectiva na qual exista espaço para que o dano ocorra*")<sup>845</sup> seria melhor.

Quando se trata a análise do custo, a primeira conclusão deveria ser a não ocorrência do dano, todavia é sabido que através de uma efetiva análise empresarial nem sempre essa será a conclusão a ser adotada, podendo ser verificado que é economicamente mais vantajoso pagar a indenização do que evitar que o dano ocorra, através de uma análise do custo e benefício. Tal como ocorreu no paradigmático caso conhecido como Ford Pinto Case.<sup>846</sup>

Este famoso caso, normalmente utilizado para exemplificar a aplicação de danos punitivos, é aqui analisado em outro ângulo, para comprovar que em muitos

*del siglo XIX y comienzos del XX.*" (BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001. p.81-82).

<sup>842</sup> Afirma Nuno Garoupa: "A responsabilidade civil governa a forma de relacionamento dos agentes econômicos, indivíduos e empresas, na sociedade contemporânea. Deste modo, as regras de responsabilidade civil afetam de forma importante as decisões e comportamentos dos indivíduos e, conseqüentemente, o bem estar social." (GAROUPA, Nuno. Apresentação. In: BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr. 2011. p.12).

<sup>843</sup> MASI, Domenico de. A sociedade pós-industrial. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla *et al.* 3.ed. São Paulo: Editora Senac, 2000. p.70.

<sup>844</sup> MERLI, Raffaello. Jungk: os aprendizes de feiticeiro. In: MASI, Domenico de (Org.). **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla *et al.* 3.ed. São Paulo: Editora Senac, 2000. p.102-103.

<sup>845</sup> ARAÚJO, Fernando. Apresentação In: VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p.7.

<sup>846</sup> LEGGETT, Christopher. **The Ford Pinto Case**: the valuation on life as it applies to the negligence efficiency argument. Law & valuation. Professor Palmiter. Spring, 1999. Disponível em: <<http://users.wfu.edu/palmiter/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

casos há o conhecimento dos danos prováveis (prevenção) e possíveis (precaução) que serão ocasionados, mas nada é realizado, por livre e espontânea vontade.

O Ford Pinto foi um modelo de automóvel desenvolvido pela Ford, que após a fabricação foi submetido a testes de direção, quando constatando que havia a *probabilidade* de rompimento do tanque de combustível em caso de colisão traseira do automóvel, ocasionando a combustão e *possibilidade* de acarretar ferimentos aos passageiros. Todavia, diante do custo por carro para adequar a engenharia do modelo (seria de US\$ 11,00 – onze dólares – por carro, um total de US\$ 137 milhões – cento e trinta e sete milhões de dólares) e o valor das possíveis indenizações (US\$ 49.5 – quarenta e nove milhões e quinhentos mil dólares), a Ford preferiu comercializar o veículo sem realizar os ajustes necessários. E o modelo Pinto foi comercializado com os riscos para os seus passageiros que eram de amplo conhecimento da Ford, no ano de 1968.

Mas, em maio de 1972, Lily Gray e o seu filho de 13 (treze) anos de idade à época, Richard Grimshaw, estavam viajando em um Ford Pinto, quando foram atingidos na traseira do veículo e a colisão acarretou o incêndio do carro, vindo a mãe a falecer e a criança a sofrer lesões gravíssimas. Com a comprovação de que a empresa realizou estudos do custo/benefício, através de documentos nos quais estavam descritos os custos indenizatórios (incluindo medicamentos, tempo de internação, gastos com advogado, despesas funeral, dentre outras), a empresa foi condenada ao pagamento de danos materiais e danos punitivos (inicialmente em US\$ 125.000.000,00 – cento e vinte e cinco milhões de dólares –, reduzidos para US\$ 3.500.000,00 – três milhões e quinhentos mil dólares).<sup>847</sup>

Este não é o único caso no qual é constatado que o custo e o benefício são analisados e a opção é por ocasionar o dano. Diversas são as situações atuais nas quais danos, mesmo que menores do que a morte ou lesões gravíssimas (mas, não deixam de ser danos), acontecem, permitindo que ocorra a "[...] prevalência do lucro sobre o bem-estar do indivíduo"<sup>848</sup>.

---

<sup>847</sup> GRIMSHAW v Ford Motor Co. 1 19 Ca. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981) *apud* LEGGETT, Christopher. **The Ford Pinto Case**: the valuation on life as it applies to the negligence efficiency argument. Law & valuation. Professor Palmiter. Spring, 1999. Disponível em: <<http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

<sup>848</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.12.

É o caso, por exemplo, de alguns danos aos consumidores de telefonia móvel.<sup>849</sup> É sabido que para continuidade dos negócios deve ser realizado um determinado investimento em novas tecnologias e aquisições de antenas, mas ao invés disso, a empresa prefere continuar a comercialização das linhas, pois mesmo que essas não funcionem adequadamente, os valores indenizatórios são ínfimos.<sup>850</sup>

Então, as empresas podem analisar o custo – benefício e considerando o número de consumidores que propõem demandas indenizatórias, o número de consumidores que procuram o Judiciário e o valor das indenizações que são arbitradas. A partir da análise do cálculo, entendendo o ofensor que vale a pena lesar<sup>851</sup>, ocorrendo, assim, uma análise econômica e assumindo o ofensor o risco.

Pensar em nova responsabilidade é pensar em uma responsabilização diversa calcada em comportamentos idôneos e conscientes de ambos os envolvidos: ofensor e ofendido.

O custo benefício é normalmente analisado quando se discute indenizações de *punitive damages*, quando o ofensor decidiu realizar o dano, ao invés de prevenir que tal fato continuasse a ocorrer.<sup>852</sup> Se o ofensor tem conhecimento de que arcará

---

<sup>849</sup> Nos casos de telefonia móvel, além da situação das próprias empresas, não se pode olvidar a má atuação das agências reguladoras. "[...] estes órgãos ignoram a razão por que foram criados e, ao invés de atuarem como órgãos técnicos, cuidam de fazer política. Por meio de asfixia financeira, de nomeações de dirigentes sem qualificações técnicas, as agências reguladoras se esfacelam. Não é sem razão que telefônicas, planos de saúde, companhias aéreas e bancos se revezam na disputa pelo primeiro lugar no *ranking* dos campeões de reclamações. Mês após mês os Procons divulgam balanço dos maus-tratos impostos aos usuários. Nas telecomunicações, os telefones se calam e a Internet se desconecta; na saúde, faltam médicos, leitos e UTI's; no setor financeiro, juros e tarifas explodem; na aviação, as companhias aéreas abusam do *overbooking*, cancelam e atrasam voos com regularidade assustadora sem dar satisfação aos passageiros." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.135).

<sup>850</sup> Neste sentido: ROCHA, Charles dos Santos Cabral; MALTEZ, Rafael Tocantins. A busca pelo lucro a qualquer custo das operadoras de telefonia celular. **FMU Revista Eletrônica**, v.27, 2013. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/RMDIR/article/view/437/592>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

<sup>851</sup> "[...] Essa racionalização é coerente com os tempos em que vivemos, de precificação dos bens imateriais, cuja violação é transformada em números constantes dos balanços empresariais." (LEVY, *op. cit.*, p.109).

<sup>852</sup> Aqui vale transcrever o caso do café do McDonald's que teve a condenação a US\$ 2,7 milhões. No caso, conforme salientou Maria Celina Bodin de Moraes "[...] um perito testemunhou que o café a 180°F causa queimaduras de segundo grau muito rapidamente, apenas 3,5 segundos depois de atingir a pele, enquanto se a temperatura baixasse para 160°F, somente após 8 segundos ocorreriam queimaduras daquela gravidade. Além disso, o supervisor de controle de qualidade da McDonald's informou aos jurados que a companhia não havia diminuído a temperatura do café a despeito de ter recebido cerca de 700 queixas de queimaduras em 10 anos. **Um consultor de segurança, perito contratado pela empresa, advertiu, por outro lado, que as 700 queixas**

apenas com um valor indenizatório, muitas vezes irrisório, por óbvio que haverá uma escolha (custo-benefício)<sup>853</sup>, que pode não ser a mais favorável e protecionista para a vítima.

A análise do custo e benefício se aproxima do que é denominado por Guido Calabresi como "*general deterrence*", que se trata de medidas públicas adotadas para impedir a ocorrência do dano, seja pela análise do próprio ofensor (quando este se dá conta de que deverá evitar o dano, pois as indenizações a que será submetido importarão em um aumento de custos, o qual não poderá ser repassado ao mercado, em razão da livre concorrência) e seja pela existência de estímulos efetivos para a adoção de medidas preventivas. Enquanto a *deterrence* é a forma de incentivar que o dano ocasionado não se repita. Uma análise tão patrimonialista e relacionada com a função reparatória (a ponto de ser discutido o enriquecimento ilícito) não corresponde ao que se pretende com a elaboração de uma responsabilidade preventiva totalmente dissociada destes conceitos e noções do século XX.

A adoção dos danos punitivos como forma de prevenção geral no Brasil teria um caráter anômalo, entre o direito penal e o direito civil, com o "[...] objetivo precípua de punir o agente ofensor"<sup>854</sup>. E a ausência total de uma definição legislativa leva a afirmação de que a forma como está aplicada tal função tem mais problemas do que soluções.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, não caberia a função punitiva através do *punitive damages*, tendo em vista o disposto no artigo 944, do Código Civil que dispõe que "A indenização mede-se pela extensão do dano". Para o autor, diante deste dispositivo legal "[...] não seria mais possível qualquer imputação de *punitive*

---

**correspondiam, aproximadamente, a 1 em 24 milhões de copos o que, do ponto de vista estatístico, é praticamente igual a zero. A este argumento respondeu depois um jurado, entrevistado em seguida ao julgamento: "cada estatística é alguém seriamente queimado. Aquilo me deixou realmente irritado."** (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil*. v.5, n.18, p.58-59, abr./jun. 2004).

<sup>853</sup> "Afim, é muito cômodo para o potencial causador de um ato antijurídico ter o conhecimento de que o descumprimento do dever de conduta- seja por um ato ilícito como por inadimplemento – ficará limitado ao montante dos prejuízos causados e nada mais. O agente percebe que a retribuição do sistema será inferior ao proveito auferido pelo ilícito. O ordenamento jurídico não oferece razões suficientes para que alguém se abstenha de não incidir em inadimplemento ou se converter em agente de um ilícito." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p.16-17).

<sup>854</sup> ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013. p.72.

*damages*, no sentido próprio, nem como punição nem como desestímulo"<sup>855</sup>. E como a presente tese filia-se a tal entendimento, adota-se a teoria do dano social, sendo que as considerações sobre a análise do custo e benefício podem ser adotadas como critérios para o arbitramento da reparação deste dano.

A reparação pelo dano social não se trata de mera prevenção, visto que terá também a conotação dissuasória que significa prevenir de forma geral através da punição da conduta.<sup>856</sup> Esta última pretende prevenir através de uma reparação sancionadora.<sup>857</sup> *A função dissuasória tem como pressuposto punir o ofensor que não adotou as medidas necessárias e disponíveis existentes para evitar o dano, permitindo a sua ocorrência, funcionando tal como uma sanção a mais, neste trabalho parte-se da premissa de que tal sanção é considerada como a forma de reparação do dano social, conforme entendeu Antonio Junqueira de Azevedo.*<sup>858</sup>

Haveria assim o resgate da culpa? Para responder a esta questão, passa-se a estudar os pressupostos da responsabilidade civil sem dano.

---

<sup>855</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.377.

<sup>856</sup> THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.583, jul./set. 1999.

<sup>857</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.155.

<sup>858</sup> AZEVEDO, *op. cit.*, p.377-384.

## 8 A ANÁLISE DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER: SE EU NÃO SEI, NÃO SOU RESPONSÁVEL?

Afirma Teresa Ancona Lopez que "Essa transformação que vivemos na sociedade atual é semelhante àquela que levou à introdução da responsabilidade objetiva e coletiva em um sistema todo fundamentado na responsabilidade individual e na culpa"<sup>859</sup>. É no mesmo sentido que afirma Ciryil Sintez, para quem as razões que levaram a elaboração da responsabilidade objetiva: a importância jurisprudencial na criação deste instituto, bem como a importância doutrinária<sup>860</sup>, que também embasa a elaboração da responsabilidade civil sem dano. Com isso, mesmo sem uma legislação prévia existente é possível interpretar esta nova posição do instituto.

Para caracterizar a responsabilidade civil sem dano é preciso pensar em pressupostos? Teresa Ancona Lopez afirma que "[...] A ameaça de dano e o medo dos indivíduos bastam para sua aplicação"<sup>861</sup>. Algum desavisado poderia pensar que isso justificaria a responsabilização sem a análise de qualquer outro pressuposto. Todavia, não estaria correto tal raciocínio. Por óbvio que a autora se refere ao que é necessário em substituição ao que era disposto pela figura do dano e não que tenha a mera ameaça substituído os demais pressupostos.<sup>862</sup>

E é por tal razão que se considera como pressupostos a serem considerados: o risco de dano ou a ameaça de dano (nos conceitos acima estudados); o fato gerador do risco e o nexo de causalidade entre ambos.<sup>863</sup> Serão então os mesmos pressupostos

---

<sup>859</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.17.

<sup>860</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montréal, 2009. p.310-311. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

<sup>861</sup> LOPEZ, *op. cit.*, p.241.

<sup>862</sup> Adota-se a nomenclatura de pressupostos e não requisitos por seguir que aquele seria o mais apropriado diante da figura que às vezes podem ser alterados ou substituídos, por isso não seria requisitos que levam a crer em noções estáticas. (JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999).

<sup>863</sup> TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008. p.652.

da lógica reparatória? A resposta é positiva, com a ressalva de que o serão através de uma nova visão e um novo olhar e por isso, pretende-se realizar uma comparação entre ambos.

O Direito criado dentro da lógica individualista – liberal –normativista<sup>864</sup> preocupava-se com o resultado, mas é notório que deve se preocupar com o antes do dano. Aqui reside a importância da função preventiva, em evitar que o dano ocorra e preocupando-se com o ofensor a justificativa para dividir a responsabilidade civil em: "direito de danos" e "direito das condutas lesivas". Não se trata, portanto, de um resgate ao elemento da conduta culposa, mas simplesmente um virar os olhos para a conduta realizada e não para o resultado, eis que o objetivo é exatamente que este resultado não venha a ocorrer. Há uma contenção de danos e uma contenção de comportamentos.<sup>865</sup> É o que se passa a estudar.

A responsabilidade civil é imputar a alguém a consequência do descumprimento do dever primário, a resposta jurídica para o ato contrário ao direito. Essa imputação decorre também no caso da responsabilidade sem dano.

Nem sempre a conduta será de risco, mas o possível resultado sim. Há a conduta perigosa que não depende do seu resultado, tal como a produção de uma bomba de gás. A atividade é em si potencialmente danosa, em razão dos materiais que são utilizados para a fabricação do produto final.<sup>866</sup> Da mesma forma, a produção e armazenamento de fogos de artifício, ambas são potencialmente danosas e devem ser adotadas medidas de antecipação e medidas preventivas para evitar possíveis danos (para quem está envolvido na fabricação do produto e para aqueles que estejam próximos do local). Por outro lado, o fabricante de cigarro não adota uma

---

<sup>864</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.36.

<sup>865</sup> "As funções da responsabilidade civil variam entre a contenção de danos e a contenção de comportamentos. No primeiro caso o ordenamento jurídico mira o olhar nas consequências lesivas do fato do agente, especialmente na repercussão patrimonial e na esfera da personalidade do ofendido. O juiz visualiza o passado para remover os efeitos do dano na tentativa de restaurar o equilíbrio patrimonial rompido pela lesão. A seu turno, na contenção de comportamentos, o magistrado desviará as lentes para a pessoa do ofensor e a reprovabilidade de sua conduta. Ele assumirá um enfoque prospectivo para inibir a reiteração de ilícitos, seja pelo próprio ofensor como por outro agente que pretenda se conduzir de maneira semelhantemente desprezível." (ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.100).

<sup>866</sup> FUSARO, Arianna. Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell'art. 2050 CC. **Revista de Diritto Civile**, Milão, n.6, p.1342, 2013.

conduta de ameaça de dano. A produção do produto cigarro não se enquadra em risco algum. Mas, é sabido que o consumo do cigarro pode ocasionar sérios riscos à saúde do fumante.

A análise da conduta potencialmente nociva pode decorrer do seu resultado. Assim, o fabricante de cigarro tem como resultado final um produto a ser comercializado, que quando consumido é potencialmente danoso e por isso, a fabricação poderá ser considerada como de risco por permitir um dano provável.<sup>867</sup> Dano este que atinge diretamente a saúde.

Analisa-se, a partir, por exemplo, do cigarro. O cigarro, por si só, não ocasiona dano a ninguém. E como visto acima, a sua fabricação também não apresenta riscos. Todavia, pelas regras aqui adotadas é uma conduta indevida, eis que indiscutivelmente o uso do seu produto ocasionará danos.<sup>868</sup> Desta forma, se um medicamento cujo benefício seja inferior ao malefício deve ser retirado do mercado, o mesmo deveria ocorrer com o cigarro. Mas, há uma atual opção legislativa e jurisprudencial, no sentido de manter a responsabilidade das empresas de tabaco, desde que os riscos sejam devidamente informados.<sup>869</sup>

Destarte, é preciso analisar que mesmo havendo situações cujo resultado deveria ser evitado, o ordenamento jurídico admite a realização e concretização dos seus efeitos. Estas situações devem ser analisadas de forma comparativa ao direito

---

<sup>867</sup> FUSARO, Arianna. Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell'art. 2050 CC. **Revista de Diritto Civile**, Milão, n.6, p.1341, 2013.

<sup>868</sup> "Às vezes é mais fácil criar uma ficção do que enfrentar a verdade. A verdade é que os cigarros são simplesmente o produto de consumo mais perigoso jamais vendido. Quase meio milhão de americanos morrem anualmente por causa dos cigarros. Esta é uma estatística quase incompreensível que nos deixa perplexos. Imaginem a revolta da nossa nação se dois aviões juntos lotados de passageiros caíssem todo dia, matando todos a bordo. Ainda assim, este é o mesmo número de americanos que os cigarros matam a cada 24 horas. Tristemente, este vício mortal começa com as nossas crianças. A cada dia 3.000 crianças começam a fumar. Em muitos casos, elas se tornam viciadas rapidamente e desenvolvem uma dependência que dura toda vida e é quase impossível rompê-la. Nos últimos 30 anos, vários ministros da saúde tem publicado uma série de relatórios esclarecedores detalhando os perigos que essas crianças eventualmente enfrentarão. Câncer de pulmão, doenças do coração, enfisema, câncer de bexiga e derrame, apenas algumas das doenças que o cigarro causa." (CRUZ, Guilherme Ferreira da. A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil. Direito de empresa e exercício da livre iniciativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.3. p.909).

<sup>869</sup> DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil. Direito de empresa e exercício da livre iniciativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.3. p.951-981.

de lesar. Contrariamente ao direito geral de não lesar (*neminem laedere*), em razão de situações do cotidiano haveria um suposto direito de lesar. De um lado, o direito de não sofrer lesão [ou ameaça de lesão] e de outro lado, o dever de suportar determinados danos [ou ameaças de danos] que sejam legitimados.<sup>870</sup> É por exemplo, o dano a ser suportado em razão do exercício regular de um direito, mesmo que haja um dano reparável, haveria para o ofensor o direito de lesar.<sup>871</sup>

Para as situações que não estão legitimadas a ameaçarem os direitos de outrem (pela possibilidade ou pela probabilidade), serão analisadas como formas a embasar a responsabilidade civil sem dano. E nestes casos, além da conduta culposa será considerado responsável "[...] aquele que deixou de tomar as medidas de precaução exigidas pelo ordenamento"<sup>872</sup>.

Analisa-se, portanto, as medidas diligentes que deveriam ser adotadas e não o foram.<sup>873</sup> E por tal razão que se afirmou que o pensar a responsabilidade civil sem dano resgata o pressuposto da conduta, não necessariamente a culpa, mas o que foi feito para descumprir e o seu resultado (por isso, diz-se que está inserida no Direito das condutas lesivas enquanto a mera reparação estaria no Direito de danos). O olhar para o descumprimento não necessita do resgate da culpa em si.

Por que não um resgate a culpa? Para compreender a ausência deste resgate do estudo da culpa, será estudado com este pressuposto tem sido avaliado para aplicação da função dissuasória (definida nesta tese como prevenção geral pelo viés patrimonial). Anderson Schreiber, ao analisar a função dissuasória, afirma que esta está fundamentada em um conceito ético e filosófico, com um resgate as condutas culposas.<sup>874</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, por sua vez, defendendo a possibilidade de reparação de danos sociais com caráter dissuasório afirma a possibilidade de ser

---

<sup>870</sup> KARILA DE VAN, Juliana. Le droit de nuire. **Revue trimestrielle de droit civil**, Paris, v.94, n.3, p.536, 1995.

<sup>871</sup> Por óbvio que tal proteção não existiria quando da ocorrência do abuso do direito, nos termos do artigo 187, do Código Civil. "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>872</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.132.

<sup>873</sup> *Ibid.*, p.140.

<sup>874</sup> SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.49.

aplicada em caráter objetivo, sem a necessidade de ser analisada a conduta culposa.<sup>875</sup> Daniel de Andrade Levy entende que não se faz necessária a análise da conduta do ofensor, visto que será analisado o dano em potencial e as situações nas quais o próprio risco de dano será considerado como uma "lesão reparável"<sup>876</sup>.

Para a presente tese, parte-se do pressuposto que não há um resgaste da análise da conduta culposa, o que há é um virar os olhos não para o resultado (dano), mas sim para o descumprimento de um dever (o ilícito em sentido amplo<sup>877</sup>). Sem que seja necessário averiguar se este descumprimento ocorreu em decorrência de uma conduta culposa em seu sentido amplo. Portanto, o pressuposto da culpa tem a sua importância dentro da responsabilidade preventiva, mas não é essencial. Deve-se ressaltar que na própria reparação não houve a total exclusão do pressuposto da conduta culposa, que está em paralelo com a responsabilidade objetiva. Portanto, não se coloca de lado as noções da objetivação e os progressos que dela decorrem (como a maior proteção do ofendido).<sup>878</sup>

O dever de não ocasionar danos, através de evitar ameaçar direitos ou impedir riscos fáticos, configura o dever de segurança que violado caracteriza a base para a compreensão do primeiro pressuposto. Este descumprimento configura uma ilicitude em seu sentido amplo. Por isso, não se está a falar em conduta culposa, mas sim ilicitude, no sentido do que se viu no início desta tese.

A noção do descumprimento será verificada de formas diferentes, em caso de precaução ou prevenção.

Para a precaução, limitada aos casos de saúde e ambiente, o dever segurança é amplo e por isso, o descumprimento não é analisado pelo viés do resultado, eis que não houve qualquer resultado. Não há a ocorrência de lesão fática ou jurídica, há

---

<sup>875</sup> "[...] Por outro lado, convém não esquecer, se a finalidade da indenização for a de dissuasão nem é preciso examinar dolo ou culpa grave; o desestímulo é cabível ainda que se fique exclusivamente no campo da responsabilidade objetiva." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.380).

<sup>876</sup> LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012. p.141.

<sup>877</sup> Abrangendo todas as formas de ilícito, bem como a contrariedade ao ordenamento jurídico (ilícitos típicos contrários ao direito e ilícitos atípicos contrários aos princípios, conforme explica Nelson Rosenthal (**As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p.35).

<sup>878</sup> O fenômeno da objetivação foi tratado na segunda parte da tese.

possibilidade, mas não probabilidade. Há aqui o dever de segurança a ser analisado com maior rigor do que nas demais causas. São as limitações da precaução.

Ademais, além de se tratar de um dever de segurança que tem uma maior amplitude, também, cabe a quem tenha dado causa ao risco em discussão o ônus probatório do conhecimento ou desconhecimento à época sobre a ameaça de dano gerada.<sup>879</sup>

Também, não é requisito essencial a presença de conduta culposa para a prevenção, dependendo da medida preventiva a ser adotada, quando o objetivo é apenas evitar a ameaça.<sup>880</sup> A imposição de uma obrigação de não fazer, por exemplo, cujo descumprimento ensejará o arbitramento de multa diária (a multa civil), não precisa restar fundamentado no pressuposto de conduta culposa. O objetivo da obrigação de fazer como a resposta do ato contrário ao direito tem como fundamento que a ameaça não se concretize e não de punição.

Se a parte comprovar que agiu de forma diligente é possível excluir a sua responsabilidade? É preciso compreender que há a possibilidade e a probabilidade que serão analisadas e não pode simplesmente ser esquecida ou ignorada. Se não há o conhecimento sobre o resultado final, qual seria o descumprimento do dever?

O total desconhecimento não pode ser atribuído como forma de descumprimento de dever. Teresa Ancona Lopez identifica duas situações que excluem a responsabilidade daquele que criou o risco: o desconhecimento e a álea.<sup>881</sup>

Aqui poder-se-ia analisar o caso do risco de desenvolvimento. Pensado como forma análoga para aplicação da prevenção e precaução. *Mesmo que pensamos que é preciso ter uma proteção para evitar riscos, não se pode negar que há sim situações*

---

<sup>879</sup> Neste sentido é o entendimento de Pablo Malheiros Frota: "Com o princípio da precaução, por exemplo, responde-se à seguinte pergunta: a incerteza científica sobre a periculosidade de uma atividade imputa ao seu executor e detentor do domínio o ônus de provar sua ofensividade ou inofensividade? Por essa razão impõe-se a carga probatória a quem propõe a atividade, a quem se beneficia com ela, ou a quem tem tido acesso à informação, caso muitas vezes do Poder Público." (FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos**: imputação e nexo de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014. p.265).

<sup>880</sup> Nas palavras do processualista Luiz Guilherme Marinoni "O dano e a culpa não integram a demanda preventiva, o que significa dizer que não fazem parte da cognição do juiz e que, assim, estão obviamente fora da atividade probatória relacionada à inibitória. Na perspectiva da cognição, afasta-se, para a obtenção da inibitória, qualquer necessidade de demonstração de dano e de culpa." (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.50).

<sup>881</sup> LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.157.

*que fogem à razoabilidade, que não havia como conhecer os riscos naquele momento e por isso, não há que se falar em descumprimento de dever.*

Este é o sentido do risco de desenvolvimento que é estudado e previsto dentro da legislação brasileira.

A insuficiência do instituto da responsabilidade civil na contemporaneidade, dentro das suas estruturas ainda modernas, mesmo diante dos caminhos percorridos ao longo do século XX é demonstrado pela figura do "risco de desenvolvimento" que bem reflete o impasse entre o desenvolvimento e os riscos que dele podem advir. Esta figura é a forma de exclusão da responsabilidade se à época dos fatos não era possível averiguar os riscos que o produto ou serviços poderiam desencadear. Com isso, permite-se que produtos sejam comercializados mesmo que venham a ocasionar danos para os seus usuários.

Portanto, trata-se de uma figura que é, ao mesmo tempo, contrária a função reparatória e a função preventiva.

A responsabilidade civil pelo risco de desenvolvimento reflete uma nova roupagem do instituto, que ao mesmo tempo dispõe sobre a prevenção (a possibilidade de condenação a reparar quando do conhecimento dos riscos que poderiam ocasionar) e a desnecessidade de desenvolvimento de pesquisas mais aprimoradas, pois "se eu não sabia, não serei responsável".

O risco de desenvolvimento é uma figura para verificar se há ou não responsabilidade daquele que disponibilizou um produto, quando à época que o produto foi colocado no mercado havia o conhecimento sobre os riscos (possíveis ou prováveis) que seriam advindos do seu uso. O foco é avaliar o "estado da arte" no momento que um produto foi colocado no mercado e não da ocorrência do dano<sup>882</sup>.

---

<sup>882</sup> O estado da arte ou "estado da ciência e da técnica" é definido como a "[...] aferição do estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que o produto é posto em circulação, a qual demonstre não ser possível detectar a existência do defeito." (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.58).

Um grande exemplo é o caso da talidomida ou "amida nftálica do ácido glutâmico"<sup>883</sup> que foi um medicamento desenvolvido especificamente para a utilização por gestantes e posteriormente, descobriu-se que ocasionava má formação aos fetos<sup>884</sup>, em razão do desenvolvimento da síndrome da Focomelia<sup>885</sup>. Ao ser constatado em outros países a possível causa entre as más formações e o medicamento, no ano de 1961, foi interrompida a sua comercialização na Alemanha, todavia, continuou no Brasil até o ano de 1965.<sup>886</sup> Neste período entre a interrupção na Alemanha até o ano de 1965, não é possível dizer que o "estado da arte" impossibilitava o conhecimento dos possíveis riscos, visto que em outros países já havia ocorrido a interrupção da comercialização. Vale ressaltar que o produto não foi totalmente retirado do mercado brasileiro, durante as décadas de 1990 e 2000, a talidomida foi utilizada em pacientes para o tratamento de "[...] leucemia, vitiligo, afta, tuberculose, AIDS, lúpus, câncer, transplante de medula e estados reacionais de hanseníase [...]"<sup>887</sup>, com a informação de que haveria restrições para o consumo por gestantes.

A comercialização de um produto que sabidamente poderá ocasionar danos à saúde deve ser interrompida. E os danos foram tantos que é considerado como dano social, visto que atingiu um número de pessoas considerável e não apenas uma única pessoa.<sup>888</sup> O número de vítimas é tanto que há uma legislação específica sobre o

---

<sup>883</sup> BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.43, p.100, jul./set. 2010.

<sup>884</sup> Com o advento e maior comercialização do produto, constatou-se que aumentou o número de crianças nascidas com "malformações congênitas: focomelia, amelia (ausência de um membro), ausência de órgãos internos, malformação em mãos e pés, surdez, cegueira, ausência de orelha, defeitos no coração, entre outras deformidades." (MILANI, Juliane Teixeira; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco de desenvolvimento: análise do caso da talidomida. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v.3, n.10, p.8065, 2014).

<sup>885</sup> BARROSO; FROTA, *op. cit.*, p.100.

<sup>886</sup> MILANI, Juliane Teixeira; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco de desenvolvimento: análise do caso da talidomida. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v.3, n.10, p.8065, 2014..

<sup>887</sup> BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.43, p.101, jul./set. 2010.

<sup>888</sup> Para Pablo Frota e Lucas Barroso, o dano decorrente do uso da talidomida configura-se como um dano social. Para eles, "[...] A autorização para comercialização e uso da talidomida gerou riscos à saúde da prole futura de todos os potenciais consumidores em várias partes do mundo, e causou danos genéticos e psicofísicos aos filhos das gestantes que efetivamente a consumiram e danos

tema referente a atribuição de pensão para as vítimas (Lei n.º 7.070/1982)<sup>889</sup>, bem como uma legislação sobre a reparação (Lei n.º 12.190/ 2010)<sup>890</sup>. Desta forma, impôs ao Estado o pagamento de pensão e indenização.

E a responsabilidade do fornecedor por estes danos? Seria uma forma de excluir a responsabilização? O Código de Defesa do Consumidor não dispôs sobre o tema como forma de exclusão específica sobre os danos que venham a ser causados e não eram de conhecimento do fornecedor quando colocou o produto no mercado. Por sua vez, o Código Civil, em seu artigo 931, faz expressa menção acerca da responsabilidade dos empresários individuais e as empresas sobre os produtos colocados em circulação.<sup>891</sup> E a interpretação do artigo 931, do Código Civil, definida pela Jornada de Direito Civil de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no ano de 2002, definiu no Enunciado n.º 43, que a responsabilidade disposta no aludido artigo, disporia também do risco de desenvolvimento.<sup>892</sup>

Diante da interpretação que o Código de Defesa do Consumidor não teria disposto sobre o risco de desenvolvimento como forma de exoneração da responsabilidade civil<sup>893</sup>, há possibilidade de ser afirmada que seria mantida a

materiais e extramateriais a esses e aos terceiros que dedicaram suas vidas para cuidar deles, pois violar a saúde humana é um dos comportamentos socialmente mais reprováveis". (*Ibid.*, p.114).

<sup>889</sup> A pensão é paga pela união e poderá ser cumulada com a indenização prevista na lei n.º 12.190, conforme a atual redação do artigo 3.º, da Lei n.º 7.070/1982: "Art. 3.º A pensão especial de que trata esta Lei, ressalvado o direito de opção, não é acumulável com rendimento ou indenização que, a qualquer título, venha a ser pago pela União a seus beneficiários, salvo a indenização por dano moral concedida por lei específica."

<sup>890</sup> No primeiro artigo é disposto o valor da reparação por danos morais para vítimas da talidomida. "Art. 1.º É concedida indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, que consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física (§ 1.º do art. 1.º da Lei n.º 7.070, de 20 de dezembro de 1982)." (BRASIL. Lei n.º 12.190, de 13 de janeiro de 2010).

<sup>891</sup> "Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação." (BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

<sup>892</sup> Enunciado 43 "Art. 931: a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento." (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord. cient.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.21).

<sup>893</sup> Artigo 12 [...] § 3.º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro." (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor).

responsabilidade mesmo nestes casos<sup>894</sup>. Por outro lado, é possível defender a ausência de responsabilidade<sup>895</sup>, com fulcro no artigo 12 do Código de Defesa do consumidor que dispõe sobre o defeito do produto e este não restará configurado quando não oferecer a segurança que se espera, considerando as circunstâncias, inclusive a época na qual ele foi colocado em circulação<sup>896</sup>.

Através de uma interpretação restrita da regra consumerista em conjunto com a regra geral, os danos ocasionados pelos produtos colocados em circulação independentemente do "estado da arte" devem ser reparados<sup>897</sup>, diante da ausência de previsão específica.<sup>898</sup> Contudo, há quem defenda mesmo não sendo uma excludente prevista expressamente na legislação seria uma excludente "[...] implícita da responsabilidade"<sup>899</sup>.

---

<sup>894</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.48-49.

<sup>895</sup> Sobre a divergência doutrinária ressalta-se que: "Há respeitáveis opiniões divergentes, que sustentam ter o Código de Defesa do Consumidor acolhido o risco de desenvolvimento como excludente de responsabilidade civil, como James Marins, Gustavo Tepedino e Fábio Ulhoa Coelho [...]" (*Id.*).

<sup>896</sup> É o que está previsto no artigo 12, § 1.º, III, do Código de Defesa do Consumidor. "Artigo 12. [...] § 1.º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: [...] III - a época em que foi colocado em circulação." (BRASIL. Lei n.º 8.078/1990).

<sup>897</sup> A aplicação da regra do Código de defesa do consumidor deve ocorrer em conjunto com a regra do Código Civil. Em verdade, "[...] apesar de um caso ser uma relação de consumo e a ele se aplicar prioritariamente o Código de Defesa do Consumidor, uma definição legal presente no sistema geral (por exemplo nulidade absoluta) pode ser usada como base conceitual da outra lei especial 'no que couber', isto é quando a lei especial não possuir uma definição própria e se a definição da lei geral não contrariar o espírito protetivo da lei especial. Esta é a regra." (MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil. Indenizabilidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.85).

<sup>898</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.58.

<sup>899</sup> STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais: direito do consumidor. Teoria de qualidade de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.287.

O "estado da arte" apresenta uma nova percepção para a reparação<sup>900</sup> e, também, para a prevenção. Importante ressaltar que o objetivo não é analisar se será considerada como excludente ou não da reparação, mas como aplicar as medidas preventivas ou de precaução. Para a precaução, além dos limites definidos acima (ambiente e saúde), deve existir no mínimo uma possibilidade de dano e não se trata somente de efeitos colaterais, que toda a medicação acaba apresentando e pode ser absorvida pelos benefícios da medicação, desde que devidamente informada.

Quando ausentes o conhecimento técnico sobre os possíveis ou prováveis danos que podem decorrer, não há como adotar a responsabilidade prospectiva. Mas, para análise deste desconhecimento serão verificados os cuidados adotados. No caso de medicamentos, exemplo acima mencionado, devem ser realizados diversos testes para constatar os possíveis efeitos colaterais. Todavia, ainda assim, podem existir riscos que não serão notados durante o período de testes, resultados que só podem ser sentidos, posteriormente.<sup>901</sup>

A análise do conhecimento científico de forma objetiva, o que significa dizer, não apenas diante das possibilidades econômicas ou científicas do produtor, mas sim existentes objetivamente no planeta.<sup>902</sup>

Por óbvio que não é o fato de simplesmente não realizar os testes necessários e que tal desconhecimento será considerado como relevante para a exclusão da

---

<sup>900</sup> "O momento atual, portanto, é de máxima reparação, de primazia do interesse do lesado e de garantia do direito das pessoas não mais serem vítimas de danos, em prestígio aos princípios da prevenção e da precaução, relativizando-se o nexos de causalidade na proteção do ofendido, dano potencial [...]." (BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.43, p.112, jul./set. 2010).

<sup>901</sup> Teresa Ancona Lopez ressalta que: "O problema dos riscos de desenvolvimento é umbilicalmente ligado à sociedade de risco que vivemos. Com as inovações tecnológicas e científicas na fabricação de produtos de todos os tipos (como remédios cada vez mais especializados para tentar diminuir os danos das doenças, principalmente as graves, eletrônicos, produtos eletromagnéticos, como antenas de celulares e os próprios aparelhos telefônicos celulares, a modificação dos alimentos pela engenharia de alimentos, a biotecnologia criando novas espécies de vegetais e animais), ou seja, produtos cada vez mais complexos e sofisticados no manejo, os efeitos de sua utilização a longo prazo não podem ser previstos com rigor nem pelo fabricante e muito menos pelo consumidor. a tudo isso se soma a produção em massa e o consumo em massa." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.188).

<sup>902</sup> CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.42.

responsabilização. Em verdade, na sociedade contemporânea "Tudo passa a ser 'potencialmente danoso' porque 'potencialmente complexo'"<sup>903</sup>. Assim, o estado da arte é definido como requisito objetivo de utilizar todos os meios existentes (científicos técnicos e idôneos) para descobrir as consequências que podem advir da utilização de determinado produto. Esta é a conclusão retirada da análise da Diretiva 85/374/CEE, através da qual é imposta uma responsabilidade objetiva e não subjetiva para analisar os efeitos (se danosos ou não).<sup>904</sup>

Não basta entender que tudo é potencialmente danoso, as medidas a serem propostas, impõem que sejam verificadas e confirmadas cientificamente as consequências. Da forma como está desenvolvido o risco de desenvolvimento descartam-se as condutas de precaução, as quais são adotadas mesmo quando não há o risco. Por exemplo e utilizando de forma análoga os conceitos desenvolvidos para o meio ambiente, a ideia é sempre pensar na proteção da pessoa, pensando desta forma, trabalhar com três pontos: (i) será a atividade lesiva para as pessoas?; (ii) haverá dano provocado pela atividade ou o produto?; (iii) serão os meios existentes suficientes para reparar (no sentido de retornar ao *status quo ante*)?<sup>905</sup>

O desconhecimento da consequência não significa que esta não ocorrerá, o que acarreta uma insegurança. Para Harvey a insegurança decorre do próprio capitalismo e suas alterações.<sup>906</sup>

---

<sup>903</sup> ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Riscos de desenvolvimento à luz das novas tendências da responsabilidade civil. **RTDC**, v.31, p.44, jul./set. 2007.

<sup>904</sup> *Ibid.*, p.48.

<sup>905</sup> Essas são indagações realizadas quando se estuda o direito ambiental e se tem como proposta a proteção do meio ambiente de situações que mesmo não se apresentando potencialmente lesivas, para a precaução o entendimento é sempre *in dubio pro ambiente*. Assim, nas perguntas acima "Na falta de provas conclusivas num ou noutro sentido, a resposta a questões como estas deverá ser a que for mais favorável ao ambiente." (ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p.153).

<sup>906</sup> "A luta pela manutenção da lucratividade apressa os capitalistas a explorarem todo tipo de novas possibilidades. São abertas novas linhas de produto, o que significa a criação de novos desejos e necessidades. Os capitalistas são obrigados a redobrar seus esforços para criar novas necessidades nos outros, enfatizando o cultivo de apetites imaginários e o papel da fantasia, do capricho e do impulso. O resultado é a exacerbação da insegurança e da instabilidade, na medida em que massas de capital e trabalho vão sendo transferidas entre linhas de produção, deixando setores inteiros devastados, enquanto o fluxo perpétuo de desejos, gostos e necessidades do consumidor se torna um foco permanente de incerteza e de luta. Abrem-se necessariamente novos espaços quando os capitalistas procuram novos mercados, novas fontes de matérias-primas, uma nova força de trabalho e locais novos e mais lucrativos para operações de produção. O impulso de realocação para locais mais vantajosos (o movimento geográfico do capital e do trabalho)

Na precaução, que está em paralelo com a prevenção, não se espera ter a certeza de que o dano poderá ocorrer, apenas o perigo já embasa a possibilidade de excluí-lo, por isso afirma-se que "No mundo da precaução há uma dupla fonte de incerteza: o perigo ele mesmo considerado e a ausência de conhecimentos científicos sobre o perigo"<sup>907</sup>. E aqui repita-se o caso da suspensão da comercialização da farinha de osso pelo governo francês em 2000, visto que havia uma suspeita de risco que gerou uma incerteza e, conseqüentemente, a retirada do produto da comercialização, mesmo sem saber se há ou não efetivos riscos e se poderiam ou não realmente ocorrer.<sup>908</sup>

Para Teresa Ancona Lopez, a análise dos riscos deve ser realizada diante de adequada fundamentação, não apenas como uma forma de propagação do medo e insegurança.<sup>909</sup> E em uma sociedade definida como a sociedade do século XXI, estamos sujeitos a diversos riscos que não sabemos quais serão suas conseqüências ou resultados. Como garantir segurança nesta sociedade "[...] num mundo em que o impulso geral do progresso parece ser sempre para a frente e para o alto – na direção

---

revoluciona periodicamente a divisão territorial e internacional do trabalho, acrescentando à insegurança uma dimensão geográfica vital. A resultante transformação da experiência do espaço e do lugar é acompanhada por revoluções na dimensão do tempo, na medida em que os capitalistas tentam reduzir o tempo de giro do seu capital a um 'pisar de olhos'. [...] Em resumo, o capitalismo é um sistema social que internaliza regras que garantem que ele permaneça uma força permanentemente revolucionária e disruptiva em sua própria história mundial. Se, portanto, 'a única coisa segura sobre a modernidade é a insegurança', não é difícil ver de onde vem essa insegurança." (HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1992. p.103).

<sup>907</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p.55.

<sup>908</sup> Com efeito, "Há indícios de que o uso dessas farinhas provoque o surgimento de 'encefalopatia espongiforme bovina', chamada vulgarmente de 'doença da vaca louca'. A ingestão pelos seres humanos de carne oriunda de animal atacado por essa doença tem provocado o surgimento da moléstia chamada 'Creutzfeldt – Jakob'. Na incerteza científica, e mesmo tendo de fazer grandes despesas na apreensão das farinhas animais e sua posterior incineração, o Governo francês foi levado a proceder à interdição referida, na tentativa de evitar a propagação da moléstia e a generalização do pânico." (MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p.61).

<sup>909</sup> A autora ainda acrescenta que: "[...] Como sabemos, se a população teme algum produto, pois propagados os seus males, que podem ser ou não reais, a empresa fabricante pode fechar suas portas. A opinião pública tem cabal importância na criação, comunicação e fiscalização dos perigos." (LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.22).

do firmamento do desconhecido"<sup>910</sup>. Impedir o progresso a todo custo seria uma conduta pouco racional, portanto a precaução deve ser uma medida adotada com muita parcimônia.

As condutas para a precaução devem ser adotadas por ambas as partes: possíveis ofensores e possíveis ofendidos. Para a vítima do dano a informação, que hoje rege as regras do Direito (decorrente do princípio da boa-fé objetiva)<sup>911</sup> também é uma forma de evitar a ocorrência de acidentes.

O risco de desenvolvimento é inadequado para a devida proteção da vítima, eis que admite que a lesão ocorra, desde que à época do desenvolvimento do produto não fosse possível prever ou dispor os resultados. Por isso, é preciso ir além ao "estado da arte", para que seja analisado o produto de uma forma provável. Mas, por outro lado será que a responsabilização por todos os riscos não acarretaria a impossibilidade do progresso?<sup>912</sup>

A prudência ao inserir um produto no mercado impõe para Hans Jonas uma responsabilidade antes moral do que legal<sup>913</sup>, sendo uma melhor opção o não agir do que agir, quando das incertezas. A inserção de um medicamento no mercado é algo que deve ser realizado com muito cuidado, visto que pode alterar a saúde daqueles que o ingerirem e deve ser analisado com bastante parcimônia os seus efeitos colaterais. Tal como deveriam ter sido imediatamente examinados os resultados das grávidas

---

<sup>910</sup> HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1992. p.189.

<sup>911</sup> Sobre o tema da boa-fé ler: STEINER, Renata. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

<sup>912</sup> Como afirma Rui Stoco, "[...] A oneração do fabricante por danos futuros, ainda que o produto, ao ser colocado no mercado, tenha se mostrado adequado, segundo o estado da ciência e o estágio tecnológico do momento, desestimularia as indústrias e à pesquisa, ao investimento, ou tornaria a atividade demasiadamente onerosa e sem competitividade." (STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito do consumidor. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.279)

<sup>913</sup> "[...] Enquanto não existirem projeções seguras – levando-se em conta, particularmente, a irreversibilidade de muitos processos em curso -, a prudência será a melhor parte da coragem e certamente um imperativo da responsabilidade; talvez para sempre, se, por exemplo, para avaliar o conjunto das nossas possibilidades técnicas, aquela ciência tiver de captar a totalidade dos dados para então processá-los em suas inter-relações. A incerteza poderá ser o nosso destino permanente – o que acarreta consequências morais." (JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p.307).

que ingeriram talidomida, a fim de averiguar se o resultado danoso estaria vinculado à medicação.

A ciência precisa se desenvolver, esta é uma das justificativas para impor a possibilidade da inserção no mercado de produtos mesmo sem a devida noção de todos os riscos e problemas que possam ocasionar. Mas, a pergunta a ser gerada é efetivamente a ciência precisa se desenvolver?

E qual o custo?

Para analisar se a sociedade pode mesmo ser submetida a determinado risco, mesmo que não comprovado, pode ser feita uma indagação além da verificação do desenvolvimento científico à época, como "a relevância do produto que se pretende comercializar"<sup>914</sup>. O raciocínio a ser desenvolvido é que se não há necessidade para o desenvolvimento da sociedade não há razão para submeter uma sociedade a este risco, cujas consequências não se sabe ao certo quais serão.

Além da análise do descumprimento do dever, deve ser realizada uma análise do nexos causal entre o risco de dano e o descumprimento do dever de segurança.

A imputação do responsável é antes uma análise fática do que jurídica. Inicialmente decorre da análise da sequência de acontecimentos de forma retrospectiva para chegar a primeira ação ou omissão que fez surgir a ameaça ou o risco de dano. "[...] Entre os diversos fatores que envolvem todo acontecimento, o complexo e obscuro novelo de relações de causalidade e de probabilidade é reduzido a um ponto escolhido de modo mais ou menos arbitrário: a uma pessoa [...]"<sup>915</sup>. Para esta conclusão devem ser adotados critérios jurídicos a fundamentar a imputação da responsabilização.

Enquanto a responsabilidade civil é a resposta jurídica ao descumprimento de um dever a ser imputado a outrem<sup>916</sup>, o nexos causal é a relação desta resposta com as

---

<sup>914</sup> ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Riscos de desenvolvimento à luz das novas tendências da responsabilidade civil. **RTDC**, v.31, p.70, jul./set. 2007.

<sup>915</sup> PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Responsabilização na sociedade civil. In: \_\_\_\_\_. **Teoria da responsabilidade**: no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p.6.

<sup>916</sup> "Em outras palavras: o nexos de imputação é o fundamento que o ordenamento considera para atribuir a alguém o dever indenizatório." (ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008. p.127).

sanções a serem impostas e em face de quem serão impostas.<sup>917</sup> A causa seria a delimitação do que pode ser imputado a outrem e qual a consequência efetiva.<sup>918</sup> Para a responsabilidade sem dano o adequado é a adoção do denominado como nexos de ilicitude que significa a relação entre um "[...] juízo de contrariedade entre uma conduta e o ordenamento jurídico, tendo em conta o perigo que aquela comporta para determinados bens jurídicos"<sup>919</sup>.

A grande dificuldade não é verificar estes critérios jurídicos, mas sim compreender a lógica do desencadeamento de fatos. Não se trata de acontecimentos lineares que venham a ser produzidos em uma linha do tempo, podem existir diversas causas ocorridas simultaneamente e que possam (ou devam) ser consideradas.

Ao agir, o ofensor chama para si a responsabilidade daquilo que era para ser evitado, não sendo necessária a comprovação do dano, porque se trata da ameaça. Cabe a comprovação de que "[...] haja a possibilidade de ele ser um dos efeitos da conduta deste"<sup>920</sup>.

Para averiguar o nexo causal na responsabilidade prospectiva, adota-se a teoria apresentada por Ana Mafalda. A autora sugere a elaboração de circunferências ao redor da conduta que fora adotada e é contrária ao ordenamento jurídico. As circunferências serão feitas até o que ainda seja provável de ocorrer decorrente da

---

<sup>917</sup> Este é o sentido adotado por Pablo Malheiros Frota em sua tese de doutoramento. Afirma o autor que o nexo causal e a imputação possuem funções diferentes. "[...] A causalidade se encontra atrelada à relação externa à vítima e aos responsáveis – vínculo do evento danoso com o dano; a imputação, no sentido ora explicitado, impõe o dever reparatório, de precaução e de prevenção ao agente, inclusive daquele que não participou do processo de causalidade (ex.: STJ – AG 416.760. 3.ª T. Min. Ari Pargendler. DJ de 20.5.2002), com a imputação pressupondo a imputabilidade [...]"(FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexo de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014. p.190).

<sup>918</sup> Nas palavras de Roberto Altheim: "Desta forma, o nexo de causalidade erigido não se dá entre a conduta do responsável e o dano. O pressuposto da responsabilidade civil é, então, a causalidade entre o dano injusto e o nexo de imputação, sendo certo, entretanto, que este pressuposto continua importante para a verificação dos atos ou atividades ligados ao dano. Assim, serão indenizados apenas os danos ligados ao fundamento previsto na norma que fixa o dever de reparação de dano." (ALTHEIM, *op. cit.*, p.145).

<sup>919</sup> ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar**. Curitiba: Juruá, 2008. p.184.

<sup>920</sup> BARBOSA, Ana Malafada Castanheira Neves de Miranda. **Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade**. Cascais: Princípios, 2014. p.69.

conduta central, mesmo que não provável para o ofensor.<sup>921</sup> A responsabilidade será imputada dentro da noção das ameaças que podem ter sido ocasionadas desde que inseridas dentro desta coroa circular. Como anota a autora:

[...] estamos no fundo a dizer que ao agente, e porque o dano não sobrevem exteriormente, mas se predica na interioridade do seu comportamento, deve ser imputado todo e qualquer dano que possivelmente possa emergir naquele círculo de influência por si desenhado.<sup>922</sup>

Dentro de uma esfera de riscos são analisadas todas as probabilidades e possibilidades até encontrar o "epicentro imputacional"<sup>923</sup>.

Não haverá imputação mesmo que a ameaça exista se não houve a criação de um risco, quando tenha ocorrido a diminuição do risco e por fim, em casos de caso fortuito e força maior.

A constatação do elo entre o fato que gera a responsabilidade civil e o risco de dano é uma questão de extrema relevância<sup>924</sup>, visto que embasa o instituto como a resposta ao descumprimento do dever. Para a responsabilidade civil sem dano, a relação causal deve ser estudada pela noção da controlabilidade, a partir daquele que pode controlar e conseqüentemente evitar os efeitos.<sup>925</sup>

O controle sobre seus atos e conseqüentemente os riscos causados não precisam decorrer de atos voluntários ou racionais, tendo em vista que pode haver objetivação na responsabilidade sem dano.

A análise da prevenção ou precaução será diferente da lógica reparatória, pois não é preciso analisar todas as possíveis causas para o resultado final, eis que o objetivo é que ele não venha a ser ocasionado. E assim, será analisado o que foi realizado e qual o risco gerado, se há lesão fática ou lesão jurídica, para então aplicar

---

<sup>921</sup> A autora afirma que "[...] Trata-se, aí, de lesões que, não sendo abarcáveis pela previsão do sujeito, se integram, ainda, na zona de influência do risco por ele abraçado. Nessa coroa circular situam-se todos os danos que não são improváveis, ainda que não seja prováveis". (*Ibid.*, p.71).

<sup>922</sup> *Ibid.*, p.75.

<sup>923</sup> *Ibid.*, p.77.

<sup>924</sup> RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução da 3.ed. francesa por Osório de Oliveira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002. p.213.

<sup>925</sup> BARBOSA, Ana Malafada Castanheira Neves de Miranda. **Responsabilidade civil extracontratual**: novas perspectivas em matéria de nexos de causalidade. Cascais: Princípios, 2014. p.91-92.

a sanção cabível. Assim, as teorias existentes podem não ser úteis para a análise,<sup>926</sup> mas devem ser adequadas para a causa da possível lesão jurídica ou lesão fática. Giselda Hironaka, para analisar a relação de causalidade quando das atividades perigosas, afirma que:

[...] Em outros termos, nestes casos de responsabilidade fundada em um episódio de periculosidade da atividade, ou de periculosidade dos meios empregados para desenvolvê-la, o elo causal adequado deve restar estabelecido exatamente entre a periculosidade objetiva e a consequência prejudicial.<sup>927</sup>

Há uma presunção da relação causal.<sup>928</sup> Dentre as teorias existentes (equivalência das condições<sup>929</sup>, causalidade adequada<sup>930</sup>, a teoria do dano direto e imediato<sup>931</sup>), a grande dificuldade é adequar para todas as situações que influenciaram o

---

<sup>926</sup> SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montreal, 2009. p.290. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

<sup>927</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.303.

<sup>928</sup> "De qualquer forma, o certo é que, por meio deste ou de outros subterfúgios, vem se presumindo a existência de nexos causais em relação a todos os potenciais causadores de um dano sempre que não se afigura possível demonstrar de qual deles partiu a conduta efetivamente lesiva." (SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.77).

<sup>929</sup> "A teoria da equivalência das condições, também denominada de "*conditio sine qua non*" (à letra, condição sem a qual não) ou da *causalidade naturalística*, que é bem antiga, mas que só foi desenvolvida no século XIX pelo criminalista alemão von Buri, quando pretendia explicar por que razão o cúmplice pode ser considerado responsável pelo crime cometido pelo autor." (NORONHA, Fernando. O nexos de causalidade na responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.4, n.4, p.56, 2003).

<sup>930</sup> Através desta teoria são analisadas todas as causas que podem ter influenciado na ocorrência do dano para então excluí-las e verificar qual ao ser excluída levaria consigo o dano. "Se A, ao pretender erigir edifício de vulto, usando bate-estaca possante, abala a estrutura do prédio vizinho que por isso vem a desabar, incumbe-lhe responder pelo dano. É possível até que o desabamento haja sido, em parte, provocado por defeito do próprio prédio, cuja construção não atendera ao melhor padrão técnico, de modo a suportar o impacto das obras vizinhas. Ocorre que tal fato devia ter sido levado em conta por A. Estava ele dentro da previsão ordinária e por isso não tem força para desfazer o nexos de causalidade." (MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**: pessoais e materiais. 7.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.51).

<sup>931</sup> Para esta teoria, também denominada como do nexos causal direto ou imediato, bem como da interrupção do nexos causal (CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexos causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.96), o nexos causal será definido através de critérios mais objetivos, excluindo as causas extraordinárias. Esta teria sido a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro, em razão da influência do artigo 1.151, do do Código Civil francês,

resultado final para criar um liame causal. Ocorre que no caso da responsabilidade civil sem dano é mais fácil analisar este liame, visto que o objetivo é relacionar a ameaça ao descumprimento de um dever. Diferentemente do dano que para ocorrer pode ter a influência de diversos fatores, a possibilidade e a probabilidade estarão vinculadas ao descumprimento único do dever de segurança. Por isso, a afirmação de que a causa estará relacionada com aquele que teria o controle sobre o risco.

Esta presunção pode ser constatada como exemplo a situação da vacinação contra hepatite B e a esclerose que possivelmente pode ser decorrente da primeira. Não há certeza, mas mera possibilidade e como se trata de saúde é possível aplicar a possibilidade. O risco é possível e em consequência não se sabe ao certo se a esclerose das plaquetas tenha ocorrido em decorrência única e exclusiva das vacinas da hepatite B.<sup>932</sup> Para a precaução, portanto, não há como ter uma causalidade certa, pois há uma suposição de que há um risco possível e por isso, a limitação de casos para ambientes ou saúde, conforme mencionado acima.

A análise nestes casos parte de uma situação real (como no exemplo, a esclerose das plaquetas) para uma situação hipotética da causa (as vacinas) e serão analisadas as hipóteses e suas probabilidades para presunção do nexos causal.

Por sua vez, no caso da prevenção, há que se constatarem as probabilidades e, em razão disso, a existência de uma causalidade entre o dever descumprido e a ameaça de lesão. O descumprimento do dever estará relacionado com a provável ameaça, no sentido de que da sua continuidade decorrerá o risco criado.<sup>933</sup>

Enquanto para a análise do dano serão verificadas as demais causas que podem ter influenciado a sua ocorrência para relacioná-lo à causa adequada<sup>934</sup>, para a ausência do dano (lesão fática ou lesão jurídica) não é preciso pensar todas as possíveis concausas, eis que o objetivo não é que ele venha a se concretizar.

---

"passou para diversos outros códigos, como os italianos de 1865 (art. 1.229) e de 1942 (art. 1.223), e os nossos, de 1916 (art. 1.060) e de 2002 (art. 403)". (NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p.595).

<sup>932</sup> THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.569, jul./set. 1999.

<sup>933</sup> *Id.*

<sup>934</sup> JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. p.408.

É preciso comprovar na prevenção a probabilidade de risco e na prevenção, a sua possibilidade.

Deve haver uma relação entre o descumprimento do dever e a ameaça, seja uma relação possível (precaução) ou provável (prevenção). Para esta tese, *ser responsável pelo dano não é apenas tê-lo ocasionado, mas também quando for a causa do possível ou provável dano.*

## CONCLUSÃO

Diante das necessidades sociais, uma noção prospectiva da responsabilidade civil é primordial. Como um resgate ao que é efetivamente este instituto, formulado como forma de proteção da pessoa humana e de evitar o dano, notou-se que a sua estrutura patrimonialista não cumpria mais as suas funções, visto que não havia a prevenção pelo receio de reparar e nem mesmo a efetiva proteção do indivíduo. Por isso, o necessário pensamento para estruturar uma responsabilidade civil sem dano.

A presente tese tentou responder as maiores inquietações quando se pensa nesta visão prospectiva, através de um instituto com vistas ao futuro e que impeça a ocorrência do dano.

Foram três as indagações que nortearam a elaboração do trabalho. A primeira indagação é se isso seria próprio do instituto. A segunda indagação é se seria efetivamente “responsabilidade civil” e “sem dano”; por fim, se isso não ocasionaria uma sociedade de controle. Tentou-se esclarecer estas três grandes dúvidas traçando um caminho que responda tais inquietações, bem como as problematizações paralelas que foram se formando.

Para a primeira indagação, estudou-se a responsabilidade civil e a sua teoria geral. Concluiu-se que o instituto está sim inserido dentro da noção do direito obrigacional e cujas características da relatividade são próprias das consequências e não da sua fonte primária (contrariedade ao direito prevista em fato ilícito *stricto sensu*, ato ilícito *lato sensu*, ato-fato ilícito, além da possibilidade de ser decorrente de situações nas quais há a prévia exclusão da ilicitude), razão pela qual pode ser adotado para a estrutura de uma visão prospectiva este instituto, não obstante esteja inserido dentro do direito obrigacional. Visto que pode decorrer do ilícito relativo ou do ilícito absoluto.

Isto porque, a essência do instituto é o ato ilícito em seu sentido amplo, sendo a responsabilidade civil fundamentada pela imputação a quem deverá realizar a obrigação que surge como consequência da antijuridicidade. Significa dizer que a responsabilidade civil é a obrigação de responder imputada a alguém que adotou um comportamento (ação ou omissão) contrário ao ordenamento jurídico. Esta resposta

pode ser não apenas responder pelo dano ocasionado, mas também, o impedimento de que este venha a se concretizar.

Há uma responsabilidade civil preocupada unicamente com a reparação do dano, que foi denominada como responsabilidade *stricto sensu* e uma responsabilidade civil *lato sensu* que diz respeito à resposta a todos os comportamentos que, contemporaneamente, não são admitidos pelo direito, incluindo o cuidado, considerado por esta tese como um dever.

Dever este que é considerado como jurídico, diante da atual preocupação com os riscos da sociedade do século XXI (assim denominada nesta tese). Riscos estes que não são sinônimos dos riscos ocorridos no século XIX, mas são de maior monta e com reflexos desconhecidos. Diante desta realidade, há uma maior preocupação com o porvir e por isso, há além de um valor ético e moral, um valor jurídico de cuidado. A este dever jurídico de cuidado corresponde um direito subjetivo de não ser lesado e nem mesmo ameaçado.

Com isso a ameaça ao dano passa a ser protegida, não apenas pelo ordenamento jurídico em si, mas também, pela própria responsabilidade civil, vez que, como dito acima, este instituto é a resposta ao comportamento que não é admitido pelo Direito e se ameaçar um direito subjetivo é contrário ao que o ordenamento jurídico dispõe há que se impor uma consequência. Ademais, diante da sua função, é um dos institutos mais maleáveis e que tem alterado os seus *standards* durante o tempo, com a precípua preocupação de ampla proteção da pessoa.

Mesmo que haja outras formas de prevenção atuais, nota-se que ou estão resumidas a determinadas matérias legisladas ou à tutela processual. É primordial um pensamento para além das tipificações e especialmente que não esteja disposto apenas no direito processual, visto que este tem como objetivo resolução dos conflitos, mas seus critérios devem ser definidos pelo direito material. Outrossim, é a responsabilidade civil que se preocupa com o dano, tanto em seu viés preventivo quanto reparatório.

Destarte, a primeira pergunta resta respondida, visto que é necessária uma preocupação pelo direito civil na ampla proteção da pessoa, também no sentido preventivo e o instituto a ser aplicado é a responsabilidade civil, cuja resposta não precisa necessariamente ser uma reparação e pode ter como objetivo evitar a

ocorrência do dano, impedir que a lesão continue a ocorrer ou apresentar a adequada solução quando o dano tenha ocorrido efetivamente.

Será a responsabilidade civil, porque na sua atual concepção de abrangência e função, tem sido acolhida a noção reparatória e preventiva. Além disso, retirada de si a noção patrimonialista da reparação, é este o instituto mais adequado para proteger o *ex ante* e o *ex post* do dano. Em verdade, o pensar antes da ocorrência do dano é próprio da noção básica de responsabilidade civil, mas, inicialmente, foi estruturado em um pensamento patrimonialista de que a pessoa (física ou jurídica) não realizaria o dano com medo da reparação a que estaria sujeito. Ao retirar a racionalidade de quem ocasionou o dano, não há que se falar em prevenção pelo receio da reparação. Ainda, ao apresentar consequências que não estariam vinculadas apenas a uma resposta patrimonialista e proteger um dano que venha a atingir um grupo de indivíduos, é possível (e preciso) pensar uma visão efetivamente prospectiva.

A fundamentação está, portanto, no fato de ser constatada que a reparação não cumpriu a sua função de prevenir a ocorrência do dano, visto que a ação não precisa ser racional para fundamentar esta consequência e porque, nem sempre será a pessoa quem realizou o dano quem arcará com esta resposta patrimonialista (coletivização da reparação). Também, porque diante das novas propostas, especialmente de respostas diferentes de mera patrimonialidade e proteção da sociedade, é possível pensar uma resposta não meramente patrimonial antes que o dano ocorra.

A responsabilidade civil que pode (e deve) realizar a devida proteção da pessoa ainda que haja apenas uma ameaça de dano. Afinal este é o instituto que efetivamente tem como pressuposto a prevenção e que funciona como resposta ao comportamento contrário ao ordenamento jurídico, dentre as consequências pode ser uma obrigação de indenizar, obrigação de fazer ou não fazer.

Como se trata de uma análise não do dano, mas sim da conduta contrária ao Direito, o ideal é manter a definição de “responsabilidade civil”, a qual continua sendo própria para o caso, por abranger tanto o direito de danos (reparação) e o direito das condutas lesivas (prevenção). E será definida como “sem dano”, visto que o dano definido quando da ocorrência da lesão fática e da lesão jurídica.

Se ocorrer apenas uma lesão fática ou uma lesão jurídica, não haverá dano e são estas as situações a serem analisadas por esta que se denominou como “responsabilidade civil sem dano”.

No tocante a preocupação sobre a sociedade de controle está é afastada, eis que a pretensão não é que toda e qualquer sentimento de ameaça possa ser objeto das consequências antecipatórias. Determinados riscos não serão controlados ou eliminados. Este é o objetivo da responsabilidade prospectiva, não se parte de uma imagem utópica de controle total, mas sim de que haverá riscos incontroláveis, mas certas possibilidades e probabilidades podem e devem ser juridicamente consideradas para que não alcancem resultados insatisfatórios. Se de um lado não é possível impedir o progresso, por outro lado não é possível que ele se realize em detrimento a pessoa humana.

A precaução trata dos possíveis danos, portanto de uma ameaça que não precisa estar devidamente comprovada. Por esta razão que sua aplicação merece uma maior limitação, eis que se adotada de forma irrestrita pode ocasionar um dano ou até mesmo um prejuízo maior que aquele que possivelmente seria ocasionado. Por isso, há que se ter precaução na aplicação da precaução, ainda que possa soar redundante. Para a presente tese, impedir um risco possível será justificado através da limitação material de situações de meio ambiente e saúde. Significa que nestas duas limitações o possível prejuízo é tão grave que vale a pena impedir a sua ocorrência, mesmo que esteja ausente a probabilidade ou certeza de que haverá um dano futuro.

Nestas situações, verificada a mera possibilidade de dano será possível impedir o desencadeamento de fatos. Porque se tratam de direitos que não atingem apenas um indivíduo, mas sim diversos indivíduos ao mesmo tempo. Além de serem prejuízos cujas consequências não poderão ser retiradas do mundo dos fatos. A limitação é realizada pela natureza do direito e sua relevância.

Por sua vez, a prevenção não deverá ser limitada em razão da natureza do direito. Ela diz respeito ao provável dano, assim é preciso traçar um raciocínio lógico e fundamentado de que há probabilidade de que o dano ocorra. A sua limitação será pela gravidade e irreversibilidade. Irreversível é o dano que não pode ser reparado ou de difícil reparação. E a gravidade será assim considerada pela análise do direito em questão.

Em ambos os casos, além das limitações que estão relacionadas com o próprio dano que seria ocasionado (o direito a ser atingido na precaução e as consequências de irreparabilidade ou gravidade na prevenção), para aplicar a responsabilidade civil sem dano não se pode olvidar que é preciso analisar a causa da ameaça.

A possibilidade ou probabilidade de dano deve ser interpretada em contraposição a uma conduta (em seu sentido amplo) que só será considerada contrária ao ordenamento jurídico (em seu sentido amplo) se houver possibilidade de ser evitada. Para esta análise, o dever do cuidado será considerado como um princípio, ou seja, deve ser interpretado pelas regras da ponderação. Assim, não se pode conter uma atuação, seja com fundamento em interesse geral ou individual, que venha a ser necessária.

Portanto, é preciso interpretar o dever de cuidado, se este poderia mesmo ser evitado, para que então seja considerado como descumprimento do dever. A análise será feita tal qual ocorre para a reparação nos casos de exercício regular de um direito, ainda que tenha ocasionado dano este não será reparado se não houve o descumprimento ou o abuso do seu exercício.

Para esta interpretação o dever de cuidado delimitado será limitado pelas regras da prevenção e da precaução que dispõem sobre *standards* de comportamento, assim, de um lado haverá um comportamento que será considerado jurídico desde que não apresente possíveis danos à saúde ou ao ambiente; ou prováveis danos graves ou irreversíveis. Deve ser ponderado o benefício na continuidade de determinada conduta (culposa ou de risco) e as suas consequências para então avaliar se há um dever de cuidado e se este foi ou não descumprido.

Tais interpretações (pelo viés do dano na precaução e na prevenção ou pelo olhar para com o dever de cuidado) devem ser adotadas para todos os casos, inclusive dos direitos que são tipificados. É que a proteção existente para determinados direitos, tal qual ocorre com os direitos de personalidade, por exemplo, não define as regras de aplicabilidade, por isso, as regras de interpretação devem ser as mesmas para os direitos cuja proteção prospectiva não esteja previsto expressamente.

A responsabilidade civil como resposta jurídica para a não ocorrência do dano terá as suas consequências que não são meramente reparação. Com efeito, a responsabilidade civil permite pensar medidas previstas, para deixar a reparação

como a forma final de resposta, somente quando não foi possível evitar efetivamente o dano.

As consequências devem ser para a não ocorrência do dano, para a cessação ou limitação e por fim para a reparação. Esta responsabilidade civil deve estar fundamentada em evitar, reduzir e limitar. Por isso, foi estruturada em medidas de precaução, para os casos das lides que versem sobre matéria ambiental ou de saúde, sanções preventivas para a lesão fática ou jurídica que não tenha se concretizado em dano, bem como a reparação para os caso da lesão jurídica. Além disso, no caso da ocorrência do dano, há que se pensar em uma prevenção geral, através do dano social a ser agregada a sanção reparação.

Dentre as classificações existentes para as sanções, há que se falar no caso da antecipação das sanções preventivas (de caráter preventivo puro), as quais estão relacionadas com as sanções premiais. Todavia, diante da ausência de disposições legais específicas, acabam sendo relegadas e aplicam-se mais as sanções com caráter punitivo. A determinação é por uma obrigação de fazer ou não fazer, normalmente, acompanhada da multa civil para a sua plena eficácia.

Assim, da classificação adotada nesta tese, as sanções sucessivas divididas em retributivas e reparatórias poderão ser adotadas para a antecipação (evitar o dano). No caso da lesão fática, serão aplicadas apenas as retributivas tanto no âmbito das premiais, quanto das punitivas. Para a lesão jurídica, tem-se admitido tanto as retributivas, quanto as reparatórias. Sim, mesmo sem a existência de dano, quando houver lesão a um direito subjetivo (ausente os requisitos fáticos e portanto, ausente o dano), haverá a possibilidade de reparação, por se tratar do descumprimento de um dever (o dever de cuidado) – assim, um comportamento antijurídico - e uma lesão a um direito subjetivo (lesão jurídica).

Este reparar terá o caráter extrapatrimonial que pode estar configurado, por exemplo, na angústia de ter um resultado fático insatisfatório diante da lesão ao seu direito. O reparar a angústia que pode ocorrer, mas ainda não ocorreu. São posicionamentos que tem se mostrado comuns e com justificativas que não podem ser apenas impedidas pelo óbice do disposto no artigo 944 (do CC), ou seja, que a indenização tem que ser medida pela extensão do dano, mas também por aquilo que poderia ter sido ocasionado e não o foi. A reparação será então admitida quando da

ocorrência da lesão jurídica e especialmente quando esta for fundamentada em dano social, dentro da definição defendida por Antonio Junqueira de Azevedo.

A outra forma de se impor uma reposta é com a cessação ou limitação do dano. Esta consequência será aplicada quando não foi possível evitar a sua ocorrência, com o impedimento da sua concretização e com isso, ele veio a ocorrer, todavia, os seus efeitos ainda não foram totalmente alcançados. Por isso, é possível dispor sobre uma medida que impeça que todos os efeitos venham a se concretizar. É a possibilidade de impor sanção retributiva (punitiva) para impedir que o dano continue, inclusive com a imposição da multa civil; bem como a sanção reparatória (ressarcitória) para o dano que já tenha se concretizado (com efeitos tanto fáticos, quanto jurídicos).

Por outro lado, quando da ocorrência do dano é preciso analisar se estaria dentro dos casos que os comportamentos da prevenção e precaução (*standards*) se aplicados evitariam a sua ocorrência. Porque, em caso de ter assumido o risco e a ocorrência do dano, não há que se falar em mera reparação, mas sim em reparação acrescida da forma dissuasória de dano social.

Nenhuma destas consequências ou aplicação da responsabilidade civil sem dano acarretará o resgate da culpa. Frise-se que o objetivo é analisar a responsabilidade pelo viés da conduta e não o dano; todavia, isso não significa que se trata de conduta culposa. Em verdade, trata apenas de verificar se esta conduta poderá ocasionar ou não um dano e em caso positivo, se é possível impedi-la. É analisada a conduta porque é verificado o descumprimento do dever de cuidado. Assim, deve ocorrer o descumprimento do dever de cuidado, seja pela possibilidade (em matéria ambiental ou de saúde) e seja pela probabilidade (em casos de dano irreparável ou grave). Sem olvidar do pressuposto do nexo causal entre o descumprimento e o possível ou provável dano.

A partir de todas essas interpretações, delimitações e premissas estudadas e traçadas durante a tese tem-se a responsabilidade civil sem dano.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord. cient.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord. cient.). **Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Enunciado n.º 274. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.48. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord. cient.). **V Jornada de Direito Civil**. Enunciado 456. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p.66. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2015.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Versión castellana: Ernesto Garzón Valdes. Revisión: Ruth Zimmerling. 3.ª reimpressão. Madrid: Centro de estudos políticos y constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. 3.ª tiragem. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

ALTERINI, Atilio Aníbal. La responsabilidad civil en la argentina estado de la cuestion. In: ALTERINI Atilio Aníbal; CABANA, Roberto Lopez. **Temas de responsabilidad civil**: contratual y extracontratual. Buenos Aires: Astrea, 1999.

ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica: a tutela antecipatória na ação de reparação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direito & medicina**: aspectos jurídicos da medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.209-226.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL JR., Alberto. A invalidade das cláusulas limitativas de responsabilidade nos contratos de transporte aéreo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n.26, p.9-17, 1998.

AMARAL JR., Alberto. O Código de Defesa do Consumidor e as cláusulas de limitação da responsabilidade nos contratos de transporte aéreo nacional e internacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.759, p.67-75, 1999.

AMARO, Elisabete Aloia. Responsabilidade civil por ofensa aos direitos da personalidade. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.157-171.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objeto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1997. v.1.

ANRYS, Henri. **La responsabilité civile médicale**. Bruxelas: Maison Ferdinand Larcier, 1974.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ARAÚJO, Fernando. Apresentação In: VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014. p.7-15.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Riscos de desenvolvimento à luz das novas tendências da responsabilidade civil. **RTDC**, v.31, p.41-73, jul./set. 2007.

ARENDT, Hannah. Algumas questões de filosofia moral. In: \_\_\_\_\_. **Responsabilidade e julgamento**. Edição de Jerome Kohn. Revisão técnica de Bethânia Assy e André Duarte. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 112-212.

ARENHART, Sergio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. Coordenação de Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v.2).

ARENHART, Sergio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v.6).

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral: relações e situações jurídicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. v.3.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.91, n.797, p.11-26, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.377-384.

BACH, Louis. Fondement de la Responsabilité en Droit Français. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n.1, v.75, p.221-242, janvier-mas 1977.

BACH, Louis. Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français. **Revue trimestrielle de Droit civil**, Paris, v.75, p.17-53, 1977.

BANHOZ, Rodrigo Pelais; FACHIN, Luiz Edson. Crítica ao legalismo jurídico e ao historicismo positivista: ensaio para um exercício de diálogo entre história e direito, na perspectiva do Direito Civil contemporâneo. In: RAMOS, Carmen Lucia Silveira *et al.* (Org.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.47-74.

BARBOSA, Ana Malafada Castanheira Neves de Miranda. **Responsabilidade civil extracontratual**: novas perspectivas em matéria de nexos de causalidade. Cascais: Princípios, 2014.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.

BARROSO, Lucas Abreu. **A obrigação de indenizar e a determinação da responsabilidade civil por dano ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARROSO, Lucas Abreu; FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. A obrigação de reparar por danos resultantes da liberação do fornecimento e da comercialização de medicamentos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.43, p.99-114, jul./set. 2010.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. São Paulo: LTr, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama. Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica de Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony. Lash, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997. p.11-71.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001.

BENUCCI, Eduardo Bonasi. **La responsabilidade civil**. Tradução de Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1958.

BIANCA, C. Massimo. Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi. **Rivista di Diritto Civile**, Milão, v.46, n.5, p.689-693, Primeira parte, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11.ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 4.ed. rev. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2008.

BOUTINET, Jean-Pierre. **Antropologia do projeto**. Tradução de Patrícia Chittoni Ramos. Consultoria, supervisão e revisão de Maria da Graça Horn e Heloísa Schaan Solassi. Porto Alegre: Artmed, 2002.

BUSNELLI, Francesco Donato. Perdita di una 'chance' e risarcimento del danno. **Il Foro Italiano**, Roma, v.88, p.46-52, 1965.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALABRESI, Guido. **The costs of accidentes**: a legal and economic analysis. New Haven and London: Yale University Press, 1970.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruta prohibida**: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CARVALHO, Luís Ricardo Fernandes de. Indenização por danos morais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n.17, p.151-161, jan./mar. 2004.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programas de responsabilidade civil**. 5.ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.

CHARTIER, Yves. **La réparation du préjudice**: dans la responsabilité civile. Paris: Dalloz, 1983.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade civil e o risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.27-61.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Anotações de Enrico Tullio Liebman. Tradução de Paolo Capitano. Campinas: Bookseller, 2009.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Coimbra: Limitada, 1965.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.31-58.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12.ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2009.

COURTIS, Christian. La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUMER, Jörg; SARLET, Ingo (Org.). **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. p.81-110.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. **Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et compare**. Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur (Paris XII), 1988. (Versão datilografada).

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo de. Dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis de Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.xx.

COUTO E SILVA, Clóvis de. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis de Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 217-234.

COUTO E SILVA, Clovis Verissimo. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CRUZ, Gisela Sampaio da. **O problema do nexu causal na responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. A responsabilidade civil das empresas fabricantes de cigarros. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil. Direito de empresa e exercício da livre iniciativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.3. p.891-949.

DE CUPIS, Adriano. **El daño: teoría general de la responsabilidad civil**. 2.ed. Barcelona: Bosch, 1975.

DELFINO, Lúcio. Responsabilidade civil das indústrias fumígenas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil. Direito de empresa e exercício da livre iniciativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.3. p.951-981.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.387-397.

DONNINI, Rogério. Prevenção de danos e a extensão do princípio do *neminem laedere*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.483-503.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2.ed. 4.<sup>a</sup> tir. Curitiba: Juruá, 2008.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, v.22, n.24, p.147-164, 2012. (Homenagem à Professora Marília Muricy Machado Pinto).

EHRHARDT JR., Marcos. A nova ordem das relações privadas dentro de uma perspectiva constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v.52, p.99-119, out./dez. 2012.

EHRHARDT JR., Marcos. Responsabilidade civil ou Direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do direito civil constitucional. In: RUSYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (Org.). **Direito civil constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do Direito Civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p.303-314.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Organização de Michael Schröter. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão técnica e notas de Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

EMERSON, Robert; HARDWICKE, John W. **Business law**: a streamlined course for students and business people. 3.ed. New York: Barron's Business Review Series, 1997.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.171-218.

FACHIN, Luiz Edson. Sobre o projeto do Código Civil brasileiro: crítica à racionalidade patrimonialista e conceitualista. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v.76, p.129-151, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**: à luz do novo Código Civil brasileiro. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de

FERNANDES, Bernardo Mançano. Movimentos socioterritoriais e movimentos socioespaciais: contribuição teórica para uma leitura geográfica dos movimentos sociais. **Revista Nera**, São Paulo, v.8, n.6, p.24-30, 2002.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Caminho, 1989. (Coleção Universitária, 45).

FIUZA, Ricardo. **Projeto de Lei n.º 6.960/2002**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/50233.pdf>>. Acesso em: 23 de março de 2015.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. 1.<sup>a</sup> reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 2000.

FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.77, n.631, p.29-37, maio 1988.

FRANÇA. **Código Napoleão**. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1962.

FRÓIS, Katja Plotz. Uma breve história do fim das certezas ou o paradoxo de Janus. **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, Florianópolis, n.63, p.1-12, 2004.

FROTA, Mário. Segurança alimentar: imperativo de cidadania. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais: direito do consumidor**. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.172-207.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por danos: imputação e nexos de causalidade**. Curitiba: Juruá, 2014.

FUSARO, Arianna. Attività pericolose e dintorni. Nuove applicazioni dell'art. 2050 CC. **Revista de Diritto Civile**, Milão, n.6, p.1337-1364, 2013.

GAROUPA, Nuno. Apresentação. In: BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr. 2011. p.11-14.

GEISTFELD, Mark A. Punitive damages, retribution, and due process. **Southern California Law Review**, v.81, n.2, p.263-309, 2008.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de la reparación de daños**. 3.ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 2003.

GHERSI, Carlos Alberto. Tercera vía en derecho de daños: anticipación, prevención y reparación. **Revista do Direito do consumidor**, São Paulo, v.13, n.50, p.225-238, abr./jun. 2004.

GHERSI, Carlos Alberto (Dir.); WEINGARTEN, Celia (Coord.). **Tratado de daños reparables**. Parte general. Tomo I. Buenos Aires: La ley, 2008. v.1.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. Edited and with a Foreword by Ronald K. L. Collins. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

GOMES, Orlando. A evolução do direito privado e o atraso da técnica jurídica (1955). **Revista Direito GV**, v.1, n.1, p.121-134, maio 2005.

GÓMEZ, Héran. Medios de comunicación. In: ECHEVESTI, Carlos (Org.). **Derecho de daños**. Buenos Aires: Scotti, 2000. p.103-201.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2012. v.4.

GRANDA, Fernando de Trazegnies. **Postmodernidad y derecho**. Bogotá: Editorial Temis, 1993.

GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do estado entre medievo e idade moderna. Tradução de Arno Dal Ri Jr.. **Revista Seqüência**, Florianópolis, v.28, n.55, p.9-28, dez. 2007.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2.ed. rev. e atual. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GÜNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. Tradução de Flávia Portela Püschel. Revisão técnica de Rúrion Soares Melo. In: PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Teoria da responsabilidade**: no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27-51.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Tradução de Flavia Portella Püschel. In: PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Teoria da responsabilidade**: no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1-26.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 1992.

HESPANHA, Antonio M. **Panorama histórico da cultura jurídica européia**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1999.

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

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albos de um tempo novo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). **Responsabilidade civil**: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.184-224.

JONAS, Hans. **O princípio da responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.86, n.454, p.548-559, 1941.

JOURDAIN, Patrice. **Les principes de la responsabilité civile**. 7.ed. Paris: Dalloz, 2007.

KARILA DE VAN, Juliana. Le droit de nuire. **Revue trimestrielle de droit civil**, Paris, v.94, n.3, p.533-558, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KFOURI NETO, Miguel. Graus de culpa e a redução eqüitativa da indenização. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.839, p.47-68, 2005.

KHUN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Tradução de Ruy Jungman e Carlos Alberto Medeiros. 2.ed. ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

LAFER, Celso. Prefácio. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p.liii.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation. **Revue trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.86, n.1, p.1-19, 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Tradução de José Lamago. Revisão de Ana de Freitas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LATOURET, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

LEGGETT, Christopher. **The Ford Pinto Case**: the valuation on life as it applies to the negligence efficiency argument. Law & valuation. Professor Palmiter. Spring, 1999. Disponível em: <<http://users.wfu.edu/palmiter/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 13 ago. 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Orgs.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil: teoria geral. São Paulo: RT, 2010. p.391-401.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito de danos a um direito das condutas lesivas. Atlas: São Paulo, 2012.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva**: por uma antropologia do ciberespaço. São Paulo: Loyola, 1999.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. Revisão de Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p.18-28.

LOBO, Paulo. **Direito civil**. Contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luiz. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria geral do direito ambiental**. Tradução de Fabio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos do direito. 2.ed. rev. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LORENZO, Miguel Federico de. **El daño injusto en la responsabilidad civil**: alterum non laedere. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: COSTA, Judith Martins (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.87-117.

MACHADO, Maíra Rocha. A responsabilidade civil é independente da criminal em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Roda Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil: teoria geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v.1. p.403-427.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 10.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAGGI, Bruno Oliveira. Nova proposta de classificação do dano no direito civil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.8, n.32, p.32-54, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e legitimação para agir**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARIN, Rubens Leonardo. Dos sentidos da responsabilidade no Código Civil de 2002 e sua correlação aos tipos. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (Coord.). **Direito civil**: direito patrimonial e direito existencial. Estudo em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006. p.425-437.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às cláusulas abusivas. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Roda Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil. Indenizabilidade e direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.57-90.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002. p.408-446.

MARTON, Géza. **Les fondements de la responsabilité civile**: révision de la doctrine. Essai d'un système unitaire. Paris: Recueil Sirey, 1937.

MASI, Domenico de. A sociedade pós-industrial. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla *et al.* 3.ed. São Paulo: Editora Senac, 2000. p.11-97.

MAZEAUD, Denis. Responsabilité civile et précaution dans la responsabilité civile à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle. **Responsabilité Civile et Assurance**, n.72, jun. 2001.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.67-98.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERLI, Raffaello. Jungk: os aprendizes de feiticeiro. In: MASI, Domenico de (Org.). **A sociedade pós-industrial**. Tradução de Anna Maria Capovilla *et al.* 3.ed. São Paulo: Editora Senac, 2000. p.101-124.

MILANI, Juliane Teixeira; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco de desenvolvimento: análise do caso da talidomida. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v.3, n.10, p.8063-8099, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais. Direito do consumidor**. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.421-463.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2003.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**: pessoais e materiais. 7.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, v.65, p.21-32, 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.779, p.46-63, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**. v.5, n.18, p.45-78, abr./jun. 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização do direito**. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 434-454.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **O direito & o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.847-881.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 4.<sup>a</sup> tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Bodin\\_n29.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bodin_n29.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de; KONDER, Carlos Nelson. **Dilemas de direito civil constitucional: casos e decisões**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MORAIS E MIRANDA, Murilo de. Alimentos transgênicos: direitos dos consumidores. Deveres do estado. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais: direito do consumidor. Teoria de qualidade de danos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.209-220.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. 3.ed. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MUÑOZ, Alberto Alonso. **Liberdade e causalidade: ação, responsabilidade e metafísica em Aristóteles**. São Paulo: Discurso Editorial, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: obrigações**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.2.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 34.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NOLLI, Elisa Cristina; ARMADA, Charles Alexandre Souza. A guerra civil em Ruanda e a atuação da ONU. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, v.4, n.1, p.699-708, 1.<sup>o</sup> trimestre de 2013. Disponível em: <[www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc)>. Acesso em: 17 ago. 2014.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, v.64, p.12-47, 1993.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.88, n.761, p.31-44, mar. 1999.

NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.4, n.4, p.53-77, 2003

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.17, p.12-47, abr./jun. 2003.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

OLIVIER, Hance. **Business et Droit d' internet**. London: Best of Editions, 1996.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Critério de Saúde Ambiental n.203**. 1998.

PAGANINI, Juliano Marcondes. A 'dupla crise' do modelo regulatório dos direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento crítico do direito civil brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011. p.13-28.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: RT, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Biossegurança – entre as insuficiências do instituto da responsabilidade civil e a institucionalização da irresponsabilidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.6. p.489-511.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.31, p 75-86, jul./set. 2007.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina de direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p.1-11.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código Civil em perspectiva histórica. **O novo Código Civil e a Constituição**. Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIOVESAN, Fátia; SUDBRACK, Umberto Guaspari. Direito à saúde e o dever de informar. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito do consumidor. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.99-128.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph de Plácido. **Vocabulário jurídico**. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. Tomo LIII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti de. **Tratado de direito privado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. tomo II.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. 4.ed. 2.<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo II.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3.ed. 2.<sup>a</sup> reimp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. Tomo XXII.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. Tomo I.

PORTUGAL. Decreto-lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Código civil português**. Disponível em <[www.confap.pt/docs/codcivil.pdf](http://www.confap.pt/docs/codcivil.pdf)>. Acesso em: 27 dez. 2014.

QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe. La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil: a la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n.2, p.251-278, 2012.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.03-29.

REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.6. p.41-86.

REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. In: LEITE, Eduardo de Oliveira; CASSETARI, Álvaro Augusto *et al.* **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil: os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v.10, n.36, p. 67-85, 1986.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução da 3.ed. francesa por Osório de Oliveira. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.

ROCHA, Charles dos Santos Cabral; MALTEZ, Rafael Tocantins. A busca pelo lucro a qualquer custo das operadoras de telefonia celular. **FMU Revista Eletrônica**, v.27, 2013. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/RMDIR/article/view/437/592>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. O "caso das pílulas de farinha" como exemplo da construção jurisprudencial de um "direito de danos" e da violação da liberdade positiva como "dano à pessoa". Comentários ao acórdão no REsp 1.096.325/SP (rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 03.02.2009). In: TEPEDINO, Ana Frazão e Gustavo (Coord.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.273-302.

SANTOS, Antonio Jeová dos. **Dano moral indenizável**. São Paulo: Lejus, 1997.

SANTOS, Antonio Jeová dos. **Dano moral indenizável**. 4.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a contribuição dos princípios para a renovação da jurisprudência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p.296-310.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Paris: LGDJ, 1939. t.1.

SCALISI, Vincenzo. Danno alla persona e ingiustizia. **Revista di Diritto Civile**, Padova, v.53, n.2, p.147-163, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.22, p.45-69, 2000.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.12, p.3-24, 2002.

SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.743-755.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sívio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011. p.717-730.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

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

SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual. Caso fortuito e força maior. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.2, n.6, p.96-123, 2001.

SINTEZ, Cyril. **La sanction préventive en droit de la responsabilité civile**: contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes. Thèse présentée à la Faculté des études supérieures - Université de Montreal, 2009. Disponível em: <[https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez\\_Cyril\\_2009\\_these.pdf?sequence=2](https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/3748/Sintez_Cyril_2009_these.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Org.). **Os sentidos da democracia**: políticas do dissenso e hegemonia global. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC (Núcleo de Estudos dos Direitos da Cidadania), 1999. p.307-335.

STARCK, Boris. **Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947.

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

STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito do consumidor. Teoria de qualidade de danos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v.5. p.277-288.

STEINER, Renata. **Descumprimento contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TAPINOS, Daphné. **Prévention, précaution et responsabilité civile**: risque avéré, risque suspecté et transformation du paradigme de la responsabilité civile. Paris: L'Harmattan, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 8.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito das coisas. 5 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v.4.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte do Código Civil de 2002. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.XV-XXXIII.

TELLA, Maria José Fálcon y; TELLA, Fernando Falcón y. **Fundamento e finalidade da sanção**: existe um direito de castigar? Tradução de Cláudia de Miranda Avena. Revisão de Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TESSER, André Luiz Bäuml. **Perigo de dano e perigo de demora**: observações para uma distinção entre tutela cautelar e antecipação de tutela urgente e alguns reflexos. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/29594/R%20-%20D%20-%20ANDRE%20LUIZ%20BAUML%20TESSER.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

THIBES, Mariana Zanata. **A vida privada na mira do sistema**: a Internet e a obsolescência da privacidade no capitalismo conexcionista. Tese (Doutorado) - Programa de Pós graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-18032015-115144/en.php>>. Acesso em: 15 de fev. 2015.

THIBIERGE, Catherine. Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v.3, p.561-584, jul./set. 1999.

TOURNEAU, Philippe. **La responsabilidad civil**. Tradução de Javier Tamayo Jaramillo. 2.<sup>a</sup> reimp. Bogotá: Legis Editores, 2008.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2000. v.1.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**: da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva**: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Organização de Stéphane Rials. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VINEY, Geneviève. Le déclin de la responsabilité individuelle. In: CARVAL, Suzanne (Org.). **La construction de la responsabilité civile**: controverses doctrinales. Paris, 2001.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito civil – constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p.42-56.

WALD, Arnoldo. A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro: EMERJ, v. 7, n. 26, 1998.

WEISS, Paul B. Reforming tort reform: is there substance to the seventh amendment? **Catholic University Law Review**, v.38, n.3, p.737-767, 1989.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4.ed. Tradução de Antonio Manoel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WILSON, A. Richard. **The politics of truth and reconciliation in South Africa**: legitimizing the post-apartheid state. Cambridge: The press of the University of Cambridge, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 17 de novembro de 2014.

BRASIL. Lei n.º 7.070, de 20 de dezembro de 1982. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/L7070.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7070.htm)>. Acesso em: 17 de novembro de 2014.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 17 de novembro de 2014.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 17 maio 2014.

BRASIL. Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2014.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL. Lei n.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/l10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm)>. Acesso em: 17 de maio de 2014.

BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 17 de novembro de 2014.

BRASIL. Lei n.º 12.190, de 13 de janeiro de 2010. Concede indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, altera a Lei n.º 7.070, de 20 de dezembro de 1982, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12190.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12190.htm)>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 15 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 23 de abril de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL. **Parecer n.º 2009-04158.** Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=81887](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81887)>. Acesso em: 09 mar. 2015.

BRASIL. Projeto de lei n.º 413, de 10 de julho 2007. Acrescenta parágrafo ao art. 944 da Lei n.º 10.406, de 2002, para incluir a previsão das funções compensatória, preventiva e punitiva da indenização. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=81887](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81887)>. Acesso em: 09 de março de 2015.

BRASIL. Resolução n.º 93 de 1970. Dá nova redação ao Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/regsf/RISF2015.pdf>>. Acesso em: 09 de março de 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). Resolução n.º 348, de 16 de agosto de 2004. Altera a resolução n.º 307, de 5 de julho de 2002, incluindo o amianto na classe de resíduos perigosos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=449>>. Acesso em: 11 de dezembro de 2014.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS n.º 5.187/DF**. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgamento: 24/09/1997. Órgão Julgador: 1.ª Seção. Publicação: no Diário da Justiça da União do dia 29/06/1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n.º 757.411/MG**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 29/11/2005. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 27/03/2006 p. 299RB vol. 510 p. 20REVJMG vol. 175 p. 438RT vol. 849 p.228.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 309.626/RJ**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 07/06/2001. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJ 20/08/2011, p.479.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.159.242/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrichi. Julgamento: 24/04/2012. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 23/05/2014).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.367.923 RJ 2011/0086453-6**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento: 27/08/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 29/10/2013. Julgamento: 22/10/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1367923/RJ**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgamento: 27/08/2013. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe 06/09/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 308**. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração a promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel). (Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_24\\_c apSumula308.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_24_c apSumula308.pdf)>. Acesso em: 30 de outubro de 2014).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n.º 130**. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 30/04/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível no 2004.011102028-0**. Relator: Vera Andrighi. Julgamento: 14/03/2007. Órgão Julgador: 4.ª Turma Cível. Publicação: DJE 24/07/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Cível n.º 22.993/2009**. Relator: Des. Madonado de Carvalho. Julgamento: 09/06/2009. Órgão Julgador: 1.ª Câmara Direito Privado. Publicação: no dia 19 de junho de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento n.º 70027835941**. Relator: Odone Sanguiné. Julgamento: 19/12/2008. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70024753964**. Relator: Glênio José Wasserstein Hekman. Julgamento: 22/04/2009. Órgão Julgador: Vigésima Câmara Cível. Publicação: no dia 19 de junho de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70047812862**. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Órgão Julgador: Nona Câmara Cível. Julgamento: 24/04/2013. Publicação: Diário da Justiça do dia 26/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível n.º 9061228-52.2002.8.26.00000**. Relator Erickson Gavazza Marques. Julgamento: 20/02/2013. Órgão Julgador: 5.ª C. Dir. Privado.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível n.º 0027158-41.2010.8.26.0564**. Relator: Teixeira Leite. Julgamento: 18/07/2013. Órgão Julgador: 4.ª Câmara de Direito Privado. Publicação: 19/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo n.º 0005261-74.2013.8.26.0297 (029.72.0130.005261)**. Relator: Juiz Fernando Antonio de Lima. Sentença proferida em 10 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/128232155/processo-n-0005261-7420138260297-da-comarca-de-jales>. Acesso em: 09 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.<sup>a</sup> Região. **Agravo de instrumento n.º 0015075-43.2007.4.02.0000** (autos originários 2007.02.01.015075-6). Relator: Desembargador Frederico Gueiros. Julgamento: 25/10/2010. Órgão Julgador: 6.<sup>a</sup> Turma. Publicação: 12/11/2010.

FRANÇA. Cour de cassation, Chambre civile, 16 juin 1896. Disponível em: <http://www.oboulo.com/droit-prive-et-contrat/droit-civil/commentaire-d-arret/cour-cassation-chambre-civile-16-juin-1896-responsabilite-fait-choses-101975.html>. Acesso em: 23 de março de 2015.

FRANÇA. Cour de cassation, Chambre réunies, 13 de fevereiro de 1930. Disponível em: <http://mafr.fr/en/article/cour-de-cassation-chambres-reunies>. Acesso em: 23 de março de 2015.